

Exécution sur minute
No. Rôle: 158749
du 20 janvier 2014

Audience publique extraordinaire des référés du lundi, 20 janvier 2014, tenue par Nous Elisabeth CAPESIUS, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Gabrielle SCHROEDER.

DANS LA CAUSE

E N T R E

la société de droit luxembourgeois ORCO GERMANY S.A., établie et ayant son siège social à L-2661 Luxembourg, 40, rue de la Vallée, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro B 102254, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Albert MORO, avocat, assisté de Maître Olivier POELMANS, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Olivier POELMANS, avocat, en remplacement de Maître Albert MORO, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

- 1) Alchemy Special Opportunities Fund II LP, une limited partnership de droit guernesiais, ayant son siège social à GY1 2JA St. Peter Port, Guernsey, Trafalgar Court, Les Banques, inscrite à Guernsey sous le numéro 1316, représentée par sa société de gestion Alchemy Special Opportunities LLP, limited liability partnership de droit anglais, établie et ayant son siège social à SW1H 0AD Londres, 21, Palmer Street, Royaume Uni, inscrite en Angleterre au Companies House sous le numéro OC 318664,
- 2) Kingstown Partners Master Ltd., une exempt company de droit caymanais, établie et ayant son siège social à 190, Elgen Avenue, Georgetown, Grand Cayman, KY1-9005, Cayman Islands, enregistrée aux Cayman Islands sous le numéro QH-240896, représentée par Kingstown Capital Management, LP, une limited partnership de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à 615, South DuPont Highway, Dover Delaware 19901, enregistrée avec la SEC sous le numéro de fichier 801-69412,

- 3) Kingstown Partners II, LP, une limited partnership de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à 615, South DuPont Highway, Dover Delaware 19901, enregistrée auprès de l'Etat du Delaware sous le numéro 4913641, représentée par Kingstown Capital Management, LP, une limited partnership de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à 615, South DuPont Highway, Dover Delaware 19901, enregistrée avec la SEC sous le numéro de fichier 801-69412,
- 4) Ktown LP, une limited partnership de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à 615, South DuPont Highway, Dover Delaware 19901, enregistrée auprès de l'Etat du Delaware sous le numéro 4913524, représentée par Kingstown Capital Management, LP, une limited partnership de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à 615, South DuPont Highway, Dover Delaware 19901, enregistrée avec la SEC sous le numéro de fichier 801-69412,
- 5) Forum Funds, Absolute Opportunity Fund, une open ended management investment company (mutual funds) de droit du Delaware (USA), ayant son siège social à Three Cana Plaza, Suite 600, Portland, Maine, USA, enregistrée avec la SEC sous le numéro de fichier 811-03023, représentée par Kingstown Capital Management, LP, une limited partnership de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à 615, South DuPont Highway, Dover Delaware 19901, enregistrée avec la SEC sous le numéro de fichier 801-69412,
- 6) Maître Yann BADEN, avocat, demeurant professionnellement à L-1473 Luxembourg, 27, rue Jean-Baptiste Esch,

parties défenderesses sub 1), sub 2), sub 3), sub 4) et sub 5) comparant par Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 6) comparant en personne,

en présence de:

1. Tricadia Credit Strategies Master Fund, Ltd., une exempted company with limited liability ayant son siège social à Cayman Financial Centre, 36A Dr. Roy's Drive, George Town, Grand Cayman KY-1104, Cayman Islands, enregistré aux Caymans Islands sous le numéro CR-143066, représentée par Tricadia Capital Management LLC, une limited liability company de droit du Delaware, Etats-Unis, établie et ayant son siège social à Corporation Service Company, 2711 Centerville Road, Suite 400, Wilmington, Delaware 19808 USA, enregistrée avec le Secretary of State de l'Etat du Delaware, Etats-Unis sous le numéro 3941021, représentée par son organe légalement habilité à la représenter,
2. Structured Credit Opportunities Fund II, L.P., un limited partnership de droit du Delaware, Etats-Unis, ayant son siège social à 615 South Dupont Highway, County of Kent, Dover DE, 19901, USA, enregistrée avec le Secretary of State de l'Etat du Delaware, Etats-Unis sous le numéro 5376970, représentée par Tricadia Capital

Management LLC, une limited liability company de droit du Delaware, Etats-Unis, établie et ayant son siège social à Corporation Service Company, 2711 Centerville Road, Suite 400, Wilmington, Delaware 19808 USA, enregistrée avec le Secretary of State de l'Etat du Delaware, Etats-Unis sous le numéro 3941021, représentée par son organe légalement habilité à la représenter,

intervenant volontairement

comparant par Maître Véronique HOFFELD, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 19 décembre 2013, Maître Olivier POELMANS donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître François KREMER, Maître Yann BADEN et Maître Véronique HOFFELD furent entendus en leurs explications.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

ALCHEMY SPECIAL OPPORTUNITIES FUND II, LP, KINGSTOWN PARTNERS MASTER Ltd., KINGSTOWN PARTNERS II, LP, KTOWN LP et FORUM FUNDS, ABSOLUTE OPPORTUNITY FUND, ensemble actionnaires de la société anonyme ORCO PROPERTY GROUP SA à hauteur de 23,47%, considérant que l'émission des actions nouvelles suite à l'augmentation du capital social de la société ORCO GERMANY SA dans le cadre du capital autorisé a eu lieu dans des « conditions irrégulières et hautement abusives », ont, par requête déposée le 5 décembre 2013, demandé au Président du Tribunal de

- suspendre les effets des résolutions prises lors du conseil d'administration de la société ORCO GERMANY SA en date du 29 novembre 2013 et de faire interdiction à ORCO GERMANY SA d'émettre 144.600.000 actions à la société TANDIS a.s.,
- dire que les effets de l'ordonnance à intervenir perdureront tant que le différend sur la validité de ladite résolution n'aura pas été définitivement tranché en justice,
- subsidiairement, au cas où les actions auraient déjà été émises, ordonner le séquestre de 144.600.000 actions émises par ORCO GERMANY SA en faveur de TANDIS a.s.,
- voir nommer une personne habilitée à recevoir et à conserver lesdites actions litigieuses et à veiller à ce qu'il n'en soit soustrait aucun denier,
- voir autoriser l'administrateur du séquestre à faire enregistrer le séquestre dans le registre des actions de la société ORCO GERMANY SA et à prendre toutes mesures conservatoires dans l'intérêt des parties.

La demande est basée sur l'article 66 du nouveau code de procédure civile et pour autant que de besoin sur l'article 54 du Décret impérial du 30 mars 1808.

Par ordonnance du 5 décembre 2013, le magistrat siégeant en remplacement du Président du Tribunal de ce siège, a, considérant qu'il y avait urgence à adopter la mesure sollicitée, dès lors que l'augmentation de capital de la société ORCO GERMANY SA était sur le point de se réaliser ou était déjà réalisée, considérant qu'il y avait lieu de procéder à l'insu des parties concernées afin d'éviter, au cas où les actions étaient déjà émises, leur revente à un tiers non identifié, dès lors que pareille revente engendrerait une situation irrémédiable,

- a fait droit à la demande,
- a ordonné la suspension avec effet immédiat des effets des résolutions prises lors du conseil d'administration de la société ORCO GERMANY SA en date du 29 novembre 2013 en tant qu'elles portent sur l'augmentation du capital social et la souscription des actions nouvellement créées,

- a fait interdiction à société ORCO GERMANY SA d'émettre 144.600.000 actions nouvelles au profit de la société TANDIS a.s.,
- au cas où les actions nouvelles créées suite à l'augmentation de capital décidée le 29 novembre 2013 auraient déjà été émises, a ordonné le séquestre de 114.600.000 actions émises par la société ORCO GERMANY SA en faveur de la société TANDIS a.s.,
- a nommé séquestre Maître Yann BADEN avec pour mission de prendre sous sa garde les actions concernées et d'en assurer la conservation,
- a autorisé le séquestre à faire enregistrer la mesure de séquestre dans le registre des actions de la société ORCO GERMANY SA et à prendre toutes mesures conservatoires dans l'intérêt des parties,
- a dit que les effets de son ordonnance ne seraient maintenus que pour autant que les parties requérantes assignent devant le juge des référés pour le 31 janvier 2014 au plus tard toutes les parties concernées par les mesures prises, et que faute par les parties requérantes de ce faire, les effets de son ordonnance cesseraient à l'expiration du délai fixé.

En vertu d'une ordonnance présidentielle du 13 décembre 2013 et par exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 13 décembre 2013, la société anonyme ORCO GERMANY SA a fait donner assignation à 1. ALCHEMY SPECIAL OPPORTUNITIES FUND II, LP, 2. KINGSTOWN PARTNERS MASTER Ltd., 3. KINGSTOWN PARTNERS II, LP, 4. KTOWN LP, 5. FORUM FUNDS, ABSOLUTE OPPORTUNITY FUND, et 6. Maître Yann BADEN à comparaître devant le Président du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour

- constater que les mesures de suspension des effets de la décision d'augmentation de capital prises par le conseil d'administration de la requérante le 29 novembre 2013 ou/et de séquestre des nouvelles actions émises, sollicitées par les demanderessees dans leur requête déposée le 5 décembre 2013, ne sont pas des mesures nécessaires, car les demanderessees ne justifient d'aucune légitimité à obtenir de telles mesures,
- constater que les mesures de suspension des effets de la décision d'augmentation de capital prises par le conseil d'administration de la requérante le 29 novembre 2013 ou/et de séquestre des nouvelles actions émises, sollicitées par les demanderessees dans leur requête déposée le 5 décembre 2013, ne sont pas des mesures nécessaires, car il aurait été parfaitement possible de les solliciter en soumettant le litige au débat contradictoire et qu'elles auraient pu tout aussi bien être mises pleinement à exécution si la requérante en avait été pleinement informée,
- partant rétracter l'ordonnance querellée, prononcée à la demande des demanderessees en date du 5 décembre 2013 par M. Thierry HOSCHEIT, Vice-Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement de Madame la Présidente,
- partant déclarer donner immédiatement pleins et entiers effets aux résolutions prises lors du conseil d'administration de la requérante en date du 29 novembre 2013 en tant qu'elles portent sur l'augmentation du capital social et la souscription des actions nouvellement créées,
- partant autoriser la requérante à émettre toutes actions nouvelles décidées lors de ce conseil d'administration,
- partant déclarer nul et de nul effet le séquestre ordonné des 146.600.000 actions de la requérante émises au profit de la société Tandis a.s.,
- entendre déclarer commune à Me Yann BADEN la décision à intervenir.

La société ORCO GERMANY S.A. demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 10.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure.

Elle demande encore à voir ordonner l'exécution provisoire, sur minute, de l'ordonnance à intervenir.

La société ORCO GERMANY S.A. précise fonder son action sur l'article 66 du nouveau code de procédure civile en tant que demande en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 5 décembre 2013.

Par requête notifiée à l'audience du 16 décembre 2013, TRICADIA CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, Ltd et STRUCTURED CREDIT OPPORTUNITIES FUND II, LP ont déclaré intervenir volontairement dans l'instance pendante entre la société anonyme de droit luxembourgeois ORCO GERMANY S.A. et ALCHEMY SPECIAL OPPORTUNITIES FUND II, LP, KINGSTOWN PARTNERS MASTER Ltd., KINGSTOWN PARTNERS II, LP, KTOWN LP, FORUM FUNDS, ABSOLUTE OPPORTUNITY FUND et Maître Yann BADEN pour voir :

- constater qu'il existe un conflit d'intérêt,
- constater l'existence d'un abus de droit,
- constater que le prix d'émission des actions nouvelles était sous-fait, partant
- rejeter la demande de rétractation de l'ordonnance présidentielle du 5 décembre 2013,
- maintenir la suspension des effets des résolutions prises lors du conseil d'administration du 29 novembre 2013,
- maintenir l'interdiction à ORCO GERMANY d'émettre les 144.600.000 actions nouvelles au profit de Tandis a.s.,
- maintenir l'autorisation de séquestre avec Me Yann BADEN en qualité de séquestre.

TRICADIA CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, Ltd et STRUCTURED CREDIT OPPORTUNITIES FUND II, LP demandent à se voir allouer une indemnité de procédure de 10.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure.

TRICADIA CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, Ltd et STRUCTURED CREDIT OPPORTUNITIES FUND II, LP demandent encore à voir ordonner l'exécution provisoire, sur minute, de l'ordonnance à intervenir.

Quant aux faits

La société anonyme ORCO GERMANY SA (ci-après OG) est une société de droit luxembourgeois qui a été constituée le 22 juillet 2004. Elle est une filiale du groupe ORCO PROPERTY SA (ci-après OPG) qui a pour objet de développer avec les autres sociétés du groupe, des investissements et opérations de promotion immobilière en Europe centrale. La société OG a pour objet de développer les activités du groupe en Allemagne et est cotée à la bourse de Francfort.

Au moment des opérations actuellement critiquées, OPG détenait 97,5% des actions d'OG.

En novembre 2013, le conseil d'administration d'OG était composé de 4 administrateurs : M. A.), M. B.), M. C.) et M. D.).

En novembre 2013, le conseil d'administration d'OPG était composé de 9 administrateurs : M. A.), M. B.), M. E.), M. F.), M. G.), M. H.), M. I.), M. J.) et M. K.), M. I.), M. J.) et M. K.) étant des administrateurs indépendants.

En date du 29 novembre 2013, le conseil d'administration de la société ORCO GERMANY SA, décide et vote à l'unanimité de son conseil d'administration une augmentation du capital social dans le cadre du capital social autorisé.

Il résulte d'un communiqué de presse de OG daté du 2 décembre 2013 que « On 29 November, the Czech company Tandis a.s. subscribed to a EUR 54 million investment in OG via subscription of 144,600,000 new ordinary shares at a subscription price of EUR 0.47 per share, which corresponds to the market average over the last six months. Tandis is an entity related to Mr. E.), shareholder of OPG. These 114,600,000 new shares are to be issued on or around 6 December 2013. Following the implementation of this capital increase the corporate capital of OG will be increased from EUR 23,005,644.50 represented by 230,056,445 shares to EUR 34,465,644.50 represented by 344,656,445 shares ».

Il y a d'ores et déjà lieu de préciser que M E.), qui semble jouer un rôle prépondérant dans le présent litige, est au moment de l'augmentation du capital d'OG administrateur de la société mère OPG et détient indirectement au travers de ses sociétés Gamal Limited et Crestline Ventures Corp. 35.177.762 actions de la société OPG représentant 30,72% du capital et des droits de vote.

M. E.) détient également la société de droit tchèque TANDIS a.s. qui a souscrit les 144,600,000 nouvelles actions émises suite à l'augmentation de capital en date du 29 novembre 2013.

Quant à la demande en intervention

La société ORCO GERMANY SA invoque irrecevabilité de l'intervention volontaire de TRICADIA CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, Ltd et STRUCTURED CREDIT OPPORTUNITIES FUND II, LP pour défaut d'intérêt à agir.

Les parties intervenantes font valoir qu'elles sont détentrices ensemble de 3,13 % du capital et des droits de vote de la société OPG, qu'elles n'étaient pas présentes, pour ne pas avoir de représentant au sein du conseil d'administration de la société OG, lorsqu'il a été décidé de l'augmentation de capital en date du 29 novembre 2013, de sorte qu'elles auraient un intérêt à intervenir dans la présente affaire « afin qu'il soit statué en leur présence sur ce litige ».

La société ORCO GERMANY SA dénie tout intérêt aux parties intervenantes à intervenir dans le présent litige.

L'intervention volontaire est celle dont un tiers prend l'initiative lui-même pour s'associer à une instance pendante.

L'intervention volontaire n'est recevable que de la part de ceux qui auraient pu former tierce-opposition contre la décision, respectivement si l'intervenant a la qualité de tiers et qu'il se prévaut d'un intérêt légitime, personnel et suffisant, direct ou indirect, matériel ou moral, ou d'un simple préjugé défavorable que pourrait créer une décision judiciaire, de nature à justifier sa participation à l'instance (Thierry Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 1027 et ss).

En l'occurrence, TRICADIA CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, Ltd et STRUCTURED CREDIT OPPORTUNITIES FUND II, LP interviennent dans l'instance pendante en leur qualité d'actionnaires minoritaires de la société OPG dans le but d'appuyer les prétentions des parties requérantes.

Il est de l'essence d'une intervention volontaire conservatoire, par laquelle l'intervenant volontaire poursuit comme seul objectif de suivre les débats et de se voir rendre opposable la décision à intervenir, qu'elle ne peut avoir pour effet de modifier la situation de l'intervenant volontaire d'un point de vue matériel, mais seulement d'un point de vue immatériel en ce qu'il est informé du contenu des débats et que la décision à intervenir lui devient opposable. Dans la mesure où il peut être important pour les parties intervenantes d'être renseignées sur le sort réservé au présent litige, ces éléments suffisent à caractériser son intérêt à intervenir volontairement de façon conservatoire.

TRICADIA CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, Ltd et STRUCTURED CREDIT OPPORTUNITIES FUND II, LP justifient dès lors d'un intérêt à intervenir dans la présente instance.

La requête en intervention volontaire est à déclarer régulière en la forme et partant recevable à ce titre.

Quant à l'exception de litispendance

Les parties requérantes soulèvent l'exception de litispendance et exposent qu'elles ont assigné devant le juge des référés toutes les parties concernées par les mesures prises dans le cadre de l'ordonnance du 5 décembre 2013 suivant exploit d'assignation du 16 décembre 2013 pour l'audience des référés du 27 janvier 2014. Elles demandent à voir renvoyer l'assignation en révocation à l'audience du 27 janvier 2014 pour que les deux affaires soient jointes et instruites ensemble afin d'éviter une contrariété de jugements.

L'exception de litispendance est à rejeter, aucune des conditions requises pour qu'il y ait litispendance étant remplies en l'espèce.

Pour qu'il y ait litispendance, il faut en effet que deux demandes ayant le même objet et la même cause et opposant les mêmes parties soient portées devant deux tribunaux différents l'un et l'autre compétents.

Les deux demandes n'ont tout d'abord pas le même objet : l'actuelle demande tend à la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 5 décembre 2013, alors que l'assignation du 18 décembre 2013 tend à la « confirmation de ladite ordonnance.

Les deux demandes n'opposent ensuite pas les mêmes parties : la demande en rétractation se meut entre les parties requérantes initiales et la société ORCO GERMANY SA, l'assignation du 18 décembre 2013 se meut entre les parties requérantes initiales et toutes les parties concernées par les mesures prises dans le cadre de l'ordonnance présidentielle du 5 décembre 2013.

Les deux demandes ne sont également pas portées devant deux tribunaux différents.

Finalement, la litispendance se réalisant dans le chef de la juridiction saisie en second lieu, une telle demande doit être présentée devant la juridiction saisie en second lieu.

Les parties requérantes demandant le renvoi de la présente demande en rétractation pour la voir joindre avec l'assignation du 18 décembre 2013, il y a lieu de constater que la demande de renvoi a été formulée à un moment où l'assignation du 18 décembre 2013 n'avait pas encore été signifiée à toutes les parties assignées et que le juge des référés n'était partant pas encore réellement saisi d'une demande.

Quant à la demande en rétractation

A l'appui de sa demande, la société ORCO GERMANY SA fait valoir d'une part que les parties requérantes, actionnaires de la société OPG, n'ont ni qualité ni intérêt pour contester une décision du conseil d'administration de la société ORCO GERMANY SA d'augmenter le capital dans la limite du capital autorisé, et d'autre part que les mesures sollicitées par les parties requérantes dans leur requête du 5 décembre 2013 ne remplissaient pas les conditions de l'article 66 du nouveau code de procédure civile.

Elle conclut partant à la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 5 décembre 2013.

qualité et intérêt à agir

La société ORCO GERMANY SA dénie aux parties requérantes initiales tout intérêt et qualité à agir pour contester une décision du conseil d'administration d'OG qui a décidé d'augmenter le capital social dans la limite du capital autorisé.

Les cinq parties requérantes répliquent que la société OPG détient 97,50% des actions émises par la société OG et que de manière financière, « détenir des actions dans OPG équivaut à détenir des actions dans OG ».

Elles renvoient en outre à une ordonnance rendue par le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 8 octobre 2002 (Honsel Familienbeteiligungen Gesellschaft Bürgerlichen Rechts, N./ Honsel International Technologies Holding sàrl, No 759/2002) qui a jugé « qu'en sa qualité minoritaire indirect de la société HH, la société HF a partant également un intérêt manifeste et qualité à agir en justice afin de voir suspendre des décisions prises par elle comme portant préjudice à ses droits d'actionnaire minoritaire ».

Pour qu'une action puisse être introduite par le demandeur, il faut que certaines conditions soient remplies dans son chef pour que l'action existe réellement à son profit. Il doit avoir intérêt à agir et qualité à agir.

L'intérêt est fonction de l'utilité que peut présenter pour le demandeur l'exercice de l'action. Le demandeur a un intérêt à agir dès lors que le succès de ses prétentions est susceptible de lui procurer des avantages matériels ou moraux.

L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit en effet être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut déclarer la demande

irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le fond. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action, il est exigé de toute partie au procès.

L'intérêt à agir est le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action peut procurer au plaideur. Il existe lorsque le résultat de la demande introduite est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur, et il suffit qu'il affirme que tel est le cas.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour se faire.

En l'occurrence, les parties requérantes initiales ont demandé par requête du 5 décembre 2013 la suspension des effets des résolutions prises lors du conseil d'administration de la filiale OG qu'ils considèrent comme irrégulières et abusives à leur égard.

Il est constant en cause que les parties requérantes sont actionnaires de la maison mère OPG et détiennent ensemble 23,47% du capital et des droits de vote de cette dernière qui à son tour détient 97,50% du capital et des droits de vote de sa filiale OG de sorte que toute décision d'augmentation du capital au sein d'une filiale du groupe ORCO PROPERTY GROUP a incontestablement des incidences sur leur participation et leur droit de vote au sein de la maison mère OPG.

Il s'ensuit que les parties requérantes en leur qualité d'actionnaires de la société mère OPG justifient un intérêt indirect à agir en justice afin de voir suspendre des décisions prises au sein de la filiale OG et considérées par elles comme portant préjudice à leurs droits d'actionnaires de la société mère.

Le moyen de la fin de non-recevoir tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef des parties requérantes est dès lors à rejeter.

Quant au bien-fondé de la demande en rétractation

La société ORCO GERMANY S.A. agit sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile.

Il convient de rappeler que le régime juridique de l'action en rétractation de l'ordonnance présidentielle se différencie de celui des procédures de référé proprement dites. En effet, ce mode de contestation ne constitue pas à proprement parler un recours, en ce sens qu'il ne s'agit pas de juger une nouvelle fois l'affaire, mais d'instaurer le contentieux et la discussion contradictoire qui, par hypothèse, n'a pu avoir lieu auparavant (Jurisclasseur Procédure civile, fasc. 480, n° 55).

L'article 66 du Nouveau Code de procédure civile, introduit par la loi 11 août 1996, dispose ce qui suit : « *Lorsque la loi le 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* ».

Cette disposition, de par son libellé, introduit non seulement un recours contre les ordonnances prises sur requête, mais confère encore pouvoir aux magistrats de prendre des mesures sur requête, d'une part, si la loi le permet et, d'autre part, si « la nécessité (le) commande ». En

d'autres termes, même lorsque l'intervention du juge sur requête unilatérale n'est pas prévue par un texte particulier, elle est possible pourvu que la nécessité le commande.

Il s'ensuit que la requête est recevable sur base des dispositions qui précèdent.

Le juge des référés saisi d'un recours en rétractation doit rechercher, mais alors contradictoirement, si la requête est, ou non, fondée. S'agissant du prolongement contradictoire de la procédure ouverte par requête, il appartient au requérant de justifier que sa requête initiale est fondée, en non pas au demandeur en rétractation de justifier qu'elle ne l'est pas (Jurisclasseur Procédure civile, fasc. 480, n° 61).

Le rôle du juge consiste en un réexamen contradictoire des motifs de la saisine. Son pouvoir se limite strictement à la demande initiale dont il apprécie le bien-fondé au regard du débat contradictoire se déroulant entre les parties.

Il peut soit rejeter la demande de rétractation et confirmer l'ordonnance, soit la rétracter, l'ordonnance devenant alors caduque.

Aucune disposition légale ne permettant au président du tribunal de suspendre les effets des résolutions prises par le conseil d'administration d'une société par voie d'ordonnance sur requête, il appartient aux parties requérantes d'établir que la « nécessité » commandait une telle mesure.

La notion de nécessité qui autorise le recours à la procédure sur requête unilatérale doit 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.

La notion de nécessité doit en outre être interprétée très restrictivement, cette exigence devant être renforcée en matière du droit de sociétés alors qu'il est de principe que les juridictions n'ont à intervenir que de façon très circonspecte dans la vie sociale des sociétés tant que les organes de gestion de ces personnes morales sont en état de fonctionner .

Cette intervention doit être rigoureusement nécessaire de sorte que tout retard mettrait en péril les droits des demanderesses.

Cette nécessité existe dans trois hypothèses :

- s'il est nécessaire de provoquer un effet de surprise,
- lorsqu'il est impossible d'identifier de manière certaine et précise les personnes à charge desquelles les mesures doivent être exécutées et
- en cas d'extrême urgence.

La notion d'extrême urgence ne se confond pas avec la notion d'urgence qui justifie le recours au référé. L'extrême urgence doit être appréciée de manière particulièrement rigoureuse. Il faut que l'introduction de la demande en référé, même par délai abrégé, soit de toute évidence impuissante à régler la situation en temps utile, inefficace ou impossible. Il faut que la crainte d'un péril grave et imminent nécessite une mesure immédiate qui ne saurait souffrir du délai causé par le recours à une procédure contradictoire (Hakim Boularbah, Requête unilatérale et inversion du contentieux, Ed. Larcier 2010, n° 646).

La requête, dérogation au principe de portée générale du contradictoire ne peut être tolérée qu'à titre purement exceptionnel, c'est-à-dire en présence d'une cause légitime justifiant qu'il y soit dérogé (X. et J. Vuitton, Les référés, p. 186, LexisNexis 3^{ème} édition).

Le juge des requêtes étant à prendre des mesures urgentes sur base d'arguments et de pièces fournies par une seule partie, il en résulte d'une part que des mesures par voie d'ordonnance sur requête ne soient prises qu'en présence de circonstances exceptionnelles et d'autre part que la partie requérante doive motiver de manière très rigoureuse sa requête.

Pour opérer valablement la saisine juge des référés, il faut établir qu'à défaut de son intervention, la situation deviendrait irréversible.

Il s'ensuit que la requête unilatérale est admise en cas d'urgence exceptionnelle lorsque la crainte d'un péril grave et imminent nécessite une mesure immédiate qui ne saurait souffrir du délai causé par le recours à une procédure contradictoire (Trib. Luxembourg (réf), 21 décembre 2012, n° 148256 et 149460 du rôle, Hakim Boularbah, op. cité, n° 646).

Le président ne peut partant accepter de statuer unilatéralement qu'après s'être assuré que la mesure sollicitée exige effectivement qu'il soit, en l'occurrence, dérogé à la règle de la contradiction. Pour autoriser cette dérogation, il est impératif que les craintes et motifs du requérant justifiant le recours à une procédure unilatérale soient réels, suffisamment établis et objectivement démontrés par l'ensemble des éléments concrets du dossier. Le besoin d'agir clandestinement doit être apprécié de manière particulièrement stricte et rigoureuse (Hakim Boularbah, op. cité, n° 656).

Il convient de s'attacher dans un premier temps aux circonstances fournies par les parties requérantes initiales à l'appui de leur requête justifiant une exception au contradictoire.

L'objet de la requête du 5 décembre 2013 est libellé comme suit : « la présente action tend à faire échec et à suspendre les effets des résolutions du conseil d'administration de OG, prise à l'occasion de la réunion du 29 novembre 2013 et lors de laquelle le conseil a décidé de procéder à une augmentation de capital de OG par l'émission de nouvelles actions et à la souscription subséquente par la société de droit tchèque Tandis a.s. de 114.600.000 actions OG nouvellement émises au prix de Eur 0,47 par action ».

Les parties requérantes considèrent aux termes de leur requête du 5 décembre 2013 que l'émission d'actions nouvelles a eu lieu dans des conditions irrégulières et hautement abusives, qui peuvent être résumées comme suit :

- le but de l'augmentation du capital d'OG tel que mentionné dans un communiqué de presse d'OG du 2 décembre 2013 est en contradiction avec les indications précédemment fournies au conseil d'administration d'OPG,
- l'opération n'est pas dans l'intérêt du groupe : le montant de l'augmentation du capital d'OG dilue la position globale d'OPG dans OG de quelque 88% à quelque 46% de sorte qu'OPG est privée du bénéfice d'une cession d'une participation majoritaire dans OG,
- le prix d'émission des nouvelles actions tel que décidé par le conseil d'administration d'OG est sous-évalué (0,47 euros au lieu de 1,13 euros) et a été déterminé dans l'intérêt unique de M. E.) qui a profité, au travers de la société TANDIS a.s., d'une importante décote par action, et non pas dans l'intérêt de la société,

- il existe un conflit d'intérêts dans la mesure où M. E.) est à la fois administrateur de la société mère OPG et bénéficiaire économique de la société TANDIS a.s. ayant souscrit aux nouvelles actions à un prix dérisoire ; M. E.) a réalisé une économie conséquente en profitant d'une décote importante par actions du fait du prix sous-évalué et les autres administrateurs ont vu leur participation dans OPG diluée et souffrent d'une moins-value équivalente à l'économie réalisée par M. E.) ;
- le conseil d'administration, en décidant une augmentation de capital au profit d'un investisseur présentant un conflit d'intérêt, a voté dans un intérêt contraire à l'intérêt de la société OG, sans informer les autres actionnaires minoritaires de l'augmentation de capital, et s'est rendu coupable d'un abus de droit ;
- que la décision d'augmentation de capital a été prise dans l'urgence, 6 jours avant la convocation de l'assemblée générale des actionnaires d'OPG avec à l'ordre du jour la révocation des 9 administrateurs d'OPG, donc avec le risque que M. E.) voit son mandat d'administrateur révoqué.

Il peut être lu au point 41 de la requête que « compte tenu de motifs ci-avants exposés, la nécessité commande que la suspension, sinon le séquestre soit ordonné aux termes de la présente requête unilatérale. Cette nécessité résulte :

- a. du fait qu'il est urgent d'éviter que les nouvelles actions soient émises comme annoncé avant le 6 décembre 2013, au mépris des intérêts d'OPG, et que la situation qui en résulterait soit irrémédiable ;
- b. du fait que compte tenu du domicile de certaines parties impliquées, notamment la société tchèque Tandis a.s., les formalités et délais de signification d'une assignation sont incompatibles avec l'urgence et la nécessité de voir naître la situation décrite ci-dessus ».

La requête étant motivée par l'urgence, il y a lieu de vérifier si les conditions de l'extrême urgence sont données en l'espèce.

Les parties s'accordent pour dire que l'article 5.2 des statuts coordonnés au 13 juin 2013 d'OG autorise son conseil d'administration à réaliser une augmentation de capital dans le cadre du capital autorisé, entre autres, par une émission d'actions nouvelles.

Il est constant en cause que le 29 novembre 2013, le conseil d'administration d'OG a décidé à l'unanimité d'augmenter le capital social dans le cadre du capital autorisé.

Même à supposer que l'émission des nouvelles actions a eu lieu comme le soutiennent les parties requérantes dans des conditions irrégulières et hautement abusives et en violation de leurs intérêts et/ou des intérêts de la société OPG, il laisse d'être établi que les décisions prises lors du conseil d'administration d'OG du 29 novembre 2013 risquaient de produire sous peu dans le chef des parties requérantes et/ou des sociétés OG et/ou OPG, des conséquences préjudiciables et irréversibles et que l'introduction de la demande en référé, même par délai abrégé, ait été impuissante à régler la situation en temps utile.

L'appréciation de la nécessité ne saurait en effet reposer sur de simples suppositions.

De simples présomptions de cessions successives des actions nouvelles émises sans une quelconque preuve ou indice quant au risque de leur cession par la société Tandis a.s. à un tiers ne sauraient justifier une mesure aussi grave que le séquestre des actions d'une société qui peut paralyser les droits susceptibles de se révéler ultérieurement incontestables. Le juge ne doit

l'ordonner que pour des motifs graves et dûment vérifiés. Il ne saurait fonder sa décision sur de simples probabilités.

Il s'ensuit que les parties requérantes restent en défaut d'établir qu'au moment du dépôt de leur requête en date du 5 décembre 2013 les mesures sollicitées risquaient d'être inopérantes si elles n'étaient pas ordonnées immédiatement à l'insu de la partie OG et qu'elles se trouveraient confrontées à une situation irréversible.

Il y a par conséquent lieu de faire droit à la demande d'OG et de rétracter l'ordonnance présidentielle du 5 décembre 2013.

La société ORCO GERMANY sollicite encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Au vu des éléments du dossier il y a lieu de faire droit à la demande de la société ORCO GERMANY SA introduite sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile à hauteur de 5.000 euros.

A défaut de preuve de l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, les parties intervenantes sont à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS:

Nous Elisabeth CAPESIUS, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons les demandes en rétractation et en intervention en la forme ;

rejetons l'exception de litispendance ;

déclarons la demande en rétractation recevable et fondée ;

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision ;

ordonnons la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 5 décembre 2013 ;

partant déchargeons Maître Yann BADEN de la mission de séquestre lui confiée qui n'a plus lieu d'être ;

condamnons ALCHEMY SPECIAL OPPORTUNITIES FUND II LP, KINGSTOWN PARTNERS MASTER Ltd., KINGSTOWN PARTNERS II, LP, KTOWN, LP et FORUM FUNDS, ABSOLUTE OPPORTUNITY FUND à payer à la société ORCO GERMANY SA une indemnité de procédure de 5.000 euros ;

rejetons la demande de TRICADIA CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, Ltd et STRUCTURED CREDIT OPPORTUNITIES FUND II, LP en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamnons ALCHEMY SPECIAL OPPORTUNITIES FUND II, LP, KINGSTOWN PARTNERS MASTER Ltd., KINGSTOWN PARTNERS II, LP, KTOWN, LP et FORUM FUNDS, ABSOLUTE OPPORTUNITY FUND aux frais et dépens de l'instance à l'exclusion de ceux engendrés par l'intervention volontaire de TRICADIA CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, Ltd et STRUCTURED CREDIT OPPORTUNITIES FUND II, LP qui doivent rester à la seule charge de ces dernières;

déclarons la présente ordonnance commune à Maître Yann BADEN ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance sur minute nonobstant toute voie de recours et sans caution.