

Arrêt référé

**Audience publique du 3 novembre deux mille dix**

Numéro 35824 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 L)** (en liquidation prononcée par jugement rendu le 12 décembre 2008 par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg), représentée par son liquidateur, Maître Yvette HAMILIUS, avocat à la Cour, demeurant à L-2229 Luxembourg, 2, rue du Nord,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 4 février 2010,

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**1. G), dit M),**

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 4 février 2010,

comparant par Maître André LUTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

**2. la société anonyme X),**

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 4 février 2010,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

**3. la société anonyme Banque B),**

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 4 février 2010,

n'ayant pas constitué avocat.

---

**LA COUR DAPPEL :**

Estimant avoir été trompé, en juillet 2007, lors d'un montage financier qui lui a procuré un crédit de 9.000.000.- EUR de la part de la société anonyme L) S.A., actuellement en liquidation, G) a assigné 1. la société anonyme L) S.A., en liquidation, 2. la société anonyme X) S.A. et 3. la société anonyme Banque B) S.A. devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour :

« Au cas où la réalisation des gages n'aurait pas encore été effectuée à la date de l'ordonnance à intervenir,

voir interdire à L), sinon lui voir ordonner la suspension de la réalisation des gages portant sur les droits issus des polices d'assurance-vie numérotées POL 00344 et POL 00345, ainsi que sur les fonds en compte, appartenant au requérant et tombant dans le champ d'application du gage général sur tous les avoirs en compte tels que définis au contrat de gage signé le 17 juillet 2007 entre le requérant et L),

Au cas où la réalisation des gages aurait été effectuée à la date de l'ordonnance à intervenir,

principalement, voir priver de ses effets l'acte unilatéral de réalisation des gages, partant, priver de ses effets toute attribution des fonds en compte, appartenant au requérant et tombant dans le champ d'application du gage général sur tous les avoirs en compte tels que définis au contrat de gage signé le 17 juillet 2007 entre le requérant et L), ainsi que toute attribution des droits gagés issus des polices d'assurance-vie numérotées POL 00344, POL 00345,

subsidiairement, si le juge estimait ne pas avoir le pouvoir d'ordonner la mesure ci-dessus, voir nommer, en application de l'article 1961 du code civil, un séquestre de tous les avoirs en compte, appartenant au requérant et tombant dans le champ d'application du gage général sur tous les avoirs en compte tels que définis au contrat de gage signé le 17 juillet 2007 entre le requérant et L), ainsi que tous les titres adossés aux polices d'assurance-vie numérotées POL 00344, POL 00345 et POL 00377 et déposés auprès de Banque B),

plus subsidiairement, au cas où les titres adossés aux polices d'assurance-vie numérotées POL 00344, POL 00345 et POL 00377 auraient déjà été vendus et où les avoirs en compte, appartenant au requérant et tombant dans le champ d'application du gage général sur tous les avoirs en compte tels que définis au contrat de gage signé le 17 juillet 2007 entre le requérant et L), auraient déjà fait l'objet d'une appropriation par L), nommer, en application de l'article 1961 du code civil, un séquestre des sommes en provenance de cette vente et ayant fait l'objet de cette appropriation ».

En toute hypothèse, le requérant demandait à voir interdire à L) toute compensation entre les avoirs en compte appartenant au requérant et tombant dans le champ d'application du gage général sur tous les avoirs en compte tels que définis au contrat de gage signé le 17 juillet 2007 entre le requérant et L), et la dette de prêt, ainsi que le produit d'une éventuelle réalisation des titres adossés aux polices d'assurances-vie numérotées POL 00344, POL 00345 et POL 00377 et la dette du prêt.

En cours d'instance, G) a demandé au juge saisi de suspendre l'acte unilatéral de réalisation des gages et d'assortir cette mesure d'un terme de trois mois à compter de la date de l'ordonnance à intervenir, délai devant lui permettre de saisir une juridiction du fond.

Par son ordonnance du 4 décembre 2009, le juge des référés a accueilli la demande sur base de l'article 932 alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile et il a ordonné la suspension des effets de l'acte de réalisation des gages, partant la suspension des effets de toute attribution des fonds en compte appartenant à G) et tombant dans le champ d'application du gage général sur tous les avoirs en compte tels que définis au contrat de gage signé le 17 juillet 2007 entre G) et la société anonyme L) S.A., ainsi que la suspension des effets de toute attribution des droits gagés issus des polices d'assurance-vie numérotées POL 00344 et POL 00345, jusqu'à ce qu'une décision définitive soit intervenue sur le fond de l'affaire ou jusqu'à ce qu'un accord amiable soit intervenu entre G) et la société anonyme L) S.A., en liquidation. Il a dit que cette mesure de suspension cessera ses effets, faute par G) d'avoir introduit une action devant une juridiction du fond dans le délai de trois mois à partir de la signification de

l'ordonnance. Il a par ailleurs rejeté la demande de G) tendant à interdire à la société anonyme L) S.A., en liquidation, toute compensation entre les avoirs en compte ou le produit de la réalisation des titres adossés aux polices d'assurance-vie et la dette de prêt. Il a finalement rejeté les demandes de la société anonyme L) S.A., en liquidation, et de la société anonyme X) S.A. basées sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile, a condamné la société anonyme L) S.A., en liquidation, à payer à G) une indemnité de procédure de 3.000.- EUR et a déclaré son ordonnance commune à la société anonyme X) S.A. et à la société anonyme Banque B) S.A..

De cette décision qui a été signifiée le 21 janvier 2010, la société anonyme L) S.A., en liquidation, a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier du 4 février 2010.

Elle conclut à la réformation de l'ordonnance entreprise et sollicite que les demandes soient déclarées irrecevables, sinon non fondées. Elle conclut également à la réformation concernant l'indemnité de procédure et réclame une indemnité de 10.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile.

A l'appui de son appel, la société anonyme L) S.A., en liquidation, rappelle les faits tels qu'ils ont été exposés en première instance. Elle reproche au juge de première instance de ne pas avoir correctement interprété les dispositions de la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière (« Directive Collatéral ») et la loi luxembourgeoise du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (« Loi de 2005 »), d'avoir à tort considéré que les conditions de l'article 932, alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile étaient remplies, d'avoir ordonné des mesures contradictoires, de ne pas avoir respecté les règles relatives à la liquidation et de ne pas avoir pris en compte le moyen d'irrecevabilité soulevé par la Banque en ce qui concerne la police d'assurance n° POL 00344 souscrite par feu Madame G).

En ce qui concerne la Directive Collatéral et la Loi de 2005 qui l'a transposée, l'appelante estime que le juge de première instance a mal interprété les considérants 17 et 19 de la Directive dont le but serait de garantir une exécution rapide des gages. Il fait aussi valoir que le texte de l'article 20 (4) donne clairement à la loi un caractère de loi de police et le but de la loi serait de rendre le contrat de garantie financière inattaquable.

Elle estime que l'urgence a disparu puisque les gages auraient été réalisés et que le différend invoqué ne serait pas un différend sérieux.

Elle conclut encore que les mesures ordonnées en première instance seraient contradictoires et dépasseraient le pouvoir du juge des référés. En effet, ordonner la suspension des effets de l'acte de réalisation des gages tout en autorisant la compensation entre les avoirs en compte ou le produit de la réalisation des titres adossés aux polices d'assurance-vie et la dette du prêt serait une contradiction. Les gages auraient été réalisés le 30 juillet 2009 par la demande de rachat et l'appropriation, sinon la compensation des avoirs que l'Emprunteur détenait en compte auprès de la Banque.

Elle fait encore valoir que les demandes de l'intimé tendant à remettre en cause le contrat de prêt ou de gage à l'encontre de la Banque serait à déclarer irrecevable dans la mesure où celui-ci ne pourrait agir que par voie de déclaration de créance.

L'intimé G) demande la confirmation en tous points de l'ordonnance de première instance. Il reprend toutefois l'intégralité de ses revendications de première instance, à la fois au cas où la réalisation des gages n'aurait pas encore conduit à un transfert de fonds et de titres à l'appelante, et, au cas où la réalisation des gages aurait déjà conduit à un tel transfert. Pour le cas où la Cour estimait ne pas avoir le pouvoir d'ordonner une mesure de suspension, il demande, en application de l'article 1961 du Code civil, la nomination d'un séquestre de tous les avoirs en compte, appartenant à l'intimé et tombant dans le champ d'application du gage général sur tous les avoirs en compte tels que définis au contrat de gage signé le 17 juillet 2007 ainsi que de tous les titres adossés aux polices d'assurance-vie POL 00344 et POL 00345 et déposées auprès de la Banque B) S.A., cette mesure devant produire effet jusqu'à ce qu'une décision soit intervenue sur le fond de l'affaire ou jusqu'à ce qu'un accord amiable soit intervenu entre l'intimé et L).

Plus subsidiairement, au cas, où la Cour devait considérer que la Banque avait valablement exercé une demande de règlement, et non pas de réalisation du gage, pour la police d'assurance-vie POL 00344 souscrite par Madame G), il demande la même mesure de suspension, sinon de séquestre que celles demandées dans la cadre des demandes de réalisation du gage.

Il demande en toute hypothèse, d'assortir la mesure ordonnée d'une astreinte de 250.000.- EUR pour chaque contravention à la mesure ordonnée et il réclame une indemnité de procédure de 10.000.- EUR.

A l'appui de son argumentaire, G) reprend les faits qui entourent ce montage financier dont il prétend, depuis la liquidation de la Banque, qu'il s'agit d'une escroquerie sur le plan pénal et d'un dol, sinon d'une faute génératrice de responsabilité dans le chef de la Banque sur le plan civil.

En ce qui concerne le gage, il estime que la clause de réalisation des gages, figurant dans le contrat de prêt est manifestement illicite comme contrevenant à l'article 1er de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur. En effet, la Banque ne pourrait non seulement fixer comme elle l'entend la méthode de calcul du taux de couverture, mais également fixer à sa guise la valeur de tous les biens nantis, c'est-à-dire de l'ensemble des biens donnés en garantie de la dette, donc y compris l'immeuble.

Il conclut aussi à l'absence de validité des gages sur assurance-vie, pris en eux-mêmes. Ils n'auraient pas été faits par avenant et les demandes de souscription n'indiqueraient pas les contrats d'assurance-vie afférents de sorte qu'elles ne pourraient faire l'objet d'un gage.

En ce qui concerne la prétendue incompétence du juge des référés pour bloquer une procédure d'exécution de gage, il estime que la Loi de 2005 n'interdit pas au juge des référés d'exercer son contrôle puisqu'elle serait silencieuse sur ce point. Les contrats de garantie financière resteraient parfaitement attaquables puisque annulables pour vice de consentement, défaut d'objet, de capacité ou de cause, de même que pour être contraires à une règle d'ordre public.

En ce qui concerne la méconnaissance des règles relatives à la faillite, l'intimé fait valoir qu'une hypothétique irrecevabilité à prononcer par le juge du fond n'empêche pas de prononcer une mesure provisoire en attendant le jugement au fond.

Pour ce qui est des mesures relatives à la police d'assurance souscrite par Madame G), l'intimé conteste qu'il y ait eu une demande de règlement. Il estime par ailleurs être en droit de formuler une demande en référé relative à cette police souscrite par feu son épouse.

Il justifie l'urgence par le fait que la situation ne paraîtrait pas encore irréversible puisque, apparemment, L) n'aurait pas reçu la moindre somme d'argent, ni reçu le moindre titre. Or, la réalisation des gages aurait une incidence néfaste sur la situation de l'intimé puisque la valorisation extrêmement basse des obligations islandaises aboutirait à imputer sur la dette de l'intimé des paiements correspondants très faibles. En revanche, la conservation provisoire des titres en dehors du patrimoine de la Banque permettrait à l'intimé, au cas où la réalisation des gages serait déclarée définitivement nulle ou sans effet, d'améliorer fort probablement sa situation puisqu'il serait très plausible que la valorisation des obligations islandaises s'améliorerait à l'avenir.

Il justifie la deuxième condition de l'article 932, alinéa 1 du Nouveau Code de Procédure civile, à savoir l'existence d'un différend, en reprenant et en étoffant la liste des doléances qu'il fait valoir à l'égard de la Banque en ce qui concerne la détermination du montant de la dette invoquée à l'appui de la réalisation du gage, la validité de l'ensemble contractuel proposé par la banque, la validité des contrats de gage sur les polices d'assurance-vie, la détermination des facteurs de pondération retenus par la banque pour évaluer la valeur des actifs donnés en garantie, la responsabilité de la banque dans l'acquisition des titres L) et K) à une époque où ces deux banques se trouvaient dans de grandes difficultés financières, la responsabilité de la banque dans l'acquisition de ces titres à l'encontre de la stratégie d'investissement approuvée par le requérant, le caractère incohérent du montage, le caractère viscéralement déséquilibré du montage et la validité de la stipulation d'intérêt .

Il reprend ensuite les conditions du référé sauvegarde. L'imminence du dommage proviendrait des raisons développées au titre de l'urgence et le trouble manifestement illicite résulterait de l'atteinte portée par la Banque au droit de propriété du constituant du gage à travers un acte unilatéral de volonté illicite.

#### La situation factuelle actuelle

Il faut rappeler qu'en matière de référé, la Cour se doit de statuer conformément à la situation telle qu'elle se présente au moment où elle rend sa décision.

Le juge de première instance a exposé le montage financier conclu entre parties et la Cour s'y réfère dans la mesure où il est utile pour la compréhension du litige.

En ce qui concerne les garanties financières, il résulte des pièces versées que, par un courrier du 8 juillet 2009, le liquidateur de L) a demandé à l'intimé le remboursement immédiat du crédit dans un délai de 10 jours. Par un courrier de son mandataire du 17 juillet 2009, G) a mis en demeure le liquidateur de ne pas exécuter les gages.

Par un courrier du 30 juillet 2009, le liquidateur a demandé à X) S.A. le remboursement de toutes les pensions données en gage.

Le liquidateur affirme également avoir procédé à l'appropriation et, pour les espèces, à la compensation des avoirs que G) détenait en compte auprès de la Banque. Il estime que la demande de rachat vaut réalisation des gages.

La Cour ne peut pas accrédi-ter le bien-fondé de cette théorie au fond mais, puisque l'exécution des garanties financières de l'espèce est un acte unilatéral à effet momentané, il n'apparaît pas nécessaire, selon un examen sommaire, qu'un quelconque autre acte n'intervienne. Cette situation de fait a également été considérée comme acquise par le demandeur en première instance, et pour ce motif il a demandé de priver l'acte unilatéral de réalisation des gages de ses effets. De même, l'ordonnance entreprise précise-t-elle que les gages ont été réalisés.

Ainsi, les mesures de suspension demandées et ordonnées en première instance reviennent-elles en somme à une remise en cause des écritures comptables réalisées sur les comptes de G) auprès de L) en liquidation, les compensations déjà effectuées perdant leur effet.

#### Les conditions d'application de l'article 932 du Nouveau Code de Procédure civile

En ce qui concerne l'article 932 alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile, le juge de première instance a énoncé correctement les principes, à savoir l'existence d'un différend et l'urgence, mais il convient d'ajouter que, même en présence d'un différend sérieux et dans une situation urgente, l'intervention du juge des référés peut ne pas se justifier après la mise en balance des intérêts respectifs.

Si en première instance, G) a surtout insisté sur le caractère prétendument frauduleux ou trompeur du montage financier en général, il a rajouté en instance d'appel des moyens tendant à démontrer la nullité des garanties financières, moyens que la partie appelante réfute et que le juge des référés ne peut pas examiner au fond mais qui font apparaître qu'il existe un différend sérieux entre parties.

En ce qui concerne l'urgence, il convient de se demander si les mesures de suspension d'effet et de nomination de séquestre peuvent être qualifiées de mesures provisoires urgentes dans la situation de l'espèce où, a priori, les gages ont été réalisés, dès lors que ces opérations d'exécution des gages peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité de la part du lésé.

A ce propos, la Directive Collatéral confirme dans son considérant 17 la possibilité pour les Etats membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle *a posteriori* en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes. Or, un tel contrôle *a posteriori*, dans le



cadre d'une action en responsabilité, reste parfaitement réalisable sans l'intervention du juge des référés au stade actuel de la procédure.

Mais il convient aussi et surtout d'examiner l'opportunité de la mesure par rapport à son caractère conservatoire et notamment par rapport à l'article 20 (4) de la loi du 16 août 2005 sur les garanties financières qui dispose qu' « à l'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III, Titre XVII du Code Civil, du Livre 1er Titre VIII et du Livre III du Code de commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière et aux contrats de compensation et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession ».

Lors du dépôt de la loi, le Gouvernement a clairement marqué son intention de donner à cet article le caractère d'une loi de police et le texte a l'ambition de mettre les contrats de prises de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité (voir l'exposé des motifs TP 5251 p. 20 sous article 20).

Certes, l'article en question n'interdit pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes. Mais ce juge ne saurait toutefois prendre, comme en l'espèce, des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser une partie des procédures de liquidation et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuit, nonobstant d'ailleurs toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la même loi.

Or, si l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà enregistrées.

Il s'ensuit que l'ordonnance de première instance est à réformer et que les mesures demandées sont irrecevables sur base de l'article 932, alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile.

Les conditions d'application de l'article 933 du Nouveau Code de Procédure civile

En ce qui concerne l'article 933, alinéa 1er du même Code, les mêmes considérations valent à propos des mesures prétendument conservatoires demandées. En effet, si le montage litigieux et les garanties financières données peuvent faire l'objet d'un contrôle a posteriori, de sorte que si la Banque en liquidation a engagé sa responsabilité, et qu'il y a lieu à indemnisation, il n'y a pourtant pas lieu de remettre en cause, en référé, la réalisation des garanties financières en édictant des mesures dites de suspension d'effet. Pareillement, la nomination d'un séquestre de tous les avoirs en compte, appartenant à l'intimé et tombant dans le champ d'application du gage général sur tous les avoirs en compte tels que définis au contrat de gage signé le 17 juillet 2007 ainsi que de tous les titres adossés aux polices d'assurance-vie POL 00344 et POL 00345 et déposées auprès de la Banque B) S.A. n'est pas une mesure conservatoire qui s'impose en l'occurrence puisque le liquidateur de la Banque devra manifestement prévoir des réserves pour le cas où la responsabilité de la Banque serait retenue au fond.

Dès lors, les mesures demandées sont également irrecevables sur base de l'article 933, alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile.

#### Les indemnités sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile

L'intimé qui succombe dans ses prétentions n'a pas droit à une indemnité de procédure tandis que la partie appelante n'a pas démontré qu'il serait inéquitable de laisser les frais qui ne peuvent être répétés à sa charge.

Il y a en conséquence lieu de débouter les parties de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile.

#### **PAR CES MOTIFS :**

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

dit recevable et fondé l'appel de la société anonyme L) S.A., en liquidation ;

réformant,

déclare irrecevable les demandes de G) ;

déboute les parties de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile ;

condamne G) aux frais et dépens des deux instances.