

Audience publique du quatre mai deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2021-00511 du rôle.

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de chambre ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
Joëlle DIEDERICH, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

1) F., Rechtsanwalt, pris en sa qualité d'*Insolvenzverwalter* de la société anonyme G., ayant son domicile professionnel à D- (...),

2) **la société anonyme G.**, établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son *Insolvenzverwalter*, F.,

parties appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges ENGEL de Luxembourg en date du 26 juin 2020,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître Laure-Hélène GAICIO-FIEVEZ, avocat à la Cour, et Maître Magdeline MOUNIR, avocat de l'UE exerçant sous son titre d'origine, les deux en remplacement de son gérant Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

e t :

1. **la société à responsabilité limitée G. BIDCO**, établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de

Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

2. la société à responsabilité limitée M., établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

parties intimées aux fins du susdit exploit ENGEL du 26 juin 2020,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220509 inscrite sur la liste V 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, la société à responsabilité limitée KLEYR GRASSO GP, établie à la même adresse, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220442, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Pascal SASSEL, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse ;

3. Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, pris en sa qualité de séquestre, établi à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt,

partie intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 26 juin 2020,

comparant par lui même ;

4. la société à responsabilité limitée S., établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

5. la société d'investissement à capital variable de droit anglais A., établie et ayant son siège social (...), Royaume Uni, immatriculée au Registre de commerce et des sociétés du Royaume-Uni (Companies House) sous le (...) représentée par son représentant légal et/ou statutaire, agissant au nom et pour le compte de son compartiment « Aviva Investors Higher Income Plus Fund »,

6. la société d'investissement à capital variable N., établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no B (...), représentée par son conseil d'administration, agissant au nom et pour le compte de ses compartiments « N. (L) European High Yield », « N. (L) Global High Yield », et « N. (L) US High Yield »,

7. la société à responsabilité limitée de droit allemand X., établie et ayant son siège social à D- (...), immatriculée au registre de commerce et des sociétés allemand auprès du Amtsgericht München sous le no HRB (...),

représentée par son représentant légal et/ou statutaire et agissant en sa qualité de gestionnaire du Sondervermögen de droit allemand « LI-X.-Absolute Return »,

8. la société anonyme de droit français B., établie et ayant son siège social à F- (...), immatriculée au registre de commerce de Paris sous le no (...), représentée par son représentant légal et/ou statutaire,

parties intimées aux fins du susdit exploit ENGEL du 26 juin 2020,

comparant par la société à responsabilité limitée MOLITOR Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no B211810, représentée dans le cadre de la présente procédure par Maître Philippe THIEBAUD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

1. Procédures

1/ Saisi par F., pris en sa qualité d'*Insolvenzverwalter* de la société anonyme G., et par la société anonyme G. (ci-après les parties F.-G.) par voie unilatérale sur base de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile, un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en remplacement du président dudit tribunal a, par ordonnance du 26 novembre 2019, nommé séquestre Maître Alain RUKAVINA avec mission de recevoir, de conserver et d'administrer 100% des parts sociales de la société à responsabilité limitée G. BIDCO et notamment d'empêcher que ne soit prise la décision de dissoudre la société à responsabilité limitée G. BIDCO.

2/ Saisi par la société à responsabilité limitée G. BIDCO et la société à responsabilité limitée M. (ci-après les parties G. BIDCO-M.) d'une demande en rétractation de l'ordonnance unilatérale du 26 novembre, 2019, un premier juge au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, « siégeant en la forme des référés » en remplacement du président dudit tribunal, par ordonnance du 5 juin 2020,

- a dit irrecevable les interventions volontaires de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois S., de la société de droit anglais A., de la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois N., de la société de droit allemand X. et de la société anonyme de droit français B. (ci-après les PARTIES INTERVENANTES)
- a ordonné la rétractation de l'ordonnance du 26 novembre 2019
- a mis les frais occasionnés par le séquestre à charge des parties F.-G.
- a condamné les parties F.-G. à payer aux parties G. BIDCO-M. une indemnité de procédure de 1.500,- euros

- a rejeté la demande des parties F.-G. basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile
- a condamné les parties F.-G. aux frais de l'instance
- a déclaré l'ordonnance commune à Maître Alain RUKAVINA.

Pour statuer comme il l'a fait, le juge de première instance a

- dit irrecevable les interventions volontaires au motif que les PARTIES INTERVENANTES ne prouvaient pas être toujours créancières de la société anonyme G., sinon de la société anonyme G. HOLDING
- a rejeté le moyen des parties G. BIDCO-M. tendant à l'annulation de l'ordonnance du 26 novembre 2019 en raison d'une déloyauté commise par les parties F.-G. dans le cadre de la procédure unilatérale au motif qu'aucune disposition légale ne donnait au magistrat saisi d'une demande en rétractation le pouvoir de sanctionner une éventuelle déloyauté procédurale dans le chef d'une des parties par l'annulation de sa propre décision
- a dit que l'article 20, paragraphe 4 de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière devait être interprété en ce sens qu'il s'opposait à ce que les parties F.-G. puissent agir en nullité contre les actes d'exécution des garanties et que partant la demande en séquestre était irrecevable. Dans le cadre de cette argumentation, le premier juge a encore retenu que la faculté reconnue par un arrêt de la Cour de cassation du 14 février 2019 d'ordonner la restitution des avoirs appropriés en cas d'abus de droit ou de fraude ne s'appliquait que lorsque les avoirs ont été réalisés sur base de l'article 11, point a) de la loi modifiée de 2005, et non pas lorsque tel qu'en l'espèce les avoirs gagés sont vendus par une vente de gré à gré sur base de l'article 11, point b) de la loi modifiée de 2005.

3/ De cette ordonnance, les parties F.-G. ont relevé appel suivant exploit d'huissier du 26 juin 2020. Statuant sur cet appel, la Cour d'appel, par arrêt du 22 juillet 2020,

- a reçu et dit bien fondé l'appel incident des PARTIES INTERVENANTES et a dit recevable leur intervention volontaire
- a pour le surplus confirmé l'ordonnance entreprise
- a débouté les parties F.-G. de leur demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile
- a condamné les parties F.-G. à payer aux parties G. BIDCO-M. une indemnité de procédure de 2.000,- euros chacune
- a condamné les parties F.-G. aux frais de l'instance d'appel.

Pour statuer comme elle l'a fait, la Cour d'appel,

- a constaté que les PARTIES INTERVENANTES justifiaient à travers des pièces versées en instance d'appel de leur qualité de créanciers U. de la société anonyme G. HOLDING
- a retenu que les conditions d'application de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile avaient été réunies en novembre 2019 en ce que les parties F.-G. avaient allégué des faits propres à justifier de

la nécessité d'agir par surprise pour que la société à responsabilité limitée G. BIDCO ne soit pas dissoute en attendant une décision par la juridiction du fond sur leur demande en restitution du gage

- a constaté que la requête initiale des parties F.-G. contenait un exposé des éléments du dossier qui pouvait certes être qualifié de partisan, mais que les parties G. BIDCO-M. ne démontraient pas dans quelle mesure il y aurait eu atteinte à l'obligation de loyauté. La Cour a précisé qu'il ne suffisait pas aux parties G. BIDCO-M. de renvoyer à leur note de plaidoiries déposée en première instance, mais qu'il leur appartenait de développer en instance d'appel des moyens propres à faire admettre que le premier juge aurait mal jugé
- a retenu que l'article 20, paragraphe 4 de la loi modifiée de 2005 était à appliquer en ce sens qu'il interdirait non seulement l'interruption de l'exécution des contrats de garantie financière, mais à plus forte raison qu'il ne permettrait pas de remettre en cause cette exécution par des mesures qui affecteraient les opérations déjà exécutées.

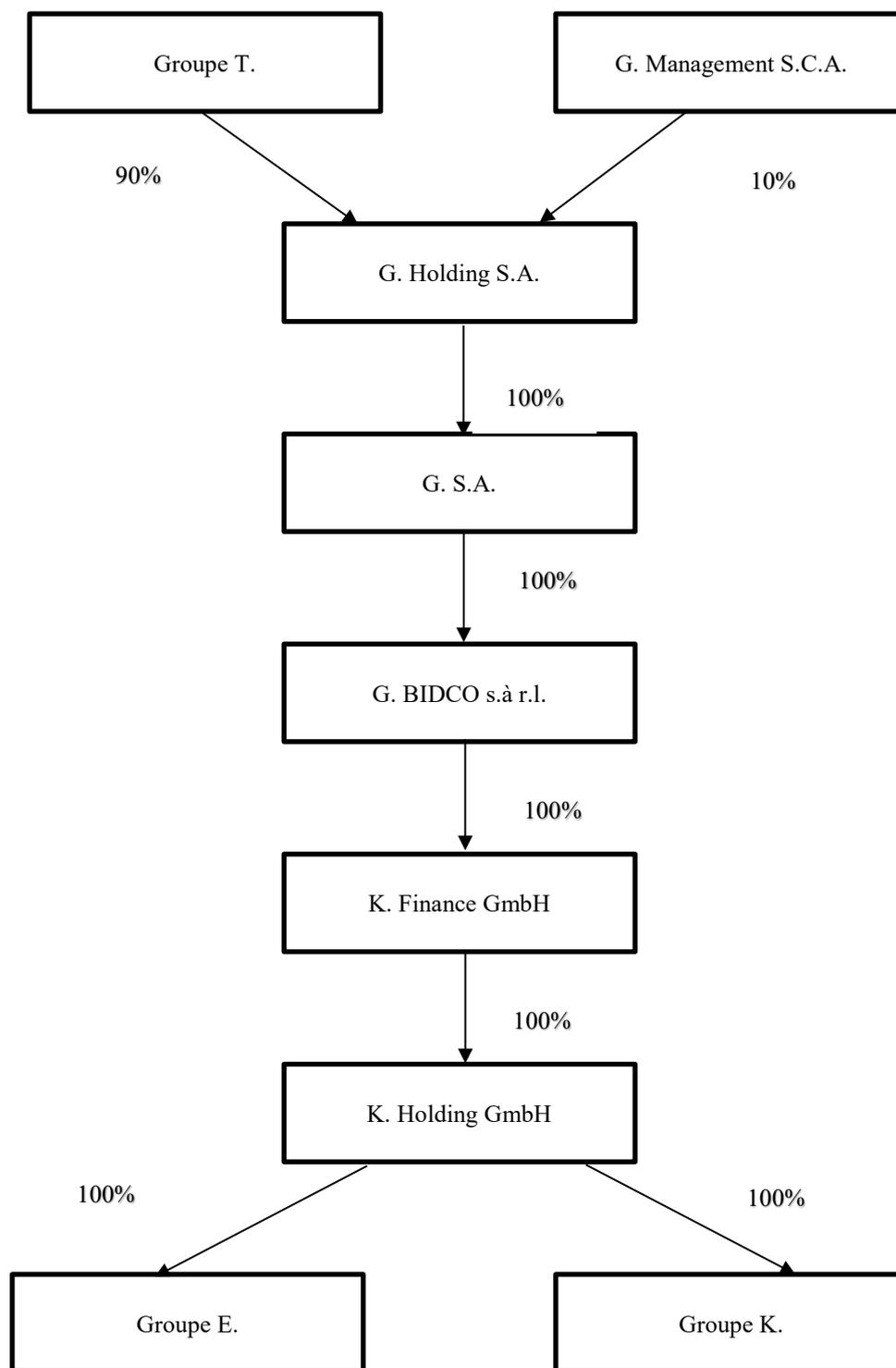
4/ Les parties F.-G. se sont pourvues en cassation contre cet arrêt. Par arrêt du 16 décembre 2021, la Cour de cassation, au visa de l'article 20, paragraphe 4 de la loi modifiée de 2005,

- a cassé et annulé l'arrêt attaqué, numéro 114/20-VII-REF, rendu le 22 juillet 2020 sous le numéro CAL-2020-00511 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé
- a déclaré nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, a remis les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les a renvoyées devant la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, autrement composée
- a condamné les parties G. BIDCO-M. aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, sur ses affirmations de droit.

Pour statuer comme elle l'a fait, la Cour de cassation a retenu que « L'article 20, paragraphe 4, de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ne s'oppose pas à ce qu'en cas d'allégation de fraude ou d'abus de droit dans l'élément déclencheur de la réalisation de la sûreté, le président du tribunal d'arrondissement, saisi par requête unilatérale ou siégeant en matière de référé, prononce une mesure conservatoire visant à préserver les droits du constituant du gage ».

2. Faits constants

Avant litige, la structure sociétale se présentait schématiquement comme suit :



Il est constant en cause que dans cette structuration, les entités opérationnelles actives sur les marchés et qui représentent les actifs réels sont les sociétés des groupes K. et E..

Les sociétés du groupe avaient contracté diverses obligations :

- La société anonyme G. HOLDING avait émis des obligations dénommées S.. Ces obligations, et les garanties y attachées, étaient subordonnées à d'autres engagements
- La société anonyme G. avait contracté des engagements au titre
 - o d'une ligne de crédit (RCF)

- d'une ligne de garantie (SGF)
- de deux émissions obligataires (SSN)

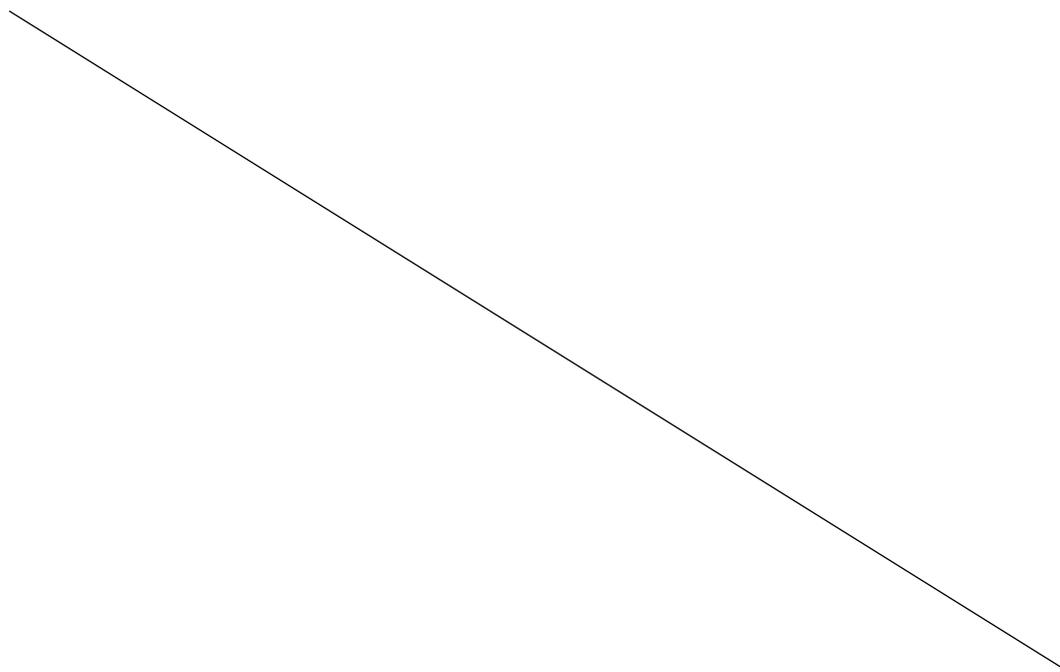
Ces engagements bénéficiaient de certaines garanties premières en rang, dont un gage sur 100% des actions de la société G. BIDCO accordé par la société G. suivant contrat de gage du 30 mai 2014.

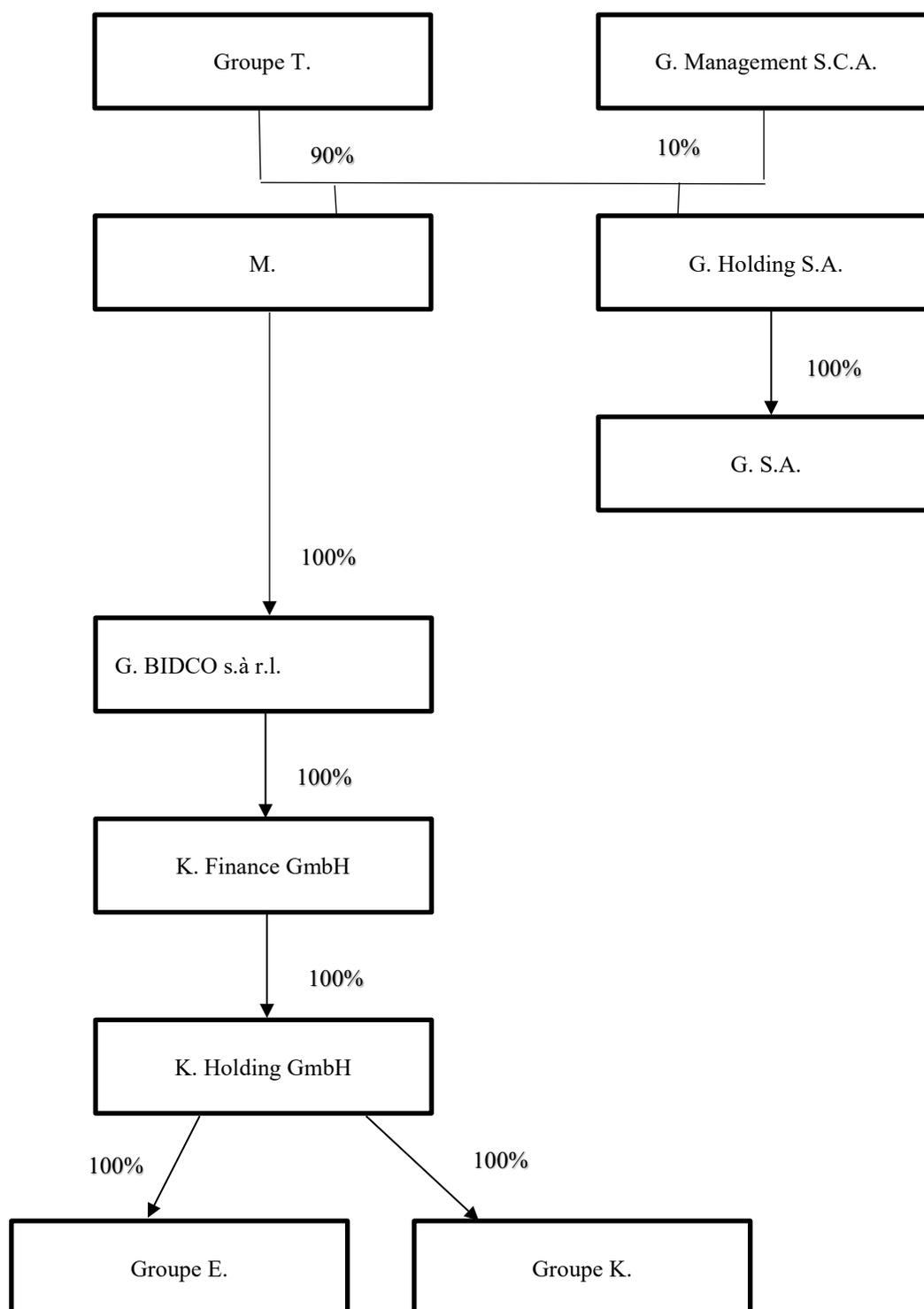
La structuration et le rang de ces dettes avait fait l'objet d'un accord dénommé *Intercreditor Agreement* conclu le 30 mai 2014 incluant tous les créanciers.

Dans le cadre de la restructuration de cette dette à l'approche de la maturité de ces engagements, un accord dénommé *Lock up agreement*, incluant les créanciers RCF, SGF et SSN, à l'exclusion des créanciers S., a été conclu en date du 6 juin 2019. Cet accord prévoyait deux stratégies pour procéder à la restructuration, l'une d'elles impliquant la vente de gré à gré des actions de la société G. BIDCO gagées par la société anonyme G..

Un événement de défaut étant survenu en ce que la société G. HOLDING et la société G. ne remplissaient pas leurs obligations de procéder au paiement de montants échus au mois de juin 2019, les créanciers gagistes ont procédé à la réalisation du gage qu'ils détenaient sur les actions de la société G. BIDCO. Dans le cadre de la réalisation de ce gage, ces actions ont été vendues de gré à gré à la société M. à la suite d'un appel d'offres public.

Par suite de cette opération, la structure sociétale s'est présentée comme suit :



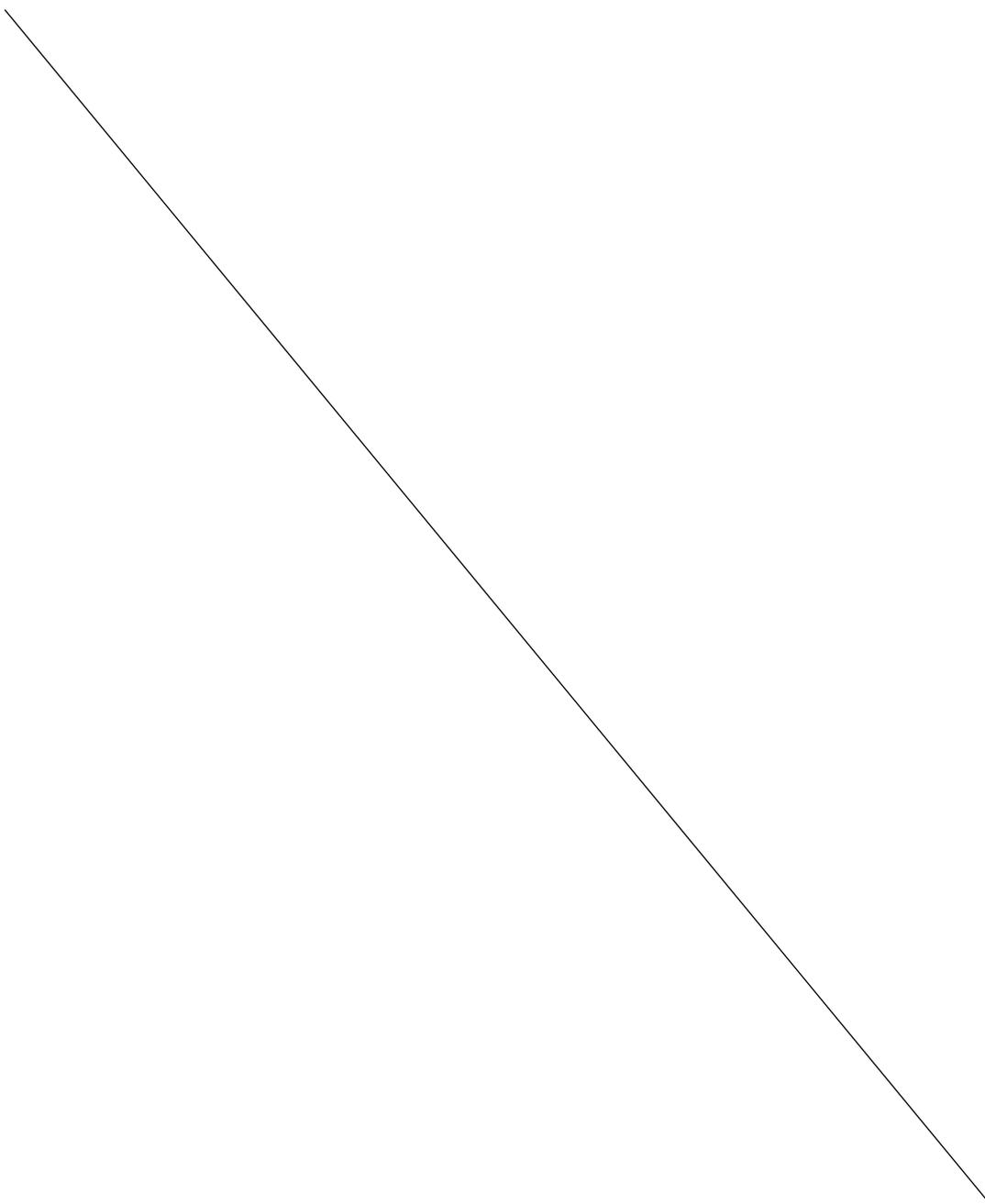


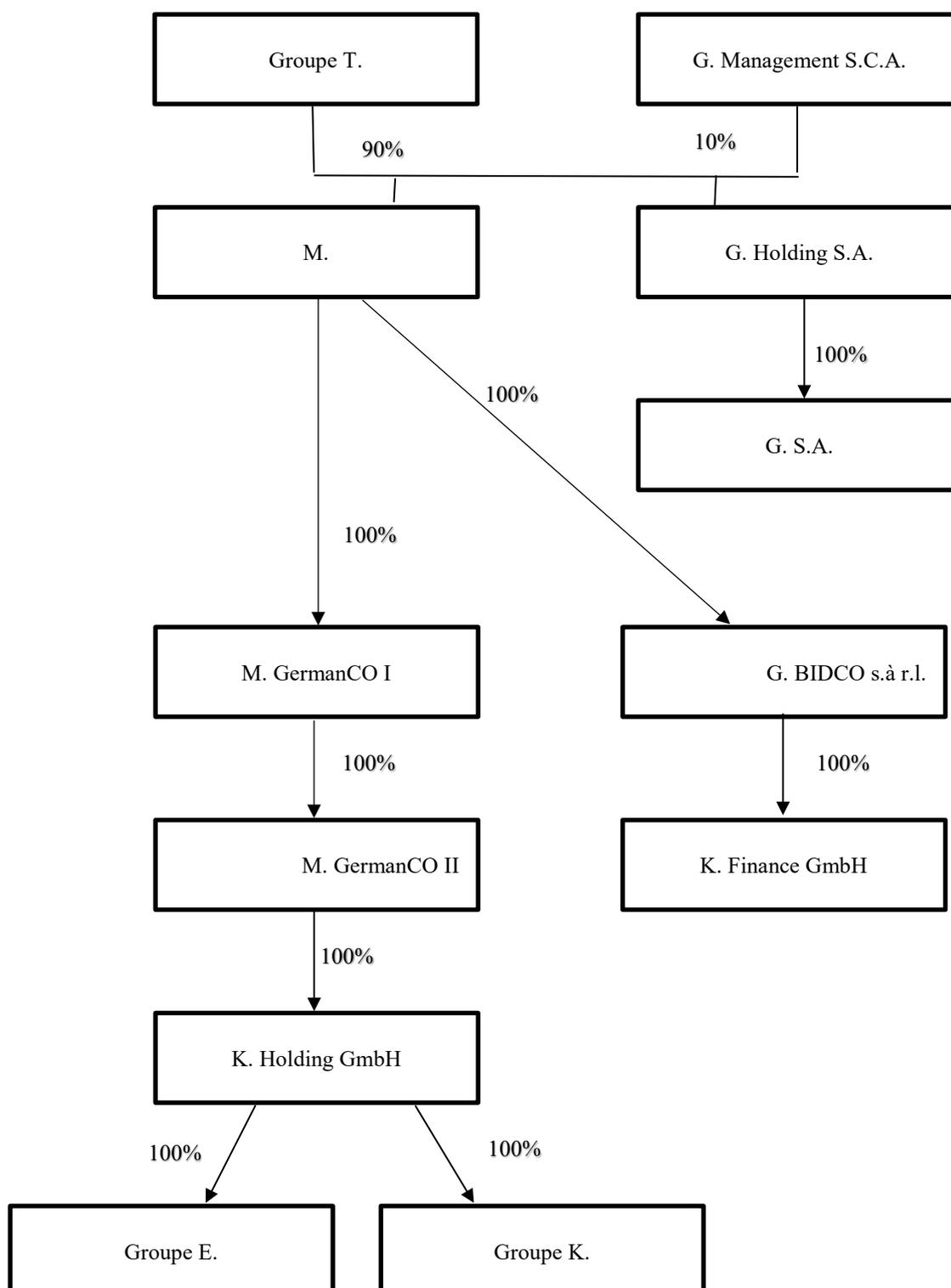
La Cour note ensuite que dans le cadre de la restructuration de la dette, il avait été décidé au mois de juin 2019 de transférer le centre des intérêts principaux de la société G. vers le Royaume-Uni, et que ce transfert a eu lieu. En date du 23 août 2009, les créanciers S. ont à leur tour réalisé un gage qu'ils tenaient sur les actions de la société G., ce qui leur a permis de prendre le contrôle de la société G., suite à quoi le nouvel administrateur a transféré le centre des intérêts principaux de la société G. vers l'Allemagne. C'est dans ce cadre qu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte à Düsseldorf,

emportant désignation de F. aux fonctions de *Insolvenzverwalter* de la société G..

Dans le cadre de cette procédure, le *Landgericht Düsseldorf* a encore nommé en date du 2 juin 2020 Maître Alain RUKAVINA aux fonctions de séquestre de 100% des actions de la société G. BIDCO. Cette décision a été levée par jugement du *Oberlandesgericht Düsseldorf* du 7 juin 2021.

Il est enfin constant qu'au mois de juin 2021, il a été procédé à une restructuration sociétale suite à laquelle la structure se présente comme suit :





3. Points préliminaires

3.1. Nature de la procédure judiciaire

Avant d'aborder le débat au fond entre parties, la Cour tient à préciser le cadre juridique dans lequel se situe cet examen, notamment au regard de l'affirmation du premier juge selon laquelle il disait « siégeant en la forme

des référés », des développements des parties F.-G. selon lesquels la Cour siègerait « comme en matière de référés » et des conclusions du Parquet général dans le cadre du pourvoi en cassation lorsqu'il y est écrit que « La Cour d'appel n'a pas statué en matière de référé ordinaire sur base des articles 932 et 933 du Nouveau code de procédure civile, mais elle a statué sur une demande en rétractation d'une ordonnance présidentielle prise sur base de l'article 66 du Nouveau code de procédure civile en la forme des référés ».

La requête unilatérale du 22 novembre 2019 était basée sur « l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile », sans préciser autrement en quelle qualité ou sur base de quels pouvoirs les parties F.-G. saisissaient le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. L'ordonnance unilatérale du 26 novembre 2019 se limite de même à faire renvoi à l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile.

L'assignation en rétractation du 13 février 2020 avait saisi le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg « siégeant comme en matière de référé » et le juge qui l'a remplacé a dans son ordonnance du 5 juin 2020 dit siéger « en la forme des référés ».

Par la suite, l'acte d'appel du 26 juin 2020 a saisi la Cour d'appel « siégeant en matière d'appel de référé » et dans son arrêt du 22 juillet 2020, la Cour a statué « siégeant en matière d'appel de référé ».

L'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile ne constitue qu'une disposition procédurale qui permet au juge sous certaines conditions de statuer, par dérogation au droit commun et au principe directeur de la contradiction, par voie de décision unilatérale sans avoir entendu ou même convoqué le destinataire de la mesure. Cette disposition légale ne se prononce pas sur la qualité en laquelle le juge statue, ni sur les pouvoirs qui lui sont dévolus dans ce cadre, ce qui est en somme logique dans la mesure où l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile ne crée pas une nouvelle action en justice, mais se limite à ouvrir la possibilité, pour les actions existantes, de statuer par voie unilatérale.

En l'absence, tel qu'en l'espèce, d'indication de base légale dans la demande initiale déterminant les compétences et pouvoirs du juge saisi, il convient de rechercher dans la matière dont le juge est saisi cette base légale qui peut fonder sa compétence et ses pouvoirs. Par la suite, la demande en rétractation est portée devant le même magistrat, statuant dans le cadre des mêmes compétences et avec les mêmes pouvoirs.

En l'espèce, il est évident au regard de la nature des mesures qui avaient été sollicitées par les parties F.-G. dans leur requête initiale du 22 novembre 2019 qu'elles présentaient une demande en référé sur base des articles 932 et 933 du Nouveau Code de Procédure Civile, et plus spécialement du référé-sauvegarde et du référé urgence. C'est dès lors au regard de ces deux dispositions légales qu'il convient d'examiner le bien-fondé de la demande initiale des parties F.-G., démarche que la Cour avait d'ailleurs déjà adoptée

dans son arrêt du 22 juillet 2020 en disant que les considérations développées par elle « valent tant pour ce qui concerne l'article 932 du NCPC que pour ce qui est de l'article 933 du NCPC ».

C'est dès lors enfin par erreur de langage que le premier juge a dit « siégeant en la forme des référés », dès lors qu'il a statué et partant siégé en matière de référé, dont il résulte que les parties F.-G. ont à bon droit saisi la Cour d'appel « siégeant en matière d'appel de référé ».

3.2. Etendue de la saisine de la Cour

Les parties G. BIDCO-M. font valoir que suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2021, les parties seraient remises dans le même état que celui dans lequel elles se trouvaient avant l'arrêt de la Cour d'appel du 22 juillet 2020, et que partant aucun des volets toisés en ledit arrêt du 22 juillet 2020 ne conserverait sa portée. Ainsi, les décisions prises sur les conditions d'application de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile et sur la violation de l'obligation de loyauté seraient également affectées par la cassation intervenue, et il appartiendrait actuellement à la Cour d'appel d'y statuer.

Les parties F.-G. y opposent que la cassation n'affecterait l'arrêt cassé que dans la mesure du moyen qui sert d'appui à la cassation. Ce moyen ayant été tiré des dispositions de la loi modifiée de 2005, les dispositions prises sur les conditions d'application de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile et sur la violation de l'obligation de loyauté conserveraient toute leur valeur.

La Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 11 mai 2000 (Pas. 31, p. 289) que « Si, en principe, à la suite de l'annulation d'un arrêt, les parties se trouvent remises au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée dans le dispositif en termes généraux. En conséquence, l'annulation laisse subsister, comme étant passées en force de chose jugée, toutes les dispositions de la décision cassée qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi. », et a ensuite précisé par un arrêt du 13 juillet 2000 (Pas. 31, p. 426) que « Par application de l'article 28 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, les parties sont remises au même état où elles se trouvaient avant la décision cassée. Il est néanmoins admis que la cassation, même prononcée en termes généraux et absolus, et sans précision de son étendue exacte, est limitée à la portée du moyen qui lui a servi de base. Elle n'atteint alors que la disposition de l'arrêt visée par le moyen et laisse subsister, comme passées en force de chose jugée, toutes les parties de la décision qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi. (...) ». (voir aussi Cour de cassation 12 février 1976, Pas. 23, page 281 ; Cour de cassation 11 mai 2000, Pas. 31, page 289 ; Cour d'appel 13 juillet 2000, Pas. 31, page 526 ; Cour d'appel 28 février 2007, Pas. 33, page 404 ; Cour d'appel 1^{er} décembre 2011, n° 32131 du rôle, BIJ 6/2013, page 107 ; Cour

d'appel 6 juin 2013, n° 34311 du rôle ; Cour d'appel 27 juin 2013, Pas. 36, page 367 ; Cour d'appel 14 juin 2018, N° 38355 du rôle, arrêt n° 89/18-III-TRAV ; Cour d'appel 4 novembre 2020, n° 37820 du rôle, arrêt n° 251/20-I-CIV)

C'est dès lors à bon droit que les parties F.-G. font plaider, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, que si à la suite de l'annulation de l'arrêt d'appel, les parties se trouvent remises conformément à l'article 28 de la loi du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure en cassation au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée, comme en l'espèce, dans le dispositif en termes généraux.

Réserve peut le cas échéant être faite d'une part au sujet des dispositions de l'arrêt d'appel qui ont été attaquées par un moyen de cassation qui n'a pas fait l'objet d'une décision par la Cour de cassation et d'autre part au sujet des dispositions de l'arrêt d'appel qui se trouvent dans un lien d'indivisibilité ou de dépendance avec la disposition cassée (Cour d'appel 24 juin 2021, Arrêt N° 61/21 - IX – CIV, rôle n° 40643). Mais en l'espèce, aucun des moyens de cassation articulés par les parties F.-G. dans leur pourvoi en cassation sur lesquels il n'a pas été statué ne peut être compris comme mettant en cause la décision des juges d'appel sur les questions tenant aux conditions d'application de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile ou à la violation de l'obligation de loyauté, de même que ces dernières questions ne se trouvent dans aucun lien de dépendance ou d'indivisibilité avec le moyen qui a été retenu par la Cour de cassation.

Il résulte de ce qui précède que la Cour d'appel n'est pas actuellement saisi des contestations des parties G. BIDCO-M. tenant aux conditions d'application de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile et à la violation de l'obligation de loyauté.

3.3. Rejet des pièces n° 46 et 47 des parties F.-G.

Les parties F.-G. ont communiqué en début d'après-midi le jour des plaidoiries de la présente affaire devant la Cour les pièces n° 46 et 47 dont les parties G. BIDCO-M. demandent le rejet pour avoir été communiquées tardivement.

Les parties F.-G. s'opposent à cette demande de rejet en expliquant que ces pièces ont été communiquées pour faire écho à des pièces communiquées par les parties G. BIDCO-M. à midi le jour des plaidoiries.

La Cour constate que les pièces en question constituent les corps de conclusions déposées d'une part par la société G. BIDCO dans une procédure devant les juridictions anglaises et d'autre part par F. devant les juridictions allemandes. Il ne s'agit partant pas d'éléments de preuve ou de pièces à conviction au sens réel, mais uniquement l'exposé des uns et des autres dans

le cadre de diverses procédures judiciaires. La production de ces écritures n'est partant pas de nature à impacter sur les droits de la défense des parties G. BIDCO-M.. La demande de rejet de ces documents n'est partant pas fondée.

4. Substance du litige

4.1. Positions des parties

4.1.1. Les parties F.-G.

Les parties F.-G. soutiennent que le groupe T. aurait monté une manœuvre afin de s'accaparer les actifs regroupés au sein des groupes E. et K., en assurant le remboursement des seuls créanciers RCF, SGF et SSN, au détriment de la société G. et des créanciers S..

D'après elles, les discussions menées en vue de la conclusion du *Lock up agreement* auraient dès le départ eu pour unique finalité de réaliser ce but. Des deux solutions de restructuration de la dette y prévue, la réalisation de la première n'aurait pas sérieusement été poursuivie par le groupe T. (les discussions à cet effet auraient été placées sous la menace de la mise à exécution de la deuxième solution et le délai pour trouver un accord avec les créanciers S. aurait été très bref, à savoir une semaine, étendu par la suite à trois semaines) et la seconde aurait été organisée de telle façon à ce que seule une dépendance du groupe T., à savoir la société M., aurait été en mesure de présenter une offre compétitive. Celle-ci aurait pu se satisfaire d'une offre ne couvrant, outre la totalité des droits des créanciers RCF et SGF, que 90% des engagements envers les créanciers SSN, alors que tout autre offreur aurait dû pouvoir désintéresser tous les créanciers RCF, SGF et SSN. Le prix payé par la société M. n'aurait pas correspondu à la valeur réelle des actifs sous-jacents E. et K., mais aurait été fixé afin d'assurer le remboursement intégral des créanciers RCF et SGF et à concurrence de 90% des créanciers SSN.

A travers le plan mis en œuvre, le groupe T. aurait réussi à prendre possession des actifs E. et K. en rendant disponibles à la vente les actions de la société G. BIDCO à travers la réalisation du gage et en assurant leur vente à une autre entité du groupe T., la société M., et en remboursant les seuls créanciers RCF, SGF et SSN, à l'exclusion des créanciers S.. Ensuite, le groupe T. aurait vidé la société G. BIDCO de toute substance en transférant les actifs E. et K. dans une autre entité. Le groupe T. projetterait aujourd'hui de liquider la société G. BIDCO afin d'éviter tout retour en arrière.

La société G. serait aujourd'hui privée des actifs E. et K., mais devrait toujours assumer la charge du remboursement des créanciers S..

L'événement de défaut ouvrant le champ au développement du plan d'accapuration des actions de la société G. BIDCO aurait été artificiellement provoqué par le refus abusif, contraire au droit, des sociétés des groupes E.

et K. de remonter des liquidités à la société G. et à la société G. HOLDING afin de leur permettre d'honorer leurs engagements venant à échéance au mois de juin 2019, alors toutefois qu'elles y auraient été contractuellement tenues.

Ce défaut de paiement aurait été intentionnellement provoqué. La preuve en serait une information en ce sens donnée à la Bourse de Luxembourg en date du 11 juin 2019 et le fait que des paiements initiés auraient été annulés pour avoir été faits par erreur.

La Cour, siégeant « comme en matière de référés » aurait pouvoir pour trancher cette question du caractère frauduleux dans l'élément déclencheur de la mise en œuvre du gage, alors même que l'événement de défaut serait défini dans le *Intercreditor Agreement* et en tant que tel soumis à l'application du droit anglais.

Les parties F.-G. soulignent que le caractère abusif de l'opération serait encore illustré

- par le fait que le transfert du centre des intérêts principaux de la société G. vers le Royaume-Uni aurait été opéré abusivement afin de pouvoir tirer profit d'une procédure de droit anglais dénommée *scheme of arrangement*, qui permettrait de procéder à une restructuration de la dette sans devoir obtenir l'accord de tous les créanciers.
- par le fait que tant avant qu'après la réalisation du gage, le bénéficiaire économique des actifs E. et K. aurait été et serait le groupe T., alors que normalement une opération de réalisation du gage devrait aboutir à un changement de bénéficiaire économique. Il aurait été plus approprié que le groupe T. utilise les fonds qui ont servi pour financer le rachat des actions de la société G. BIDCO afin de désintéresser directement les créanciers, au lieu de monter une opération artificielle et abusive.
- par le fait que le *Lock up agreement* aurait prévu la possibilité pour le groupe T. de faire une offre soumise à des conditions moins sévères que tout tiers, dès lors qu'il n'aurait pas été tenu d'assurer le désintéressement intégral de tous les créanciers.

En droit, les parties F.-G. font valoir que leur action serait fondée sur base de l'article 11, alinéa 1^{er} de la loi modifiée de 2005 qui permettrait l'intervention du juge pour mettre fin à l'appropriation en ordonnant la restitution des avoirs appropriés lorsque l'appropriation a eu lieu par suite d'une fraude commise dans l'élément déclencheur de la réalisation du gage, cette fraude étant en l'espèce constituée par la provocation délibérée d'un cas de défaut artificiel. Ces parties soulignent expressément que leur action ne prend pas appui sur une allégation de réalisation du gage dans des conditions commerciales anormales, auquel cas elles ne pourraient que se voir allouer des dommages-intérêts. Il y aurait lieu de distinguer entre d'une part les événements qui conduisent à la mise en œuvre du gage, et qui pourraient justifier l'annulation de la réalisation du gage dans le cadre d'une action au

fond et des mesures provisoires en référé destinées à préserver l'actif dont la restitution était demandée au fond, et d'autre part les événements postérieurs à la mise en œuvre du gage dans le cadre de la réalisation des actifs, qui ne pourraient donner lieu qu'à des dommages-intérêts au fond en cas de faute du créancier gageiste sans ouvrir la voie du référé.

Les parties F.-G. exposent que leur action telle qu'introduite initialement par voie unilatérale tendrait au vu des dernières évolutions du dossier à empêcher la mise en liquidation de la société G. BIDCO afin de conserver la structure sociétale qui serait destinée à récupérer les actifs E. et K. une fois qu'ils auront fait annuler l'opération de restructuration sociétale entreprise en juin 2021, action qu'elles seraient sur le point de lancer devant les juridictions luxembourgeoises. En attendant que cette récupération ait eu lieu, et en attendant qu'elles aient fait annuler la réalisation du gage des actions de la société G. BIDCO, instance qu'elles auraient introduite devant les juridictions luxembourgeoises suivant assignation du 24 décembre 2019, ces actions devraient être mises sous séquestre.

Leur demande devrait être accueillie, ce d'autant plus qu'elle ne serait en mesure de causer aucun dommage à la société G. BIDCO et à la société à M..

La décision rendue par le *Oberlandesgericht Düsseldorf* en date du 7 juin 2021 emportant levée du séquestre ordonné en Allemagne ne saurait lier la Cour dans la présente instance aux motifs que cette décision aurait été rendue dans le cadre d'une procédure provisoire dans le cadre de la procédure d'insolvabilité et qu'elle se serait prononcée sur les conditions de réalisation des actifs, et non pas sur les conditions de mise en œuvre du gage. Une quelconque autorité de cette décision ne porterait en tout état de cause que sur le dispositif, à l'exclusion des appréciations de fait portées par la juridiction allemande.

4.1.2. Les PARTIES INTERVENANTES

Les PARTIES INTERVENANTES, qui sont des créanciers S., soutiennent les développements des parties F.-G. en ce que l'élément déclencheur de la mise en œuvre de la réalisation du gage aurait été le défaut de paiement dans le chef de la société G. HOLDING et de la société G., et que ce défaut de paiement aurait été artificiellement et intentionnellement provoqué. Elles expliquent qu'elles n'ont pas présenté d'offre dans le cadre de l'appel d'offre en vue de la vente des actions de la société G. BIDCO par manque de temps. Les délais fixés auraient été trop courts pour leur permettre de formuler une offre.

4.1.3. Les parties G. BIDCO-M.

Les parties G. BIDCO-M. concluent à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Elles expliquent qu'à partir du début de l'année 2019, le groupe G. aurait entamé des négociations en vue de la restructuration de sa dette, en y incluant tous les créanciers, y compris les créanciers S.. Ces négociations auraient conduit au *Lock-Up Agreement* du 6 juin 2019, auquel les créanciers S. ne seraient toutefois pas associés. Ce contrat de verrouillage aurait permis de dégager du temps pour trouver une solution consensuelle rencontrant l'accord de tous les créanciers, mais aurait prévu pour l'hypothèse de l'échec des négociations une solution alternative consistant en la vente des actions de la société G. BIDCO. En l'absence d'accord entre toutes les parties, les créanciers S. ayant rejeté toutes les propositions qui avaient été mises sur la table, ce serait cette solution alternative qui aurait finalement dû être mise en œuvre pour sauver les groupes K. et E..

L'événement de défaut qui a déclenché la procédure de réalisation du gage n'aurait pas été provoqué artificiellement et/ou abusivement. Nonobstant la question de savoir s'il y avait eu une obligation de paiement à charge des entités K. et E., les parties G. BIDCO-M. expliquent que le refus des entités K. et E. de distribuer des dividendes respectivement de payer le coupon de juin 2019 leur aurait été conseillé par leurs avocats allemands, qui auraient relevé qu'en raison de la situation financière tendue de ces entités, de tels paiements auraient pu être de nature à engager la responsabilité de leurs dirigeants.

Le transfert du centre des intérêts principaux de la société G. vers le Royaume-Uni aurait fait partie du projet consensuel afin de pouvoir tirer profit d'une procédure de droit anglais (*scheme of arrangement*) facilitant la mise en œuvre d'une telle solution. Le transfert du centre des intérêts principaux se serait situé dans ce seul cadre, et ne présenterait aucun lien avec la réalisation du gage.

La procédure d'offre publique à la vente des actions de la société G. BIDCO aurait été transparente et contrôlée par des intervenants externes, sans que le groupe T. ou la société M. ne soient intervenus, si ce n'est pour déposer une offre de repli devant entrer en considération si aucune autre offre valable n'était déposée. Cette offre aurait finalement été retenue à défaut par un des 79 acheteurs potentiels contactés directement d'avoir fait une offre. La nature et le déroulement du processus aurait été tel qu'il aurait permis de maximiser le prix à tirer de la vente des actions de la société G. BIDCO.

Les parties G. BIDCO-M. reprochent encore aux créanciers S. d'avoir mis en péril l'opération de restructuration et de sauvetage, sinon du moins d'avoir entraîné une réduction du remboursement en faveur des créanciers SSN, en réalisant leur gage sur les actions de la société G. et en transférant par la suite le centre des intérêts principaux de celle-ci en Allemagne, formant ainsi obstacle à la résiliation du *scheme of arrangement* et obligeant les

parties à conclure un *Lock-up agreement* supplémentaire contenant des conditions de remboursement moins avantageuses.

Le choix de vendre les actions de la société G. BIDCO à la société M. aurait été pris en toute indépendance par les créanciers S., à l'exclusion de toute intervention du groupe T. et/ou de la société M., et ce au prix de la valeur réelle telle qu'elle se dégageait du jeu de l'offre et de la demande.

Prenant position sur la décision que la Cour est appelée à prendre, les parties G. BIDCO-M. soutiennent tout d'abord que la Cour serait tenue de reconnaître la décision du *Oberlandesgericht Düsseldorf* du 7 juin 2021 par lequel la nomination de Maître Alain RUKAVINA aux fonctions de séquestre, intervenue par décision du *Landgericht Düsseldorf* du 2 juin 2020, a été reformée. Le règlement Bruxelles Ibis obligerait le juge luxembourgeois de reconnaître les termes de ce jugement du 7 juin 2021 en ce qu'il aurait écarté toute allégation de fraude dans le cadre de la réalisation du gage et de son élément déclencheur.

Les parties G. BIDCO-M. font encore valoir que la Cour ne saurait procéder qu'à un contrôle de la régularité apparente de la procédure de réalisation du gage et de son élément déclencheur. La Cour ne saurait examiner le fond ou y statuer, dès lors que la fraude alléguée ne serait pas établie avec évidence, puisque l'allégation de fraude émanant des parties F.-G. requerrait l'analyse du contrat de gage, des contrats de financement et du *Intercreditor Agreement* qui serait soumis au droit anglais et comporterait dès lors une analyse sur le fond qui échapperait aux pouvoirs de la Cour siégeant dans le cadre d'une demande en rétractation d'une mesure prise unilatéralement.

Les parties G. BIDCO-M. dénie enfin tout effet utile aux mesures sollicitées par les parties F.-G. en expliquant que la restructuration du groupe aurait été achevée en juin 2021.

4.1.4. Le séquestre désigné, Maître Alain RUKAVINA

Maître Alain RUKAVINA, dont il est demandé que la mission de séquestre des actions de la société G. BIDCO reprenne effet, note que les actions ont entretemps été transférées de la société G. à la société M.. A partir de là, il s'interroge sur les effets utiles que l'arrêt de la Cour pourrait avoir en cas de réformation de la décision de première instance du 5 juin 2020 et de rétablissement de l'ordonnance unilatérale du 26 novembre 2019.

4.2. Appréciation

La Cour de cassation a retenu dans son arrêt du 16 décembre 2021 que « L'article 20, paragraphe 4, de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ne s'oppose pas à ce qu'en cas d'allégation de fraude ou d'abus de droit dans l'élément déclencheur de la réalisation de la sûreté, le président du tribunal d'arrondissement, saisi par requête unilatérale ou

siégeant en matière de référé, prononce une mesure conservatoire visant à préserver les droits du constituant du gage ». Dans le même sens, les parties F.-G. expliquent expressément que leur demande se fonde sur l'allégation d'un cas de fraude dans l'élément déclencheur de la réalisation du gage, en invoquant plus précisément un « cas de défaillance artificiellement créé ».

Les développements des parties F.-G. sur ce point peuvent être compris de deux manières. On peut soit comprendre que le principe du cas de défaillance aurait été artificiellement créé par le *Lock-up agreement* du 6 juin 2019 lorsque ce dernier stipule 9 jours avant la date d'échéance du coupon à payer en date du 15 juin 2019 que le non-paiement de ce coupon constituerait un cas de défaut ouvrant la possibilité aux créanciers gagistes de procéder à la résiliation du gage. On peut d'autre part comprendre que la survenance du cas de défaillance aurait été artificiellement créé par le refus des entités E. et K. de remonter des liquidités à la société G. pour lui permettre d'honorer le paiement du coupon du 15 juin 2019.

En tout état de cause, l'analyse de la Cour siégeant comme juge des référés doit consister à examiner les faits contemporains à la réalisation du gage pour toiser la question de savoir s'ils sont constitutifs d'une fraude ou d'un abus dans l'élément déclencheur de la résiliation du gage, seul ce constat ouvrant la possibilité de prononcer une mesure conservatoire visant à préserver les droits du constituant du gage.

Il en résulte que tous les faits postérieurs à la réalisation du gage sont dénués de pertinence pour caractériser le fait matériel de la fraude ou de l'abus allégué. Par voie de conséquence, la Cour écarte des débats toutes discussions entre parties sur les événements qui entourent le transfert du centre des intérêts principaux de la société G. vers le Royaume-Uni, puis vers l'Allemagne, sur les conditions dans lesquelles le gage a été réalisé et notamment les questions tenant aux conditions différentes dont auraient bénéficié différents acquéreurs potentiels et au caractère économiquement juste du prix réalisé, sur le projet de liquidation de la société G. BIDCO et sur la restructuration du groupe au mois de juin 2021.

Dans la même perspective, et abstraction faite de la question juridique de savoir si l'étendue des effets déployés au Luxembourg par la décision du *Oberlandesgericht Düsseldorf* du 7 juin 2021 englobe tant les motifs que le dispositif, il y a lieu d'écarter cette décision des débats dans la mesure où elle ne porte que sur les conditions économiques de la réalisation du gage, de sorte qu'elle est sans incidence sur la caractérisation de l'élément déclencheur de la réalisation du gage.

Les notions d'abus et de fraude ne sont pas définies dans la loi modifiée de 2005. La notion d'abus est visée à l'article 6-1 du Code civil comme étant « Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit », cette disposition légale précisant par la suite qu'un tel acte ou fait « n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité

de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus ». La fraude, ne faisant pas l'objet d'une définition légale, peut-être caractérisée comme étant constituée par un agissement illicite par l'emploi soit de moyens illégaux, soit de moyens réguliers. L'un comme l'autre doivent être considérés comme pouvant constituer d'une voie de fait au sens de l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile, soit une perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique ou d'une abstention d'agir qui, directement ou indirectement constitue une violation évidente de la règle de droit, ou encore comme pouvant donner naissance à un cas d'urgence au sens de l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

Il convient dès lors de vérifier si les faits avancés par les parties F.-G. sont de nature à constituer pareil abus ou fraude, étant précisé que le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable et que la demande doit être rejetée pour être irrecevable s'il subsiste un doute sur l'existence même du trouble allégué ou sur son caractère manifestement illicite.

L'allégation de fraude pour autant qu'elle tend à soutenir que le principe du cas de défaillance aurait été artificiellement créé par le *Lock-up agreement* du 6 juin 2019 lorsque ce dernier stipule 9 jours avant la date d'échéance du coupon à payer en date du 15 juin 2019 que le non-paiement de ce coupon constituerait un cas de défaut ouvrant la possibilité aux créanciers gagistes de procéder à la résiliation du gage doit être rejetée. Il résulte de la lecture combinée du *Intercreditor Agreement* du 30 mai 2014 et du contrat de gage du 30 mai 2014 que dès cette époque, la réalisation du gage était autorisée en cas de défaut de paiement par la société G. de ses obligations de remboursement de ses engagements financiers. Le *Lock-up Agreement* du 6 juin 2019 n'a dès lors pas créé une nouvelle hypothèse qui aurait permis aux créanciers gagistes de procéder à la réalisation du gage. Par ailleurs, les échéances auxquelles était tenue la société G. en vertu de ses engagements financiers étaient fixées à travers les stipulations des contrats financiers et comportaient notamment une échéance au 15 juin 2019, ce qu'admettent d'ailleurs expressément les parties F.-G.. Le *Lock-up Agreement* du 6 juin 2019 n'a donc pas non plus créé une nouvelle échéance de paiement qui n'aurait pas été prévue antérieurement.

L'allégation de fraude pour autant qu'elle tend à soutenir que la survenance du cas de défaillance aurait été artificiellement créé par le refus des entités E. et K. de remonter des liquidités à la société G. respectivement à la société G. HOLDING pour leur permettre d'honorer le paiement du coupon du 15 juin 2019 repose sur l'allégation d'un lien causal direct entre la mise en œuvre de la procédure de réalisation du gage et le refus des entités E. et K. de remonter des liquidités. Dans ce cadre, il est donc reproché un comportement contraire aux normes non pas dans le chef des parties G. BIDCO-M., mais dans le chef des entités E. et K..

Les parties F.-G. soutiennent encore dans ce cadre d'une part que les entités E. et K. auraient été contractuellement obligées en vertu des contrats

de prêts inter-sociétés de faire remonter des liquidités à la société G. respectivement à la société G. HOLDING et d'autre part qu'elles auraient disposé des liquidités nécessaires pour procéder à ces paiements et de troisième part qu'aucune règle de droit allemand applicable aux activités de ces deux entités n'aurait empêché les dirigeants des entités E. et K. de faire procéder à ces flux financiers.

La demande en tant qu'elle prend appui sur une allégation d'abus ou de fraude dans ce cadre doit être rejetée.

D'une part, les parties F.-G. n'allèguent pas que l'acte abusif ou frauduleux émanerait des personnes qui en auraient tiré profit selon leurs dires, à savoir le groupe T., ni des personnes qui sont leurs adversaires dans le cadre de la présente instance, à savoir la société G. BIDCO et la société M., mais de tiers, à savoir les entités E. et K., sans pour autant alléguer qu'il y aurait eu collusion frauduleuse entre les uns et les autres et sans attirer à la procédure les entités E. et K. pour leur permettre le cas échéant de prendre position contre l'allégation d'un comportement abusif ou frauduleux dans leur chef.

D'autre part, si les parties F.-G. allèguent qu'il aurait existé une obligation juridique à charge des entités E. et K. pour faire remonter des fonds liquides vers la société G. et la société G. HOLDING, elles restent en défaut de démontrer la base juridique de pareille obligation.

Finalement, à admettre qu'il y ait eu une obligation à charge des entités E. et K. pour faire remonter des liquidités vers la société G. et la société G. HOLDING, la Cour est amenée à constater d'un côté que les parties F.-G. restent en défaut de justifier des raisons pour lesquelles la société G. et la société G. HOLDING n'ont pas agi à l'encontre des entités E. et K. afin de voir exécuter cette obligation dont elles prétendent qu'elle aurait été juridiquement contraignante et de l'autre côté que les parties s'opposent sur la question de savoir si certaines contraintes issues du droit allemand se seraient opposées à ce que les dirigeants des entités E. et K. procèdent à de tels paiements. Or, l'interprétation du droit allemand sur ce point dépasse manifestement les compétences du juge des référés.

Il convient finalement de toiser les demandes en communication forcée de pièces présentées en cours de plaidoiries par les parties F.-G.. Celles-ci demandent à ce qu'il soit enjoint aux parties G. BIDCO-M. de communiquer aux débats leurs pièces n° 18, 25 et 54 en leur intégralité, en soutenant que la date d'établissement de ces documents serait importante afin de démontrer l'intention frauduleuse qui aurait existé à la base du déclenchement de la procédure de réalisation du gage.

La Cour note que la pièce n° 18, qui est un courrier adressé par la société O. à la société GLAS en date du 8 octobre 2019, est versée aux débats en son intégralité. La demande est partant sans objet. La pièce n° 25 constitue une page unique d'un document plus vaste portant sur les démarches à

entreprendre après le 31 décembre 2019 (« Post 31/12/19 Steps ») et décrit la 12^e démarche (« Step 12 »). Ce document est issu de la société Z. et ne peut partant être attribué à aucun des protagonistes impliqués directement et personnellement dans la réalisation du gage. La demande n'est partant pas pertinente. La pièce n° 54 a été retirée par les parties G. BIDCO-M., en vue manifestement de rendre la demande sans objet. Il n'en reste pas moins que les parties F.-G. entendent voir produire cette pièce en son intégralité afin d'en tirer avantage à leur profit, de sorte que la demande conserve son objet. La Cour constate cependant qu'il s'agit là encore d'une page unique d'un document plus vaste portant sur les démarches à entreprendre après le 31 décembre 2019 (« Post 31/12/19 Steps ») et décrit la 7^e démarche (« Step 7 »). Ce document est issu de la société Z. et ne peut partant être attribué à aucun des protagonistes impliqués directement et personnellement dans la réalisation du gage. La demande n'est partant pas pertinente.

En définitive, il y a lieu de confirmer l'ordonnance entreprise, bien que pour d'autres motifs.

5. Indemnités de procédure

Les parties F.-G. demandent à voir condamner les parties G. BIDCO-M. solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout au paiement d'une indemnité de procédure de 20.000,- euros.

L'indemnité de procédure ne peut être allouée à la partie succombante. Pour le surplus, l'application de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

Les parties F.-G. sont partant à débouter de leur demande.

PAR CES MOTIFS :

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

statuant à la suite de l'arrêt n° 157/2021 de la Cour de cassation du 16 décembre 2021,

dit l'appel non fondé, partant en déboute et confirme l'ordonnance n° 2020TALREFO/00217 du 5 juin 2020,

déboute F., pris en sa qualité d'*Insolvenzverwalter* de la société anonyme G., et la société anonyme G. de leur demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

condamne F., pris en sa qualité d'*Insolvenzverwalter* de la société anonyme G., et la société anonyme G. aux frais et dépens de l'instance.