

Arrêt référé

Audience publique du 3 juin deux mille neuf

Numéro 34674 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A.) Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), admise au bénéfice du régime du sursis de paiement par jugement rendu le 9 octobre 2008 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, ainsi que pour les besoins de la cause par ses administrateurs Maître Franz FAYOT, avocat à la Cour, et la société **B.)** sàrl, représentée par **C.)** ,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE d'Esch/Alzette, en date du 27 mars 2009,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, assisté de Maître Yves PRUSSEN, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société à responsabilité limitée D.) , établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant unique actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit LISE du 27 mars 2009,

comparant par Maîtres Guy et Tom LOESCH, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. la société anonyme F.) , établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit LISE du 27 mars 2009,

n'ayant pas constitué avocat ;

3. la société d'investissement à capital variable E.) , établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

intimée aux fins du susdit exploit LISE du 27 mars 2009,

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

en présence de :

Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour, demeurant à L-1358 Luxembourg, 4, rue Pierre de Coubertin, agissant en sa qualité de séquestre aux termes d'une ordonnance de référé numéro 185/09 du 19 mars 2009,

intervenant volontairement,

comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL :

Saisi de quatre demandes, la première introduite le 27 février 2009 par la société **A.)** Luxembourg, tendant à obtenir la rétractation de

l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009, les trois autres intentées les 2, 3 et 5 mars 2009 par la société **D.)** , tendant à voir nommer un séquestre de toutes les actions de la société **E.)** actuellement détenues par la prédite **A.)** Luxembourg, le juge des référés a joint les diverses affaires et a, par ordonnance du 19 mars 2009, rétracté l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 et toute la procédure subséquente et a nommé Maître Jacques Wolter séquestre des actions de la société **E.)** , tout en lui assignant une mission déterminée.

Par exploit d'huissier du 27 mars 2009, **A.)** Luxembourg a régulièrement relevé appel de cette ordonnance, non signifiée. L'appel est limité à la nomination d'un séquestre, mesure qui aurait été prise à tort par le premier juge alors qu'elle serait incompatible avec ses droits de créancier gagiste découlant directement du contrat conclu le 19 décembre 2008 entre elle et la société **D.)** , gage portant sur 75% du capital social de la société **E.)** . Elle ajoute que ladite mesure serait encore contraire aux dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les garanties financières et à la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.

Elle conteste que les trois conditions justifiant d'après le premier juge la nomination d'un séquestre soient remplies en l'espèce. Son droit de propriété sur lesdites actions ne saurait être mis en cause. Elle reproche en outre au juge d'avoir omis de considérer que la mesure en question intervient dans le cadre de la réalisation d'un gage, raison qui aurait dû le déterminer à refuser la mesure sollicitée. Elle conclut à la réformation de l'ordonnance attaquée.

Elle demande en ordre subsidiaire la limitation dans le temps de la mission du séquestre et l'octroi du droit de voter lié aux actions en question.

L'intimée **D.)** résiste à l'appel en exposant que la nomination d'un séquestre était la mesure la plus appropriée pour préserver les droits des parties au litige. Elle conteste que la mesure en question soit contraire à l'esprit de la loi précitée du 5 août 2005 et de la Directive 2002/47 CE. Tout en ne contestant pas le principe de la garantie donnée à la banque, elle met en doute que les conditions permettant une réalisation du gage soient remplies en l'espèce. Il appartiendrait au seul juge du fond de décider si **E.)** est en défaut de remplir ses obligations découlant du contrat de prêt. Elle ajoute que les conditions justifiant la mesure prise par le premier juge sont remplies en l'espèce, à savoir une contestation sérieuse sur la propriété des actions d'**E.)** et l'urgence imposant de prendre rapidement une mesure opportune.

Il ressort des pièces versées que par contrat du 19 décembre 2008, **A.)** Luxembourg a mis à la disposition de la société **E.)** la somme de

123.000.000.- euros. L'offre était valable jusqu'au 30 janvier 2009. Par courrier du 30 janvier 2009, E.) informe la banque qu'elle veut profiter de cette offre et disposer de la somme en question. Il est précisé à l'article 4 point b) de cette demande de tirage que les garanties données à la banque sont sérieuses et correctes. La banque informe le 3 février 2009 E.) qu'elle a viré sur son compte la somme de 123.000.000.- euros avec effet au 30 janvier 2009.

Le remboursement du prêt était garanti par un engagement personnel d'E.) et de plusieurs engagements d'un tiers, à savoir la société D.) . Par contrat de gage premier en rang du 19 décembre 2008, D.) a assumé l'obligation de garantir l'exécution des charges incombant à l'emprunteur E.) . A cette fin, elle a donné en gage à la banque 75% des anciennes et nouvelles actions détenues par elle dans la société E.) .

Il est admis que le juge des référés peut appliquer un contrat dont les termes sont clairs et qui ne nécessite aucune interprétation. Sans pouvoir dire le fond du droit, le juge des référés se contente d'une apparence de droit et examine si les droits revendiqués par une partie sont sérieusement contestables ou non.

Par courrier du 3 février 2009, la banque informe E.) et D.) qu'elle a constaté que l'emprunteur n'a pas rempli les conditions prévues aux articles 5.1 (b) et 5.1 (c) du contrat de prêt jusqu'à la date limite du 31 janvier 2009 de sorte qu'elle se voit dans l'obligation de mettre un terme au contrat en question et de réclamer l'intégralité de la somme prêtée ainsi que les intérêts et autres frais. Il n'est pas sérieusement contestable que l'emprunteur devait produire jusqu'à la susdite date certains documents énumérés à l'article 5 du contrat du 19 décembre 2008. Cette date butoir n'a pas été reculée à plus tard. Il n'est pas contesté que cette condition n'était pas remplie jusqu'au 3 février 2009 ce qui détermina la banque à réagir. La résiliation du contrat est dès lors intervenue dans des conditions apparentes de régularité.

Il ressort du contrat de gage (article 7) qu'en cas de non-exécution d'une des obligations prévues au contrat de prêt, le bénéficiaire du gage informe par écrit le constituant du gage de cette défaillance, tout en lui indiquant la somme redue par l'emprunteur. Le constituant du gage dispose alors d'un délai de quinze jours pour empêcher la réalisation du gage en lui payant l'intégralité de la dette de l'emprunteur. En cas de défaut par le constituant de régler le montant de la dette, le créancier a le droit de réaliser le gage sans autre formalité ni information.

Cette procédure rigide fut respectée en l'espèce. Par courrier du 5 février 2009, la banque informe D.) que l'emprunteur E.) n'a pas rempli ses obligations définies à l'article 7.1 du contrat de prêt. En l'absence d'une

réaction du constituant endéans la quinzaine, la banque informe le 20 février 2009 la F.) que la défaillance incombant à l'emprunteur n'a pas été arrêtée ou éliminée par le constituant du gage et qu'elle entend par conséquent réaliser le gage donné par D.) en s'appropriant les anciennes et nouvelles actions de E.) et elle lui demande d'inscrire le transfert des actions en question dans le registre des actions d'E.) .

Cette réalisation du gage est conforme à la convention des parties et aux dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. Il y est stipulé à l'article 6 (4) qu'en cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie en faveur du créancier gagiste de premier rang, ce dernier pourra exécuter son gage conformément à l'article 11. L'article 11(1) de cette loi dispose que le créancier gagiste peut, sauf convention contraire, sans mise en demeure préalable, s'approprier les avoirs au prix déterminé suivant le mode d'évaluation convenu entre parties.

Il n'est pas sérieusement contestable que le contrat de prêt du 19 décembre 2008 tombe sous le champ d'application de la prédite loi de 2005. La convention de gage premier en rang du même jour ne comporte pas de clause interdisant au créancier gagiste de s'approprier les actions données en gage ; bien au contraire, l'article 7.1.2 réserve expressément cette faveur au créancier sans mise en demeure préalable. Les parties ont également déterminé un mode d'évaluation des actions en question, mode qui fut respecté en l'espèce.

Il ressort des développements qui précèdent que la dénonciation du prêt à E.) et la réalisation du gage premier en rang furent faits dans des conditions de régularité apparentes. Pour nommer un séquestre, le premier juge a à raison insisté sur la nécessité de l'existence d'un litige sérieux quant à la propriété d'un bien, abstraction faite de ce que les parties sont engagées ou non dans un procès relevant des juges du fond. Quelques lignes plus loin, le même juge retient que cette première condition est donnée en l'espèce au seul motif que les juges du fond sont saisis d'une demande en restitution de la totalité des actions détenues par la A.) .

Il s'agit-là de toute évidence d'une contradiction dans les motifs. Le juge des référés doit se borner à examiner si le litige concernant la propriété des actions d'E.) est sérieux ou non. Au vu des développements qui précèdent, une réponse négative s'impose. En s'appropriant les actions, la banque a agi conformément aux stipulations contractuelles et en concordance avec la loi. D.) ne se prévaut pas même d'une apparence de droit (de propriété) sur les actions litigieuses. On ne se trouve par conséquent pas en présence d'un différend sérieux concernant la propriété ou la possession des actions. La première condition énumérée par le juge

(différend sérieux quant à la propriété des actions) n'est pas remplie de sorte qu'il y a lieu à réformation.

L'appelante sollicite une indemnité de procédure pour la première instance. Cette demande est à rejeter, la condition d'iniquité posée par la loi n'étant pas remplie.

D.) demande à son tour une indemnité de même nature pour l'instance d'appel. Cette demande est aussi à rejeter au vu du sort qui sera réservé à l'appel.

L'exécution provisoire d'une décision de référé (1^{ère} et 2^e instance) est de droit.

L'intimée **F.)** ne s'est pas présentée pour conclure. Comme la remise de l'acte d'appel fut faite à personne, le présent arrêt sera contradictoire à son égard.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit fondé,

réformant,

dit la demande en nomination d'un séquestre irrecevable,

décharge Maître Jacques Wolter de la mission lui confiée par le premier juge,

rejette les deux demandes basées sur l'article 240 du NCPC,

déclare l'arrêt commun aux intimées sub 2) et 3),

condamne **D.)** aux frais et dépens des deux instances.