

Arrêt référé

**Audience publique du 9 février deux mille onze**

Numéro 36366 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),**

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg en date du 30 juillet 2010,

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

**1. la société anonyme de droit belge B),**

**2. la société anonyme S),**

**3. la société anonyme de droit belge V),**

intimées aux fins du susdit exploit FUNK du 30 juillet 2010,

comparant par Maître François COLLOT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

#### **4. la société anonyme BANQUE X),**

intimée aux fins du susdit exploit FUNK du 30 juillet 2010,

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

### **LA COUR DAPPEL :**

Statuant sur la demande formée par la société anonyme de droit belge B) (ci-après « B) »), la société anonyme de droit luxembourgeois S) (ci-après « S) ») et la société anonyme de droit belge V) (ci-après « V) ») sur base, principalement de l'article 933 alinéa 1er et, subsidiairement, de l'article 932 alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par une ordonnance du 7 juillet 2010, a fait défense à la société anonyme BANQUE X) (ci-après « BANQUE X) ») de procéder, de quelque façon que ce soit, à l'exécution des lettres de garanties n° 231001543 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.483.889,03.- EUR, n° 651001507 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.333.781,58.- EUR, n° 661001525 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.778.382,27.- EUR, n° 711001745 du 14 octobre 2008 d'un montant de 458.896,36.- EUR, aussi longtemps qu'une décision au fond, coulée en force de chose jugée, n'aurait pas été rendue entre parties sous peine d'une astreinte de 5.054.949,24.- EUR par infraction constatée.

Par la même ordonnance, il a déclaré irrecevable la demande incidente de la société anonyme de droit luxembourgeois A) S.A. (ci-après « A) ») tendant à la condamnation de BANQUE X) au paiement des montants réclamés sur base de l'appel en garantie du 14 juin 2010.

De cette décision, qui n'a pas été signifiée, A) a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 30 juillet 2010.

Elle demande la réformation de l'ordonnance attaquée et elle réclame une indemnité de 5.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile.

Elle conclut notamment à l'irrecevabilité, sinon au débouté des demandes formulées par B), S) et V) tendant à faire défense à BANQUE X) de procéder au paiement des garanties et demande d'être déchargée de toute condamnation prononcée à son encontre. Elle réclame par ailleurs de la part de la Banque le paiement des montants des appels en garantie du 14 juin 2010.

Les parties intimées B), S) et V) demandent la confirmation de l'ordonnance attaquée et concluent au débouté en ce qui concerne l'indemnité de procédure.

BANQUE X) renvoie à un jugement au fond rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, le 16 décembre 2010, entre les mêmes parties et concernant les mêmes demandes, ce jugement ayant condamné BANQUE X) au paiement du montant de 5.054.949,24 EUR avec les intérêts légaux à partir du 14 juin 2010. Elle demande à la Cour de clarifier si oui ou non la défense de payer décidée par le juge des référés en première instance est maintenue ou si BANQUE X) doit payer en vertu du jugement commercial au fond. En tout état de cause, l'astreinte ne se justifierait pas.

A) estime qu'elle conserve un intérêt à obtenir la réformation de l'ordonnance entreprise puisque celle-ci a fait défense à BANQUE X) de payer aussi longtemps qu'une décision au fond, coulée en force de chose jugée n'aura pas été rendue entre parties. Or le jugement commercial spécifie qu'il n'est provisoirement exécutoire que sous condition de fournir caution ou de justifier de solvabilité suffisante et il a par ailleurs été frappé d'appel en date du 7 janvier 2011.

Les parties intimées continuent de s'opposer au paiement des garanties malgré la décision au fond, en se référant à la décision de référé en première instance et à leur appel contre le jugement commercial.

Si en règle générale, le juge des référés a encore pouvoir pour statuer au provisoire quand le tribunal d'arrondissement est dessaisi de la contestation au fond et que cette contestation est pendante devant la Cour d'appel, sauf à lui d'apprécier si la mesure sollicitée est urgente, provisoire et ne peut causer de préjudice au principal, il n'en est cependant plus ainsi et le juge des référés cesse d'avoir pouvoir pour ordonner une mesure provisoire même urgente, lorsque la demande qui est soumise au magistrat des référés a le même objet, que la demande sur laquelle est intervenue la décision rendue par le tribunal d'arrondissement et déférée à la Cour d'appel par suite de l'exercice de la voie de recours de l'appel (voir Cour d'appel 5 juillet 1989, P 27, 329).

En l'espèce le référé et le fond ont exactement le même objet, à savoir l'exécution ou non des garanties à première demande. Dès lors, suite à la décision au fond du 16 décembre 2010, la juridiction de référé n'a plus pouvoir pour statuer et la Cour, statuant en matière de référé, ne peut plus examiner le mérite de l'appel introduit contre l'ordonnance du 7 juillet 2010.

Etant donné par ailleurs que la juridiction de référé n'est qu'une émanation du tribunal destinée à prendre des mesures provisoires, sa décision provisoire doit céder devant la décision au fond. Aussi, la disposition de l'ordonnance de première instance suivant laquelle elle survit jusqu'à une décision au fond coulée en force de chose jugée ne trouve-t-elle plus à s'appliquer.

Au vu des éléments de la cause, l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile n'est pas donnée et l'appelante est à débouter de sa demande afférente.

Par ailleurs, aucune des parties principales n'ayant finalement obtenu satisfaction en référé, il y a lieu à partage des frais.

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

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

reçoit l'appel en la forme ;

dit que depuis le jugement commercial du 16 décembre 2010, la juridiction de référé est sans pouvoir pour statuer sur le litige lui soumis, la décision de première instance ne trouvant plus à s'appliquer ;

déboute l'appelante de sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile;

fait masse des dépens des deux instances et les impose pour moitié à la partie appelante et aux parties intimées.