

Arrêt N° 132/17 IV-COM

Audience publique du douze juillet deux mille dix-sept

Numéros 38650, 39637, 39729 et 40437 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Serge THILL, premier conseiller;
Mylène REGENWETTER, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

I) Rôle 38650

E n t r e

la société à responsabilité limitée A, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B ,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Pierre Biel de Luxembourg du 19 avril 2012,

comparant par Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société de droit islandais B, anciennement B, établie et ayant son siège social à (...) 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, inscrite au registre islandais sous le numéro ,

intimée aux fins du prédit acte Biel,

comparant par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

II) Rôle 39637

Entre

1) la société à responsabilité limitée A, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B ,

2) C, sans état connu, demeurant à (...),

appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Geoffrey Gallé de Luxembourg du 21 février 2013,

comparant par Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et

la société anonyme D, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B ,

intimée aux fins du prédit acte Gallé,

comparant par Clifford Chance, une société en commandite simple, établie à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard Grande-Duchesse Charlotte, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant actuellement en fonction, la société à responsabilité limitée Clifford Chance GP, elle-même représentée par son gérant Maître Albert Moro, avocat à la Cour,

III) Rôle 39729

Entre

C, sans état connu, sans état connu, demeurant à (...),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Pierre Biel de Luxembourg du 6 mars 2013,

comparant par Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société de droit islandais B, anciennement B, établie et ayant son siège social à (...) 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, inscrite au registre islandais sous le numéro,

intimée aux fins du prédit acte Biel,

comparant par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

IV) Rôle 40437

E n t r e

la société à responsabilité limitée E, ayant succédé aux droits de B, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B ,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Josiane Gloden d'Esch-sur-Alzette du 31 juillet 2013,

comparant par la société anonyme Elvinger Hoss Prühssen, établie et ayant son siège social à L - 1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209.469, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par Maître Yves Prüssen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société à responsabilité limitée A, établie et ayant son siège social à , représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B ,

intimée aux fins du prédit acte Gloden,

comparant par Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société d'investissement à capital variable F SICAV-FIS, établie et ayant son siège social à , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

comparant par Maître Yann Baden, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) la société anonyme G, anciennement G, établie et ayant son siège social à , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41 A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 186.371, représentée par Maître François Kremer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

4) la société à responsabilité limitée A HOTELS, établie et ayant son siège social à , représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

comparant par Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

5) la société anonyme H, établie et ayant son siège social à , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

ne comparant pas,

6) l'établissement public autonome I, établie et ayant son siège social à , représentée par son comité de direction actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimé aux fins du prêt acte Gloden,

ne comparant pas,

7) la société anonyme J, anciennement J, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

ne comparant pas,

8) la société anonyme K(LUXEMBOURG), établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

ne comparant pas,

9) la société anonyme L, en abrégé L, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

ne comparant pas,

10) la société anonyme M (LUXEMBOURG), établie et ayant son siège social à , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

ne comparant pas,

11) la société anonyme N, Luxembourg Branch, établie et ayant son siège social à, représentée par ses organes statutaires en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

ne comparant pas,

12) la société anonyme O, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, établie et ayant son siège

social à, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B ,

intimée aux fins du prêt acte Gloden,

ne comparant pas.

LA COUR D'APPEL

I. Les parties impliquées.

A. Le fonds F, fonds d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois, était incapable de rembourser un prêt de 122.000.000 € venu à échéance le 31 octobre 2008 qui lui avait été accordé le 31 juillet précédent par la Banque B Luxembourg. Un nouveau prêt de 123.000.000 € qui a remplacé le premier lui a été accordé par la même banque le 19 décembre 2008. Le fonds est impliqué dans le litige en ce qu'il a été repris, moyennant cession d'actions, par la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois A qui s'était engagée à le recapitaliser. Le nouveau prêt lui a d'abord été accordé le 3 février 2009, puis dénoncé le même jour.

B. Le capital social du fonds F représenté par 42.231 actions était détenu en 2008 pour les deux tiers (28.154 actions) par la banque de droit islandais B hf et pour un tiers (14.077 actions) par la société anonyme de droit luxembourgeois D. La banque B hf a, durant la crise financière de 2008, 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 de la banque B, chargé notamment de la continuation de la gestion des activités de ladite banque comme banque commerciale en Islande. La banque ayant été restructurée, ses actifs non toxiques, dont ceux faisant l'objet du présent litige, ont été transférés à la banque de droit islandais B hf qui a pris le 23 novembre 2009 la dénomination sociale d'B hf. Les sociétés D et B sont impliquées dans le litige en leur qualité de cédantes des actions qu'elles détenaient dans le fonds F en faveur de la société cessionnaire A.

C. Le prêt que le fonds F était resté en défaut de rembourser à l'échéance du 31 octobre 2008 lui avait été octroyé par la filiale de la société maison-mère de droit islandais B hf, à savoir par la banque de droit luxembourgeois B LUXEMBOURG qui, en raison de la crise financière de 2008, a été placée sous le régime du sursis de paiement par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 9 octobre 2008. Cette banque sera le 10 juillet 2009 scindée en deux entités, à savoir la P et la banque E. Cette dernière est entrée

dans les droits et obligations de la société B LUXEMBOURG pour ce qui concerne notamment les faits objet du litige. La société E est impliquée dans le litige en sa qualité de banque dispensatrice de crédit au fonds F. (note de la Cour : les actes notariés du 10 juillet 2009 qui ont trait à la scission de la banque B LUXEMBOURG indiquent dans la version originale rédigée en anglais E, et dans la version française E. Etant donné qu'il ressort desdits actes que la version originale prime et que les parties ont toutes opté pour la dénomination contenue dans la version anglaise, la Cour en fait de même).

D. Les propriétaires du fonds F (*i.e.* la société D et la banque de droit islandais B hf) et la banque B LUXEMBOURG ont recherché en 2008 un repreneur prêt à recapitaliser le fonds et à rembourser l'emprunt de 122.000.000 € entretemps venu à échéance. Le fonds se trouvait du fait de son impossibilité de rembourser le prêt en cessation de paiement et les recherches tendaient à éviter la liquidation judiciaire de celui-ci. La banque B LUXEMBOURG était disposée à ne pas réclamer le remboursement immédiat de l'emprunt, qui constituait la créance la plus importante de son portefeuille, mais cherchait à trouver un repreneur du fonds F financièrement capable de rembourser l'emprunt.

Des pourparlers et des négociations exclusives ont été menés à partir de novembre 2008 avec la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois A dont le gérant unique et bénéficiaire économique est C.

La société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois A est impliquée dans le litige en ce qu'elle a acquis l'intégralité du capital social de la sicav F de la part de la banque islandaise B hf, devenue entretemps B, et de la société anonyme D. Elle est encore concernée par le litige en ce qu'ayant pris le contrôle de la sicav F dès le 19 décembre 2008, elle a garanti le nouvel emprunt ayant porté sur 123.000.000 €.

E. C est le bénéficiaire économique de la société A et son gérant unique. C'est lui qui a mené, en cette dernière qualité, les négociations avec les sociétés B hf et D pour l'acquisition de l'intégralité du capital social de la sicav F et, parallèlement en sa qualité de président du conseil d'administration du fonds F, celles avec la banque B LUXEMBOURG pour renégocier le prêt venu à échéance et destiné à être remplacé par un nouveau prêt à accorder par celle-ci au fonds.

F. La société G était le teneur du registre des actions du fonds F.

II. Les documents signés par les parties litigantes.

Les contrats de cession des actions du fonds et le contrat de prêt ont été signés les 11, 12, 18 et 19 décembre 2008.

A. La cession des actions de la sicav F.

La société A a acquis l'intégralité du capital social du fonds F moyennant deux contrats de cession, l'un signé le 11 décembre 2008 avec la société D et l'autre le 12 décembre 2008 avec la banque islandaise B. Ces deux contrats ont été amendés par un avenant du 19 décembre 2008.

1. Par contrat de cession (*Share Purchase Agreement*, ci-après SPA) du 11 décembre 2008, A a acquis de la société D 14.077 actions du fonds F pour la somme de 2.500.000 €, payable comme suit: un premier versement de 1.000.000 € à payer le 31 janvier 2009, le deuxième de 1.500.000 € à payer le 31 janvier 2010.

2. Par contrat de cession du 12 décembre 2008, A a acquis de la société B hf 28.154 actions du fonds F pour une somme comprise entre 3.000.000 et 6.000.000 €, payable en trois tranches : les deux premières de 1.500.000 € chacune à payer respectivement les 28 février et 30 juin 2009 et la troisième ayant porté sur un montant maximal de 3.000.000 € à payer le 29 juillet 2010, le montant définitif (donc situé entre 0 et 3.000.000 €) étant à fixer au regard de la valeur des actifs du fonds F à calculer avec effet au 30 juin 2010 par un expert indépendant.

Par un avenant du 19 décembre 2008, la société D s'est vu accorder deux garanties émises par la société A et par C pour garantir le paiement du prix de vente des actions F.

Par un avenant du 19 décembre 2008, la cédante B s'est vu accorder des sûretés réelles et personnelles, à savoir :

la constitution par A de deux gages sur l'ensemble des actions du fonds: il s'agissait d'un gage de premier rang sur 25% de l'intégralité des actions F (soit 10.558 actions) et d'un gage de second rang sur 75% de l'ensemble des actions (soit 31.673 actions);

la constitution d'une garantie d'C, l'actionnaire unique de la société A, pour toute somme redue à B en vertu du SPA jusqu'à un montant en principal de 6.000.000 €.

B. Le contrat de prêt de 123.000.000 €.

Par contrat conclu le 19 décembre 2008 entre F (emprunteur), A (garant) et la Banque B LUXEMBOURG, cette dernière a accordé à F un prêt de 123.000.000 € avec une période d'utilisation dont

l'échéance était fixée au 30 janvier 2009. Ce prêt était destiné à remplacer celui de 122.000.000 € toujours non remboursé.

A avait émis une garantie en faveur de la banque à hauteur de 35.000.000 €.

Elle avait en outre accordé à la banque B deux gages sur l'ensemble des actions du fonds: il s'agissait d'un gage de premier rang sur 75% de l'intégralité des actions F (soit 31.673 actions) et d'un gage de second rang sur 25% de l'ensemble des actions (soit 10.558 actions).

C. Les négociations menées jusqu'au 3 février 2009, date de l'accord et de la dénonciation par la Banque B LUXEMBOURG du contrat de prêt.

Le contrat de prêt du 19 décembre 2008 prévoyait des conditions suspensives à son entrée en vigueur qui devaient être remplies le 30 janvier 2009 et des conditions résolutoires du prêt qui, positives, devaient être remplies, et négatives, devaient avoir été levées, le tout pour le 31 janvier 2009. Ces conditions concernaient tant l'emprunteur que le garant.

Certaines des conditions suspensives et résolutoires n'étaient pas remplies aux échéances respectives. Des négociations ont été menées peu avant ces dates pour voir reporter les dates d'échéance.

La Banque B LUXEMBOURG a informé le 3 février 2009 la société A de ce que le prêt portant sur 123.000.000 € lui était accordé avec valeur au 30 janvier 2009. Moins d'une heure plus tard, elle l'informait que ce même prêt était dénoncé pour non accomplissement de deux conditions résolutoires au 31 janvier 2009.

III. Les actions judiciaires intentées suite à la dénonciation du prêt.

A. Celles engagées en vertu de l'emprunt dénoncé.

1. Par requête du 5 février 2009, la Banque B LUXEMBOURG a demandé et obtenu, suivant ordonnance du même jour, l'autorisation de former saisie-arrêt et opposition auprès de neuf établissements bancaires luxembourgeois en exécution de la garantie de 35.000.000 € donnée par A, cantonnée suivant ordonnance du juge des référés de Luxembourg du 6 mars 2009 au montant de 35.051.755,67 €. Une saisie-arrêt a encore été effectuée le 12 mai 2009 entre les mains de la société A HOTELS.

La Banque B a réalisé le 20 février 2009 le gage premier en rang sur les 75% des actions F. Elle a informé G, le teneur de registre du

fonds de la réalisation du gage et lui a demandé de l'inscrire sur le registre des actionnaires en tant que nouvel actionnaire du fonds.

Elle a assigné A en validation des saisies - arrêts pratiquées et en paiement de la somme de 35.000.000 €.

2. A a introduit le 2 mars 2009 une procédure judiciaire contre la Banque pour la voir condamner notamment à lui restituer l'ensemble des actions qu'elle s'était appropriées.

3. Par jugement du 10 juillet 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, après avoir joint les demandes, a constaté que la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois E était entrée dans les droits et obligations de la Banque B LUXEMBOURG pour ce qui concerne les faits à la base du litige. Il a déclaré l'appel à la garantie à première demande adressé par la Banque à A manifestement abusif, dit la demande en paiement de la société E contre la société A basée sur cette garantie non fondée, annulé les saisies - arrêts pratiquées les 6 février et 12 mai 2009 et en a ordonné la mainlevée, dit fondée à hauteur de 15.000 € la demande de la société A en dommages et intérêts du chef des saisies pratiquées à tort et condamné la société E à lui payer ce montant avec les intérêts légaux à partir du jugement jusqu'à solde, ordonné à la société E de restituer à la société A la totalité des actions qu'elle s'était appropriées suite aux gages réalisés, dans le mois suivant la signification du jugement, sous peine d'une astreinte de 10.000 € par jour de retard, avec un plafond limité à 13.000.000 €, dit non fondées les autres demandes en indemnisation de la société A, condamné la société E à payer à A une indemnité de procédure de 15.000 €, rejeté les demandes des sociétés E, F et G basées sur l'article 240 NCPC, condamné la société E aux frais et dépens des « différentes instances en rapport aux demandes adjudgées », déclaré le jugement commun aux sociétés F, G et aux sociétés tierces - saisies dont aucune n'avait fait de déclaration affirmative.

Ce jugement a été entrepris par la société E par acte d'huissier de justice du 31 juillet 2013. L'appel a été enrôlé sous le numéro 40437.

B. Celles engagées en vertu des contrats de cession.

1. L'assignation de la société D.

Cette société cédante du tiers des actions du fonds F a été créditée le 3 février 2009 par A du montant de 1.000.000 €, mais non pas du solde ayant porté sur 1.500.000 € échu le 31 janvier 2010. La société D a par acte d'huissier de justice du 1er avril 2011 actionné la société A et C en paiement de la somme de 1.500.000 €.

Par jugement du 23 janvier 2013 rendu contradictoirement contre les défendeurs, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a fait

droit à la demande et condamné les défendeurs in solidum à payer à la demanderesse la somme de 1.500.000 € avec les intérêts légaux à partir du 31 janvier 2010 jusqu'à solde et une indemnité de procédure de 1.000 €.

Ce jugement a été entrepris par A et C par un acte d'huissier de justice du 21 février 2013. L'appel a été enrôlé sous le numéro 39637.

2. Les assignations de la société B

Cette banque qui est entrée dans les droits et obligations de la banque islandaise B hf n'a rien touché du tout de la part de la cessionnaire A.

Elle a réalisé le 5 octobre 2009 le gage premier en rang sur les 25 % de l'ensemble des actions F. Elle les a par la suite cédées à E pour la somme de 175.000 €.

Elle a assigné la société A et C devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

a. Par jugement du 27 janvier 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a condamné par défaut la société A à payer à la demanderesse la somme de 6.000.000 € avec les intérêts conventionnels de 7,5 % l'an à partir du 28 février 2009 jusqu'à solde, dont à déduire la somme de 175.000 € payée le 15 décembre 2009, et une indemnité de procédure de 750 €.

Ce jugement a été signifié le 12 mars 2012 à la société A que celle-ci a entrepris par un acte d'huissier de justice du 19 avril 2012. L'appel a été enrôlé sous le numéro 38650.

b. Par jugement du 19 décembre 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a condamné C, pris en sa qualité de garant, à payer à la demanderesse la somme de 5.825.000 € avec les intérêts au taux conventionnel de 7,5% sur la somme de 1.500.000 € du 28 février au 30 juin 2009, sur la somme de 3.000.000 € du 30 juin au 15 décembre 2009, sur la somme de 2.825.000 € du 16 décembre 2009 au 29 juillet 2010 et sur la somme de 5.825.000 € à partir du 29 juillet 2010 jusqu'à solde.

Ce jugement a été entrepris par C par un acte d'huissier de justice du 6 mars 2013. L'appel a été enrôlé sous le numéro 39729.

Ces appels ont fait l'objet d'une ordonnance de jonction du magistrat de la mise en état pour qu'il y soit statué par un seul et même arrêt. Cette jonction a été ordonnée au vu du fait que les actions judiciaires découlent des contrats de cession et de prêt de décembre 2008 et que l'action judiciaire introduite par la société E,

suite à la dénonciation du contrat de prêt, a, selon les appelants A et C, entraîné leur impossibilité d'honorer les engagements qu'ils avaient pris tant à l'égard de la banque E qu'à l'égard des cédantes B et D.

Il convient d'abord de toiser l'appel dirigé par la banque E contre le jugement du 10 juillet 2013.

IV. Le litige opposant la société A à la banque E.

A. Les stipulations pertinentes du contrat de prêt de 123.000.000 € accordé à F.

Le contrat de prêt signé le 19 décembre 2008 était soumis quant à l'obligation pour le prêteur « *to advance the loan* » (art.4.3.) à la réalisation de conditions suspensives (*Conditions Precedent*) qui, par définition, devaient être satisfaites avant le tirage du prêt (*i.e.* la mise à disposition des fonds) à intervenir au plus tard le 30 janvier 2009 (art.7.1.). L'article 5 du *Loan Agreement* intitulé *Conditions Subsequent* mettait à la charge des « *obligors* » (*i.e.* F et A) la production de quatre sortes de documents pour le 31 janvier 2009.

1. Les conditions suspensives à l'octroi du prêt à F consistaient principalement en :

-la constitution par la société A (propriétaire à 100% du fonds) au profit de la Banque B LUXEMBOURG de deux gages sur les actions F: un gage premier en rang sur 75% des actions et un gage deuxième en rang sur 25% des actions [art.4.1 (r),(s)],

Cette condition ayant été remplie dans le délai conventionnel, les actions F étaient donc grevées de deux gages croisés (75/25) au profit respectivement de la Banque B LUXEMBOURG et de la maison-mère B (dénommée par après B), portant à chaque fois sur le nombre total des actions, avec alternativement un premier et un second rang.

-la constitution par la société A d'une garantie de 35.000.000 €, [art.4.1 (q)],

-la preuve à établir par la société A d'être capable d'effectuer un apport en nature au fonds F d'au moins (*at least*) 35.000.000 € [art.4.1 (t)].

2. Les conditions résolutoires consistaient notamment pour la société A d'effectuer pour le 31 janvier 2009 au plus tard l'apport en nature de deux immeubles d'une valeur minimale de 35.000.000 €. [l'article 5.1 (b) dispose que A doit apporter *the Evidence that the Contribution (i.e. les deux immeubles en nature) has been finalized* par la production du *contribution report issued by ...*]. Une autre

consistait pour l'emprunteur F d'hypothéquer au profit de la banque prêteuse l'ensemble de son actif immobilier [art.5. 1(c)].

La Banque a dénoncé le 3 février 2009 le contrat de prêt au motif que ces deux *conditions Subsequent* prévues sous les numéros 5.1 (b) et 5.1(c) du contrat de prêt n'avaient pas été remplies.

B. Le jugement du 10 juillet 2013.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg était saisi de trois rôles, dont deux introduits par la banque E aux fins de validation des saisies - arrêts pratiquées entre les mains de neuf banques de la place et entre les mains de la société à responsabilité limitée A HOTELS pour avoir paiement de la somme de 35.000.000 € lui redue en vertu d'une garantie à première demande que lui avait accordée A dans le cadre du contrat de prêt. La demande de la société A tendait, quant à elle, à la restitution des actions détenues par la Banque qui se les était appropriées suite à la réalisation du gage effectuée en continuation de la dénonciation du contrat de prêt. La société A concluait en outre du fait de la dénonciation du prêt qu'elle qualifiait d'abusives à l'allocation de dommages-intérêts de 103.000.000 €.

Le tribunal a d'abord constaté que les «*Conditions Subsequent*» invoquées par la Banque E à l'appui de la dénonciation du contrat de prêt, à savoir la preuve de la réalisation de l'apport en nature par la société A au fonds F des deux biens immobiliers spécifiés au contrat de prêt et la signature par le fonds des hypothèques au profit de la Banque n'avaient pas été remplies à la date limite prévue au contrat, c'est-à-dire au 31 janvier 2009.

Il a poursuivi en les termes suivants :

« La société à responsabilité limitée A est d'avis que la banque aurait en premier lieu commis une faute, en sa qualité de dispensateur de crédit, en ce qu'elle aurait accordé les fonds tout en sachant que les conditions n'étaient pas remplies. La banque aurait commis une seconde faute en rompant de manière brusque et abusive la convention de prêt.

Elle soutient que la banque aurait marqué son accord de reporter la date d'accomplissement des «Conditions Subsequent» au 13 mars 2009.

Un tel accord explicite ne résulte d'aucun élément du dossier.

S'il résulte des pièces versées en cause (pièces 43 à 44 de M^e Fabio TREVISAN) :

- qu'en date du vendredi 30 janvier 2009 le mandataire de la société F a fait parvenir au conseil juridique de la société anonyme B à 18h44 un courriel avec un projet de «Waiver letter», actant un accord des parties concernant un report du délai pour fournir les «Conditions Subsequent»,

- que celui-ci répond 2 minutes plus tard (donc à 18h46) par mail que la banque lui fera part de ses observations concernant la «Waiver letter» lundi prochain (2 février 2009),

- que le 2 février 2009 à 20h15, le conseil juridique de la banque s'excuse auprès du mandataire de la société F de n'avoir pas répondu plus tôt, mais que la banque est toujours à la recherche d'une solution acceptable pour toutes les parties en cause et reviendra vers lui le lendemain 3 février 2009,

ces courriels n'établissent néanmoins pas une intention ferme et non-équivoque de la banque d'admettre un report du délai jusqu'au 13 mars 2009.

Dès lors que les «Conditions Subsequent» (la preuve de l'apport en nature et la constitution d'hypothèques supplémentaires au profit de la banque) n'étaient pas remplies à la date limite prévue au contrat, c'est-à-dire au 31 janvier 2009, la banque aurait été en droit de refuser l'octroi du prêt.

Force est de constater qu'au moment où la banque confirmait à l'emprunteur l'octroi du crédit, c'est-à-dire le 3 février 2009 à 16h22, ces conditions n'étaient toujours pas remplies.

Au vu de cette confirmation, l'existence et l'état des négociations entre parties en vue du report de la date-butoir ne sont pas déterminants pour la solution du présent litige.

Il laisse d'être établi que la banque aurait oralement confirmé la mise à disposition des fonds au gérant (C) de la société à responsabilité limitée A le 30 janvier 2009 (cf. conclusions de M^e Pierre Elvinger du 13 août 2010, page 4) ou même le 29 janvier 2009 (cf. conclusions de M^e Pierre ELVINGER du 13 août 2010, page 13). Ces affirmations, non corroborées par une quelconque pièce, sont en plus en contradiction flagrante avec les attestations testimoniales de ... et de Marie ..., versées par la société anonyme B, qui relatent que cette dernière exigeait toujours en date du 30 janvier 2009 la passation des actes d'affectation hypothécaire

Le prêt initial (ce qui est d'ailleurs étonnant) n'était assorti d'aucune garantie (la banque le reconnaît elle-même dans ses écritures) ! La position de la banque s'est donc considérablement améliorée par la conclusion du contrat de refinancement du 19 décembre 2008. En effet, elle bénéficiait non seulement d'une

garantie à première demande d'un montant de 35 millions d'euros de la part du garant, la société à responsabilité limitée A, mais encore de gages consentis sur les actions existantes et futures de la société F, alors qu'elle ne devait pas engager des fonds supplémentaires.

Rappelons que dans le contexte de la reprise de la société F, il avait été convenu que la société à responsabilité limitée A devait non seulement payer un prix d'acquisition d'au moins 5,5 millions d'euros, mais encore intervenir en tant que garante au prêt de refinancement. Les affirmations de la banque suivant lesquelles la société à responsabilité limitée A (cf. conclusions de M^e Pierre ELVINGER du 13 août 2010, page 15) aurait pris le contrôle de la société F sans déboursier le moindre montant sont restées à l'état de pure allégation.

Le prêt d'argent ne se forme qu'avec la remise des fonds à l'emprunteur. Tant que les fonds ne sont pas transférés, les parties ne sont liées que par un accord purement consensuel qui n'est qu'une ouverture de crédit (cf. Les contrats civils et commerciaux, François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, n°842).

Afin de pouvoir bénéficier des garanties accordées, il était donc primordial pour la banque de mettre, au moins en théorie par un jeu d'écritures, à la disposition de l'emprunteur les sommes prévues au contrat de refinancement.

Si les «Conditions Subsequent» avaient été tellement importantes pour la banque, elle aurait dû refuser d'exécuter le prêt. En effet, l'article 4.2 du contrat ne prévoit l'obligation de la banque de mettre à disposition de l'emprunteur les fonds qu'à condition que les garanties consenties soient réelles et qu'aucun «event of default» ou «potential event of default» ne se soit produit ou ne puisse résulter du tirage du prêt.

Mais dans cette hypothèse elle n'aurait pas pu bénéficier des sûretés contenues dans ce prêt.

Ayant forcément accordé le prêt en connaissance de cause, elle ne pouvait 48 minutes plus tard le dénoncer en raison du non-accomplissement de conditions déjà non remplies au moment de la mise à disposition (théorique) des fonds.

En effet, la banque a en quelque sorte elle-même créé un cas de défaut afin de pouvoir profiter des garanties ce que démontre la résiliation opérée si peu de temps après la confirmation de la mise à disposition des fonds.

L'octroi et la dénonciation du contrat de prêt dans les conditions de l'espèce, dictés par le seul intérêt du prêteur, sont fautifs.

La manière d'agir de la banque est contraire aux obligations contractuelles de bonne foi et de loyauté que chaque cocontractant se doit de respecter.

Il est encore intéressant de relever que la société anonyme B se trouvait à l'époque des faits sous le régime du sursis de paiement et avait dès lors par nature un besoin urgent de liquidités.

Elle ne le cache d'ailleurs pas, alors qu'elle fait écrire qu'elle «ne pouvait pas attendre une éternité pour agir et pour sécuriser la plus importante exposition crédit, dont dépendait le succès de sa restructuration et donc sa survie» (cf. conclusions de M^e Pierre Elvinger du 13 août 2010, page 14 ».

La juridiction du premier degré en a conclu que l'octroi et la dénonciation subséquente du prêt par la banque B étaient intervenus en violation de ses obligations contractuelles de bonne foi et de loyauté, que le contrat de base ayant été délibérément rompu par le bénéficiaire de la garantie l'appel à la garantie était à considérer comme manifestement abusif, et que les saisies - arrêts pratiquées sur base de cette garantie frauduleusement appelée, étaient à annuler et leur mainlevée à ordonner.

Le tribunal a en conséquence fait droit à la demande de A en restitution des actions F que la Banque B (E) s'était appropriées en réalisant le gage.

La Cour renvoie pour le surplus au dispositif du jugement repris aux pages 10 et 11 de l'arrêt.

C. Les moyens d'appel

1. La société E prend très extensivement position par rapport à la double décision prise le 3 février 2009, d'une part, d'accorder le prêt et, d'autre part, de le dénoncer dans la foulée.

Elle soutient que la société A et son gérant unique C, au passé sulfureux, seraient des escrocs et que leur but premier aurait consisté, sous de fausses promesses, à devenir propriétaires du fonds F, pour ainsi mieux pouvoir mettre la main sur les propriétés immobilières de celui-ci et n'avoir dès l'entrée en négociations en vue de la reprise du fonds jamais eu l'intention de remplir les obligations contractuelles qu'ils avaient souscrites. Elle fait valoir à ce titre qu'C, entretemps devenu propriétaire du fonds via la société A, aurait sciemment saboté le 30 janvier 2009 le rendez-vous auprès du notaire prévu pour la signature des hypothèques sur les immeubles appartenant à F en faveur de la banque prêteuse et d'avoir tout fait pour ne pas remplir son obligation de recapitaliser le fonds à hauteur de 35.000.000 €. E expose que A lui aurait transmis le 27 janvier 2009 un rapport d'évaluation des immeubles devant

faire l'objet d'un apport en nature au fonds établi par la société R sur base de données qui auraient été fournies à celle-ci par C, rapport qui en conséquence n'aurait pas été fiable. Ce rapport pour n'avoir été transmis que le 27 janvier 2009 l'aurait mise dans l'impossibilité de procéder aux vérifications dans les délais contractuels requis, soit le 30 janvier 2009. Il s'y ajouterait que des recherches effectuées en 2015 l'auraient a posteriori définitivement convaincue de ce qu'elle avait eu affaire à des escrocs en ce que les immeubles proposés par A pour être apportés en nature dans le fonds F (le contrat visait l'apport de deux complexes immobiliers, mais A admet qu'elle a en sus proposé d'autres immeubles non prévus par la clause contractuelle) étaient d'une valeur de loin inférieure à celle stipulée de 35.000.000 €. La mise en scène du 30 janvier 2009 lors de laquelle F aurait dû impérativement signer les contrats hypothécaires de l'ensemble du parc immobilier en faveur de la banque prêteuse, réunion qui aurait été sciemment boycottée par C (F était uniquement représentée par ce dernier, alors pourtant que deux administrateurs étaient nécessaires pour engager la société) serait la preuve manifeste que celui-ci, pris en sa qualité de président du conseil d'administration du fonds, ne voulait pas signer ces contrats. L'appelante ne conteste pas avoir été disposée à reporter au 13 mars 2009 l'échéance à laquelle A devait fournir la preuve de sa capacité à faire l'apport en nature de 35.000.000 €. [art.4.1 (t)]. Elle fait cependant valoir que convaincue de la mauvaise foi du repreneur, elle a décidé, passé le week-end des 1^{er} et 2 février 2009, de renoncer à la condition suspensive tenant à l'apport en nature de 35.000.000 € qui aurait dû être satisfaite au 30 janvier 2009, d'accorder le prêt à F, mais au vu de ce que l'emprunteur avait refusé de remplir son obligation résolutoire d'hypothéquer l'ensemble de ses immeubles en sa faveur, de dénoncer immédiatement le contrat de prêt. Elle justifie sa façon d'agir par la mauvaise foi de la société A, sinon de son bénéficiaire économique, qui, dès le début, auraient été animés par l'unique volonté de s'emparer du fonds F pour mieux le mettre à sang. Elle en veut pour preuve que dès la prise de contrôle de la sicav F par la société A, il se serait avéré qu'C se serait empressé de détourner des liquidités du fonds aux fins d'apurer une dette d'une filiale de A envers une banque italienne, dette issue d'un prêt accordé par cette banque pour l'acquisition par cette filiale d'un des deux immeubles à apporter en nature au fonds, dette non mentionnée dans le contrat de prêt du 19 décembre 2008.

Aux termes de ses conclusions récapitulatives du 19 janvier 2017 (pages 139-140), l'appelante E conclut de la manière suivante :

Alors que les raisons invoquées par E au début de la procédure auraient dû suffire pour débouter A de sa demande contre E, dont l'imposture manifeste déjà prouvée par la présentation de novembre 2008, le refus de signer les hypothèques et l'absence de réponses aux questions sur les dettes et sur la situation éventuelle de défaut des autres crédits, qui ont provoqué la décision de ne pas accepter le

report de la date des autres conditions subséquentes et la déclaration de la déchéance du terme après acceptation de la demande de tirage, les recherches faits sur les actifs et passifs des sociétés dont l'apport avait été annoncé a démontré l'ampleur de l'imposture et l'inexistence des valeurs annoncées.

L'argument que la Banque aurait accepté de reporter la date de toutes les conditions subséquentes, y compris la signature des hypothèques sur les immeubles luxembourgeois, est démenti par les messages clairs que la signature de l'avenant concernant le report de cette date devait se faire de manière concomitante avec la signature de ces hypothèques. La proposition de l'avenant ne devait donc viser que celles des conditions qui n'avaient pas encore été remplies à ce moment et la Banque avait signalé que le défaut de signature était considéré comme une violation grave des obligations souscrites par les parties débitrices.

Toute cette affaire était dès l'origine une escroquerie montée par C pour s'emparer d'F et les procédures judiciaires initiées par lui (en quelque qualité que ce soit) sont la continuation de celle-ci qui avait débuté avec l'imposture ayant mené à l'achat des actions. Actuellement, alors que l'escroquerie initialement prévue n'est plus possible suite à sa déconfiture et l'évaporation du mirage de l'existence d'actifs de 35 millions Eur, ainsi que des mesures prises par tous les créanciers de C et de ses sociétés pour recouvrer leurs créances, l'objectif de C et de sa société A est de s'enrichir au préjudice des créanciers de E. Voilà pourquoi l'imposture continue.

Par contre, affirmer comme l'a fait le premier juge, et comme se plaisent à le répéter A et C, que B Luxembourg aurait elle-même créé le défaut en vertu du contrat de crédit en acceptant la demande de tirage de C, alors qu'elle aurait su que les conditions subséquentes n'auraient pu être remplies à la date limite, ne méconnaît pas seulement le fait que l'accord de principe déjà donné de repousser la date de la réalisation de l'apport était soumis à la condition que les hypothèques soient, comme convenu, signées, mais signifie avant tout que la Banque :

aurait été responsable de l'inexistence des actifs de 35.000.000 Eur que A devait apporter à F;

aurait été responsable de la dissimulation du passif par C découvert en partie par la suite;

aurait été responsable des fausses déclarations de C relatives aux défaillances sous les autres crédits, notamment celui de Q; et

aurait été responsable des arrangements faits par C pour ne pas signer les hypothèques à la date convenue.

De toute façon, la fraude est du côté de l'imposteur, qui poursuit cette escroquerie à jugement.

Et si quiconque voudrait continuer à soutenir que la Banque aurait agi de manière frauduleuse en se protégeant des agissements de l'imposteur, il méconnaît le principe que celui qui allègue la fraude d'autrui, doit avoir lui-même les mains propres. La Cour constatera le silence absolu des conclusions de A et de C sur l'applicabilité de ce principe.

2. La société A conclut à la confirmation du jugement du 10 juillet 2013 et à se voir réserver tous droits quant aux volets du jugement où elle a été déboutée de ses prétentions. Elle sollicite une indemnité de procédure de 5.000 €.

Elle conclut quant à la question de la dénonciation du contrat de prêt (pages 64-66 des conclusions récapitulatives du 5 octobre 2016) de la façon suivante :

« En vertu de l'adage « fraus omnia corrumpit » sont prohibés tous les actes de dol ou fraude au sens général du terme, à savoir, tous actes de malveillance, par volonté de nuire à autrui, ou tous actes de tromperie, notamment par la recherche dommageable d'un avantage aux dépens d'autrui, ou bien encore, plus largement, tous actes qui concrétisent une intention dommageable envers autrui. Cette prohibition implique qu'un acte entaché de fraude ne peut jamais être opposé aux tiers, ni aux parties et exclut que l'auteur de cet acte frauduleux puisse s'en prévaloir pour en tirer profit. » (Cour Cass. belge, 2^e chambre, 6 nov 2002).

«Le principe posé par l'adage « fraus omnia corrumpit » ne connaît, en effet, aucune restriction. « La fraude fait exception à toutes les règles », quelle qu'en soit la nature. Dès lors qu'ils tendent à éluder une règle obligatoire, même d'origine conventionnelle, l'exercice d'une prérogative contractuelle, au même titre que l'usage d'une liberté s'exposent à être sanctionnés, s'il est établi que leur titulaire a agi par intention frauduleuse » (André PRUM, Les garanties de première demande, n°443, p247)

Il résulte du principe général du droit *fraus omnia corrumpit* qu'une situation illicite ou frauduleuse ne peut se voir reconnaître aucun effet à tout le moins ne peut être opposée ni aux tiers ni aux parties.

En l'espèce, les développements qui précèdent démontrent à suffisance la fraude qui a entouré la résiliation du contrat de prêt par la Banque et l'appropriation frauduleuse des actions gagées par la

Banque et B. La dénonciation de cette fraude doit conduire à la restitution des actions F à A.

Les parties adverses soutiennent que la restitution forcée des actions serait exclue car elle ne respecterait pas la ratio legis de la loi de 2005 sur les garanties financières.

Cependant la doctrine, relayée par le jugement du 10 juillet 2013, n'est pas de cet avis. En effet, la loi de 2005 sur les garanties financières bien qu'elle déclare inapplicable aux contrats de garantie financière les règles relatives aux procédures collectives, n'en écarte pas pour autant l'ensemble des règles du droit civil. L'action en nullité fondée sur l'application du principe fondamental « *fraus omnia corrumpit* » n'a donc pas été exclue et s'applique au contrat de gage.

La partie concluante est parfaitement en droit de demander l'annulation de la réalisation de son gage par la Banque et par B au vu du contexte dans lequel elle a eu lieu.

L'intention frauduleuse de la Banque, et même de l'ensemble du groupe B, y inclus D et B, en tant que complice de ces manœuvres, résulte des événements rappelés ci-avant.

Bien que E cherche après coup à justifier le comportement de la Banque, celle-ci s'est rendue coupable d'une fraude manifeste en confirmant le tirage d'un prêt pour le dénoncer 50 minutes plus tard. A ce jour E n'a donné aucune explication sérieuse et sensée à cette rupture brutale et abusive du prêt, d'autant plus que les parties étaient dans un contexte de négociations au moment de la rupture. Il n'y avait au 3 février 2009 aucun motif sérieux et dirimant de nature à justifier cette rupture.

Au risque de se répéter, le tirage du prêt n'était pas automatique au 30 janvier 2009 (vendredi) mais supposait encore que les conditions suspensives (Conditions Precedent) soient remplies (clause 4 du contrat de prêt). La Banque avait donc un moyen d'empêcher le tirage au 30 janvier 2009.

Par ailleurs les négociations sur la satisfaction des conditions subséquentes (Conditions Subsequent) étaient déjà en cours au 29 janvier 2009. La Banque savait donc pertinemment au 30 janvier 2009 que les conditions subséquentes ne seraient pas satisfaites au 31 janvier 2009 (samedi).

La Banque n'a pourtant pas manqué par une lettre de confirmation du tirage en date du 3 février 2009 (mardi) de confirmer par écrit qu'elle renonçait volontairement aux conditions suspensives (Conditions Precedent) conformément à la clause 4.3 du contrat de prêt.

C'est donc en parfaite connaissance de cause que la Banque a accepté le tirage du prêt.

La valorisation des actifs qui devaient être apportés au 31 janvier 2009 à F n'a jamais été contestée jusqu'à ce jour. E essaie de trouver plus de 7 ans après les faits des justifications à un comportement inacceptable et frauduleux, contraire à tous les principes de bonne foi, de loyauté et de bienveillance qui doivent guider les relations commerciales.

Comme expliqué ci-avant la demande d'une expertise sur la valorisation de ces actifs n'est d'aucune pertinence sur la résolution du présent litige. La solution de ce litige ne dépend pas de savoir si la méthode de valorisation retenue était la bonne, ou encore si la valeur attribuée à chaque bien était justifiée.

La véritable question est de savoir si la Banque avait un motif légitime et sérieux pour confirmer l'acceptation du tirage puis résilier le contrat de prêt en moins de 50 minutes. La logique laisse à penser qu'un tel motif s'il existait devait nécessaire être né entre le moment de la confirmation et le moment de la résiliation, soit le 3 février 2009 entre 16h22 et 17h10. Or, un tel motif n'existe tout simplement pas. Ce ne sont pas des justifications « après coup » qui permettront de couvrir la fraude à laquelle se résume toute cette affaire.

D. Discussion.

1. Le contexte.

Il convient de resituer le litige dans le contexte de l'époque, soit en plein pic de la crise financière de l'automne 2008 ayant sévi en Europe.

Le fonds F était sous la menace d'une liquidation judiciaire et sous la surveillance de la CSSF en raison de son endettement excessif à l'égard de la banque B LUXEMBOURG et de son incapacité de rembourser le prêt de 122.000.000 €.

Son actionnaire principal, la banque B hf, avait été placée le 21 octobre 2008 sous contrôle par le gouvernement islandais et a par

après être scindée en deux sociétés distinctes, dont la B actuellement dénommée B.

La banque B LUXEMBOURG avait été placée le 9 octobre 2008 sous le régime du sursis de paiement, sa créance principale ayant été celle qu'elle détenait sur le fonds F.

C'est donc dans ce climat incertain et turbulent que s'est faite la recherche d'un repreneur pour le fonds qui devait être capable de le recapitaliser et de permettre ainsi à la banque prêteuse d'assurer sa créance à l'égard du fonds.

A cela s'est ajouté un délai extrêmement bref endéans lequel l'opération de rachat des actions du fonds et son refinancement devaient se réaliser : le prêt accordé par la Banque B à F devait être tiré le 30 janvier 2009 au plus tard, sous réserve des conditions suspensives et résolutoires à remplir pour les 30 et 31 janvier 2009.

2. L'approche de la Cour.

L'examen des faits ayant conduit à l'octroi du prêt et à sa dénonciation est donc à faire au regard de la situation ayant existé fin janvier - début février 2009. C'est également à cette période qu'il convient de se reporter pour apprécier le comportement des parties en cause et leur niveau d'information respectif. Les faits qui se sont passés après la dénonciation du prêt ne sont pas à considérer, étant donné qu'ils ne sont pas à même d'avoir exercé une influence sur la décision de la Banque d'accorder, puis de dénoncer le prêt. Il en est de même des recherches que la banque E a fait effectuer de 2010 à 2016 et qui, selon elle, établiraient que l'apport en nature de 35.000.000 € que la société A s'était engagée de faire était dès l'ingrès impossible à réaliser au vu de la situation financière de cette dernière et plus spécialement de la valeur moindre des immeubles à apporter que celle alléguée par la société.

S'il est certes vrai que des recherches ultérieures peuvent au besoin servir à renforcer des éléments préexistants, il convient cependant de se concentrer prioritairement sur ces éléments.

Il doit en être de même de tout fait qui a eu lieu durant la période du 19 décembre 2008 au 31 janvier voire 3 février 2009, période durant laquelle l'intégralité des actions du fonds F était détenue par la société A, dont le gérant unique était C. Les prélèvements opérés par l'actionnaire unique dans les liquidités du fonds et qui, selon l'intimée, étaient destinés au remboursement de dettes de la société A ou de ses sociétés apparentées en faveur de tiers, ce qui, selon E, établirait la volonté de la société A de privilégier ses propres intérêts au détriment de ceux du fonds et des créanciers de celui-ci, n'étaient pas à la connaissance de la banque B au moment de la dénonciation du prêt et ne sauraient la justifier après coup, cela abstraction faite

de la question de régularité de ces opérations critiquées que la société A soutient avoir été en droit de réaliser. La Cour reviendra cependant sur ce point page 42.

3. Les garanties et sûretés.

Que les cédantes des actions du fonds F et la Banque B qui a accordé le prêt de 123.000.000 € aient exigé des garanties tant personnelles que réelles au cessionnaire, aux garants et au fonds emprunteur est usuel. Que ces garanties n'aient pas été exigées par la banque B au mois de juillet 2008 à l'occasion de l'octroi du prêt de 122.000.000 €, donc à un moment où le fonds appartenait en majorité à la banque-mère islandaise B, s'explique par les relations directes et étroites ayant à l'époque existé entre l'actionnaire majoritaire du fonds et la banque prêteuse. Il s'y ajoute que la société D a été créée par la banque B et qu'elle n'aurait pas pu entrer dans le capital du fonds sans l'accord de l'actionnaire majoritaire.

Cette situation devait évoluer avec le changement de l'actionnariat du fonds, la société A n'ayant été auparavant liée d'aucune manière aux anciens actionnaires, ni à la banque prêteuse.

4. Le transfert de la propriété du fonds F à A a été parfait le 19 décembre 2008.

Ce point est primordial et va conditionner le comportement ultérieur des parties.

La cession des actions du fonds F à la société A par les deux actionnaires est devenue définitive dès l'instant où la banque prêteuse B, principale créancière du fonds, avait marqué le 19 décembre 2008 son accord à cette opération. Cet accord (qui cependant ne valait que pour la cession des actions détenues par la société-mère B, mais non pas pour D) était subordonné à l'octroi du nouveau prêt destiné à remplacer celui accordé par la même banque que le fonds était en défaut de rembourser. Si l'octroi de ce nouveau prêt, signé le 19 décembre 2008, était quant à lui subordonné à des conditions suspensives à remplir par l'emprunteur et le garant (le contrat emploie le terme de *obliged* sans toujours spécifier le débiteur de l'obligation) jusqu'au 30 janvier 2009, la société cessionnaire A est, quant à elle, devenue immédiatement propriétaire du fonds F dès le 19 décembre 2008, cette cession n'ayant pas été liée au sort ultérieur du contrat de prêt.

La Banque appelante soutient que la société A aurait acquis les actions F suite à une « escroquerie par imposture » qui aurait consisté à présenter le 26 novembre 2008 aux actionnaires cédants et à la banque prêteuse B un projet qui aurait faussement fait croire à une capacité financière suffisante de la société repreneuse A, ce qui

aurait amené l'appelante à donner son accord à la cession des actions F et à l'octroi du prêt. Elle fait valoir dans ce contexte que la société A ne « serait pas habilitée » à faire une demande en restitution des actions du chef de l'exercice abusif de la saisie-arrêt par la Banque.

Ce volet qui est relatif à la restitution des actions est, contrairement à ce que fait valoir l'appelante, à traiter subséquemment à celui qui a trait à la régularité de la dénonciation du prêt. L'appelante en est d'ailleurs consciente puisqu'elle dit avoir expressément renoncé à invoquer la nullité du contrat de prêt pour vice du consentement (du chef de dol), la dénonciation du prêt présupposant en effet l'entrée en vigueur de celui-ci.

5. Les conditions suspensives à l'octroi du prêt.

Le prêt devait être tiré pour le 30 janvier 2009 au plus tard, de sorte que les conditions suspensives devaient également être remplies pour cette date. Le propre de la condition suspensive est qu'elle fait obstacle à la naissance de l'obligation jusqu'à sa réalisation. Les développements de la Banque qui soutient qu'elle aurait été dans l'obligation d'accorder le prêt, même en cas de non-accomplissement des conditions suspensives, sont donc erronés. La Cour traitera de ce point page 51 de l'arrêt. Il est par contre établi que la partie prêteuse s'était ménagé le droit à l'article 4.3. du contrat de prêt de renoncer à ce que ces conditions soient remplies au 30 janvier 2009, droit dont la Banque a, ainsi qu'il sera dit ci- après, fait usage le 3 février 2009.

S'il est donc vrai qu'il n'y a en principe pas lieu d'examiner plus en détail du moins celle des conditions suspensives à laquelle la Banque a renoncé, ce qui lui a permis ce faisant d'accorder le prêt, il n'en reste pas moins que les parties étaient fin janvier 2009 en négociations, étant donné que certaines conditions suspensives et résolutoires n'étaient pas encore remplies et que pour apprécier le comportement respectif des parties, il convient de prendre en compte l'ensemble des points à l'époque encore en suspens, donc également ceux relatifs aux conditions suspensives.

Il n'y a qu'une condition suspensive qui fasse débat, celle tirée de l'article 4.1(t) du contrat de prêt aux termes duquel le garant devait établir « *Evidence that the Guarantor has the capability to contribute at least EUR 35,000,000.00 Net Asset Value of Contribution Assets to the Borrower, including the following documents of the Contribution Assets*

- (a) *RICS compliant valuation,*
- (b) *Certified Copies of Ownership Documents*

(c) Certified copies of all documentation, including but not limited to, loan and security agreements, related to the Paris Loan and the Milan Loan »

Ces *Contribution* et *Contribution Assets* étaient définis ainsi :

La *Net Asset Value of Contribution Assets* consistait en la différence entre la *Final Value of the Properties* et any *Indebtedness related to the Contribution Assets*.

Il était tenu compte des dettes grevant les immeubles à apporter (*Paris Loan* et *Milan Loan*)

et des sûretés grevant ces immeubles (*permitted security interest*)

Il n'y a pas lieu de tenir compte du point (a) mentionné ci-dessus page 27 qui ne concerne pas les deux immeubles à apporter au fonds F.

C'est en exécution de l'article 4.1 (t) du contrat de prêt et de son pendant contenu à l'article 8.2. du contrat de cession des actions (SPA) du 12 décembre 2008 tel qu'amendé le 19 décembre 2008 entre la banque B et la société A que celle-ci a fait évaluer par la société R les immeubles qui lui appartenaient à l'époque et qui, pour deux d'entre eux, étaient destinés à faire l'objet d'un apport en nature en faveur du fonds. Cet apport devait se chiffrer à au moins 35.000.000 €.

L'appelante E expose sous l'intitulé « découverte de la supercherie » (pages 37 à 41 des conclusions récapitulatives du 19 janvier 2017) qu'C, le bénéficiaire économique de la société A et à cette époque également le président du conseil d'administration du fonds F, aurait, de connivence avec la société R, tenté de la persuader de ce que la société A était financièrement capable d'effectuer l'apport en nature des 35.000.000 € qu'elle s'était engagée à faire en faveur du fonds. Elle soutient que les immeubles auraient été sciemment surévalués par R, que les évaluations n'auraient pas tenu compte des règles RICS, que le rapport aurait sciemment omis de mentionner des dettes ou droits concurrents

grevant les immeubles et que R se serait basé sur les seules déclarations du donneur d'ordre C sans avoir par elle-même procédé aux recherches nécessaires. Elle soutient que ce serait par malice que la société A ne lui aurait transmis le rapport R que le 27 janvier 2009 dans le but évident de l'empêcher de pouvoir jusqu'au 30 voire 31 janvier 2009 procéder aux vérifications nécessaires. Elle expose sur vingt pages (73-92) tous les griefs qu'elle adresse au rapport R et prend position par rapport à tous les immeubles y mentionnés. Elle fait état du résultat des recherches effectuées entre 2010 et 2016 et soutient que ce serait en 2015 qu'elle aurait acquis la certitude sur la base desdites recherches que la société A (elle mentionne toujours son bénéficiaire économique C qui serait coutumier de ne pas payer ses créanciers, notamment par exemple R qui a dressé le rapport et qui a assigné la société A en faillite, faillite prononcée dans un premier temps par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, puis rabattue par la suite) aurait uniquement été intéressée à s'accaparer les liquidités du fonds F, mais n'aurait jamais eu l'intention de remplir son engagement de renflouer celui-ci à hauteur des 35.000.000 € promis, n'en ayant par ailleurs pas été financièrement capable.

La Cour note qu'il n'y a eu que des échanges écrits épars entre les parties du 19 décembre 2008 au 27 janvier 2009, du moins quant à ceux des points actuellement en litige. Si les rapports de la société R sont effectivement antérieurs d'au moins une semaine à la date de transmission de ceux-ci à la Banque, il ne saurait en être tiré la conclusion certaine que cette transmission aurait été volontairement retardée par l'intimée pour empêcher la Banque de recueillir les renseignements encore manquants, voire de procéder aux vérifications qui, selon l'appelante, auraient encore dû être faites.

Il convient ensuite de rappeler que la société A s'était engagée à faire un apport en nature de deux immeubles, l'un sis à Paris et l'autre à Milan, de sorte que tous les développements que l'appelante consacre aux autres immeubles de la société A sont à ignorer. Cette conclusion vaut même si, en cours de discussions entre parties, la société A a encore proposé d'inclure dans l'évaluation à faire d'autres immeubles lui appartenant, étant donné que ceux-ci n'étaient pas destinés à faire l'objet d'un apport en nature au fonds F.

L'offre de preuve par expertise de l'appelante tendant à déterminer la valeur des immeubles autres que ceux de Milan et Paris n'est donc pas pertinente. Elle ne l'est pas non plus pour les deux immeubles concernés au regard des développements qui suivent.

La Cour relève en effet à la lecture du rapport R remis le 27 janvier 2009 à la Banque que ce dernier est, en raison des nombreuses réserves et remarques y insérées, à apprécier avec circonspection. Ce rapport ne permettait effectivement pas à la

Banque de se faire une idée définitive de la valeur nette des deux immeubles destinés à être apportés dans le fonds.

R qui déclare avoir évalué sur place les deux immeubles litigieux prend ainsi soin de mentionner que les surfaces et dimensions n'ont pas été vérifiées, que R n'a *pas investigated the title or any liabilities against the real estate property, but relied on the information provided by the client. R neither investigated nor assume any responsibility with regards to any right or encumbrance of the property under appraisal. R didn't verify permits, building licenses or assessments, but considered the property as conforming to existing regulations* ».

La Cour s'est encore vu verser par l'appelante le rapport R concernant l'immeuble sis à Paris (pièce 20 de l'appelante, *ci-après* pièce EHP), mais ignore la date à laquelle celui-ci a été communiqué à la Banque de sorte qu'il ne lui est pas possible d'en tenir compte dans l'optique du niveau d'information de celle-ci lors des négociations de fin janvier 2009.

C'est suite à la communication du rapport R le 27 janvier 2009 à la Banque que les parties ont commencé à communiquer de manière soutenue. La Cour renvoie aux pièces 7 - 10 de l'intimée (*ci-après* pièces BSP).

6. Les négociations en vue du report des dates butoirs.

Ce report concernait exclusivement les *conditions Subsequent*, donc résolutoires, étant donné que l'intimée A avait sollicité de la part de la Banque qu'elle renonce à l'accomplissement des conditions suspensives, en application de l'article 4.3 du contrat de prêt.

Les parties sont d'accord à dire que de tels pourparlers ont eu lieu, mais s'opposent quant à savoir quelles conditions résolutoires devaient faire l'objet d'un report qui devait se situer au 13 mars 2009.

Il convient de rappeler que tout contrat signé peut à tout moment être modifié voire résolu et/ ou annulé par la volonté des parties, en vertu de la liberté contractuelle. La date du 30 janvier 2009 qui était le dernier jour utile pour « tirer » le contrat de prêt, faute de quoi tous les fonds non encore tirés jusque-là par l'emprunteur ne seraient plus disponibles (voir article 7.1. du contrat de prêt) pouvait donc tout aussi bien être modifiée que celle du 31 janvier 2009, date à laquelle les hypothèques portant sur les immeubles du fonds F en faveur de la Banque devaient être signées par l'emprunteur. Peu importe par ailleurs que la condition ait été suspensive ou résolutoire, les parties étant en droit de les modifier, voire même les annuler à tout moment. Le fait que la Banque s'était réservée le droit de renoncer aux conditions suspensives signifiait qu'elle était en droit de

le faire, même sans l'accord des deux autres parties au contrat de prêt.

La Banque soutient ne pas avoir été opposée à ce que la date butoir du 30 janvier 2009 concernant l'obligation pour la société A de justifier d'une solvabilité suffisante qui lui aurait permis d'investir 35.000.000 € dans le fonds fût reportée au 13 mars 2009, tel que le proposait l'intimée.

La Banque dit cependant ne jamais avoir marqué son accord à ce que la condition résolutoire tenant à l'affectation hypothécaire des immeubles par l'emprunteur en sa faveur soit elle aussi repoussée au 13 mars 2009.

L'intimée A soutient que le projet de *Waiver* qu'elle a fait parvenir le 30 janvier 2009 à la Banque concernait également les conditions résolutoires, donc notamment celle ayant trait à l'affectation hypothécaire des immeubles du fonds en faveur du prêteur.

S'il est vrai, tel que le soutient l'appelante, que l'intimée lui a bien demandé de renoncer à la condition suspensive tenant à la preuve de la capacité financière de la société A d'apporter des immeubles en nature valant au minimum 35.000.000 €, cette demande n'était pas, tel qu'elle le fait valoir, isolée, mais faisait partie d'un tout indivisible et indissociable contenu dans le projet *Waiver* dont l'objet était également de voir reporter la date de réalisation des conditions résolutoires, donc notamment celle relative aux hypothèques à inscrire sur les immeubles du fonds en faveur de la Banque.

Le projet de *Waiver* (pièce 8 BSP), prévu à l'article 4.3. du contrat de prêt, contenait des modifications à certaines dispositions du contrat de prêt que la Banque jugeait indispensables au vu des difficultés rencontrées par la société A de justifier de sa solvabilité financière. C'est ainsi que la Banque avait déjà dans les messages électroniques échangés du 28 au 30 janvier 2009 réclamé des documents supplémentaires à la société intimée quant à la valeur des immeubles sis à Paris et à Milan. Elle avait en sus ajouté comme condition supplémentaire dans le projet *Waiver* une garantie personnelle à fournir par C de 35.000.000 € destinée à garantir l'exécution du contrat de prêt du 19 décembre 2008. (pièce 49 BSP, projet de renonciation (*waiver*) tel qu'amendé par la Banque)

En ce qui concerne le projet *Waiver*, il a été modifié et donc amplifié par la Banque après qu'elle avait reçu un exemplaire du projet par message électronique le 30 janvier 2009 à 08.29 heures (pièce 7 BSP). Elle l'a renvoyé le même jour à l'avocat de la société A à 13.20 heures, après y avoir intégré les modifications qu'elle entendait voir apporter au contrat de prêt (pièce 8 BSP). Ce projet devait être signé le 30 janvier 2009 ensemble avec les actes hypothécaires. La Cour y reviendra plus loin.

A relever à cet endroit que l'avocat de la société A (qui par ce biais occupait au demeurant également pour son bénéficiaire économique et pour le fonds F) a adressé le vendredi 30 janvier 2009 à 18.44 heures aux employés de la Banque ... et ... le message électronique suivant : "*I understand from Mr C whom I briefly met at your desk before his departure to the airport that IC and S agreed to delay the execution of notarial deeds to Tuesday next when Mr C and Mr ... will both be available for execution*".

L'avocat fait ainsi référence à la réunion tenue en présence d'un notaire le vendredi 30 janvier 2009 à 16.00 heures dans les locaux de la Banque lors de laquelle il était prévu que soient signées les hypothèques des immeubles appartenant au fonds F en faveur de la Banque, ce en exécution de l'article 5.1 (c) du contrat de prêt.

Lors de cette réunion à laquelle assistaient C pour F et des représentants de la Banque B, les contrats notariés n'ont pas été signés suite à un différend né à propos de la portée des inscriptions hypothécaires et au fait que le dénommé ... qui aurait dû signer ensemble avec C au nom et pour le compte d'F n'était pas présent.

La Banque reproche à C d'avoir, en violation des engagements contractuels d'F, refusé de signer les inscriptions hypothécaires sous prétexte d'en vouloir limiter la portée à chaque immeuble pris individuellement, alors pourtant qu'elles étaient destinées à couvrir l'ensemble des dettes de tous les immeubles du fonds emprunteur. Elle lui reproche encore d'avoir sciemment saboté la réunion en n'ayant pas emmené l'employé ..., dont la présence et la signature étaient cependant indispensables pour engager valablement la société F.

La Cour entend insister sur le fait que cette réunion en présence d'un notaire s'est tenue après que la Banque avait renvoyé le projet *Waiver* à l'avocat ayant défendu à l'époque les intérêts d'C, de la société A et du fonds F. Il s'en dégage que les développements de l'intimée A qui fait valoir qu'en modifiant uniquement certains détails dans le projet *Waiver*, mais qu'en n'ayant pas remis en cause le principe même du report des conditions résolutoires au 13 mars 2009, la Banque aurait marqué son accord audit report, sont inexacts, étant donné que l'échange de mails relatifs à ce projet s'est fait avant la réunion auprès du notaire programmée pour 16.00 heures et qu'il ne saurait pas en être conclu que la Banque aurait été d'accord à voir prolonger jusqu'au 13 mars 2009 le délai pour la signature des actes hypothécaires. En effet, au moment où la Banque a renvoyé le projet modifié à l'avocat, donc le 30 janvier 2009 à 13.20 heures, elle parlait de l'hypothèse que le fonds emprunteur allait remplir la condition relative aux hypothèques à consentir en sa faveur.

Le refus de la Banque quant à un report de cette condition qui, faut-il le préciser, devait conventionnellement être remplie pour le samedi 31 janvier 2009, mais qui devait en fait être remplie le vendredi 30 janvier 2009 au soir, a été exprimé de façon claire et nette par celle-ci tant avant qu'après la réunion du 30 janvier 2009 fixée à 16.00 heures.

La Cour renvoie aux pièces 49 et 104 EHP.

Il ressort de la pièce 49 qu'C s'est adressé par mail le 30 janvier 2009 à 06.23 heures à l'employé de banque ... pour notamment lui demander de rédiger le projet de *Waiver* avant 16.00 heures, pour l'informer qu'il est prêt à signer les hypothèques devant notaire à midi et qu'il demande *the loan allocation of each asset before signing any document in front of the notary to integrate as addenda to them*.

L'employé de banque ... lui répond le même jour à 11.43 heures en lui rappelant que le rendez-vous devant notaire reste fixé à 16.00 heures, ce sur quoi C lui répond à 15.10 heures qu'il serait là à 16.00 heures « *for notary mortgages but they would be sign as soon as all our conditions would be set also as per our requirements* ». ... lui répond à 15.30 heures que *We will meet at 16:00, not to negotiate, but to sign. The conditions are clear, you sign the amended waiver, personal guarantee and the mortgage documents. Anything else the Bank would have to take under serious consideration as a deal breaker*. C lui répond à 15.37 heures *without my lawyers agreement, it would be impossible for me to sign any document*. Il s'est avéré que son avocat n'a pas assisté à la réunion devant notaire. Il n'est pas non plus établi si C a essayé de le joindre avant la réunion afin qu'il y assiste.

Que la Banque n'ait pas été d'accord avec le report de la date d'échéance de cette condition résolutoire ressort encore de façon certaine des réactions (estomaquées) des employés de banque confrontés à l'affirmation de l'avocat d'C *that IC and S agreed to delay the execution of notarial deals to Tuesday next when Mr C and Mr ... will both be available for execution*" (pièce 104 EHP). Ainsi, l'employé ... se demande à 19.09 heures: *Am I dreaming ? Is that what has effectively be agreed?*, puis reformule sa question à 19.14 heures *Did we agree with Umberto that on Tuesday everything would be signed, like he said?*. L'employé ... lui répond dans la minute : *NO, we did not*. (pièce 105 EHP).

L'offre de preuve testimoniale de la Banque qui entend établir qu'elle n'avait pas donné son accord à ce report est à rejeter pour être superfétatoire, cet accord n'étant pas établi autrement que par l'affirmation contenue dans le mail de l'avocat Loesch du 30 janvier 2009 qui est contredite par les pièces du dossier versées en cause.

7. Les circonstances ayant mené au tirage puis à la dénonciation du prêt.

Le contrat de prêt ne pouvait être dénoncé que pour autant qu'il fût en vigueur. Au 30 janvier 2009, il n'était toujours pas en vigueur, étant donné que les parties étaient en discussion en ce qui concerne le report de la condition suspensive tenant à la preuve à rapporter par la société A de sa capacité à effectuer un apport en nature de 35.000.000 €. Il ressort par contre de l'analyse des pièces faites ci-dessus que la condition résolutoire tenant à l'obligation pour le fonds F d'hypothéquer en faveur de la Banque l'ensemble de ses biens immobiliers n'était pas concernée par ces pourparlers.

Il s'en est suivi une situation certes prévisible, mais non voulue par les parties et de plus contraire à tous les usages.

a. La situation dans laquelle les parties se sont retrouvées était prévisible en ce qu'au 30 janvier 2009, la condition suspensive non encore remplie s'opposant à l'octroi du prêt n'était pas levée et qu'en même temps la condition résolutoire à remplir pour le lendemain, soit un samedi, devait en fait également être remplie le 30 janvier 2009, les parties ayant fixé à l'avance le rendez-vous auprès du notaire à cette date.

Etant donné que cette dernière condition ne faisait pas l'objet des pourparlers de report, même si cela est soutenu par l'intimée, la Banque avait d'ores et déjà au courant de ladite journée du 30 janvier 2009 rendu la société A et son bénéficiaire économique attentifs au fait que la non-signature des actes hypothécaires par le fonds F en sa faveur serait considérée comme un cas de défaut, donc comme permettant à la Banque de dénoncer le contrat de prêt qui, à ce moment, faut-il le rappeler, n'était même pas encore en vigueur.

Il convient de spécifier à cet endroit qu'C qui était l'unique interlocuteur de la Banque agissait en une double qualité.

La condition suspensive devait être remplie par la société A dont il était le gérant unique.

La condition résolutoire devait quant à elle être remplie par le fonds F, étant donné qu'il s'agissait d'hypothéquer en faveur de la Banque les immeubles de celui-ci. C'était donc à l'emprunteur qu'incombait cette obligation. Le fonds F détenu à 100% par la société A était représenté par C qui en était le président du conseil d'administration.

b. Se pose ensuite la question de savoir si cette situation dans laquelle les parties se sont retrouvées le 30 janvier 2009 était voulue.

La Cour est d'avis qu'aucune des parties ne la voulait dès le début de l'entrée en relations d'affaires. Elles ne la voulaient pas non plus le 30 janvier 2009.

Il y a lieu de rejeter pour être non fondées les allégations réciproques des parties qui se reprochent mutuellement d'avoir été de mauvaise foi dès l'entrée en relations d'affaires, sinon à tout le moins fin janvier 2009.

La Cour n'est pas convaincue par les affirmations péremptoires de la Banque qui souligne à plusieurs reprises qu'elle se sentait à l'époque bernée par C et que cette « imposture » aurait débuté dès le 26 novembre 2008, au moment de la présentation de son projet de reprise du fonds F. Si tel avait été le cas dès le début, elle n'aurait pas continué à négocier et n'aurait pas marqué son accord à la cession des actions en accordant le prêt, même sous les conditions y contenues.

Le rôle de la Banque était déterminant à l'époque, étant donné que c'est elle qui devait donner son accord préalable à la cession des actions d'F (à tout le moins dans le contrat B - A) et au nouveau prêt à F, menacé de liquidation s'il continuait à ne pas pouvoir rembourser le premier prêt. Il va sans dire que cette liquidation n'était pas dans l'intérêt de la Banque qui se trouvait elle-même sous le régime du sursis de paiement et qui risquait également d'être placée en liquidation judiciaire, si son principal débiteur devait l'être.

Les messages électroniques échangés fin janvier 2009 entre la Banque et C portaient sur des questions et réponses relatives à la finalisation du contrat de prêt, échange d'informations tout à fait usuel et nécessaire et qui ne dénotait pas, à les lire, une méfiance croissante voire même avérée de la Banque à l'égard de l'investisseur C. Que la Banque ait réclamé des renseignements supplémentaires quant aux dettes et autres charges visant les deux biens à apporter en nature dans le fonds était tout, sauf inhabituel, la Banque ayant été parfaitement dans son rôle de se prémunir contre tout risque. Que la Banque se soit montrée « surprise » par l'une ou l'autre pièce ou information « curieuse » versée ou donnée par C (cette surprise est affirmée après coup par son avocat, mais ne ressort pas des échanges) représentant une fois la société A, une autre fois le fonds F, n'est en tous les cas pas de nature à établir qu'à cette époque, elle aurait été consciente d'être en présence d'un « escroc ».

Ceci dit, si la Banque qualifie C d'escroc, c'est bien plus en raison des recherches sur la valeur des deux immeubles à apporter au fonds F qu'elle a fait faire après coup qui lui font dire avoir, par la décision litigieuse (accord du prêt + dénonciation immédiate), agi de manière correcte et empêché que ne se réalise une vaste escroquerie dont elle aurait, selon elle, dû être la victime.

La Cour a déjà eu l'occasion de dire qu'il convenait de se placer au jour des opérations critiquées et non pas au jour du prononcé de l'arrêt pour apprécier les faits qui se sont passés en 2009, ceux-ci devant être analysés à la lumière des connaissances des parties de l'époque.

La Cour entend une fois encore rappeler le contexte difficile dans lequel les faits litigieux ont eu lieu, de même que l'urgence à agir en raison des menaces pesant sur les différents intervenants du dossier.

Cela peut expliquer le relatif empressement de la Banque, principal créancier du fonds, d'avoir, sur une simple présentation du projet d'investissement d'C, donné son accord à la cession de l'intégralité des actions d'F à la société A, de même que le calendrier très serré (19 décembre 2008 au 31 janvier 2009) durant lequel l'emprunteur et la société garante devaient remplir les obligations prévues dans le contrat de prêt.

La Cour n'est d'autre part pas non plus convaincue par les allégations de l'intimée A selon lesquels il aurait été, dès l'entrée en discussions d'affaires entre les parties, dans l'intention « du groupe B » de trouver un investisseur qui serait prêt à reprendre le fonds et à fournir tant aux cédants qu'à la Banque des sûretés et garanties (qui n'avaient pas été fournies à l'occasion du premier emprunt) avec l'intention de les réaliser pour par après remettre la main sur le fonds F .

Il ressort bien plus des contrats de cession et de prêt que la Banque n'a pas caché son intention d'accorder un nouvel emprunt à F (il s'agissait en fait d'une réitération de l'emprunt antérieur, mais doté de garanties) en exigeant des garanties qui étaient usuelles. Ainsi est-il écrit en préambule du contrat de prêt (page 1, dernier alinéa) que *"the Guarantor is informed that the Borrower is in default under its current facility with the Lender (the Original Loan) and that the Lender is requiring certain actions to reduce the inherent risk of the loan structure. It has been agreed with the Court appointed administrators of the Lender and the Lender that any extension, renewal or amendment of the Original Loan is subject to a substantial improvement of the risk profile of the loan structure"*.

Que la Banque ait dénoncé le crédit qu'elle venait tout juste d'accorder ressort bien plus d'une réflexion menée par la Banque au début du mois de février 2009.

Cette réflexion se trouve exposée sous le point b) page 39 des conclusions de l'appelante:

L'accord de R de surévaluer les actifs a permis l'imposture: En réalité la Banque n'avait pas été victime des valorisations de R lors de sa décision sur le crédit. Mais elle avait été victime des présentations de C, qui l'avait incitée à donner son accord sur le transfert des actions et de signer le contrat de crédit et de l'attitude de R qui avait confirmé à C l'emploi de procédés d'évaluations devant maximiser les valorisations et contraires aux principes du RICS. Ces valorisations n'ont été fournies à la Banque que plus tard. Reçues fin janvier 2009, elles paraissaient curieuses, mais la Banque a mis fin à l'imposture suite au refus de C signer les hypothèques. Il est significatif que les valorisations de R par A communiquées à ... le 21 janvier 2009 n'ont été transmises à la Banque que le 27 janvier 2009, alors que la date fixée pour l'apport était 4 jours plus tard. Il fallait éviter que la Banque ait le temps d'examiner les valorisations. C et A en tirent actuellement l'argument d'un reproche à la Banque pour un manque de diligence. Endéans ces 4 jours, elle aurait pu faire faire une autre expertise d'immeubles dont elle ne connaissait qu'en partie l'emplacement (le dernier ayant été trouvé cet été en 2016). Et si elle avait réellement pu le faire et l'avait fait, elle aurait constaté que l'accord qu'elle avait donné pour le transfert des actions F avait été obtenu grâce à une imposture. Le but du retard était justement d'empêcher toute vérification. Il fallait que la Banque fasse un « check the box » avant le tirage. Et effectivement, la Banque s'est concentrée sur les autres questions. C'est au moment de donner son accord initial pour la vente des actions et de la signature du contrat de crédit qu'elle elle avait été trompée par l'imposture. Ultérieurement, elle attendait de voir ce qui allait résulter des investigations de ... et posait des questions au sujet des dettes des sociétés devant faire l'objet de l'apport et le défaut de paiement des échéances des autres crédits. Lorsque C avait refusé de signer les hypothèques sur les actifs luxembourgeois et de répondre aux questions sur les dettes, la Banque a pris la décision d'accepter le tirage du crédit et de le dénoncer de suite. Elle avait constaté qu'elle avait été bernée.

8. La régularité de l'octroi et de la dénonciation du prêt.

La situation dans laquelle se trouvaient les parties au 30 janvier 2009 au soir était contraire à tous usages et à toute logique.

Circulait en effet un projet *Waiver* dont le but était de permettre aux parties F et A de remplir les conditions résolutoires jusqu'au 13 mars 2009. Cependant, et contrairement à ce que soutient l'intimée, ces négociations n'avaient pas pour objet de différer l'obligation d'F de signer les hypothèques sur les immeubles en faveur de la Banque, ce que le fonds avait refusé sans motif valable de faire devant notaire le 30 janvier 2009. La Banque avait d'ores et déjà

insisté sur l'importance qu'elle attachait à ce que cette condition soit remplie à la date prévue et que tout refus serait considéré comme un cas de résolution du contrat.

Il s'ajoutait d'autre part qu'C avait demandé à la Banque, en application de l'article 4.3. du contrat de prêt, d'accorder le crédit à F et ainsi de renoncer à la condition suspensive tenant à la preuve à rapporter par l'intimée de sa capacité financière suffisante à refinancer le fonds.

La situation était en ce sens atypique en ce qu'il coule de source que le prêt soit d'abord accordé et que l'emprunteur soit mis en possession des fonds qu'il aura commencé à utiliser en partie ou intégralement, et que par après une condition résolutoire vienne à se produire qui donne lieu à la dénonciation du prêt par le prêteur. En l'espèce, c'est le contraire qui s'était produit. La condition résolutoire tenant à la signature des affectations hypothécaires n'avait pas été respectée avant même que le prêt ne fût entré en vigueur. Il s'agissait à proprement parler d'un non-sens.

Cette situation était le résultat inattendu, mais tout de même quelque part prévisible de l'accord qui a consisté pour les parties, pressées par le temps, surtout la Banque, à faire en pratique coïncider les dates auxquelles les différentes conditions devaient être remplies, soient les 30 et 31 janvier 2009. Il s'est révélé que ces dates coïncidaient en fait, puisque celle fixée devant notaire pour signer les actes hypothécaires était également fixée au 30 janvier 2009.

Cette conjonction mettait la Banque dans une situation inédite en ce que, d'une part, elle n'avait toujours pas renoncé à relever la société A de son obligation d'établir sa capacité financière, mais en ce qu'elle avait, d'autre part, entretemps constaté que le fonds F par l'organe d'C avait refusé de respecter son obligation de signer les actes notariés hypothécaires.

Si la Banque avait à ce stade refusé d'accorder le tirage du prêt, ce qui aurait eu comme conséquence que les fonds n'auraient plus été disponibles, il en serait résulté que tous les efforts qu'elle avait consentis pour mener à bien l'opération de refinancement du fonds auraient été inutiles, étant donné que la société A serait restée le propriétaire exclusif du fonds F pour en détenir l'intégralité du capital social et que sans apport de nouveau capital, le fonds serait resté dans la même situation que celle dans laquelle il se trouvait en automne 2008, à savoir qu'il était en défaut de rembourser le prêt de 122.000.000 € que la Banque lui avait accordé et qu'ils risquaient tous les deux d'être placés en liquidation judiciaire. La Banque courait en effet le risque de ne pas pouvoir récupérer sa créance sur son principal débiteur, sinon de n'en récupérer qu'une partie et de ne plus pouvoir bénéficier du régime protecteur du sursis de paiement.

Elle aurait encore et surtout perdu tout moyen de contrôle sur le fonds entièrement contrôlé par C via A.

Cette option n'était évidemment pas dans l'intérêt de la Banque. Elle était, comme elle le fait écrire, « hors de question ».

La Banque aurait encore pu choisir de repousser les négociations jusqu'au 13 mars 2009 dans l'espoir que la situation se débloque d'ici là. D'après les conclusions actuelles de l'appelante, ce report n'aurait rien changé. La Cour renvoie dans ce contexte à un mail du 6 février 2009 de l'employé ... qui, en réaction à un mail du même jour de l'avocat d'C à la Banque (*note de la Cour* : il s'adresse à celle-ci comme si les négociations étaient encore toujours en cours alors que le prêt a été dénoncé trois jours plus tôt), écrit à ses collègues dont la réaction de l'un d'eux avait été à la vue de ce mail *Did I miss something ? Or does he not understand his situation ?* en les termes suivants : *Guys, I've told it's just a matter of time until we have to permanently cancel everything. « Read my lips » Umberto never will and never has had the intention to fulfill fraction of his obligations. Never... like in N e v e r* ». (pièce 105 EHP)

La troisième solution est celle qu'elle a appliquée et qui fait l'objet du litige.

Il est d'abord à rappeler qu'il ne ressort pas des éléments du dossier que la Banque ait, avant même d'avoir constaté que l'emprunteur avait refusé de remplir la condition liée aux affectations hypothécaires, marqué son accord le 30 janvier 2009 lors de la réunion devant notaire, à renoncer à ce que soit remplie la condition suspensive tenant à la preuve à rapporter par la société A de sa capacité à refinancer le fonds à hauteur de 35.000.000 €. (voir dans ce contexte la position de la Banque dans le compte rendu de la réunion du 5 février 2009 dans laquelle elle affirme le contraire, mais cette affirmation n'est étayée par aucune pièce probante, pièce 92 EHP, plus particulièrement le point 11 où elle insiste pour dire qu'un délai de plusieurs jours se serait écoulé entre la renonciation à la condition suspensive et la dénonciation du prêt pour en conclure qu'elle n'a pas agi de manière abusive).

Sachant d'ores et déjà qu'une condition résolutoire n'avait pas été remplie par l'emprunteur potentiel, mais ne pouvant tirer parti de cette défaillance que pour autant que le prêt fût définitivement accordé, la Banque a clairement fait prévaloir ses intérêts sur ceux de son cocontractant et usé abusivement de son droit tiré de l'article 4.3. du contrat de prêt en renonçant à exiger que la société A justifiât de sa capacité de renflouer le fonds F. Elle y a renoncé dans son intérêt exclusif et non pas pour accorder une faveur au garant, en ce que, par ce biais, elle était mise dans la position de pouvoir faire valoir un cas de défaut qui justifiait la dénonciation du crédit. En ce que la société A et le fonds F étaient les coobligés de la Banque, elle

a, d'une part, renoncé à ce que la société garante A doive justifier avoir rempli la condition suspensive litigieuse pour être en mesure, d'autre part, de « punir » l'emprunteur qui avait refusé de signer les actes hypothécaires et ce à un moment où la Banque n'avait pas encore renoncé à la condition suspensive.

La Banque a déjà insisté au moment des faits et continue d'insister sur le fait que la renonciation aux conditions suspensives lui appartenait seule et qu'elle pouvait le faire dans son seul intérêt.

Dès lors qu'ils tendent à éluder une règle obligatoire, même d'origine conventionnelle, l'exercice d'une prérogative contractuelle, au même titre que l'usage d'une liberté, sont à sanctionner, s'il est établi que leur titulaire a agi par intention frauduleuse. Il est une fois encore rappelé que la demande d'utiliser ce droit adressée par C (agissant tant en l'une qu'en l'autre qualité) à l'appelante est à replacer dans le contexte d'une demande à voir reporter la date butoir des conditions résolutoires. C'est donc de particulière mauvaise foi que la Banque soutient qu'elle n'a fait qu'accéder à la demande de la société A qui a donc « reçu ce qu'elle voulait ».

Cette situation inédite qui mettait la Banque dans cette position somme toute confortable, outre qu'elle était inhabituelle, portait en soi le germe d'un abus potentiel.

Il n'est pas contesté par la société A que la Banque avait le droit d'accepter le tirage du prêt le 3 février 2009 avec effet rétroactif au 30 janvier 2009. Rien dans le contrat de prêt ne l'interdit certes, mais la Banque disposait par ce biais et de façon totalement souveraine de la possibilité de rendre le contrat de prêt parfait, ce qui lui ouvrait le droit d'invoquer une cause de résolution de celui-ci qui s'était déjà produite avant même l'accord de la Banque de renoncer à la condition suspensive.

Or, ainsi que la Cour l'a déjà relevé ci-dessus, le propre d'un contrat de prêt est la mise à la disposition des fonds à l'emprunteur afin que ce dernier puisse les utiliser. S'il doit s'avérer par après qu'il ne respecte pas ses engagements, il appartient au prêteur de recourir aux moyens légaux et conventionnels pour assurer la protection de ses droits. En accordant un tel prêt, le prêteur ne sait pas d'ores et déjà et d'ailleurs ne l'espère pas en règle générale que l'emprunteur ne va pas honorer ses engagements.

L'unique motivation de la Banque d'avoir accepté le tirage du prêt était celle de pouvoir dans la foulée le dénoncer en raison d'un *event of default*. Cette condition était donc un préalable nécessaire.

Il est d'abord remarquable de constater que la Banque renonçait par ce biais à ce que la société A fasse preuve de sa capacité à refinancer le fonds F à hauteur de 35.000.000 €, alors même qu'elle

a constamment cherché, les jours précédents, à obtenir des informations pertinentes de la part d’C, voir des coobligés et commencé, tel qu’elle le soutient actuellement, à douter de leur bonne foi et à se sentir bernée. Elle a donc fait fi de ses réticences comme si entretemps, elle avait reçu des informations suffisantes pour mesurer le risque.

La Cour renvoie au passage des conclusions retranscrit en page 37 de l’arrêt. Il en ressort que la Banque qui croyait avoir été « bernée » par C en ce qu’elle avait donné son accord aux cessions projetées sans avoir lié cet accord à de quelconques conditions (contrairement au contrat de prêt), en dénonçant le prêt après en avoir auparavant autorisé le tirage, a pu, par la suite, activer les sûretés données par les coobligés au contrat de prêt et réaliser notamment le gage qui portait sur les trois quarts des actions du fonds.

La Banque E a par ce biais voulu « rattraper » la négligence commise lors de l’accord donné à la cession des actions du fonds en faveur de la société A qui contrôlait intégralement F depuis le 19 décembre 2008. Que le fonds ait sciemment et sous de faux prétextes refusé de signer les actes hypothécaires est manifeste. La sanction logique aurait consisté pour la Banque, dont la confiance en la personne d’C pouvait légitimement être ébranlée, de refuser d’entrer en relations d’affaires avec celui-ci, c’est à dire de stopper net l’octroi du prêt par la mise à disposition des fonds. Cependant, en ayant procédé comme elle l’a fait, et cela même si elle avait en vue de protéger ses intérêts mis en péril par un individu qui s’apprêtait, selon elle, à « plumer » le fonds sans qu’elle ne fût dans la possibilité d’intervenir dans le fonctionnement de celui-ci, elle a abusivement et de manière totalement artificielle accepté le tirage du prêt dans l’intention non pas de mettre les fonds à la disposition de l’emprunteur, mais uniquement dans le but d’être en mesure, après la dénonciation du prêt, de reprendre le contrôle sur le fonds F.

9. La clause de manquement croisé.

L’appelante mentionne (aux pages 100-103 des conclusions récapitulatives) un autre cas de déchéance tiré de l’article 21 combiné aux articles 19.1 (c) et (d) et 19.2 (c) du contrat de prêt.

La Cour revient sur cette période antérieure à l’octroi et à la dénonciation subséquente du prêt, tel que déjà indiqué à la page 24 de l’arrêt.

L’appelante insiste sur le fait qu’elle a à plusieurs reprises fin janvier 2009 demandé à se voir remettre des certificats attestant du montant des dettes grevant les immeubles à apporter en nature. (pièces 39 - 41 EHP). Elle ne les aurait jamais reçus de la part de la société A. C l’aurait cependant informée, au cours d’une réunion

entre parties du 5 février 2009 qu'il avait - moyennant deux prêts consentis par F à deux filiales de la société A, à savoir T 2 et T 6, propriétaires respectifs des immeubles de Milan et de Paris à apporter en nature au fonds - prélevé des liquidités d'F pour mettre les deux filiales de A en mesure de rembourser une partie déjà échue des prêts relatifs auxdits immeubles (*Milan Loan* et *Paris Loan*), dette qui n'aurait cependant pas, selon la Banque, figuré parmi celles listées dans le contrat de prêt du 19 décembre 2008 (voir page 27 de l'arrêt). La Banque en conclut que le bénéficiaire économique de la société A avait donc sciemment menti et qu'en vertu du contrat de prêt, il se serait agi d'un *event of default*, certes non invoqué dans la lettre de dénonciation du prêt, mais qui viendrait a posteriori confirmer la justesse de sa décision de n'avoir plus fait confiance à l'intimée et d'avoir dénoncé le prêt.

Selon les mails produits, le point d'achoppement faisant encore obstruction à l'octroi du prêt résidait pour la Banque en « *the key remaining question to be settled is the amount of financial debt related to the Paris and Milano Properties.* » (mail de ... du 28 janvier 2009 à 14.32 heures). Auparavant déjà, C avait pris position par rapport à ces deux prêts (mail du même jour à 06.23 heures) et avait notamment écrit LOAN, ABSOLUTELY NO DEFAULT IN AAREAL LOAN.

Cette réponse était exacte en ce sens que la société T 2 avait entretemps réglé la dette échue s'étant chiffrée à la somme de 600.000 €. Le prêt global avait été mentionné parmi les dettes grevant l'immeuble de Milan dans le contrat de prêt du 19 décembre 2008 et la question de savoir s'il avait été remboursé à temps en ses différentes tranches a (in extremis) été rendue sans objet par C moyennant le prêt accordé par F à T 2. Quant au remboursement du prêt relatif à l'immeuble de Paris, il ressort du message du 28 janvier 2009 que selon C, la banque Q n'avait pas mis la tranche de 2.000.000 € à la disposition de T 6.

Le fonds F avait changé de propriétaire le 19 décembre 2008. C'est en exécution d'une décision du conseil d'administration dudit fonds du 19 janvier 2009 que les deux opérations visées ci-dessus ont été effectuées, le transfert ayant été opéré via la banque U le 26 janvier 2009. (pièces BSP 42,45 rôle 40437)

L'intimée réfute les reproches que lui adresse l'appelante (pages 56-59 des conclusions du 5 octobre 2016) et notamment celui de ne pas avoir au moment de la signature du contrat de prêt informé celle-ci des dettes grevant ces immeubles et d'avoir indument prélevé plus de 2.600.000 € du fonds.

La Cour n'est au stade actuel pas à même de départager les parties. Un rôle 42868 est pendant devant la Cour qui oppose le

fonds F (représenté par le séquestre et administrateur provisoire Maître Yann Baden nommé en cette dernière qualité par arrêt de la Cour d'appel du 22 octobre 2014, rôle 40972) à la société A et à ses deux filiales T 2 et 6, litige dont l'objet est la résolution des deux contrats de prêt signés entre le fonds F et les deux filiales T 2 et T 6, ces deux prêts s'étant élevés à 650.000 € et 2.000.000 €. Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a fait droit en première instance à la demande du fonds en résolution des contrats et condamné les sociétés T 2 et T 6 à lui restituer respectivement les sommes de 650.000 € et 2.015.000 €. Dans ce jugement, le tribunal a par ailleurs encore déclaré résolu le contrat de prestations de services conclu le 23 janvier 2009 par le fonds avec la société A et condamné celle-ci à restituer au demandeur la somme de 345.000 €. Il est à noter que la possibilité pour A de conclure un tel contrat avec le fonds était prévue dans le contrat de prêt.

Il n'y a donc pas autrement lieu au stade actuel de tenir compte de ces développements des parties dans l'appréciation de la bonne ou mauvaise foi de celles-ci voire du respect et de l'exactitude des obligations leur ayant incombé en exécution du contrat du 19 décembre 2008.

La Cour rappelle enfin que ce cas de déchéance n'est pas à la base de la dénonciation du contrat de prêt par la Banque, abstraction faite du bien-fondé du prélèvement opéré dans les caisses du fonds F.

10. Le principe de l'exécution de bonne foi et l'exigence des mains propres.

Aux pages 116 à 121 de ses conclusions du 19 janvier 2017, la Banque insiste une fois encore sur la mauvaise foi d'C qui aurait consisté tout d'abord à avoir acquis *« des actions et en même temps l'accord sur le crédit, et la question se pose si l'escroc peut réclamer la restitution du produit de l'escroquerie à l'une de ses victimes au motif que celle-ci l'aurait privé de la possession du produit de l'escroquerie en exerçant prétendument de mauvaise foi des droits contractuels, alors qu'en plus A était en défaut de remplir ses propres obligations contractuelles à l'égard de cette victime.*

Et d'ajouter que *la première et la plus importante des obligations violées par C, est celle du devoir d'information. Ses informations consistaient en des faux intellectuels, y compris sa présentation et les rapports R. Cette obligation n'est pourtant pas seulement implicite, découlant du principe de loyauté et de bonne foi, mais en plus elle est stipulée au contrat, et son inexécution est sanctionnée par la déchéance du terme du crédit.*

Cette obligation était très concrète, à savoir qu'il devait donner toutes les informations nécessaires et utiles pour que la Banque soit

en mesure d'apprécier la réalité et la valeur des actifs qu'il s'était engagé à apporter lors de la recapitalisation d'F. C avait esquivé les réponses, notamment sur les dettes grevant les actifs. Il n'avait produit ni les extraits hypothécaires, ni les confirmations des créances Q et ... demandées, et pour cause. Elles auraient démontré la supercherie. Le défaut de payer dans le cas Q (épinglé à plusieurs reprises par la Banque) est évident, mais eu égard au fait que les crédits d'... étaient de 2006 et que les poursuites ont commencé en 2010, il est hautement probable que pour ces crédits aussi il y avait déjà un défaut de paiement en 2009. L'ampleur des dettes est devenue évidente depuis les dernières recherches.

Demander qu'un créancier renonce à exercer ses droits en affirmant que cet exercice serait de mauvaise foi présuppose que le débiteur soit lui-même de bonne foi. C'est la règle des « mains propres ».

Et encore selon le jugement attaqué la Banque aurait dû accepter que de mauvaise foi, grâce à une imposture et moyennant des manœuvres frauduleuses, des mensonges et nonobstant sa tentative de chantage, C ait pu mettre la main sur les actions d'F et les garder pour mieux pouvoir piller la caisse, et la Banque aurait alors dû poursuivre F pour la dette en vertu de l'ancien crédit en provoquant la réalisation des immeubles dans le cadre d'une faillite et en renonçant aux engagements pris par C et A. Il n'en était pas question.

Et enfin confrontée au (1) refus de C de signer les actes notariés, (2) à son refus de fournir les informations sur les dettes, (3) à ses explications évasives sur ses relations avec ses autres créanciers, (4) à l'absence de réaction à la demande de produire des attestations des autres créanciers, (5) à des extraits hypothécaires incomplets concernant les immeubles devant faire partie de l'apport, (6) à la contradiction entre les affirmations de C concernant l'immeuble de Milan et les documents reçus, (7) au fait que les promesses fallacieuses de C l'avaient amenée à consentir au transfert des actions, la Banque se devait de faire le constat d'avoir été trompée par un imposteur et n'avait pas d'autre choix que d'exercer ses droits. Ces détournements commis par C au préjudice d'F montrent à quel point elle avait raison. Et compte tenu de ce que la Banque constatait déjà à l'époque, ce n'est pas auprès d'elle qu'il faut chercher la mauvaise foi.

La Cour a déjà pris position par rapport à la bonne foi des parties et aux moyens juridiques à mettre en œuvre par celle des parties qui se prétend avoir été la victime d'agissements frauduleux de la part de son cocontractant. Elle a encore retenu qu'aucune des parties n'est entrée dans les négociations avec l'intention d'escroquer l'autre et que si des informations que la Banque réclamait encore toujours

fin janvier 2009 à la société A que celle-ci avait promis de lui fournir ne l'ont pas été dans les délais conventionnels pour mener à bien les discussions, il n'appartenait cependant pas à la Banque d'user des mêmes armes que celles prétendument (selon la Banque) employées par le prétendu escroc pour se faire justice.

La Cour est d'avis que toute cette affaire aurait connu une issue différente pour peu que les discussions eussent pu être menées dans un contexte financier plus apaisé et en l'absence de la menace de faillite ou de liquidation qui guettait tant le fonds F que la Banque qui se trouvait à l'époque sous le régime du sursis de paiement. La Banque se trouvait pressée par le temps.

La Cour est encore persuadée que la Banque s'est, en ayant accepté que se fasse la cession des actions F (cet accord préalable était obligatoire en vertu de l'article 21 du premier contrat de prêt du 31 juillet 2008), accord qui s'est matérialisé par l'octroi du second prêt, cession qui a eu comme conséquence le transfert immédiat des actions au bénéfice de la société A, transfert qui n'était soumis à aucune condition suspensive ou résolutoire liée au contrat de prêt, rendu compte en cours des négociations qu'elle risquait de perdre la mainmise sur le fonds et les actifs le composant, fonds qui jusque-là avait toujours appartenu au « groupe B » et qu'il était surtout « hors de question » qu'elle n'accorde pas le tirage du prêt, puisqu'elle se serait ainsi privée de tout pouvoir de décision/d'intervention indirecte dans le fonds.

Il ressort de l'ensemble des développements qui précèdent que la juridiction du premier degré a retenu à bon droit que l'octroi et la dénonciation du contrat de prêt dictés dans le seul intérêt du prêteur étaient abusifs, donc fautifs, étant donné que la manière d'agir de la Banque était contraire aux obligations de loyauté et de bonne foi que chaque contractant se doit de respecter.

11. Les conséquences liées à l'octroi et à la dénonciation abusifs du contrat de prêt.

a. Le sort des saisies - arrêts pratiquées par la Banque E.

Les saisies - arrêts ont été pratiquées par la Banque le 6 février 2009 auprès de neuf banques de la place et le 12 mai 2009 entre les mains de la société A HOTELS pour avoir sûreté et paiement de la somme de 35.000.000 € et des intérêts de retard de 51.755,67 €.

La Banque entendait se voir payer la somme de 35.000.000 € en exécution de la garantie donnée par la société A.

La Cour se doit d'abord de relever que la garantie donnée par la société A à la Banque n'est versée par aucune des parties. Il est à

rappeler que la société A devait émettre une telle garantie en application de l'article 4.1 (q) du contrat de prêt.

Il s'y ajoute que l'appelante a certes conclu au dispositif de ses conclusions récapitulatives à voir déclarer régulières et à voir valider les saisies - arrêts pratiquées, mais elle ne consacre dans le corps des conclusions aucun développement à ce volet du litige.

Il est d'autre part assez curieux de constater que la société A consacre des développements aux saisies - arrêts pratiquées sur base des garanties accordées aux cédantes D et B, mais non pas à celle accordée au prêteur.

La seule pièce en relation avec ladite garantie est la pièce 30 (BSP versée dans le rôle 39637). Il s'agit de l'appel en garantie du 4 février 2009 adressé par la Banque à la société garante A pour avoir paiement de la somme de 35.051.755,67 €. Cet appel en garantie a été fait, selon ledit courrier, en application des articles 1 et 9 de la garantie non versée.

Le tribunal de première instance s'est référé aux articles 1 et 2 de la garantie sans qu'il ne soit possible à la Cour de savoir s'il s'est ainsi référé à la garantie accordée par la société A au profit de la Banque, qui aurait donc été versée comme pièce en première instance, ou s'il s'agissait desdits articles contenus dans les garanties accordées aux sociétés D et B (litiges dont le tribunal n'était cependant pas saisi), actes qui ont été versés à la Cour dans les rôles connexes joints en appel et dont les articles 1 et 2 correspondent effectivement au contenu tel que retranscrit par le tribunal.

Il est à admettre dans ces conditions que le contenu de l'acte de garantie émis en faveur de la Banque était identique à celui des actes émis en faveur des deux autres sociétés.

Toujours est-il que l'appelante n'a pas motivé son appel sur ce volet de sorte que la Cour ne saurait se prononcer sur son mérite.

La Cour adopte au surplus la motivation du jugement qui a amené le tribunal à retenir que les saisies pratiquées sur base de cette garantie frauduleusement appelée étaient à annuler et que leur mainlevée était en conséquence à ordonner.

b. La restitution des actions gagées.

Le tribunal a fait droit à la demande de la société A à se voir restituer les actions qu'elle avait gagées au profit de la Banque et que celle-ci détenait encore au moment du prononcé du jugement. La juridiction du premier degré a raisonné de la façon suivante :

« La société à responsabilité limitée A réclame principalement la restitution, sous peine d'une astreinte de 100.000.- euros par jour de retard, de la totalité des actions de la société F que la banque détient suite à la réalisation des contrats de gage.

La banque estime que cette demande serait irrecevable alors qu'elle mettrait à néant les dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

L'apport de cette loi se situe au niveau de l'automatisme de l'exécution de la garantie. Dès que le bénéficiaire de la garantie constate que les conditions de la mise en œuvre de sa sûreté sont réunies, il peut procéder à la réalisation de la façon convenue avec son client ou à défaut selon l'une des procédures légales (cf. Bulletin Droit et Banque, n°37, page 12 et ss.).

Si cette loi permet donc la réalisation du gage dans des conditions de régularité apparentes sans intervention du juge et si en principe le débiteur gagiste ne peut invoquer aucune exception mettant en échec la réalisation des sûretés, elle ne fait pas obstacle, sous peine d'ôter au créancier gagiste tout recours, à ce que le juge du fond, après avoir constaté une fraude manifeste, ordonne la restitution des biens dont l'appropriation s'est révélée abusive.

Au vu des circonstances de l'espèce, décrites ci-dessus, la restitution des actions de la société F à la société à responsabilité limitée A est à ordonner. La banque ne conteste par ailleurs pas être toujours en possession de celles-ci.

Afin de garantir l'efficacité de cette mesure, une astreinte de 10.000.- euros par jour de retard est à prononcer. L'astreinte est à plafonner à la somme de 13 millions d'euros. »

Au vu des conclusions des parties, il y a lieu de se prononcer sur l'incidence de la loi du 5 août 2005 et sur la portée de la restitution.

- L'incidence de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière

L'appelante soutient que ce serait à tort que le tribunal aurait ordonné la restitution au motif que « la ratio legis de la loi du 5 août 2005 étant d'apporter une sécurité aux créanciers gagistes, la restitution forcée des actions est exclue et l'exécution du gage ne peut être remise en cause. A moins d'une annulation de l'augmentation de capital par reconversion de ce capital en dette envers E, une telle restitution entraînerait un enrichissement sans cause dans le chef de A. Par ailleurs A n'a pas payé le prix des actions qu'elle réclame dans une procédure qui, suite à la jonction des affaires, est également dirigée entre autres contre les vendeurs impayés ».

Si la ratio legis telle qu'exposée par l'appelante vaut certes pour le créancier gagiste, les garanties financières réglementées doivent également inspirer une confiance suffisante dans l'esprit des constituants qu'ils ne seront pas livrés à la merci de leurs créanciers et que leurs droits légitimes ne seront pas indûment sacrifiés. Les principes de l'accessoire et de l'exécution de bonne foi des conventions concourent à cet équilibre. (Droit bancaire et financier au Luxembourg, volume III, no 25, pages 1271-1292)

Il ressort des *pledge agreements* du 19 décembre 2008 (pièces 11 et 12 BSP versées dans le rôle A- B) que les gages consentis l'ont été en vue de garantir le créancier de la bonne exécution des obligations du débiteur convenues dans le contrat de prêt ayant porté sur la somme de 123.000.000 €, donc son remboursement. Par le fait pour le créancier d'avoir dénoncé ledit contrat en raison d'un *event of default*, le montant à rembourser est devenu immédiatement exigible.

Le caractère accessoire du gage présuppose en principe l'exigibilité de la créance. S'il s'avère, tel qu'en l'espèce, que la créance garantie n'a été rendue conventionnellement exigible par la déchéance du terme qu'en vertu du comportement du créancier qualifié après coup d'abusif, la perte rétroactive du caractère exigible de la créance ôte toute régularité au recours par le créancier au gage consenti.

Il en découle que les parties sont à remettre dans la situation qui était la leur avant la déchéance du terme provoquée à tort par le créancier gagiste.

Etant donné que les actions du fonds F que la Banque s'était abusivement appropriées en vertu des gages qu'elle a réalisés se trouvaient au moment du jugement encore entre les mains de la Banque, la juridiction du premier degré a décidé à bon droit qu'elles étaient à restituer au débiteur gagiste.

La question de l'enrichissement sans cause du débiteur qui se verrait restituer les actions gagées en faveur de la Banque amène la Cour à préciser la portée de la restitution.

- La portée de la condamnation à la restitution des parts ordonnée par le tribunal.

La réalisation du gage n'a porté que sur celles des actions qui avaient été gagées en faveur de la Banque B, soit sur 75% du capital social.

La Banque E est née de la scission en deux entités de la banque B Luxembourg opérée le 10 juillet 2009, l'autre étant la banque

Havilland. E est entrée dans les droits et obligations de la banque B, notamment dans ceux qui font l'objet du litige, et a ainsi repris les actions gagées réalisées par la banque B. Elle est devenue par après l'actionnaire unique du fonds F, étant donné que les actions gagées en faveur d'B, gage réalisé par celle-ci le 5 octobre 2009, ont été cédées par celle-ci le 15 décembre 2009 à la banque E qui, à partir de ce moment, s'est retrouvée propriétaire de l'intégralité du capital social du fonds. Par la suite, le fonds F a procédé à une augmentation du capital social à hauteur de 25.000.000 €, dont les actions d'une valeur nominale de 1 € chacune ont été intégralement souscrites par la banque E. Elle se trouve actuellement encore toujours propriétaire de l'intégralité du capital qui, à l'époque était constitué de 42.231 actions et qui, actuellement, doit être de 25.042.231 actions. (voir l'arrêt de la Cour d'appel du 22 octobre 2014, rôle 40972 ; aucune des parties ne verse l'acte notarié de l'augmentation de capital)

La société A fait valoir que la restitution serait à appliquer à toutes les actions émises, donc non seulement à celles détenues à l'époque du jugement par la Banque, mais encore à celles gagées en faveur d'B, et à celles émises à l'occasion de l'augmentation de capital.

L'intimée soutient que la Banque E n'a pu entrer en possession de l'intégralité du capital social d'F qu'en raison de la dénonciation irrégulière du prêt de sorte que les actions émises suite à l'augmentation du capital du fonds F qu'elle a intégralement souscrite pour la somme de 25.000.000 € devraient également être comprises dans la restitution.

La Banque soutient que cette demande est nouvelle en appel, donc irrecevable, et conclut subsidiairement à son rejet.

La société A n'est pas recevable à « actualiser » sa demande en restitution des actions issues de l'augmentation du capital, étant donné que les actions émises lors de ladite augmentation ne sont pas celles représentatives du capital social ayant existé à l'époque des faits qui ont fait l'objet du gage consenti à la banque B (E) de sorte que ce volet de la demande est à rejeter.

En ce qui concerne la demande en restitution des actions pour autant qu'il s'agit de celles qui ont été cédées par B à la banque E, cette question ne saurait être toisée qu'une fois résolues celles de la régularité de la réalisation du gage opérée par B à charge de la société débitrice A et de la cession subséquente à la banque E. Ces questions seront abordées lors de l'examen des autres jugements également déférés à la Cour.

La Cour entend cependant d'ores et déjà, et abstraction faite du volet opposant A et C à l'intimée B, relever que la demande de l'intimée A qui à l'heure actuelle persiste à réclamer la restitution des

actions gagées, alors pourtant que les faits remontent à 2009 et qu'entretemps le contrôle est repassé entre les mains de la banque E a, certes, été accueillie par la Cour qui ne saurait prononcer une sanction plus adéquate. La Cour mesure cependant la portée limitée de sa décision en ce qu'il est peu probable, vu les positions inconciliables des parties et les nombreuses procédures judiciaires connexes qui ont été engagées depuis par l'une contre l'autre, toutes basées sur les relations avortées en 2009, qu'C puisse à nouveau via la société A dont il semble toujours être le bénéficiaire économique rentrer ainsi dans le capital du fonds F, abstraction faite d'une éventuelle pondération à faire entre les actions anciennes et nouvelles.

Il s'ajoute, alors même que la partie E s'interroge sur les autres conséquences du jugement sans cependant en tirer aucune conclusion juridique, que si le gage a été réalisé à tort et que si elle ne saurait prospérer dans sa demande en appel de garantie basée sur la non-exécution des obligations du garant, que la décision de déclarer irrégulière la dénonciation du prêt remet les parties dans la situation qui était la leur avant la dénonciation du contrat, cependant sous la réserve expresse suivante.

La Cour a retenu que la dénonciation du contrat de prêt était irrégulière au vu du fait que ledit contrat avait été rendu abusivement parfait par le prêteur qui, pour pouvoir le dénoncer, avait d'abord dû le rendre parfait.

Si dès lors la remise en pristin état aurait en principe pour conséquence de remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant ladite dénonciation, partant dans la situation contractuelle qui était la leur avant la résolution injustifiée, cette solution ne saurait s'appliquer en l'espèce, étant donné que serait par ce biais validé l'accord à l'octroi du prêt donné par la Banque, accord qui a précisément été déclaré abusif par la Cour.

Les parties ne se retrouvent, en vertu du présent arrêt confirmatif, donc pas dans l'état contractuel qui était le leur durant la brève période de 52 minutes située entre l'octroi abusif du prêt et la dénonciation consécutive du contrat, mais dans la situation contractuelle telle qu'issue de la signature du contrat de prêt du 19 décembre 2008, partant avant que la Banque n'ait donné son accord au tirage du prêt.

Ceci amène la Cour à en venir à un aspect débattu par les parties relativement à un autre point du litige, mais qui se révèle pertinent pour ce volet-ci relatif aux conséquences à tirer de l'arrêt, à savoir la question de la nature juridique du contrat de prêt en ce qu'il serait à qualifier soit de contrat réel, qualification adoptée par le tribunal, soit de contrat consensuel, tel qu'affirmé par la partie E.

D'après la partie E, le contrat aurait été parfait dès le 19 décembre 2008 à telle enseigne qu'elle soutient qu'elle aurait de toute façon été obligée d'accorder le crédit, peu importe que les conditions suspensives eussent été remplies ou non (voir page 26 de l'arrêt).

Elle se réfère à un arrêt de la Cour de Cassation française du 28 mars 2000 (n° du pourvoi 97-21422) qui a retenu que le contrat de prêt était parfait sans que la banque n'eût procédé à la remise des fonds, objet dudit contrat. Autrement dit, d'après l'appelante, la Cour de Cassation aurait rejeté la qualification de contrat réel du prêt qui n'est parfait qu'à partir de la remise des fonds à l'emprunteur, le contrat déjà signé ne restant jusque-là qu'une simple ouverture de crédit.

Il ressort de l'arrêt que la banque s'était engagée à financer l'acquisition de matériel par l'emprunteur à charge pour celui-ci de conclure une assurance - vie. Ce dernier avait par la suite conclu une telle assurance-vie, mais était décédé avant la livraison du matériel. Cette livraison s'étant faite après le décès de l'emprunteur, la banque a refusé de régler le prix de vente au vendeur (héritiers) notamment au vu du fait qu'elle n'avait pas remis les fonds à l'emprunteur avant la date de livraison du matériel, de sorte que le contrat de prêt ne se serait pas formé. La banque arguait donc du caractère réel du contrat de prêt.

La Cour de Cassation qui dit d'emblée que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel a retenu, du moment que l'emprunteur avait signé la proposition de financement et que les conditions de garanties dont elle était assortie étaient satisfaites, que le prêteur était, par l'effet de cet accord de volonté, obligé envers les héritiers de l'emprunteur au paiement de la somme convenue. (*note de la Cour* : donc peu importe que la remise des fonds n'eût pas encore été faite au moment de la livraison du matériel).

Cette solution est à transposer au litige.

Les parties se sont engagées le 19 décembre 2008 à conclure un contrat de prêt. Ce contrat liait immédiatement les parties, à condition toutefois pour l'emprunteur voire le garant de remplir plusieurs conditions suspensives avant le tirage du prêt, donc la remise des fonds. Le contrat signé était donc consensuel, mais conditionnel quant à sa perfection.

Une des conditions suspensives n'ayant pas été remplie, la Banque n'était, contrairement à ce qu'elle fait plaider actuellement, pas tenue de remettre les fonds puisque l'accord qu'elle avait donné le 19 décembre 2008 n'avait été que conditionnel.

Ceci étant rappelé, et au vu de l'accord abusif donné par la Banque, il convient d'en conclure que les parties sont remises dans

l'état dans lequel elles se trouvaient le 3 février 2009 à 16.11 heures, partant dans la situation précédant l'instant où la Banque a abusivement déclaré renoncer à la condition suspensive examinée ci-dessus et donc accepté le tirage.

Il en découle que les parties ne se retrouvent pas dans une situation contractuelle, mais dans la situation qui est celle de parties liées par un contrat conditionnel dont la condition ne s'est pas réalisée. Elles se retrouvent donc dans une situation où le contrat de prêt ne s'est pas formé.

12. Les autres demandes toisées par le jugement du 10 juillet 2013.

Le jugement du 10 juillet 2013 est à confirmer en ce que le tribunal a condamné l'appelante E à payer à la société A à titre de dommages-intérêts pour le préjudice matériel accru du chef des saisies - arrêts pratiquées à tort la somme de 15.000 €. Ici encore, la société appelante ne motive aucunement dans le corps des conclusions sa demande en réformation de ce volet contenue au dispositif de celles-ci.

La société A s'est réservé le droit d'interjeter appel contre les volets du jugement par lesquels le tribunal a rejeté ses demandes telles que spécifiées à la page 17 du jugement à laquelle la Cour renvoie.

Elle n'est donc pas saisie d'un appel incident contre le rejet de ces demandes.

La société E conclut à se voir allouer des dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire de 250.000 €. La demande est dirigée contre la société A et C.

La demande dirigée contre C est irrecevable, étant donné que le litige se meut entre l'appelante et l'intimée A, en présence du fonds F, des parties tierces saisies et de la société G. L'appelante ne saurait dès lors diriger une demande contre une partie non intimée, le fait que celle-ci figure dans des rôles connexes et joints n'y changeant rien.

La demande dirigée contre la société A n'est pas fondée au vu du sort réservé à l'appel duquel il ressort qu'aucun abus de droit n'est à mettre sur le compte de cette société.

La demande de la société E dirigée contre l'intimée A en allocation d'une indemnité de procédure de 100.000 € n'est pas fondée non plus au vu du sort réservé à son appel et aux dépens.

Il serait par contre inéquitable de laisser à charge de la société A l'intégralité des frais, non compris dans les dépens, qu'elle a dû supporter pour faire valoir ses droits en instance d'appel, de sorte que la Cour lui alloue à titre d'indemnité de procédure le montant qu'elle a réclamé, à savoir 5.000 €.

La demande de la société G dirigée contre la banque E en allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 € n'est pas fondée, faute par la demanderesse de justifier de l'iniquité requise par l'article 240 NCPC.

V. Les litiges opposant la société A aux sociétés D et B.

La Cour examine conjointement les deux jugements rendus par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, étant donné que la problématique à la base des litiges respectifs est pour partie identique.

A. Les garanties accordées lors de la cession des actions F.

La Cour renvoie quant aux détails des garanties à la page 9 de l'arrêt.

La première différence entre les contrats respectifs signés les 11 et 12 décembre 2008 tels que modifiés par l'avenant du 19 décembre 2008 par la société cessionnaire A avec les cédantes D et B (actuellement B) réside dans le fait que le contrat de cession signé avec la société D n'était pas subordonné à l'accord préalable à donner par la Banque B LUXEMBOURG (actuellement E) matérialisé par l'octroi d'un nouveau prêt accordé à F, cet accord de la banque B LUXEMBOURG ayant par contre été nécessaire et préalable à la signature du contrat de cession conclu entre la banque B et la cessionnaire A.

L'autre différence résidait dans le fait que la société D ne s'est pas vu accorder de gage sur les actions qu'elle venait de céder, tandis que la société B s'est vu accorder un gage premier en rang sur 25% de l'ensemble des actions F et un gage deuxième en rang sur 75% desdites actions. Il est rappelé que la banque prêteuse B LUXEMBOURG s'était quant à elle vu accorder un gage premier en rang sur 75% de toutes les actions cédées et un gage deuxième en rang sur 25% de l'ensemble des actions.

B. Les jugements appelés.

1. Par jugement du 27 janvier 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ayant statué par défaut à l'égard de la défenderesse, a condamné A, prise en sa qualité de cessionnaire, à payer à B la somme de 6.000.000 € 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 € reçue le 15 décembre 2009 (prix de vente des actions gagées à E) et une indemnité de procédure de 750 €.

2. Par jugement du 23 janvier 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ayant statué contradictoirement, a condamné la société A, prise en sa qualité de cessionnaire, à payer à la société D le montant de 1.500.000 € avec les intérêts légaux à partir du 31 janvier 2010 jusqu'à solde et une indemnité de procédure de 1.000 €. (Ce même jugement a condamné C en qualité de garant. La Cour y reviendra sous VI.)

C. Les moyens d'appel de la société A.

La société appelante fait valoir sous 2.2.1 intitulé *interdépendance des contrats et impact du comportement frauduleux de la Banque sur les obligations de A dans le cadre du Contrat 1 (D) et du Contrat 2 (B)* :

« Il y avait une réelle intention des parties de rendre les contrats en cause (Contrat 1, Contrat 2 et Contrat 3) interdépendants en formant un ensemble contractuel.

La doctrine française évoque une « évolution contemporaine » qui « a mis en évidence une nouvelle figure contractuelle, celle des groupes de contrats, liés entre eux soit parce qu'ils portent sur le même objet, soit parce qu'ils concourent à la même opération économique ».

Les contrats en cause concouraient effectivement à la réalisation d'une même opération économique, à savoir le refinancement d'F et la restructuration de sa dette envers la Banque.

La jurisprudence française a retenu que « l'inexécution d'une convention peut être justifiée si le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle mais découlant d'une convention distincte, dès lors que l'exécution de cette dernière est liée à celle de la première ». Selon cette jurisprudence l'exception est applicable lorsque les obligations concernées, bien que découlant de conventions distinctes, sont liées quant à leur exécution.

La doctrine et la jurisprudence belge considèrent également que « l'exception peut aussi jouer entre des obligations procédant de contrats distincts, pourvu que ceux-ci forment, dans l'intention des parties, un ensemble indissociable ».

Le Contrat 1, le Contrat 2 et le Contrat 3 en concourant à la même opération économique, celle du sauvetage combinée de deux sociétés,

à savoir F et la Banque, formaient incontestablement un ensemble indissociable créant des obligations interdépendantes entre les deux groupes en présence, à savoir le groupe B d'un côté, représenté respectivement par la Banque, D et B, et A de l'autre côté.

La faute commise par la Banque à l'égard de A en résiliant frauduleusement le contrat de prêt a immanquablement des répercussions sur les autres contrats liés, à savoir le Contrat 1 et le Contrat 2 et les obligations de A découlant de ses contrats.

Par la résiliation fautive du prêt et l'appel abusif aux garanties qui y étaient attachées, la Banque a:

- manqué à ses obligations envers A sous le Contrat 3, notamment son obligation de loyauté et de bonne foi, de sorte que A peut soulever l'application des articles 1134-1 et 1134-2 du code civil tant à l'égard de la Banque que de D et B en vertu de l'interdépendance existant entre les contrats en cause ;

- soustrait à A les actions qu'elle avait acquises en vertu du Contrat 1 et du Contrat 2, de sorte que l'obligation de A de payer le prix de ces actions n'avait plus de contrepartie aux échéances contractuellement prévues ;

- créé un cas de force majeure, en procédant à une saisie-arrêt sur les comptes de A, rendant impossible tout paiement de sa part. »

L'appelante invoque donc à titre principal l'absence de cause à son obligation de payer le prix de cession, subsidiairement l'exception d'inexécution suite à la fraude dans l'exécution des obligations contractuelles de la banque B LUXEMBOURG à son détriment et plus subsidiairement la force majeure consécutive à la saisie-arrêt opérée abusivement sur les comptes de la société A qui aurait rendu impossible le paiement du prix de cession.

D. Discussion du moyen tiré de l'interdépendance des contrats signés et de l'existence du « groupe B ».

Les intimées B et D contestent l'existence d'un ensemble contractuel et le fait d'avoir appartenu au moment de la cession des actions F au groupe B.

B fait plus particulièrement valoir qu'il n'y avait ni identité d'objet entre le contrat de cession et le contrat de prêt, ni identité de cause en ce que le contrat de prêt ne visait pas le financement de la cession, mais le refinancement du fonds F, ni indivisibilité entre le contrat de cession et le contrat de prêt. En ce qui concerne l'argument tiré de l'existence du groupe B, l'intimée soutient certes

avoir détenu la quasi-intégralité des actions de la filiale B LUXEMBOURG, mais qu'elle était suite à la scission de la banque B hf, dont les actifs non toxiques ont été repris par la B devenue par après B, entièrement détenue et contrôlée par l'Etat islandais. Les banques B et B LUXEMBOURG auraient été à l'époque des faits placées sous le contrôle et administrées chacune par des administrateurs provisoires et/ou des comités mis en place par les autorités judiciaires et étatiques luxembourgeoises et islandaises.

D fait valoir avoir été détenue au moment de la cession par l'actionnaire unique ... Elle admet qu'au moment des faits, son conseil d'administration était entre autres composé de deux administrateurs qui siégeaient également au conseil d'administration de la banque B LUXEMBOURG, mais ce fait serait sans relevance, seul le lien capitalistique qui n'existerait cependant pas entre la société D et la Banque étant déterminant. Elle fait ensuite valoir que le contrat de cession est antérieur au contrat de prêt signé entre F et la banque B, non subordonné à l'accord préalable de celle-ci, et que les difficultés rencontrées par les parties en exécution du contrat de prêt ne sauraient influencer sur les obligations du cessionnaire à son égard.

1. Il est établi que les différents contrats ont été signés dans le but avoué, d'abord de permettre à la société A de reprendre le fonds F avec l'obligation pour celle-ci de le refinancer par un apport en nature conséquent de 35.000.000 € et, ensuite, en contrepartie de la renonciation du créancier principal du fonds F à réclamer le remboursement immédiat de l'emprunt de 122.000.000 €, de soumettre l'octroi d'un nouveau prêt à l'obligation pour le reprenneur de consentir à la banque prêteuse des sûretés personnelles (garantie) et réelles (gage, hypothèque).

Il a déjà été retenu ci-dessus que les négociations entre part, la société A et les actionnaires D et B du fonds F n'ont pas été menées dans le but de spolier l'une ou l'autre partie, mais d'aboutir à la reprise du fonds par un nouveau propriétaire, ce qui, d'un côté, permettait aux deux actionnaires historiques de se dégager du fonds et, d'autre part, à la banque prêteuse principale créancière du fonds d'avoir un emprunteur aux assises financières devenues plus solides, le paiement du prix des cessions et le remboursement du prêt étant en outre garantis par des sûretés.

Il n'est dans ces conditions pas relevant de savoir si les sociétés cédantes faisaient ou non partie du groupe B, abstraction faite de ce qu'elles en faisaient ou avaient toutes fait partie de ce groupe. La question n'est pas d'importance, étant donné qu'il n'est pas établi que les cédantes et la banque E aient fait cause commune pour « doubler » le reprenneur et reprendre la main sur le fonds F.

2. La question de l'ensemble contractuel est par contre d'autant plus pertinente en ce qui concerne l'incidence de l'accord et de la dénonciation abusifs du prêt sur les obligations à assumer par la société A à l'égard des cédantes.

a. Le moyen principal tiré de la nullité du contrat de cession pour absence de cause.

- La question ne se pose pas dans le cadre de la cession par la société D des actions F à la société A.

Cette cession s'est faite dès le 11 décembre 2008 et a certes été amendée le 19 décembre 2008, soit le jour de la signature du contrat de prêt entre le fonds F et la banque B, mais il n'existe aucun lien entre ces deux contrats. Le contrat de cession qui portait sur un tiers des actions du fonds F ne nécessitait pas l'accord préalable de la banque prêteuse, principale créancière du fonds. Il s'y ajoute que la société D entendait se désengager définitivement du fonds, raison pour laquelle elle ne s'était pas ménagé un droit de gage sur les actions cédées.

Si donc ce contrat de cession a certes été conclu presque concomitamment avec le deuxième contrat de cession entre les sociétés A et B et avec le contrat de prêt, il n'en était pas indissociable, l'exécution voire l'inexécution des deux autres ne pouvant d'aucune façon influencer sur le premier.

En effet, le fait pour la Banque E et B d'avoir réalisé leur gage respectif sur l'ensemble des actions du fonds F ayant, avant la cession du 11 décembre 2008 appartenu pour un tiers à la société D qui, contrairement aux deux autres sociétés ne s'était pas vu accorder un gage sur les actions par elle cédées, ne déliait d'aucune façon la partie acquéreuse de son obligation de s'acquitter du solde du prix de vente des actions à l'égard de la venderesse D.

Il en découle que le moyen libellé en ordre principal par la société A (absence de cause) pour justifier du non-paiement de la deuxième tranche ayant porté sur 1.500.000 € est vain.

- La situation est tout autre en ce qui concerne les actions F cédées par la banque B à la société A.

Cette cession était en effet subordonnée à l'accord préalable de la Banque B Luxembourg et à la signature concomitante d'un nouveau contrat de prêt. Il s'y ajoute que la vente des parts sociales était conditionnée par la preuve à rapporter par A pour le 31 janvier 2009 de sa capacité à faire un apport en nature à F.

L'imbrication allait encore plus loin puisque si la banque prêteuse B-E a pu bénéficier d'un gage premier en rang ayant porté sur 75% des actions d'F, c'est en raison du fait que la Banque B qui avait cédé les deux tiers du capital était d'accord à ne se voir accorder un gage premier en rang que sur 25 % des actions et que la société D avait renoncé à tout gage en sa faveur. C'est ainsi que la banque prêteuse s'est vu accorder ledit gage en sa qualité de créancière principale du fonds F en contrepartie de l'octroi du nouveau prêt. L'octroi de ce gage d'une telle importance en faveur de la banque E était cependant tout à fait justifié, puisque les cédantes étaient détentrices de parts d'une société se trouvant au bord de la liquidation judiciaire et que le risque majeur était supporté par la banque prêteuse.

Il est dès lors indéniable que les conditions dans lesquelles les contrats signés par la société A avec la société B (cession) et la banque B LUXEMBOURG (garante dans le cadre du prêt) permettent de conclure à une interdépendance au moment de leur conclusion, soit au 19 décembre 2008.

Cette interdépendance pour valoir ensemble contractuel doit cependant non seulement avoir existé au moment de la conclusion des contrats, mais également en cours d'exécution.

La société A qui à titre principal invoque implicitement la nullité du contrat de cession conclu avec B pour absence de cause fait valoir qu'« au 29 février et 30 juin 2009 (date des échéances du paiement du prix à B) et au 31 janvier 2010 (date de l'échéance du paiement du solde du prix à D), le groupe B étant redevenu propriétaire de la majorité (75%) puis de la totalité des actions F suite à la réalisation des gages constitués sous le Contrat 2 et le Contrat 3, l'obligation pour A de payer le prix de cession des actions sous le Contrat 1, respectivement le Contrat 2 était devenue sans cause. La contrepartie de cette obligation n'existait plus à cette date ».

L'absence de cause entraîne la nullité du contrat pour autant que la cause fasse défaut au moment de la conclusion du contrat. Si le contrat a par contre été valablement formé et qu'un événement intervient en cours de l'exécution du contrat qui, s'il avait existé au moment de sa formation l'aurait rendu nul, cet événement n'a pas pour conséquence d'en entraîner la nullité.

La cause existait bel et bien au moment de la conclusion du contrat, puisque la cédante cédait les parts à la cessionnaire qui s'était obligée à les payer. Cette cession s'est opérée immédiatement tandis que le paiement du prix s'est échelonné dans le temps.

Que la partie acquéreuse n'ait pas honoré les échéances de paiement et que la partie cédante ait exercé son droit de gage sur

celles des actions gagées en sa faveur en réaction à ce défaut de paiement ne permet pas de conclure à l'absence de cause au moment de la formation du contrat. Le fait pour le vendeur d'avoir accordé des délais de paiement à l'acheteur pour s'acquitter de l'intégralité du prix de vente ne change rien à l'obligation pour le cessionnaire de s'acquitter du prix de cession, seule son exigibilité ayant été conventionnellement différée.

Le moyen tiré de l'absence de cause est donc à rejeter.

b. L'appelante A invoque à titre subsidiaire l'exception d'inexécution. Elle fait valoir que « *le Contrat 1, le Contrat 2 et le Contrat 3 forment un ensemble contractuel conclu entre A, F et le groupe B.*

Il en résulte que les articles 1134-1 et 1134-2 du Code civil doivent être appliqués dans ce cadre contractuel plus vaste, dépassant les limites d'un seul contrat.

L'exécution de mauvaise foi par la Banque du Contrat 3 par une rupture abusive des relations contractuelles établies avec F et A a conduit A à suspendre l'exécution de ses propres obligations résultant de cet ensemble contractuel à l'égard du groupe B.

Le défaut de paiement du (solde du) prix de cession sous le Contrat 1 et le Contrat 2 ne peut dès lors être reproché à A ».

L'exception d'inexécution invoquée ne concerne pas les co-contractants directs de l'appelante A, donc B et D qui ont intégralement exécuté leur obligation de délivrance des actions ayant porté respectivement sur les deux tiers/un tiers du capital social du fonds F, mais la banque B, donc d'une partie tierce aux contrats de cession.

Même s'il est vrai que les contrats de cession et de prêt se sont inscrits dans le cadre de la restructuration via un refinancement du fonds F, l'objet du contrat de prêt n'était pas, abstraction faite de la pertinence de l'argument, de permettre à la société A de disposer de fonds nécessaires pour régler le prix d'achat des actions, mais son objet était la réitération par la banque prêteuse de la mise à la disposition des fonds à F, entre temps détenue par A, moyennant un nouveau prêt destiné à remplacer celui déjà accordé par la banque B en juillet 2008, mais doté, contrairement au premier, de garanties accordées au prêteur. Ce prêt ne concernait donc en rien B et D.

Le moyen est à rejeter.

c. L'appelante A soulève comme troisième moyen de défense que la saisie-arrêt opérée sur les comptes de A aurait été constitutive d'un cas de force majeure qui l'aurait empêchée de régler le prix de

la cession à B et à D. L'appelante fait ainsi valoir qu' « *il y a lieu de retenir que A a dû faire face à un cas de force majeure qui a rendu totalement impossible l'exécution de ses obligations sous le Contrat 1 et le Contrat 2. Par renvoi à la section 1.2. des présentes, il y a lieu de retenir que la saisie-arrêt pratiquée par la Banque sur les comptes de A en date du 5 février 2009, que A a tenté de lever par assignation en rétractation du 18 février 2009 et qui s'est soldée par le blocage d'un montant d'EUR 35.051.755,67, a constitué pour A un cas de force majeure l'empêchant d'exécuter ses obligations sous le Contrat 1 et le Contrat 2* ».

Ce moyen n'est pas fondé non plus.

En effet, l'appelante reste en défaut d'établir, pièces à l'appui, avoir disposé de fonds suffisants immobilisés sur les comptes bancaires saisis-arrêtés à tort qui lui auraient permis de régler les deux premiers acomptes de chaque fois 1.500.000 €, puis le solde de 3.000.000 à B. Il en est de même de la tranche de 1.500.000 € à payer à D. Il ressort bien plus de la procédure que les neuf banques de la place visées par les saisies -arrêts et la société A HOTELS font défaut pour la simple raison que la société A ne disposait d'aucun avoir auprès d'aucune d'elles. Il ressort par ailleurs des conclusions de la saisissante E que la société appelante disposait, selon les documents légaux publiés au 31 décembre 2012, 2013 et 2014 de liquidités de quelque 6.250 €. Cet état qui ressort de l'analyse des pièces officielles publiées par la société, mais non autrement commenté par l'appelante, fait présumer qu'elle ne disposait pas non plus de suffisamment de liquidités pour honorer ses obligations de paiement à l'égard d'B et D en 2009 et 2010, présomption non renversée par l'appelante à laquelle incombe la charge de la preuve contraire, à savoir d'établir que la saisie-arrêt injustifiée a rendu indisponibles des fonds qui se seraient trouvés sur les comptes bancaires saisis-arrêtés au moment des paiements stipulés.

Ce moyen est donc à rejeter.

d. Le quatrième moyen (qui ne concerne que la demande d'B) opposé par l'appelante à la demande en paiement d'B est développé comme suit : « *B a procédé à une valorisation entachée d'une erreur manifeste, sinon frauduleuse, des actions gagées en sa faveur et la réalisation de son gage par B au 5 octobre 2009 a largement suffi à la désintéresser. Partant la réalisation de ce gage a éteint définitivement l'obligation de paiement de A à l'égard d'B.*

Si par impossible, votre Cour venait à douter du fait que la créance dont le paiement est réclamé par B est éteinte, A demande à ce que votre Cour nomme un expert avec pour mission de procéder à une évaluation des actions gagées au jour de la réalisation de son gage par B au 5 octobre 2009 ».

L'article 7. 1.2. du SPA du 19 décembre 2008 dispose que

« If the Pledgor fails to cure and pay the amounts due to the Pledgee during this Curing Period or informs in writing the Pledgee that he is not in the position to pay, the Pledgee, without any other demand, advertisement or notice of any kind, may realize the Pledged Assets or any part thereof, in accordance with applicable provisions of Luxembourg law, with for example the right for the Pledgee:

(i) to appropriate any of the Pledged Assets at the fair market value thereof determined by the Pledgee acting in good faith and whose determinations and valuations shall be binding (save in case of manifest error);....

L'intimée B expose qu' « au moment de la réalisation du gage en date du 5 octobre 2009, les comptes annuels d'F au 31 décembre 2008 et la VNI d'F au 31 juillet 2009 étaient les seuls documents officiels d'F remis aux actionnaires et permettant à ceux-ci (respectivement à des tiers en possession de ces documents) de déterminer la valeur d'F, respectivement des actions (y compris les Actions Gagées) de celle-ci.

En ce qui concerne les comptes annuels au 31 décembre 2008, ceux-ci ont été approuvés à l'occasion d'une assemblée générale tenue en date du 30 juin 2009. Ces comptes affichent une perte de 10.177.165.- EUR que l'assemblée générale a décidé de reporter » .

Il convient d'abord de relever, tel que le fait l'intimée, que ni le contrat de gage, ni aucune disposition légale ou statutaire ne définissent ce qu'il convient d'entendre par « *the fair market value* ». B se réfère dès lors à une définition contenue dans les *International Private Equity and Venture Capital Valuation Guidelines* (édition de décembre 2015) aux termes de laquelle la

« 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. »

Cette définition pour ne pas être contestée en ses éléments constitutifs par l'appelante et pour reprendre les critères pertinents permettant de calculer le prix de l'action F est adoptée par la Cour et donc à appliquer au cas d'espèce.

La Cour ne suit tout d'abord pas l'appelante dans ses développements contenus sous 1.3.1 des conclusions récapitulatives du 5 octobre 2016 relatifs aux raisons qui auraient poussé B à ne réaliser le gage qu'au mois d'octobre 2009 alors pourtant que le défaut de paiement de la première tranche de 1.500.000 € datait déjà

du 28 février 2009. Les raisons invoquées, pour intéressantes qu'elles soient, sont inopérantes, étant donné que même si la réalisation du gage par B avait, selon l'appelante, pour objet de reprendre le contrôle d'F et donc d'écarter l'appelante en tant qu'actionnaire du fonds, cette réalisation du gage, dont l'exécution d'un point de vue de la régularité formelle n'est pas remise en cause par l'appelante en ce que la procédure prévue au SPA (contrat de gage) a été respectée, s'est faite suite au défaut de paiement non justifié (voir les développements ci-avant) imputable à la cessionnaire, les motivations sous-jacentes du créancier quant à la réalisation des titres gagés n'étant d'aucune relevance.

En ce qui concerne la « *valorisation frauduleuse du gage* » telle qu'alléguée par l'appelante:

A fait valoir que la valorisation de la part à 0 € serait frauduleuse en ce que l'actif immobilier du fonds F n'aurait pas sensiblement varié entre décembre 2008, date du contrat de cession et le 5 octobre 2009, jour de la réalisation du gage.

Ce moyen ne vaut pas, étant donné qu'il est contredit par l'argument suivant de l'appelante qui prend soin de distinguer entre la valeur de marché des biens faisant partie d'un fonds et la valeur comptable telle que reflétée par la VNI de ses parts.

Que la société cessionnaire ait éventuellement été d'accord à payer un prix supérieur à la valeur comptable de l'action n'est pas forcément inhabituel, les calculs sous-jacents réalisés en fonction de critères dont il n'est pas établi qu'ils soient parfaitement identiques pouvant aboutir à des résultats divergents.

L'appelante fait encore valoir que le calcul de la VNI des parts du fonds opéré sur base des documents comptables serait contraire à la volonté des parties qui auraient stipulé que cette valeur devrait refléter la *fair market value*.

Cet argument est fondé, étant donné, tel que dit ci-dessus, que la valeur de marché n'est pas nécessairement identique à la valeur comptable. La Cour rappelle que l'actif sous-jacent du fonds F était constitué d'un parc immobilier luxembourgeois qui a pu plus ou moins être impacté par la crise financière qui sévissait à l'époque.

Etant donné que les actions F ont été gagées en faveur de la banque B, que celle-ci les a réalisées consécutivement au défaut de paiement imputable à l'appelante et que le produit de réalisation est destiné, le cas échéant, à diminuer d'autant la dette de l'appelante à l'égard d'B, la Cour ordonne une expertise aux fins de calculer *the fair market value* de l'action F au 5 octobre 2009, jour de la réalisation du gage.

Cependant, quatre précisions s'imposent:

La créance de départ d'B à l'égard de l'appelante se chiffre à 6.000.000 € en application de l'article 3.4. du contrat de cession qui dispose qu'en cas d'un défaut de paiement, la troisième tranche variable d'un maximum de 3.000.000 € (variable en ce qu'elle aurait, si les deux premières tranches avaient été réglées, dû être fixée par expertise avec valeur au 30 juin 2010) sera due à hauteur du maximum.

La deuxième précision est qu'B a cédé ses parts en 2009 à la banque E pour la somme de 175.000 €, montant dont il a été tenu compte dans le jugement querellé du 27 janvier 2012, ledit montant étant à imputer en priorité sur les frais et intérêts courus jusqu'à cette date.

La clause 7.2.1. (i) du contrat de cession selon laquelle l'évaluation faite par le créancier gagiste lie les parties, sauf erreur manifeste, est interprétée par la Cour en ce sens que la notion *d'erreur manifeste* ne présuppose pas d'ores et déjà rapportée la preuve de ladite erreur par la partie qui l'invoque, mais la preuve d'indices qui la font présumer raisonnablement. Il ne faut en effet pas perdre de vue que l'appréciation faite par le créancier gagiste ne lie plus les parties, si le débiteur établit l'erreur manifeste de valorisation, notamment moyennant des indices qui ont amené la Cour à faire droit à l'offre de preuve par expertise.

La quatrième précision concerne la nomination des experts.

La Cour nomme dans un premier temps un expert-comptable qui aura pour mission de rechercher sur base de quelles pièces et critères la valeur des actions a été déterminée. Il lui appartiendra ensuite de se faire assister par un second expert chargé de l'évaluation des immeubles ayant fait partie du capital d'F. Rien ne l'empêchera cependant de s'adjoindre dès le début un tel second expert. Il prendra soin de chercher un expert qui trouvera l'assentiment des deux parties (qui n'ont proposé le nom d'aucun expert immobilier à la Cour). Si un accord est impossible à trouver, la Cour en nommera un sur proposition à faire par l'expert et les parties. Si cet expert n'est pas expert judiciaire, il devra être assermenté.

e. L'appelante A fait valoir en dernier ordre de subsidiarité que « si par impossible, votre Cour devait considérer que l'obligation de payer de A à l'égard de D et d'B existe toujours, après avoir considéré les éléments sub 2.2.1) à 2.2.5), et après avoir décidé d'une attribution définitive des actions F à A, alors se poserait indéniablement la question de la valeur actuelle des actions d'F. Il conviendrait en effet dans cette hypothèse d'envisager une évaluation de ces actions par un expert. Toute somme qui resterait due par A dans ce cas devra

indéniablement faire l'objet d'une compensation avec le montant des dommages et intérêts qui seraient dus par le groupe B en réparation du préjudice subi par A en raison des agissements malveillants et abusifs du groupe B à son égard. Les parties concluantes se réservent tous droits à ce sujet. »

La Cour vient de décider que la société A est tenue d'honorer ses obligations de paiement à l'égard des cédantes D et B.

La restitution définitive des actions F concerne les 75% que la banque E s'est abusivement appropriées. Quant aux 25 % des actions réalisées par B, la contrevaletur desdites actions viendra en déduction du montant de la créance de celle-ci à l'égard de la cessionnaire A. Ces actions ont entretemps été cédées à la société E de sorte qu'il n'y a pas lieu à restitution de ces actions en faveur de l'appelante.

La demande de l'appelante, telle que formulée, tendant à voir actualiser la valeur des actions F est sans objet. La société A se verra restituer les actions détenues par la banque E (75% des actions gagées en sa faveur) soit 31.673 actions, étant au surplus entendu que toute autre créance ou dette entre l'appelante et la banque E est inexistante. Il a déjà dans ce contexte été retenu plus haut que la société A n'a pas saisi la Cour d'une demande en dommages - intérêts contre la banque E, ni d'ailleurs contre « le groupe B » si l'appelante vise par ce terme global les sociétés D et B.

Il ne saurait donc être question de compensation entre une éventuelle créance de l'appelante qui ne saurait résulter que d'une demande en dommages-intérêts dirigée contre les sociétés D et B et les créances de celles-ci à l'égard de l'appelante. La question de la compensation ne se pose pas dans les relations A-E, ces parties se retrouvant dans la situation qui était la leur avant la signature du contrat de prêt du 19 décembre 2008 et la restitution des parts ayant été ordonnée en première instance en faveur de la société A ayant été confirmée par la Cour.

3. L'intimée B a formé appel incident contre le jugement du 27 janvier 2012 en ce que le tribunal lui a alloué une indemnité de procédure de 750 €. Elle conclut, par réformation, à se voir allouer 10.000 €.

La demande en réformation n'est pas fondée, étant donné que le jugement a été pris par défaut contre la défenderesse et que même si le tribunal qui a siégé en matière commerciale a statué selon la procédure civile, il n'est pas établi que la demanderesse ait rédigé des conclusions autres que la seule assignation introductive d'instance.

Il ressort des développements qui précèdent que le jugement du 23 janvier 2013 est à confirmer en ce que l'appelante a été condamnée à payer à D la somme de 1.500.000 €.

Au vu du sort réservé à son appel, la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée. Celle de l'intimée D est par contre fondée à hauteur de 4.000 €.

En ce qui concerne l'appel relevé contre le jugement du 27 janvier 2012, il convient d'attendre le résultat de la mesure d'instruction et de réserver les demandes en indemnité de procédure réclamées par A et B pour l'instance d'appel.

VI. Les litiges opposant C aux sociétés D et B

1. Le bénéficiaire économique et unique actionnaire de la société A, C, s'était porté garant dans le cadre du contrat A-D de la bonne exécution des engagements pris par la cessionnaire à l'égard de la cédante à hauteur de 2.500.000 €, soit de l'intégralité du prix de vente des actions. La société débitrice A s'est acquittée le 3 février 2009 du premier acompte de 1.000.000 €, mais n'a pas payé le solde restant dû de 1.500.000 €. (Il est à relever qu'une telle garantie avait également été émise par la société A, mais que la société D ne l'a pas actionnée en cette qualité devant le tribunal, mais uniquement en sa qualité de cessionnaire en défaut de paiement).

Par jugement du 23 janvier 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ayant statué contradictoirement à l'égard des défendeurs, a condamné C, pris en sa qualité de garant, à payer à D la somme de 1.500.000 € avec les intérêts légaux à partir du 31 janvier 2010 jusqu'à solde. Il est à noter que dans ce même jugement, le tribunal a condamné la société A en sa qualité de cessionnaire à payer la même somme à la demanderesse. Ces condamnations ont été prononcées in solidum contre les défendeurs, de même que leur condamnation à payer à la société D une indemnité de procédure de 1.000 €.

2. C s'était encore porté garant de la bonne exécution des engagements pris par A à l'égard de la cédante B à hauteur de 6.000.000 €, soit le prix de vente maximal des actions. Il est rappelé que le prix de vente consistait en un montant fixe de 3.000.000 € à payer moyennant deux acomptes de 1.500.000 € et d'un montant variable fixé entre 0 et 3.000.000 € selon la valeur des actions à déterminer au 30 juin 2010. La société A n'a réglé aucun de ces trois montants et la valorisation des parts au 30 juin 2010 n'a pas été faite.

Par jugement du 19 décembre 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ayant statué contradictoirement, a condamné C à payer à B la somme de 5.825.000 € avec les intérêts conventionnels

sur différents montants à partir de dates de départ et d'échéance échelonnées. Les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure ont été rejetées.

3. L'appelant fait grief aux deux jugements appelés d'avoir qualifié les garanties de garanties autonomes à première demande, alors pourtant que celles-ci avaient été données à titre accessoire pour garantir le paiement de la dette principale du débiteur de sorte que la référence à cette obligation comme élément de détermination de la garantie priverait celle-ci de son autonomie.

Les parties intimées D et B concluent à la confirmation des jugements respectifs quant à ce volet.

L'appelant entend au moyen de sa demande de voir requalifier les garanties d'accessoires et non pas d'autonomes être déclaré recevable à opposer au bénéficiaire des garanties les exceptions que le débiteur principal A serait en droit de lui opposer. Il renvoie dans ce contexte aux moyens de défense (que la Cour a toisés aux pages 58 - 62 de l'arrêt) tirés de l'absence de cause, de l'exception d'inexécution et de la force majeure. Etant donné cependant que ces moyens opposés par la société A ont tous été rejetés par la Cour, la discussion autour de la qualification de la garantie est sans intérêt au regard de ces moyens.

Quant au quatrième moyen tiré d'une valorisation incorrecte des actions gagées, ce volet doit encore faire l'objet d'une expertise dans le cadre de la demande opposant B à A. Se pose à cet égard la question de savoir si le montant qu'B réclame au garant est tributaire ou non du montant de sa créance à l'égard du débiteur principal, en d'autres termes convient-il de rechercher si la demande en condamnation dirigée contre le garant est susceptible d'être affectée par les résultats de la mesure d'instruction et, si oui, il y aurait lieu d'en attendre le résultat, ou si la mesure d'instruction aura uniquement des répercussions éventuelles sur la dette du débiteur principal du contrat de base, auquel cas il n'y a pas lieu à surséance de ce chef.

C'est ici que la question de la qualification de la garantie émise par C est d'intérêt.

La question de la nature juridique de la garantie à première demande est à solutionner par rapport au cautionnement. L'engagement de la caution est essentiellement accessoire, en ce sens que la caution s'oblige à payer la dette même du débiteur principal et qu'elle peut, de ce fait, opposer au créancier les exceptions que le débiteur lui-même peut ou aurait pu opposer. La garantie autonome est au contraire un engagement indépendant du contrat de base. Dans le premier cas, il y a une seule dette, mais deux débiteurs, tenus, l'un à titre principal, l'autre à titre de garant.

Dans le second cas, les deux débiteurs ont contracté des dettes distinctes et autonomes, ce qui n'empêche pas l'engagement du garant de remplir la fonction de sûreté. La clé de la distinction est constituée par le caractère accessoire ou non de l'engagement du garant, caractère accessoire qui est le critère même du cautionnement.

Il ne saurait y avoir garantie sans obligation à garantir. L'existence du contrat de base constitue donc la cause de la garantie. La référence au contrat principal est de l'essence de la garantie, qu'elle soit autonome ou accessoire. Est donc erroné tout raisonnement qui déduit de la référence au contrat de base l'absence d'autonomie. Cependant, une fois nées, les obligations du donneur d'ordre et du garant ont des sorts distincts. Ni leur validité, ni leur durée, ni leur étendue, ni leur exécution ou inexécution n'ont d'incidence réciproque.

La Cour note que l'appelant se réfère à l'appui de son moyen tendant à voir dire que la garantie qu'il a donnée aurait été accessoire au contrat principal et non pas autonome à un arrêt de la Cour d'appel du 13 juin 2012 (n° de rôle 37717) qui a certes qualifié une garantie d'accessoire, mais ceci au vu du libellé même de la garantie que l'appelant omet de citer. La Cour y a en effet retenu que « *si la lettre de garantie litigieuse emploie les termes de paiement à la première demande et sans discussion et fixe un montant maximal à payer de 80.000 €, éléments qui militent plutôt en faveur de qualification de garantie autonome, la lettre de garantie se réfère toutefois au montant de 80.000 € qui serait dû à O.F. par B.I. (which shall at any time be owed by our customer) et exige la production d'un certificat que le client B.I. n'a pas rempli ses obligations à l'égard de F. La lettre d'engagement renvoie partant à la dette même du débiteur B.I.* » pour en conclure qu'il ne s'agissait pas d'une garantie autonome, mais d'un cautionnement.

S'il est bien mentionné dans l'acte de garantie qu'elle vise la bonne exécution des obligations du garanti en faveur du bénéficiaire, aucun lien n'est établi avec la dette même du garanti, débiteur du bénéficiaire créancier de l'obligation.

Ainsi, l'article 2 dispose que "*The Guarantor hereby absolutely, unconditionally and irrevocably guarantees to the Beneficiary the prompt and complete payment and performance by A of all the Secured Obligations owing to the Beneficiary pursuant to the terms of the Agreement.*"

This guarantee shall be autonomous and independent and shall exist and bind the Guarantor, as debtor or co-debtor, absolutely, jointly and severally, unconditionally and irrevocably, even where the Agreement would be declared void or non-binding on A.

The Guarantor irrevocably commits, on first demand and as an independent obligation (“garantie à première demande”), in respect of the Secured Obligations, and without the right to dispute payment on grounds pertaining to the Secured Obligations or the personal situation of A (“bénéfice de discussion”).

For the avoidance of doubt, this Guarantee does not constitute a “cautionnement” within the meaning of the Luxembourg Civil Code, but an independent first demand guarantee, and references to the Secured Obligations and the Agreement are only for the assessment of the (1) amounts payable under this Guarantee and (2) for the determination of the time when this Guarantee may be called upon.”

La Cour conclut au regard des termes dépourvus de toute ambiguïté que l’engagement pris par C à l’égard d’A est à qualifier de garantie à première demande.

L’autonomie signifie que, hormis l’hypothèse de l’appel manifestement abusif, non donné en l’espèce au vu des développements faits ci-dessus, le garant doit exécuter son engagement sans que puisse être opposée au bénéficiaire ni la nullité du contrat de base, ni sa résolution ou résiliation, ni son inexécution, ni l’exécution par le débiteur garanti de la totalité de ses obligations, ni l’extinction de l’obligation garantie, que ce soit par compensation, confusion, remise de dette, transaction ou novation, ni la modification du contrat de base, ni la cession dudit contrat. (Philippe Simler, Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, 5^{ème} édition, 2015, LexisNexis, pages 913-993)

Il en découle que la demande en condamnation dirigée par B contre C peut d’ores et déjà être toisée sans qu’il ne faille attendre le résultat de la mesure d’instruction relative à la valorisation des actions gagées d’A, étant donné que le montant de la dette du débiteur n’influe pas sur l’engagement pris par le garant.

L’intimée B relève appel incident du jugement au motif que le tribunal n’aurait pas intégralement fait droit à ses demandes relatives aux intérêts conventionnels à allouer sur les montants échus et à l’indemnité de procédure.

Le tribunal a condamné C à payer à B la somme de 5.825.000 € avec les intérêts au taux conventionnel de 7,5% sur la somme de 1.500.000 € du 28 février au 30 juin 2009, sur la somme de 3.000.000 € du 30 juin au 15 décembre 2009, sur la somme de 2.825.000 € du 16 décembre 2009 au 29 juillet 2010 et sur la somme de 5.825.000 € à partir du 29 juillet 2010 jusqu’à solde. Il a débouté la banque de sa demande en allocation d’une indemnité de procédure de 10.000 €.

L'appelante sur incident B avait conclu dans l'assignation du 20 janvier 2011 à ce qu'C soit condamné à lui payer la somme en principal de 6.000.000 €, cette somme à majorer des intérêts au taux conventionnel de 7,5% l'an à partir du 28 février 2009 jusqu'à solde, sinon des intérêts légaux (taux directeur de la Banque Centrale Européenne majoré de 7 points conformément à la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et intérêts de retard) à partir du 28 février 2009 jusqu'à solde, sinon à compter du 11 mars 2009, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde, sinon à compter de la demande en justice jusqu'à solde.

Elle avait encore déclaré avoir reçu le 15 décembre 2009 un paiement de 175.000 € (prix de vente des actions gagées à la banque E) et demandé à ce que cette somme soit imputée par priorité sur les frais et intérêts conventionnels, sinon légaux échus à cette date.

Elle conclut en appel, par réformation, à voir condamner C au paiement de la somme de 6.000.000 €, avec les intérêts de retard conventionnels de 7,5% l'an à partir du 28 février 2009, dont à déduire le montant de 175.000 € payé le 15 décembre 2009, cette somme étant à imputer par priorité sur les frais et intérêts conventionnels, sinon légaux échus à cette date.

C n'a pas pris position.

La demande en réformation du jugement est fondée.

En effet, A n'a pas payé la première tranche de 1.500.000 € échue le 28 février 2009 de sorte qu'B a en application des articles 3.4.2. et 3.4.3. du SPA fait usage de la faculté lui ouverte d'accélérer le remboursement de la dette, de sorte à provoquer l'exigibilité immédiate de l'intégralité du prêt, étant encore entendu que dans ce cas, le *Earn Out Payment* qui devait être compris entre 0 et 3.000.000 € (si les échéances précédentes avaient été réglées) était conventionnellement fixé à 3.000.000 €.

Les intérêts au taux conventionnel ont donc commencé à courir à partir de la première échéance non respectée, donc à partir du 28 février 2009 sur le montant total de 6.000.000 € devenu immédiatement exigible.

C'est encore à raison que l'appelante sur incident soutient que la somme de 175.000 € qu'elle reconnaît avoir reçue le 15 décembre 2009 (suite à la vente des actions gagées à la banque E) doit, en application de l'article 1254 du Code civil et de l'article 8.2. du contrat de gage, être imputée par priorité sur les intérêts et les frais et dépenses liés à la réalisation du gage.

Le montant des frais et dépenses n'ayant pas été précisé par la Banque et en vue d'éviter des difficultés d'exécution, il convient d'imputer la somme de 175.000 € sur les intérêts conventionnels échus au 15 décembre 2009.

Le jugement est encore à réformer en ce qu'il n'a pas été fait droit à la demande de la banque basée sur l'article 240 du NCPC. La Cour lui alloue, par réformation, une indemnité de procédure de 2.000 €.

Chaque partie réclame une indemnité de procédure.

Au vu du sort réservé à son appel dirigé contre D et B, la demande d'C en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

Les demandes des parties intimées sont par contre fondées et il convient d'allouer à chacune d'elles sur base de l'article 240 NCPC une indemnité de 4.000 €.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit les appels dirigés contre les jugements du tribunal d'arrondissement de Luxembourg rendus les 10 juillet 2013, 27 janvier 2012, 19 décembre 2012 et 23 janvier 2013,

I. Quant à l'appel dirigé contre le jugement du 10 juillet 2013 (rôle 40437) (E-A)

dit non fondé l'appel interjeté par la société à responsabilité limitée E,

confirme le jugement, sauf à préciser que la restitution des actions du fonds F en faveur de la société à responsabilité limitée A portera sur les 31.673 actions qui ont fait l'objet du gage réalisé par la société à responsabilité limitée E,

dit irrecevable la demande de la société à responsabilité limitée E en dommages-intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire dirigée contre C,

dit cette même demande non fondée en ce qu'elle est dirigée contre la société à responsabilité limitée A,

rejette les demandes de la société à responsabilité limitée E et de la société anonyme G en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société à responsabilité limitée E à payer à la société à responsabilité limitée A une indemnité de procédure de 5.000 €,

déclare l'arrêt commun à toutes les autres parties intimées,

condamne la société à responsabilité limitée E aux frais et dépens de l'instance d'appel,

II. Quant à l'appel dirigé contre le jugement du 23 janvier 2013 (rôle 39637) (C+A-D)

dit non fondé l'appel interjeté par C et la société à responsabilité limitée A,

confirme le jugement,

rejette les demandes des appelants en allocation d'une indemnité de procédure,

les condamne in solidum à payer à la société anonyme D une indemnité de procédure de 4.000 €,

condamne C et la société à responsabilité limitée A in solidum aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de la société en commandite simple Clifford Chance,

III. Quant à l'appel dirigé contre le jugement du 27 janvier 2012 (rôle 38650) (A-B)

dit non fondé l'appel incident de la société de droit islandais B,

quant à l'appel principal de la société à responsabilité limitée A:

ordonne 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 F au 5 octobre 2009

nomme à ces fins Monsieur Paul LAPLUME, expert-comptable, demeurant à L-6113 Junglinster, 42, Rue des Cerises,

dit que l'expert est autorisé au besoin à se faire assister par un second expert chargé de l'évaluation des immeubles ayant fait partie du capital d'F. Il prendra soin de chercher un expert qui trouvera

l'assentiment des deux parties. Si un accord est impossible à trouver, la Cour en nommera un sur proposition à faire par l'expert et les parties. Si cet expert n'est pas expert judiciaire, il devra être assermenté,

ordonne à la partie la plus diligente de consigner la provision de 10.000 € auprès de la Caisse de Consignation au plus tard pour le **15 septembre 2017** 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,

dit que l'expert/les experts déposera/ont son/leur rapport au greffe de la quatrième chambre de la Cour au plus tard le **premier avril 2018**,

dit qu'il/s devra/ont en toutes circonstances informer le magistrat chargé de la surveillance de l'expertise de l'état de ses/leurs opérations et des difficultés qu'il/s pourra/ont rencontrer,

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

dit que dans l'accomplissement de sa/leur mission, l'expert/s pourra/ont s'entourer de tous renseignements utiles et nécessaires et même entendre de tierces personnes,

charge Monsieur le président de chambre Roger LINDEN du contrôle de cette mesure d'instruction,

réserve les autres demandes et les frais,

IV. Quant à l'appel dirigé contre le jugement du 19 décembre 2012 (rôle 39729) (C-B)

dit non fondé l'appel principal d'C,

dit partiellement fondé l'appel incident de la société de droit islandais B,

réformant :

condamne C à payer à la société de droit islandais B la somme de 6.000.000 €, avec les intérêts conventionnels de 7,5% l'an à compter du 28 février 2009, dont à déduire le montant de 175.000 € payé le 15 décembre 2009, ce montant étant à imputer par priorité sur les intérêts courus jusqu'à cette date,

condamne C à payer à la société de droit islandais B une indemnité de procédure de 2.000 € pour la première instance,

confirme le jugement pour le surplus,

rejette la demande d’C en allocation d’une indemnité de procédure,

condamne C à payer à la société de droit islandais B une indemnité de procédure de 4.000 € et à supporter les frais et dépens de l’instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Marc Kleyr, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.