

Arrêt civil

Audience publique du deux août deux mille treize

Numéro 40133 du rôle.

Composition:

Gilbert HOFFMANN, premier conseiller, président ;
Odette PAULY, premier conseiller ;
Ria LUTZ, premier conseiller, et
Alain BERNARD, greffier.

E n t r e

la société anonyme **SOC1.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

demanderesse aux termes d'une requête en défense à exécution provisoire déposée le 16 juillet 2013 au greffe de la Cour d'appel,

comparant par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée **SOC2.) S.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions,

défenderesse aux fins de la susdite requête en défense à exécution provisoire,

comparant par Maître Maria FARALDO TALMON, avocat à la Cour, assistée de Maître Arnaud SAGNARD, avocat inscrit à la liste IV, les deux demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance du 14 juin 2013, le Vice-Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, a fait droit à la requête de la société à responsabilité limitée SOC2.) visant à voir nommer un tiers arbitre dans le litige l'opposant à la société anonyme SOC1.) en désignant Monsieur A.) pour compléter le collège arbitral formé par Madame B.) et Maître C.) et a ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance nonobstant toute voie de recours et sans caution.

Par exploit d'huissier de justice du 9 juillet 2013, la société anonyme SOC1.) S.A. a interjeté appel de cette ordonnance.

Par requête déposée le 16 juillet 2013 au greffe de la Cour d'appel, la société anonyme SOC1.) S.A. a demandé à la Cour de faire défense d'exécuter l'ordonnance rendue entre parties le 14 juin 2013 jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur l'appel de cette ordonnance. Suite à cette requête, la société anonyme SOC1.) S.A. a été autorisée à assigner la société à responsabilité limitée SOC2.) à l'audience du 25 juillet 2013 de la Cour d'appel, siégeant en audience de vacation, ce qu'elle a fait par exploit d'huissier de justice du 19 juillet 2013.

La société anonyme SOC1.) S.A. reproche au juge de première instance siégeant comme juge au fond d'avoir revêtu l'ordonnance par lui rendue de l'exécution provisoire alors que la loi ne prévoit pas d'exécution provisoire pour les ordonnances rendues en la forme des référés, que l'exécution provisoire ne lui a pas été demandée et qu'il n'a pas motivé sa décision de revêtir l'ordonnance de l'exécution provisoire.

La société anonyme SOC1.) S.A. estime que sur base de l'article 590 du Nouveau Code de procédure civile, obstacle peut être fait à la mise en œuvre de l'exécution provisoire ordonnée en vertu du pouvoir d'appréciation du juge.

La requérante fait encore valoir que l'exécution provisoire causerait un dommage irréparable, étant donné que l'arbitrage, limité à une durée de trois mois, sera terminé avant même que l'appel relatif à l'ordonnance de nomination du tiers arbitre ne soit toisé.

Le mandataire de la société à responsabilité limitée SOC2.) réplique que dans l'ordonnance du 14 juin 2013 le juge a statué « comme en matière de référés », de sorte qu'en vertu de l'article 938 alinéa 3 du Nouveau Code de

procédure civile, l'ordonnance serait exécutoire par provision du fait de la loi, que le juge saisi n'aurait pas statué *ultra petita*, partant que la requête serait à déclarer irrecevable, sinon non fondée.

La société à responsabilité limitée SOC2.) soulève encore que l'ordonnance présidentielle fondée sur l'article 1227 alinéa 8 du Nouveau Code de procédure civile est une ordonnance *sui generis*, étant donné que d'un côté, les règles procédurales du référé s'appliquent et de l'autre côté, cette ordonnance est non susceptible de recours.

La société à responsabilité limitée SOC2.) se prévaut de ce que le législateur a supprimé toute possibilité de contestation de la décision présidentielle de nomination d'un arbitre, de sorte que la nomination du tiers arbitre ne pouvant pas être remise en cause par un appel, il n'y a pas lieu de retarder la procédure en paralysant l'exécution provisoire.

La société à responsabilité limitée SOC2.) demande encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500.- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

L'ordonnance critiquée a été prise sur base de l'article 1227 du Nouveau Code de procédure civile qui dispose aux alinéas 6 et 8 que : *« Faute de désignation (de l'arbitre) dans le délai imparti, la nomination sera faite par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement, rendue sur requête et non susceptible d'un recours ... Les arbitres s'entendront sur la désignation du tiers arbitre. Faute d'y parvenir, il sera procédé à cette nomination par le président du tribunal d'arrondissement à la requête de la partie la plus diligente, l'autre partie présente ou dûment appelée. S'il y a plus de deux parties ayant des intérêts distincts au litige, elles auront à s'entendre sur les noms des trois arbitres. A défaut d'accord, il sera procédé à ces nominations par le président du tribunal d'arrondissement à la requête de la partie la plus diligente, les autres parties présentes ou dûment appelées. »* et sur base de l'article 18 du contrat d'architecture liant les parties en cause.

Le prédit article 1227 du Nouveau Code de procédure civile reste muet sur la procédure à appliquer et sur la forme que revêt l'ordonnance présidentielle. Aucune référence n'y est faite au référé ou à la forme des référés, de sorte que l'argument développé par la société à responsabilité limitée SOC2.) sur base de l'article 938 du Nouveau Code de procédure civile est à rejeter.

En effet, il est important de distinguer les différentes juridictions du président du Tribunal d'arrondissement selon qu'il intervient comme juge des référés ou comme juge du fond. Les enjeux de cette distinction résident

notamment dans le régime des ordonnances prononcées, l'ordonnance de référé est dénuée d'autorité de chose jugée au fond et exécutoire par provision, tandis que les ordonnances présidentielles définitives s'imposent au principal.

Par ailleurs, en tant que dérogação à l'effet suspensif des voies de recours, il ne peut y avoir exécution provisoire que lorsque la décision à exécuter est susceptible d'un recours et que ce recours est suspensif.

La présente requête s'appuie sur l'article 590 du Nouveau Code de procédure civile aux termes duquel : « *Si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas prévus par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, ...* ».

Se pose donc le problème de savoir si l'ordonnance en cause est revêtue de l'exécution provisoire de par la loi, du fait du juge ou si on est en présence d'une exécution définitive, compte tenu de ce que le pourvoi en cassation n'a, en général, pas d'effet suspensif.

A ce titre, l'article 244 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que : « *L'exécution provisoire, sans caution, sera ordonnée même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point d'appel. Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution* ».

Comme il vient d'être retenu, l'article l'article 938 du Nouveau Code de procédure civile ne s'applique pas à l'ordonnance en cause, ni l'exécution provisoire d'office prévue au précité article 244 du Nouveau Code de procédure civile à défaut de titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente.

Le juge siégeant en remplacement du président du Tribunal d'arrondissement n'aurait donc pu assortir l'ordonnance en cause de l'exécution provisoire qu'en la motivant dûment, mais à condition que l'ordonnance en cause soit susceptible d'un recours et que ce recours soit suspensif.

La société à responsabilité limitée (SOC2.) se prévaut de ce que l'ordonnance du président du Tribunal d'arrondissement du 14 juin 2013 en nomination d'un tiers arbitre n'est pas susceptible de recours.

Les alinéas 6 et 8 de l'article 1227 du Nouveau Code de procédure civile luxembourgeois, contrairement à l'article 1680 du Code judiciaire belge et de l'article 1457 du Code de procédure français, ne sont pas

explicites quant au recours contre l'ordonnance de nomination du troisième arbitre.

En effet, l'alinéa 6 de l'article 1227 du Nouveau Code de procédure civile précise que l'ordonnance de nomination du deuxième arbitre est non susceptible d'un recours, mais l'alinéa 8 du même article reste muet quant au recours contre l'ordonnance de désignation du troisième arbitre.

La nomination du troisième arbitre résulte du même principe que celle du deuxième arbitre, c'est-à-dire parer à l'inactivité d'une des parties à l'arbitrage, et aucun argument ne justifie un recours contre l'ordonnance de nomination d'un troisième arbitre par rapport à celle nommant un deuxième arbitre.

Au contraire, l'ordonnance présidentielle nommant un arbitre, malgré la réticence du défendeur à l'arbitrage, est d'une autre importance et gravité que celle nommant un troisième arbitre.

Par ailleurs, le risque d'une désignation irrégulière non susceptible de recours et le souhait d'interrompre le déroulement d'une instance arbitrale viciée dès l'origine et conduisant à une sentence promise à une annulation existent dans chacune des deux procédures de nomination.

Conformément à l'article 1227 alinéa 3 du Nouveau Code de procédure civile, le mécanisme prévu par la loi ne s'applique qu'à défaut de dispositions contractuelles concernant la nomination éventuelle du ou des arbitres.

En l'espèce, l'article 18 du contrat conclu entre parties prévoyant la constitution d'un tribunal arbitral ne fait aucune différence entre la nomination du deuxième arbitre et celle du tiers arbitre. La clause d'arbitrage ne prévoit qu'une seule procédure dans un même alinéa pour les deux ordonnances présidentielles.

Partant, il y a lieu de conclure que l'ordonnance désignant le tiers arbitre est non susceptible d'un recours, que par suite l'ordonnance du 14 juin 2013 est une ordonnance exécutoire de droit et il ne peut être question d'exécution provisoire.

Par ailleurs, l'article 591 du Nouveau Code de procédure civile dit qu'en aucun autre cas que celui prévu à l'article précédent, il ne peut être accordé des défenses.

En considération de ces développements, il y a lieu de dire que la demande de la société anonyme SOC1.) S.A. de faire défense d'exécuter l'ordonnance rendue le 14 juin 2013 est à rejeter.

Faute par la société à responsabilité limitée SOC2.) de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge des sommes par elle exposées et non comprises dans les dépens, sa demande fondée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à rejeter.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, chambre des vacations, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit la demande en la forme,

la rejette,

rejette la demande fondée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société anonyme SOC1.) S.A. aux frais et dépens de l'instance.