

Arrêt référé

Audience publique du 21 avril deux mille dix

Numéro 35720 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Théa HARLES-WALCH, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme M),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 5 février 2010,

comparant par Maître Jérôme BACH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société de droit américain J), établie aux Etats-Unis,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 5 février 2010,

comparant par Maître Patrick GEORTAY, assisté de Maître Guy LOESCH, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. la société anonyme S) INTERNATIONAL,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 5 février 2010,

comparant par Maître Stéphane LE GOUEFF, assisté de Maître Murielle OMPRARET, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3. la société anonyme A), représentée par son administrateur provisoire Maître Yann BADEN,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 5 février 2010,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

En mars 2008, A) S.A. (ci-après A)) et M) S.A. -qui détient dans A) 420 actions, représentant environ 32% du capital-, d'une part, d'autre part P) HOLDING LLC (ci-après P)), forment une « Joint Venture » dans le but de soumettre leur candidature concernant un projet de travaux publics à réaliser à Milan par la société de droit italien T) S.p.A..

Dans le cadre de cette "Joint Venture" les sociétés procèdent, entre autres, à des prises participations croisées le 25 mars 2008, modifiées les 31 juillet, 10 et 24 septembre 2008.

Aux termes de ces contrats, P) détient 20%, W) INVESTMENTS S.A. 48% et M) S.A. 32% des actions de A) S.A., laquelle détient 60% dans T) S.A. qui détient 100% de T) S.p.A..

Par contrats du 24 avril 2008, J) N.A. (ci-après J)) prête à A) S.A. (ci-après A)) les montants de 15.000.000.- euros et de 10.000.000.- euros, ce dernier prêt étant modifié le 25 septembre 2008.

Par convention du 30 avril 2008 intitulée « Share Pledge Agreement », M) S.A. (pledgor) confère à J) (pledgee), en présence de A), un gage sur « 420 shares in registered form numbered 509 to 928 subscribed and fully paid up the date of this agreement », les actions ainsi nanties étant celles que M) S.A. détient dans A).

L'article 4.3 du "Share Pledge Agreement" retient que « at any time while an Enforcement Event is continuing the Pledgee shall be able to exercise or direct the exercise of the voting and other rights attached to the Pledged Assets in such manner as it sees fit and the Pledgor shall promptly execute and/or deliver to the Pledgee such forms of proxy as it requires with a view to enabling such person as it selects to exercise those rights ».

Sous Article 7 « Enforcement » et plus particulièrement « 7. 1 Realisation of the Pledged Assets », le "Share Pledge Agreement" prévoit que :

« Upon the occurrence of an Enforcement Event, which is continuing, the Pledgee, without any demand, advertisement or notice of any kind, may realise the Pledged Assets or any part thereof, in accordance with applicable provisions of Luxembourg law, with the right for the Pledgee, without any preliminary court order or execution proceeding ... : « ... ».

« (c) to sell or cause the sale of any Pledged Assets that constitute financial instruments (including transferable securities) ... (i) by private agreement at normal commercial conditions, (ii) at a stock exchange or (iii) by public auction held by a public officer designated by the Pledgee ».

La clause « 7. 3 Restrictions on the transfer of the Pledged Assets » est du libellé suivant :

« To the extent necessary, in case of realisation of the Pledge, the Pledgor hereby expressly and irrevocably waives any right, claim or objection deriving from any restriction applicable to the transfer of the Pledged Assets, including any restriction provided in the articles of incorporation of the Company and/or any shareholders agreement relating to the Company », le terme « Company » visant A) S.A..

Par lettre du 10 novembre 2008, J) informe A) S.A. de ce que le paiement d'une échéance restant redu depuis le 29 septembre 2008, le contrat est résilié conformément à son article 11 (d), avec pour effet l'exigibilité immédiate paiement du montant de 10.000.000.- euros avec les intérêts.

Concernant le contrat de prêt portant sur 15.000.000.- euros, J) N.A. se prévaut dans un courrier du même jour d'une échéance restée impayée depuis le 30 octobre 2008, pour résilier le contrat conformément à son article 11 (a), le montant de 15.000.000.- euros avec les intérêts étant ainsi immédiatement exigible.

Par courrier et fax du 9 avril 2009, J) fait savoir à M) S.A. et à A) que du fait des inexécutions contractuelles de cette dernière, elle réclame le transfert à son profit du droit de vote attaché aux 420 actions données en gage :

« Notice of transfer of voting rights »

« We refer to the pledge agreement dated 30 April 2008 ... between your institution as pledgor ... and our institution as pledgee, under and pursuant to which your institution pledged all its shares in A) S.A. ... in our favour ».

« We hereby give you notice for the purpose of Clause 4.3 of the Share Pledge Agreement that an Enforcement Event is continuing and that two notices in relation thereto have been issued to A) S.A. on 10 November 2008. Consequently as provided in Clause 4.3 of the Share Pledge Agreement and in Article 9 of the law 5 August 2005 on financial collateral arrangements we are entitled to exercise the voting rights attached to the Shares ».

« We hereby notify you our intention to take advantage of the above rights. As a result as from today you are no longer entitled to exercise any voting rights in respect of the Shares. This letter is sent without prejudice to the Pledgee's rights and remedies all of which are expressly reserved ».

Se prévalant de ce que ses lettre et fax sommant le 9 septembre 2009 M) S.A. et A) de lui remettre sans délai les documents comptables de A) concernant les exercices 2007, 2008 et 2009 restent sans suites, J) N.A. confirme par courrier du 27 septembre 2009 à A) qu'elle a chargé KPMG de procéder à une évaluation de A) S.A..

Le 4 novembre 2009, KPMG élabore un projet d'évaluation (« draft »), établissant son rapport d'évaluation définitif le 25 novembre 2009.

Dans son rapport final du 25 novembre 2009, KPMG conclut comme suit :

« Based on the procedures performed and subject to the expressed limitations, the value adjustments bring the shareholder's equity of A) to a nil value in the low end scenario and to € 1.7 million in the high end scenario as at the Valuation Date ». « ... ».

« Bank debt was provided by A). Based on discussions with J) we understand that the amounts do not include accrued interest of approximately € 1.5 million on the debt owed to J). Inclusion of accrued interest would reduce the equity value of A) correspondingly ». « ».

Suivant contrat du 10 novembre 2009 (tel que modifié, respectivement, revu en date des 30 novembre et 20 décembre 2009, puis 28 janvier et 25 février 2010) J) N.A. -comme pledgee- et S) INTERNATIONAL S.A. - comme purchaser-, concluent un « Share Transfer Agreement » aux termes duquel J) N.A. vend à S) INTERNATIONAL S.A. de gré à gré pour le prix de 1.000.000.- euros les 420 actions A) données le 30 avril 2008 en gage par M) S.A..

Le contrat prévoit sous 2.2 :

« Ownership of the Shares shall be transferred to the Purchaser on the date of this Agreement ».

« This transfer of ownership shall be recorded on the Register by the Company (A) with which the Pledgee shall liaise for this purpose ». « ... ».

Le contrat du 10 novembre 2009 tel que modifié comprend une condition résolutoire aux termes de laquelle le contrat est nul et non avenu au cas où le transfert des actions n'est pas transcrit au registre des actionnaires de A) S.A. au plus tard le 30 avril 2010.

Le 10 novembre 2009, J) (pledgee) signifie à M) S.A. (pledgor) et à A) S.A. cette vente aux termes de laquelle S) INTERNATIONAL S.A. acquiert les actions nanties le 30 avril 2008, la banque demandant à A) S.A. de transcrire ce transfert dans son registre des actions et d'y inscrire S) INTERNATIONAL S.A. comme nouvel actionnaire des 420 actions en question.

Le conseil d'administration de S) INTERNATIONAL S.A. -constituée par acte notarié du 13 novembre 2009- ratifie par décision du 16 novembre 2009 l'acquisition des 420 actions de A) S.A. conclue le 10 novembre 2009 avec J) N.A., S) INTERNATIONAL S.A. étant à l'époque en formation.

Par courrier du 18 novembre 2009, J) N.A. fait savoir à A) S.A. que, déduction faite du prix de la cession des 420 actions à S) INTERNATIONAL S.A., elle reste lui redevoir sur les deux emprunts un solde de 25.597.697,93.- euros.

Par lettres des 19 et 23 novembre 2009, suivies par des lettres recommandées des 26 novembre et 9 décembre 2009, S) INTERNATIONAL S.A. somme A) S.A. ainsi que, finalement, ses administrateurs de procéder à l'inscription du transfert des 420 actions dans le registre des actions nominatives de A) et de lui délivrer les certificats

afférents conformément à l'article 40 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Dans sa lettre adressée le 20 novembre 2009 à J) N.A., dans laquelle elle se réfère à la cession des 420 actions A) opérée le 10 novembre 2009 par la banque au profit de S) INTERNATIONAL S.A., M) S.A. conteste les rapports KPMG et les évaluations de A) y opérées, en même temps que le prix de la cession du 10 novembre 2009.

Elle y fait valoir que tant qu'elle ne dispose pas d'éléments lui permettant de retenir que la cession du 10 novembre 2009 est conforme aux « normal commercial conditions » prévues à l'article 7. 1 (c) du "Share Pledge Agreement", elle ne procédera pas à l'inscription de la cession dans son registre des actions.

Suivant décision du conseil d'administration de A) S.A. du 20 novembre 2009, P.A.L. Managment Services S.à.r.l. démissionne de sa fonction d'administrateur de la classe A et y est remplacée par voie de cooptation, à laquelle procède l'administrateur Alberto R., par Massimo D., nommé administrateur de la classe A.

De même, suivant décision du conseil d'administration de A) S.A. du 23 novembre 2009, Céline P. démissionne de sa fonction d'administrateur de la classe B et y est remplacée par voie de cooptation à laquelle procède l'administrateur Alberto R., par Guido D. nommé administrateur de la classe B.

Par lettre du 23 novembre 2009, J) N.A. somme A) S.A. d'inscrire dans son registre des actions S) INTERNATIONAL S.A. comme nouvel actionnaire des 420 actions litigieuses.

Par courrier du 27 novembre 2009, A) S.A. fait savoir à S) INTERNATIONAL S.A. avec copie, entre autres, à J) N.A. que la cession des 420 actions litigieuses n'est pas conforme à l'article 7.1 du Share Pledge Agreement du 30 avril 2008 en ce sens que l'acquisition de gré à gré desdites actions le 10 novembre 2009 par S) INTERNATIONAL S.A. ne s'est pas faite « at normal commercial conditions », contestant par ailleurs les rapports KPMG.

Se prévalant, en outre et entre autres, de ce que suivant email du 11 avril 2008, A) S.A. est évaluée à cette date par J) N.A. elle-même à un montant de 155.000.000.- euros, de ce que le prix obtenu lors de la cession des 420 actions à S) INTERNATIONAL S.A., soit 1.000.000.- euros, est par conséquent bien inférieur à la valeur des actions données en gage, couvrant à peine le montant des intérêts rédus par A) S.A. dans le cadre des

prêts conclus avec J) N.A., faisant valoir que les investigations qu'elle a entreprises au regard du montant inexplicable et injustifiable de 1.000.000.- euros auquel est évaluée le 10 novembre 2009 sa participation dans A) S.A., révèlent que S) INTERNATIONAL S.A., T) SPA et P) ont le même bénéficiaire économique, soit un certain B., qui viserait par l'intermédiaire de ses relations avec J) N.A. à reprendre le contrôle du groupe TORNO et à affaiblir, voire anéantir le groupe A), qu'en effet, « la cession illicite, voire même frauduleuse, des actions nanties permet(trait) au partenaire à l'accord de coopération (B.) de prendre le contrôle de la structure non seulement pour un prix dérisoire, mais encore aux frais de la requérante et plus particulièrement d'A) qui reste débitrice de l'entièreté de son prêt et, de surcroît, en parfaite violation des conventions entre actionnaires », se prévalant encore de ce qu'elle actionne par exploit d'huissier du 14 décembre 2009 J) N.A., S) INTERNATIONAL S.A. et A) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juridiction du fond en matière commerciale, pour voir annuler la cession des 420 parts nanties, soutenant que la propriété des 420 actions dont se prévaut S) INTERNATIONAL S.A. est, par conséquent, litigieuse en raison de la nullité affectant la cession incriminée, qu'en raison de cette nullité de la cession du 10 novembre 2009, M) S.A. est en effet toujours propriétaire des 420 actions concernées, M) S.A. donne par exploit d'huissier du 11 décembre 2009 à J) N.A., à S) INTERNATIONAL S.A. et à A) S.A. assignation à comparaître devant le juge des référés afin de voir, sur la base des articles 934 alinéa 2, 932 alinéa 1^{er}, 933 alinéa 1^{er} ainsi que 66 du nouveau code de procédure civile 1) ordonner la mise sous séquestre des 420 actions nominatives de A) S.A., nanties par M) S.A. et détenues par S) INTERNATIONAL S.A., 2) nommer un séquestre avec la mission de « maintenir la possession de ces actions, conserver et administrer ces actions en bon père de famille » en attendant la décision définitive à intervenir au fond, 3) dire que le séquestre peut exercer tous les droits attachés auxdites actions, y compris le droit de vote et 4) ordonner la transcription du transfert des actions litigieuses dans le registre des actions de A) S.A. au nom du séquestre.

Par ordonnance du 23 décembre 2009, le juge des référés déclare la demande de M) S.A. irrecevable.

Aux termes d'un contrat de cession de parts sociales du 28 décembre 2009, T) S.A. (dans laquelle A) détient 60% des actions), qui détient 100% du capital social de T) S.p.A. (correspondant à 89.000.000.- euros), cède à NUOVI INVESTIMENTI HOLDING S.R.L. 89.000.000 actions de T) S.p.A. d'une valeur nominale de 1.- euro chacune, ces actions représentant 100% du capital de T) S.p.A..

Le prix de la cession est « fixé de manière provisoire » à un montant de 8.066.935.- euros (« prix provisoire »), qui est égal « à 100% du patrimoine net de (T) S.p.A.), tel qu'il apparaît au bilan extraordinaire de cette société à la date du 31 août 2009 ».

Il est convenu le 28 décembre 2009 que N) INVESTIMENTI HOLDING S.R.L. fera réaliser, dans les 6 mois, toutes les vérifications nécessaires pour confirmer ou rectifier la valeur effective du patrimoine net de T) S.p.A. à la date du 28 décembre 2009.

Le « prix définitif » de la cession de parts sociales du 28 décembre 2009 qui, selon le résultat des vérifications auxquelles l'acquéreur fera procéder dans les 6 mois, sera ou bien de 8.066.935.- euros (si les vérifications établissent une valeur nette patrimoniale non inférieure à ce montant), ou bien d'un montant qui y est inférieur (si les vérifications établissent un patrimoine d'une valeur nette inférieure), est payable par N) INVESTIMENTI HOLDING S.R.L. dans la quinzaine de la communication de ladite valeur patrimoniale nette.

Le contrat du 28 décembre 2009 justifie la cession de parts sociales y convenue par ce que « T) S.p.A. se trouve actuellement dans un état de déséquilibre financier tel ... qu'elle est ... exposée à un risque concret de faillite ».

Par exploit d'huissier du 14 janvier 2010, P) et S) INTERNATIONAL S.A. font donner assignation à A) S.A., à T) SA, en présence de M) S.A. et de WHITEAREA INVESTMENT S.A., de comparaître devant le juge des référés afin de voir désigner Maître Yann BADEN comme administrateur provisoire avec la mission y spécifiée.

A l'appui de cette demande, P) et S) INTERNATIONAL S.A. se prévalent, entre autres, d'une part, du refus de A), respectivement de M) S.A., de reconnaître que S) INTERNATIONAL S.A. est propriétaire des 420 actions lui cédées le 10 novembre 2009, et de l'inscrire comme actionnaire au registre des actions, d'autre part, de divers dysfonctionnements au sein de A), parmi lesquels, notamment, les cooptations de nouveaux administrateurs les 20 et 23 novembre 2009 par l'administrateur Alberto R., se prévalant, finalement, de ce que la demande subséquente de P) basée sur l'article 70 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 de voir convoquer une assemblée générale de A) devant porter entre autres sur l'approbation des comptes des exercices 2007 et 2008, sur la discussion de la situation financière de A), sur la révocation et la nomination des administrateurs, reste sans suites.

En attendant l'ordonnance de référé à intervenir sur cette assignation du 14 janvier 2010, le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par requête de P), de S) INTERNATIONAL S.A. et de J) N.A. du 29 janvier 2010, désigne par ordonnance unilatérale du même jour Maître Yann BADEN comme mandataire ad hoc pour, entre autres, superviser la prise des décisions des conseils d'administration de A) et de T) S.A., assister à toutes les assemblées générales des actionnaires de A) S.A. et de T) S.A., l'ordonnance présidentielle soumettant tout acte généralement quelconque émanant desdites sociétés à l'accord du mandataire ad hoc, et autorisant J) N.A. à assister à l'assemblée générale de A) du 3 février 2010, cette ordonnance sortant ses effets jusqu'à ce qu'il soit statué en première, voire en seconde instance, sur la demande en nomination d'un administrateur provisoire introduite par assignation en référé ci-avant du 14 janvier 2010.

Par exploit d'huissier du 8 février 2010, E) INVESTMENTS S.A. assigne A) S.A. à comparaître le 19 février 2010 devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale afin de voir dire que son crédit est ébranlé et qu'elle est en état de cessation des paiements demandant, en conséquence, qu'elle soit déclarée en état de faillite, le montant réclamé étant de 436.689,31.- euros.

Faisant droit à la demande introduite par exploit d'huissier du 14 janvier 2010, le juge des référés nommé par ordonnance du 18 février 2010 Maître Yann BADEN comme administrateur provisoire de A) et de T) S.A. avec la mission suivante, telle que libellée par J) N.A. dans son intervention volontaire du 11 février 2010 :

« 1) gérer et administrer en lieu et place des administrateurs les sociétés activement et passivement dans l'intérêt tant des sociétés que des actionnaires et des tiers, avec la plénitude des pouvoirs statutaires et légalement dévolus au conseil d'administration et, en général, faire tout ce qu'il jugera utile à l'accomplissement de sa mission, en ce compris tout acte de disposition » ;

« 2) représenter les sociétés judiciairement et extrajudiciairement et intenter et soutenir toutes actions en justice » ;

« 3) ... se procurer accès à toutes les données et tous les éléments de type financier, administratif et comptable auprès de n'importe qui ou n'importe où que ces données ou documents puissent se trouver, y inclus, mais non limitativement, en relation avec une éventuelle cession récente à des tiers des actions détenues par T) SA dans la société T) S.p.A. » ;

« 4) ... prendre possession des actifs des sociétés, en établir la consistance exacte, retracer l'évolution des sociétés depuis novembre 2009, notamment au niveau de la gestion et des actions et vérifier la présence d'anomalies éventuelles » ;

« 5) assister et présider toutes les assemblées générales des actionnaires de A) S.A. et T) SA » ;

« 6) présenter et faire approuver les comptes sociaux de ... A) S.A. des années 2007 et 2008 » ;

« 7) s'assurer du bon fonctionnement des sociétés et disposer des avoirs et comptes des sociétés dans l'intérêt de celles-ci, le tout dans la mesure des besoins nécessaires à une activité normale des sociétés » ; « ... ».

Lors de l'assemblée générale de A) S.A. du 9 mars 2010 présidée par Maître Yann BADEN, ès qualités, S) INTERNATIONAL S.A. est, sur délibération afférente, pour cette assemblée générale, admise comme actionnaire de A) et autorisée à y exercer les droits de vote attachés aux 420 actions acquises aux termes de la cession du 10 novembre 2009.

Par exploit d'huissier du 5 février 2010, M) S.A. interjette régulièrement appel contre l'ordonnance de référé du 23 décembre 2009 déclarant irrecevable sa demande du 11 décembre 2009 visant à la désignation d'un séquestre et à la mise sous séquestre des 420 actions cédées le 10 novembre 2009 par J) N.A. à S) INTERNATIONAL S.A..

Les bases légales invoquées sont celles de première instance, soit les articles 934 alinéa 2, 932 alinéa 1^{er}, 933 alinéa 1^{er} ainsi que 66 du nouveau code de procédure civile, seules celles du référé urgence (article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile) et du référé-sauvegarde (article 933 alinéa 1^{er} du même code) étant développées en instance d'appel par M) S.A..

Il y a lieu d'écarter pour manque de pertinence, les bases de l'article 934 précité, qui a trait à l'autorisation pouvant être sollicitée aux fins d'une assignation en référé extraordinaire, et de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, qui introduit un recours contre une décision ordonnée -en vertu de la loi ou de la nécessité- à l'insu d'une partie, et faisant grief à celle-ci.

En effet, les questions dont sont saisis le premier juge par l'assignation du 11 décembre 2009, la Cour suivant acte d'appel du 5 février 2010, n'ont trait ni à l'une, ni à l'autre de ces hypothèses.

L'appelante demande que, par voie de réformation, il soit fait droit à son assignation du 11 décembre 2009.

S) INTERNATIONAL S.A. et J) N.A. concluent à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

L'administrateur provisoire de A) S.A. se rapporte à prudence de justice.

C'est à M) S.A., en sa qualité de demanderesse originaire en nomination d'un séquestre et en mise sous séquestre des 420 actions litigieuses, qu'il appartient d'établir que les conditions de l'institution de pareilles mesures par le juge des référés sont données.

L'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile prévoit que « dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

L'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile retient que « le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». « ... ».

En tant que sa demande est basée principalement sur le référé urgence de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, déduit de l'existence d'un différend sérieux, il appartient à M) S.A. de justifier de pareil différend, ainsi que de l'urgence qu'il y a de prendre des mesures de séquestre pour éviter la survenance d'un préjudice certain.

Selon M) S.A., il existe un différend sérieux entre elle-même et S) INTERNATIONAL S.A. quant à la propriété des actions litigieuses, différend matérialisé par ce que la cession des 420 actions nanties se fait le 10 novembre 2009, selon elle, à « un prix dérisoire et en tout cas largement inférieur aux autres évaluations opérées à peine un an plus tôt et, partant, en parfaite violation du contrat de nantissement du 30 avril 2008 qui prévoit que la cession doit se faire à des conditions commerciales normales ».

Ainsi, le montant de 1.000.000.- euros pour lequel les actions sont cédées le 10 novembre 2009 par J) N.A. à S) INTERNATIONAL S.A. ne correspondrait pas à la valeur devant être recherchée aux termes du "Share Pledge Agreement" du 30 avril 2008 et qui doit répondre, en cas de vente de gré à gré, aux « normal commercial conditions » prévues à l'article 7.1 (c) du contrat de nantissement conclu le 30 avril 2008 entre M) S.A. et J) N.A., et à l'article 11.1 (b) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière aux termes duquel « en cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie, le créancier gagiste peut ... céder ou faire céder les avoirs nantis par vente de gré à gré à des conditions commerciales normales, ... ».

La cession du 10 novembre 2009 étant, selon l'appelante, nulle pour être contraire, et à l'article 7. 1 (c) dudit contrat, et à l'article 11 (1) b) de la loi précitée du 5 août 2005, étant donné que le prix de 1.000.000.- euros serait vil et ne correspondrait pas à « des conditions commerciales normales », S) INTERNATIONAL S.A. n'aurait pas acquis la propriété des 420 actions et M) S.A. en serait, par conséquent, seule propriétaire.

En sa qualité de demanderesse originaire, c'est à M) S.A. de justifier du caractère nul de la cession et, partant, de la violation alléguée du "Share Pledge Agreement" du 30 avril 2008 et de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

Les conditions commerciales normales constituent les conditions pouvant normalement et au vu des circonstances concrètes de chaque espèce, être obtenues lors d'une cession d'actions nanties, M) S.A. ne se prévalant par ailleurs pas du moindre élément -de fait ou de droit- permettant de retenir le contraire.

A l'appui de son affirmation selon laquelle le prix de 1.000.000.- euros n'est pas celui d'une cession faite « at normal commercial conditions », M) S.A. se prévaut de ce que suivant une évaluation faite en 2007 par J) Italie, la valeur -contestée- de T) S.p.A. (Italie) correspond à un montant de 201.000.000.- euros en cas de réalisation du projet Garibaldi (cf "Joint Venture" ci-avant), et de 106.000.000.- euros au cas contraire.

L'appelante se prévaut de même d'un mail du 11 avril 2008 selon lequel la FMV (« fair market value ») de A) est de 155.000.000.- euros, ainsi que d'un mail du 2 octobre 2008 aux termes duquel A) S.A. a, à cette date, une FMV de 85.944.747,08.- euros.

Abstraction faite de ce que S) INTERNATIONAL S.A. et J) N.A. contestent ces évaluations (celles de 2008 émanant, par ailleurs, d'après les pièces au dossier, de A) elle-même), il est un fait que la cession litigieuse du 10 novembre 2009 suit de 2 ans, respectivement de quelques 13 et 19 mois, les évaluations dont M) S.A. fait état à titre de référence.

Or, pendant ce laps de temps, peuvent intervenir des changements ayant un impact direct sur la valeur des actions.

C'est à M) S.A. de justifier son affirmation, contestée, que l'activité des sociétés n'a pas connu de « changements fondamentaux » pendant cette période.

A cet égard, un changement d'activité n'est pas le seul facteur pouvant intervenir directement ou indirectement sur l'évolution, favorable ou défavorable, d'une société, en l'espèce, A), respectivement les sociétés dans lesquelles elle détient des actions.

En son acte d'appel du 5 février 2010, M) S.A. admet par ailleurs elle-même que « en raison de la conjoncture économique actuelle, A) a rencontré des difficultés momentanées de trésorerie, se trouvant en fait en manque de liquidités et, par conséquent, dans l'impossibilité de rembourser les prêts susmentionnés aux échéances convenues, de sorte qu'elle serait prétendument (et sous toutes réserves) défaillante selon les termes du contrat de nantissement du 30 avril 2008 ».

Si l'appelante utilise dans ce contexte la terminologie -« prétendument (et sous toutes réserves) défaillante »-, elle ne va pas, ne fût-ce qu'à indiquer, en fait ou en droit, en quoi les non remboursements au 30 octobre 2008 pourraient, au vu des dispositions contractuelles et légales, claires et non équivoques, auxquelles se réfère la banque, ne pas constituer une défaillance contractuelle dans le chef de A) dans le remboursement des prêts, ouvrant à J) N.A. le droit de réaliser son gage conformément à l'article 7.1 (c) du contrat de nantissement.

Par ailleurs, M) S.A. ne conteste pas dans sa lettre ci-avant du 20 novembre 2009, le fait de l'exécution du gage en tant que tel, de même que le défaut de remboursement au 30 octobre 2008 sur lequel J) N.A. se base dans sa lettre du 10 novembre 2009 pour procéder à la cession des actions conformément audit article 7.1 (c), l'appelante se limitant dans son courrier précité du 20 novembre 2009 à contester les évaluations de KPMG, ainsi que le prix de cession incriminé de 1.000.000.- euros.

De même, l'affirmation vague, non autrement étayée de M) S.A. selon laquelle J) N.A. base son évaluation sur un « rapport hâtif, incomplet et contestable dans ses conclusions », n'est corroborée par aucun élément au dossier, KPMG établissant au contraire, d'abord une évaluation provisoire, avant de faire son évaluation définitive.

Cette affirmation est encore sans pertinence, étant donné que le prix de la cession obtenu par J) N.A. est supérieur à celui retenu par KPMG.

En effet, KPMG évalue le 25 novembre 2009 toutes les actions de A) (100% des actions) à une valeur comprise entre une fourchette basse de 0.- euros et une fourchette haute de 1.700.000.- euros.

Or, la cession litigieuse, portant sur 32% seulement des actions de A), et qui a lieu à un prix de 1.000.000.- euros, correspond à un prix de

3.125.000.- euros pour 100% des actions et dépasse ainsi de 1.425.000.- euros l'évaluation maximum de KPMG pour les 100% des actions A).

A se situer, dès lors, dans la fourchette hausse de KPMG, les 32% d'actions litigieuses auraient été cédées pour le montant de 544.000.- euros, alors que S) INTERNATIONAL S.A. et J) N.A. conviennent de celui de 1.000.000.- euros.

Finalement, et contrairement à l'affirmation de M) S.A., le rapport KPMG du 25 novembre 2009 ne contient aucune réserve quant à son évaluation de A), si ce n'est celle inhérente au fait que KPMG ne s'est pas vu délivrer des éléments comptables récents de A), et notamment les comptes annuels des exercices 2007 et 2008 :

« In conducting our analysis we did not have access to management of A), or of the Investees, to recent forecasts, or to financial statement information as at the Valuation Date. The latest accounts of A) filed with the <Registre de commerce et des sociétés> were for the financial year 2006. ... ».

Par ailleurs, les développements de M) S.A. selon lesquels les actions litigieuses sont cédées le 10 novembre 2009 « à vil prix » et non « at normal commercial conditions », ou ceux selon lesquels depuis les évaluations - contestées- de 2007 et de 2008 dont elle se prévaut, A) n'a pas « connu de changements fondamentaux dans (son) activité, de sorte que l'évaluation de la participation de (M) S.A.) dans A) à EUR 1.000.000, à peine un an plus tard, est surprenante », se heurtent au fait que ABM X) S.A. étant défaillante dans le remboursement de prêts bancaires lui accordés en 2005 et 2007 à concurrence d'un import de 25.500.000.- euros par CREDITO Y) S.p.A., A) se porte en date du 24 juillet 2009 caution de ABM X) S.A. auprès de CREDITO Y) S.p.A, s'y engageant à concurrence du montant de 25.500.000.- euros au remboursement des montants réclamés dans les 10 jours des mises en demeure afférentes de la banque.

Les mises en demeure de CREDITO Y) S.p.A. adressées à la caution A) restant sans suites, CREDITO Y) S.p.A. dénonce le 24 août 2009 le contrat de prêt en question, accusant un solde débiteur de 27.846.754,22.- euros (cf requête en autorisation de pratiquer saisie-arrêt de CREDITO Y) S.p.A. du 15 septembre 2009).

Sur autorisation présidentielle du 16 septembre 2009, CREDITO Y) S.p.A. pratique le 1^{er} octobre 2009 (partant, également à une date proche de la cession critiquée du 10 novembre 2009) saisie-arrêt à l'encontre de la caution A), entre les mains de T) S.A. et de ABM X) S.A. pour avoir sûreté et paiement du montant de 25.500.000.- euros au paiement duquel A) est

tenue en vertu du contrat de cautionnement du 24 juillet 2009, CREDITO Y) S.p.A. sollicitant dans son assignation du 6 octobre 2009 la condamnation de A) au paiement du montant de 25.500.000.- euros, ainsi que la validation de la saisie-arrêt pour ce même montant.

Cette saisie-arrêt portant sur une nouvelle dette de 25.500.000.- euros de A) (en sa qualité de caution de ABM X) S.A.) contredit l'argumentation de M) S.A. selon laquelle le prix de cession de 1.000.000.- euros et la non validité de la cession et sa propriété des 420 actions, font l'objet d'un différend sérieux au sens de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Il s'y ajoute finalement que le 8 février 2010, A) est assignée par E) INVESTMENTS S.A. en déclaration de faillite, restant en défaut de régler à celle-ci un montant de 436.689,31.- euros.

Il résulte de ces éléments que, postérieurement aux évaluations de 2007 et de 2008 dont se prévaut M) S.A. et antérieurement à la cession du 10 novembre 2009, A) subit des changements aggravant sa situation financière.

L'appelante ne justifie par conséquent d'aucun élément venant corroborer son affirmation que le prix de 1.000.000.- euros est non conforme aux « normal commercial conditions », non conformité dont elle déduit la nullité de la cession litigieuse.

Au contraire, le fait du non remboursement par A) de ses propres prêts d'un import principal de 25.000.000.- euros lui consentis par J) N.A., celui non sérieusement contestable, en fait ou en droit, que ces non remboursements confèrent, aux termes des articles 7.1 (c) du "Share Pledge Agreement" et 11. (1) b) de la loi précitée du 5 août 2005, à J) N.A. le droit de procéder à la cession des actions nanties le 30 avril 2008, le fait que le produit de la cession du 10 novembre 2009 est d'un montant même supérieur à celui déterminé par KPMG, le fait ensuite que l'affirmation de M) S.A. selon laquelle la situation de A) n'a pas empiré par rapport aux évaluations -contestées- dont elle se prévaut, n'est corroborée par aucun élément au dossier, celui-ci révélant, au contraire, qu'elle se porte le 24 juillet 2009 caution à concurrence d'un montant de 25.500.000.- euros des dettes de ABM X) S.A. envers CREDITO Y) S.p.A., contractant ainsi une nouvelle dette de 25.500.000.- euros, que le 1^{er} octobre 2009, CREDITO Y) S.p.A. pratique saisie-arrêt en raison de cet engagement son encontre entre les mains de T) S.A. et de ABM X) S.A., l'assignant le 6 octobre 2009 à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en condamnation de ce montant et en validation de la saisie-arrêt, le fait encore que le 28 décembre 2009, T) S.A. (dans laquelle elle détient 60% des actions) cède à N) HOLDING S.R.L. les 100% d'actions qu'elle détient

dans T) S.p.A., soit 89.000.000 actions à 1.- euros, ce, pour un prix provisoire, payable dans les 6 mois seulement, d'un montant maximum de 8.066.935.- euros, révisable le cas échéant vers le bas, le fait encore qu'à l'époque de cette cession, « T) S.p.A. se trouve ... dans un état de déséquilibre financier tel qu'elle n'est pas en mesure de remplir de manière régulière ses obligations et qu'elle est en conséquence exposée à un risque concret de faillite » (cf contrat du 28 décembre 2009), le fait que le 8 février 2010, A) est finalement elle-même assignée en faillite par une société tierce pour une dette d'un montant de 436.689,31.- euros, ne corroborent pas l'affirmation de M) S.A. tenant à un quelconque caractère vil du prix de la cession du 10 novembre 2009, ou tenant à ce que les conditions commerciales normales n'y seraient pas observées, le prix de la cession de 1.000.000.- euros étant même supérieur à la valeur de A) déterminée par KPMG, étant à relever par ailleurs qu'aucune disposition, qu'elle soit légale ou conventionnelle, ne soumet une vente de gré à gré d'actions nanties, à une évaluation préalable.

Finalement, M) S.A. ne fait pas état d'une autre évaluation de A), proche de la date de la cession litigieuse, ni ne sollicite-t-elle d'institution d'une expertise devant déterminer pareille évaluation.

M) S.A. ne justifie, par voie de conséquence, d'un différend sérieux, ni quant à l'existence de ses défaillances contractuelles, ni quant au droit - conventionnel et légal- de cession des actions en découlant pour S) INTERNATIONAL S.A., ni quant au prix touché le 10 novembre 2009, ni, par voie de conséquence, quant à la qualité de propriétaire des 420 actions de S) INTERNATIONAL S.A., suite à la cession du 10 novembre 2009.

Il découle encore de ces éléments que la mise sous séquestre et la désignation d'un séquestre ne sont en l'espèce pas opportunes, toute atteinte éventuelle aux droits de M) S.A. résultant de la cession du 10 novembre 2009, et consistant en ce que le prix de 1.000.000.- euros devait, le cas échéant, être considéré par les juges du fond comme étant non conforme aux conditions commerciales normales, pouvant être réparée moyennant l'octroi de dommages et intérêts à déterminer, le cas échéant, par les juges du fond (cf Jurisclasseur Civil, Art,1955 à 1963, Fasc. 10, no 203, édition 1997).

L'appelante ne justifie, par ailleurs, pas non plus de la condition de l'urgence, celle-ci se définissant comme étant la nécessité dans laquelle se trouve une personne de voir prendre une mesure actuellement nécessaire pour éviter un préjudice certain.

Au vu des considérations qui précèdent et desquels il résulte que la cession incriminée revêt une apparence de droit et de régularité, c'est en

effet à tort que M) S.A. entend déduire l'urgence posée par l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile de ce que, en attendant l'issue de son action en annulation de la cession intervenue le 10 novembre 2009 entre J) N.A. et S) INTERNATIONAL S.A., les actions litigieuses devraient être mises sous séquestre « afin d'empêcher que les titres ne soient cédés à une tierce partie alors que la validité de l'acte de cession est contestée ».

D'autre part, le fait que la validité d'une cession d'actions sociales soit contestée devant les juges du fond ne suffit, en soi, pas pour retenir qu'il y ait urgence à voir mettre les titres en question sous séquestre.

Finalement, et au plus tard depuis les désignations judiciaires de Maître Yann BADEN, d'abord le 29 janvier 2010 comme mandataire ad hoc, ensuite le 18 février 2010 comme administrateur provisoire de T) S.A. et de A) S.A. avec, entre autres, les pouvoirs de gestion, d'administration et de contrôle y détaillés, notamment aux fins de conserver les patrimoines respectifs de T) S.A. et de A), M) S.A. ne saurait plus justifier de la condition de l'urgence, en se prévalant plus spécialement encore de la possibilité d'une « prise de contrôle de la société en violation des conventions entre actionnaires », ou de la « prise de décisions incontrôlées et arbitraires dans A) ».

Il résulte de ces éléments que M) S.A. ne justifie pas d'un différend concernant la propriété des 420 actions, et en tout cas pas d'un différend qui constitue un différend sérieux au sens de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, respectivement qu'elle ne justifie pas de l'urgence de voir procéder à la désignation d'un séquestre et à la mise sous séquestre sollicitées.

L'intervention du juge des référés sur la base subsidiaire du référé sauvegarde de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile exige la constatation d'une voie de fait, qui présuppose, entre autres, une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui, aux fins d'usurper un droit qu'on n'a pas ou pour se faire justice soi-même.

Or, qu'il découle des développements qui précèdent que M) S.A. ne justifie pas en son chef d'un droit de propriété ou de possession certain et évident qui serait manifestement violé par la cession incriminée.

Elle ne justifie, par conséquent, pas de l'existence d'un trouble manifestement illicite, respectivement d'une voie de fait.

De ces mêmes développements, il résulte que l'existence d'un danger imminent laisse d'être prouvée, le dommage imminent se définissant comme étant la voie de fait qui est sur le point de se réaliser.

Il y a lieu d'ajouter qu'en retenant par une lecture sommaire du "Share Pledge Agreement" que dans l'hypothèse d'une défaillance dans le remboursement des prêts, l'article 7. 1 (c) confère au Pledgee, soit J) N.A., le droit de procéder à la cession du gage, sans autre formalité, notamment, moyennant une vente de gré à gré, « at normal commercial conditions », le juge des référés ne toise pas le fond du litige, mais se limite à reproduire une disposition contractuelle, conforme à celle de l'article 11. 1 (b) de la loi précitée de 2005, qui ne requièrent pour leur compréhension, ni analyse, ni interprétation.

De même, en procédant à l'examen ci-avant des éléments de fait et de droit du litige, le juge des référés ne toise pas le fond du litige opposant les parties, mais vérifie si les conditions des pouvoirs spéciaux lui attribués par les articles 932 alinéa 1^{er} et 933 alinéa 1^{er} sont données ou non.

L'appel est par conséquent non fondé.

M) S.A. étant au vu du sort du litige en instance d'appel à condamner aux frais et dépens de cette instance, ses demandes en obtention d'indemnités de procédure y dirigées contre J) N.A. et S) INTERNATIONAL S.A. sont à dire non fondées.

S) INTERNATIONAL S.A. ne justifiant pas de la condition de l'iniquité, sa demande présentée en instance d'appel sur la base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est également à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

partant, confirme l'ordonnance de référé du 23 décembre 2009,

rejette les demandes présentées en instance d'appel sur la base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne M) S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel,

déclare le présent arrêt commun à J) N.A., S) INTERNATIONAL S.A. et A) S.A..