

Audience publique du treize octobre deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2021-00415 du rôle.

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de chambre;
Nadine WALCH, conseiller;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme SOC1.) CAPITAL MANAGEMENT, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Marine HAAGEN, en remplacement de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch/Alzette en date du 13 avril 2021,

comparant par Maître Denis PHILIPPE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société à responsabilité limitée SOC2.) DEBT HOLDINGS, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son gérant actuellement en fonction,

2. la société à responsabilité limitée SOC3.) CAPITAL MANAGEMENT, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous

le numéro B (...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonction, actuellement sans siège connu,

parties intimées aux fins du susdit exploit HAAGEN du 13 avril 2021,

comparant par la société à commandite simple ALLEN & OVERY, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33, avenue J.F. Kennedy, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Patrick CUIGNET, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Pierre SCHLEIMER, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance rendue contradictoirement en date du 19 mars 2021, un premier juge du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Monsieur le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, a reçu les demandes de la société anonyme **SOC1.) CAPITAL MANAGEMENT** (ci-après la société **SOC1.))** en la forme, les a déclarées irrecevables sur toutes les bases légales invoquées, a condamné la société **SOC1.)** à payer aux parties défenderesses, la société à responsabilité limitée **SOC2.) DEBT HOLDINGS** (ci-après la société **SOC2.))** et la société à responsabilité limitée **SOC3.) CAPITAL MANAGEMENT** (ci-après la société **SOC3.))**, une indemnité de procédure de 1.000,-euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, a laissé les frais à charge de la partie demanderesse et a finalement ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance, nonobstant appel et sans caution.

Par exploit d'huissier du 13 avril 2021, la société **SOC1.)** a relevé appel de l'ordonnance du 19 mars 2021 lui signifiée en date du 30 mars 2021.

Aux termes de son acte d'appel, la société **SOC1.)** demande à voir réformer et mettre à néant l'ordonnance entreprise en ce que le juge des référés aurait à tort déclaré irrecevable sur toutes les bases légales invoquées ses demandes et l'aurait condamnée au paiement d'une indemnité de procédure. Elle demande dès lors de statuer conformément au dispositif de son assignation du 4 janvier 2021.

En s'appuyant principalement sur l'article 932 alinéa 1^{er} et subsidiairement sur l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile, elle demande à voir

- prononcer une interdiction, sous peine d'une astreinte journalière d'un montant de 1.500,- euros à l'égard de la partie **SOC2.**), de procéder, par elle-même ou par un tiers, mandataire ou non, à de nouvelles publications au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg concernant la société **SOC3.**) jusqu'à l'aboutissement de la procédure de conciliation des parties à Paris, sinon par une décision exécutoire sur le fond du litige né entre les parties concernant la propriété litigieuse des parts sociales,
- prononcer la nomination d'un séquestre judiciaire avec la mission plus amplement spécifiée au dispositif de l'acte d'appel,
- déclarer que la nomination prononcée restera en fonction jusqu'à l'aboutissement de la procédure de conciliation entre les parties à Paris, sinon par une décision exécutoire sur le fond du litige né entre les parties concernant la propriété litigieuse des parts sociales .

A titre encore plus subsidiaire, elle demande sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile, la prononciation d'une interdiction sous peine d'astreinte journalière de 1.500,- euros de procéder à la cession des parts sociales de la société **SOC3.**), la suspension des droits de vote attachés aux 12.000 parts sociales de la société **SOC3.**) ou la suspension de tout vote aux assemblées générales de la société **SOC3.**) ou sur certains points à l'ordre du jour desdites assemblées générales, dont notamment, mais pas exclusivement, la modification du conseil de gérance de la société **SOC3.**), afin de voir préserver les droits de la société **SOC1.**), jusqu'à l'aboutissement de la procédure de conciliation des parties à Paris, sinon par une décision exécutoire sur le fond du litige né entre les parties concernant la propriété litigieuse des parts sociales.

En tout état de cause, elle demande de déclarer l'arrêt à intervenir commun à la société **SOC3.**).

Finalement, elle demande la condamnation des parties intimées au paiement d'une indemnité de procédure de 7.000, - euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

Faits constants

La société **SOC1.**) est l'actionnaire unique de la société **SOC3.**).

En date du 29 août 2019, la société **SOC3.**) a signé, comme emprunteur, un contrat de prêt dénommé *Facility Agreement* pour un montant de 33,5 millions USD avec la société **SOC2.**) intervenant en qualité de prêteur et d'agent de sûretés.

La société **SOC1.)** et la société **SOC4.)** sont intervenues dans ce contrat comme parties garantes de l'engagement pris par la société **SOC3.)**.

Par un contrat de droit luxembourgeois conclu le même jour intitulé *Share Pledge Agreement*, la société **SOC1.)** a octroyé à la société **SOC2.)** un gage de premier rang soumis à la loi modifiée du 5 août 2005 relative aux contrats de garantie financière sur les 12.000 parts sociales par elle détenues dans la société **SOC3.)**, ceci afin de garantir le paiement total, l'exécution et la décharge des *Secured Liabilities* définies dans le *Facility Agreement*.

La société **SOC2.)** a adressé à la société **SOC1.)** notamment en date des 4 novembre et 4 décembre 2020 des *Notices of Default* dans lesquelles elle fait état de la survenance d'*Events of Default*.

Le 14 décembre 2020, la société **SOC2.)** a exigé le paiement immédiat du montant de 37.187.783 USD à titre de remboursement du *Facility Agreement* et a procédé aussitôt à la réalisation du gage en s'appropriant les parts sociales nanties, prenant ainsi le contrôle de la société **SOC3.)**.

Position des parties

1. La société **SOC1.)**

Quant à la recevabilité de la demande en nomination d'un séquestre judiciaire, la société **SOC1.)** fait plaider que cette demande ne serait qu'une modalité de sa demande en interdiction de procéder à de nouvelles publications au registre du commerce et des sociétés. Elle est d'avis qu'au regard de l'identité de cause des deux demandes, la demande en nomination d'un séquestre judiciaire serait recevable.

Il en serait de même de ses demandes plus subsidiaires tendant à voir prononcer l'interdiction de procéder à la cession des parts sociales et la suspension des droits de votes attachés aux parts sociales de la société **SOC3.)**.

La société **SOC1.)** fait ensuite observer que le gage aurait été réalisé de façon manifestement abusive par la société **SOC2.)**, en l'absence de survenance des *Events of Default* définis à l'article 23 du *Facility Agreement*.

A cet égard, elle rappelle que tous les paiements libératoires des mensualités du *Facility Agreement* auraient été réglés par la société **SOC3.)** selon les termes et délai convenus d'un commun accord avec la société **SOC2.)**.

Devant le contexte difficile de la crise sanitaire mondiale affectant particulièrement la branche hôtelière, des échéances auraient été aménagées par accord entre parties.

Si le transfert de l'hôtel de **LIEU1.)** avait pris un retard en raison de la situation sanitaire, les parties auraient encore trouvé un accord de reporter l'échéance, le transfert ayant été finalisé fin juillet 2020.

Le prêt contracté par la filiale israélienne de la société **SOC3.)** aurait été garanti par l'Etat d'Israël, de sorte que la société **SOC2.)** n'aurait pas pu considérer que cet emprunt ferait peser sur elle un risque financier considérable.

Par ailleurs, lors de discussions entre parties sur ledit prêt, la société **SOC2.)** ne s'y serait opposée à aucun moment.

Eu égard aux échanges constructifs entre parties sur des retards engendrés par une situation tout à fait particulière, rien n'aurait laissé présager le changement d'attitude de la société **SOC2.)** en novembre 2020.

Le comportement abusif de la société **SOC2.)** dans l'exercice de ses droits d'appropriation des parts sociales nanties résulterait encore de la publication d'un article de presse le 16 décembre 2020 dans lequel la société **SOC2.)** aurait de manière téméraire et abusive déclaré avoir acquis l'Hôtel **HÔTEL1.)** à **LIEU2.)**.

La partie appelante renvoie encore à son courriel de contestations du 21 décembre 2020, aux termes duquel elle aurait notamment invoqué la nullité du *Facility Agreement* et en conséquence, celle du *Share Pledge Agreement* ainsi que la contrariété du transfert des parts sociales opérant le transfert de droits sur une terre israélienne à une entité étrangère avec la législation israélienne pour ensuite faire interdiction à la société **SOC2.)** de faire un nouveau dépôt au registre de commerce et des sociétés.

La société **SOC1.)** réitère ensuite le moyen tiré de la nullité du *Facility Agreement* et du *Share Pledge Agreement* pour violation de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier alors que celle-ci réserve l'activité d'octroi de crédit à titre de profession habituelle à certaines entités disposant d'un agrément bancaire et que la société **SOC2.)** n'en disposerait pas.

Du fait de la nullité du *Share Pledge Agreement*, l'appropriation par la société **SOC2.)** des parts sociales nanties serait illégale et la société **SOC1.)** en serait toujours le propriétaire.

Ce serait, par ailleurs, à tort que le premier juge n'aurait pas pris position sur cette question en se contentant de retenir qu'il n'appartiendrait pas au juge des référés de remettre en cause l'exécution des contrats de garantie financière par des mesures affectant les opérations déjà exécutées.

Elle invoque encore la contrariété du *Facility Agreement* à la législation israélienne qui impose, à peine de nullité, que les transferts de droits sur une terre israélienne à une entité étrangère soient soumis à l'approbation du président de l'Autorité foncière israélienne. Dans la mesure où cette approbation ferait défaut en l'espèce, il existerait à l'heure actuelle un risque de confiscation voire d'expropriation de l'actif de la société **SOC3.**), qui consiste en la propriété de l'hôtel **HÔTEL1.)** à **LIEU2.)**.

Finalement, elle soutient que la situation financière de la société **SOC2.)** serait inquiétante, ce qui laisserait craindre que l'actif de la société **SOC1.)** donné en gage se retrouverait d'ici peu dans la manne des créanciers de la société **SOC2.)**.

Au vu des considérations qui précèdent et notamment du risque de perte pure et simple de l'hôtel pré-mentionné à la suite de son expropriation ou de sa saisie par l'Etat israélien et encore de l'état d'insolvabilité latente de la société **SOC2.)**, la partie appelante conclut à titre principal à une situation d'urgence telle que prévue par l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile et demande à voire protéger son capital et ses biens, et notamment l'hôtel en question, jusqu'à ce qu'une décision définitive au fond statue sur la propriété des parts sociales en interdisant, par réformation de l'ordonnance entreprise, à la société **SOC2.)** de faire des publications au registre de commerce et des sociétés concernant la société **SOC3.)** et de nommer un séquestre judiciaire.

La société **SOC1.)** reprend ensuite les conditions du référé sauvegarde. Le trouble manifestement illicite résulterait de l'atteinte portée par la société **SOC2.)** au droit de propriété du constituant du gage à travers un acte d'appropriation illicite et l'imminence du dommage proviendrait des raisons développées au titre de l'urgence.

Par réformation de l'ordonnance entreprise, elle demande de faire droit à ses demandes purement conservatoires afin de préserver son capital et ses biens.

2. La position des sociétés **SOC2.)** et **SOC3.)**

Les sociétés **SOC2.)** et **SOC3.)** contestent la version des faits présentée par la société **SOC1.)**.

Elles soutiennent que la réalisation du gage des parts sociales nanties se serait faite en toute légalité et conformément à l'article 8 du *Share Pledge Agreement* qui décrit les conditions et les modalités de réalisation du gage.

L'article précité prévoirait notamment l'exécution du gage immédiatement et à la discrétion absolue de la société **SOC2.**).

Contrairement aux affirmations de la société **SOC1.**), les premiers manquements contractuels de la société **SOC3.**) se seraient révélés en date du 22 mars 2020 lorsque cette dernière aurait demandé à la société **SOC2.**) l'autorisation de suspendre le paiement des intérêts au vu des difficultés financières auxquelles elle était, à ce moment, confrontée.

D'autres évènements documentés par les échanges de courriers entre parties se seraient produits le 2 avril 2020, le 19 mai 2020, le 18 juin 2020, le 21 juin 2020, le 4 novembre 2020 et le 4 décembre 2020.

Il résulterait, par ailleurs, des échanges de courriers en question que la société **SOC3.**) admettait certains *Events of Default*. Il résulterait notamment de son courrier du 25 novembre 2020 que la société **SOC3.**) reconnaissait le prêt contracté avec la banque **BQUE1.**), ce qui constituerait un *Event of Default* particulièrement grave pour faire peser sur la société **SOC2.**) un risque financier considérable.

La société **SOC2.**) conteste formellement avoir été informée et avoir accepté que la société **SOC3.**) contracte ledit prêt.

Eu égard au non-respect réitéré des obligations contractuelles par la société **SOC3.**), la société **SOC2.**) n'aurait pas eu d'autre choix que de réaliser en date du 14 décembre 2020 le gage en procédant par une notification d'appropriation à la société **SOC1.**).

Les parties appelantes contestent formellement les allégations adverses que la société **SOC2.**) aurait réalisé le gage en raison de prétendues difficultés financières de la société **SOC5.**) CAPITAL MANAGEMENT (ci-après la société **SOC5.**)), actionnaire de la société **SOC2.**), de même qu'elles contredisent la prétendue violation du devoir de confidentialité ou une prétendue diffamation à l'encontre de la société **SOC3.**) à l'occasion de la publication d'un article de presse en date du 16 décembre 2020.

Le gage ayant été réalisé en conformité des dispositions de l'article 8 du *Share Pledge Agreement*, la société **SOC2.**) serait devenue l'unique propriétaire des parts sociales de la société **SOC3.**) et en conséquence, elle aurait adopté une résolution en date du 14 décembre 2020 de transférer le siège social de la société et de mettre fin au mandat du gérant unique de la société **SOC1.**).

Suite à cette résolution, la société **SOC2.**) aurait effectué un premier dépôt au registre du commerce et des sociétés en date du 15 décembre 2020.

Sur ce, la partie appelante serait intervenue en se prétendant propriétaire des parts sociales de la société **SOC3.)** par le dépôt contredisant les informations de la société **SOC2.)**.

Les parties intimées font ensuite un rappel des différentes procédures et manœuvres de la société **SOC1.)** faites dans l'unique but de faire obstruction et d'empêcher les effets de la réalisation du gage.

Ainsi, la société **SOC1.)** aurait déposé une plainte pénale en France pour une prétendue escroquerie, elle aurait entamé une procédure de conciliation en France, elle aurait dénoncé la société **SOC2.)** à la CSSF et elle aurait obtenu une ordonnance sur requête par un Vice-Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg interdisant à la société **SOC2.)** de faire des publications au registre de commerce et des sociétés jusqu'à une décision définitive par le juge des référés quant aux demandes formulées dans l'assignation en référé du 4 janvier 2019.

Or, toutes ces procédures auraient échoué.

Ainsi, le tribunal de commerce de Paris aurait en date du 17 mai 2021 mis fin à la procédure de conciliation.

Même si la partie appelante avait obtenu en date du 20 janvier 2021 une ordonnance sur requête portant interdiction à la société **SOC2.)** de procéder à toute nouvelle publication au registre du commerce et des sociétés concernant la société **SOC3.)** en attendant la décision du juge de référé dans le cadre de la première instance, l'ordonnance dont appel aurait mis fin aux effets de l'ordonnance sur requête.

En droit, les sociétés intimées soulèvent en premier lieu l'irrecevabilité des demandes de la société **SOC1.)** tendant dans le cadre de ses demandes principales à la nomination d'un séquestre judiciaire jusqu'à la fin de la procédure de conciliation ou jusqu'à obtention d'un jugement sur le fond et dans le cadre de ses demandes subsidiaires, à l'interdiction de procéder à la cession des parts sociales et à la suspension des droits de votes attachés aux parts sociales de la société **SOC3.)** pour être des demandes nouvelles formulées pour la première fois en appel et pour être différentes de par leur objet de la demande à interdire de nouvelles publications au registre de commerce et des sociétés et de procéder à l'exécution de nouvelles garanties.

Sur le fond, les intimées concluent à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Elles estiment que l'appréciation d'*Events of Default* relèverait du fond du droit, et partant de la compétence des juges du fond.

Elles considèrent que la demande basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile ne saurait être accueillie favorablement, alors qu'elle se heurterait à des contestations sérieuses.

Les sociétés intimées soutiennent que l'article 8 du *Share Pledge Agreement* a volontairement soumis la réalisation du gage à la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière et plus particulièrement à l'article 11(1) de la loi précitée en ce qu'il y a été retenu qu'en cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie, le créancier gagiste peut s'approprier les avoirs sans mise en demeure préalable.

En l'espèce, la réalisation du gage sur parts sociales se serait faite en conformité aux dispositions de la loi de 2005.

Or, suivant une jurisprudence constante, le juge des référés n'aurait pas à remettre en cause la réalisation des garanties financières qui sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle a posteriori en engageant la responsabilité des entités ayant procédé de façon illicite à l'exécution du gage.

En présence de contestations sérieuses quant aux mesures sollicitées par la société **SOC1.**), la première condition du référé-urgence ne serait pas remplie.

Elles demandent dès lors de confirmer l'ordonnance quant à ce point.

Elles soutiennent ensuite que la condition d'application de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile concernant l'urgence ne serait pas donnée non plus.

L'appréciation de la question de savoir si le changement de contrôle au sein de la société **SOC3.)** aurait dû se faire avec l'approbation de l'autorité foncière israélienne ne serait pas établi à suffisance et relèverait en tout état de cause de l'interprétation des dispositions contractuelles par rapport à la loi israélienne, partant du fond du droit.

Aussi, l'imminence du prétendu risque d'expropriation ou de saisie de l'hôtel en Israël ne serait pas rapportée par les pièces versées en cause, ce d'autant moins que depuis l'appropriation par la société **SOC2.)** des parts sociales en décembre 2020, rien ne serait produit.

En ce qui concerne le référé-voie de fait invoqué à titre subsidiaire par la société **SOC1.)**, les parties intimées soulèvent qu'un examen sommaire des dispositions contractuelles et des échanges de courriers versés en cause permettrait de constater que les droits invoqués par cette dernière seraient sérieusement contestables et que les mesures sollicitées reviendraient à remettre en cause la réalisation du gage qui s'est déjà produite.

Elles soutiennent ensuite que même à admettre qu'il n'y ait pas de contestation sérieuse, le trouble invoqué devrait être si manifeste qu'il justifie l'intervention du juge des référés.

Or, tel ne serait pas le cas en l'espèce.

Les parties intimées contestent notamment les développements de la société **SOC1.)** consistant à dire que la société **SOC2.)** aurait dû disposer d'un agrément de la part de la CSSF au moment où elle a prêté les quelques 33 millions d'USD à la société **SOC3.)**.

Au regard de l'article 28-5 de la loi modifiée du 5 avril 1993, cette obligation n'existerait pas s'il s'agit d'une opération de crédit unique ou singulière.

En l'espèce, le prêt consenti par la société **SOC2.)** dans le cadre du *Facility Agreement* aurait justement constitué une opération unique, raison pour laquelle elle aurait d'ailleurs spécialement dû procéder à une modification des statuts le 16 août 2019.

Elles concluent donc qu'aucun agrément n'aurait été requis dans le chef de la société **SOC2.)** puisque son activité ne rentrerait pas dans le champ d'application de l'article 28-4 de la loi de 1993 précitée.

Elles renvoient encore à la réponse du 4 mars 2021 de la CSSF suite à la plainte de la société **SOC1.)**, confirmant que la société **SOC2.)** n'aurait violé aucune disposition de la loi modifiée de 1993 puisqu'elle n'aurait pas eu besoin d'un agrément.

Enfin, en renvoyant aux développements antérieurs, elles sont d'avis qu'en l'espèce, l'appelante resterait en défaut d'établir l'existence d'un dommage imminent.

Comme mentionné ci-avant, ni le risque d'expropriation ou de saisie de l'hôtel **HÔTEL1.)** de **LIEU2.)** invoqué par l'appelante ni son imminence ne seraient rapportés.

Elles contestent formellement l'existence alléguée de difficultés financières dans le chef de la société **SOC2.)** respectivement de son actionnaire, la société **SOC5.)**.

Au vu de ces développements, les parties intimées demandent à voir déclarer l'appel non fondé et de confirmer l'ordonnance du 19 mars 2021.

Finalement, elles concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000,-euros.

Appréciation de la Cour

L'appel du 13 avril 2021 contre l'ordonnance du 19 mars 2021, signifié le 30 mars 2021, est recevable pour avoir été formé dans les délais et forme de la loi.

1. Quant à la recevabilité de la demande en nomination d'un séquestre judiciaire et des demandes subsidiaires tenant à l'interdiction de procéder à la cession des parts sociales et à la suspension des droits de vote attachés aux parts sociales de la société SOC3.).

L'article 592 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoit en son premier alinéa qu'il ne sera formé, en cause d'appel, aucune demande nouvelle, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Tel n'est pas le cas en l'espèce, de sorte que aussi bien la demande en nomination d'un séquestre judiciaire formulée par extension des demandes principales que l'interdiction de procéder à la cession des parts sociales et la suspension des droits de votes attachés aux parts de la société SOC3.) formulées à titre plus subsidiaire sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile sont irrecevables.

2. Quant au bien-fondé de l'appel.

Pour garantir le prêt accordé par la société SOC2.) à la société SOC3.) ,la société SOC1.) a - en sa qualité d'actionnaire unique de la société emprunteuse - consenti au prêteur, la société SOC2.), un gage sur les actions par elle détenues dans la société SOC3.).

Le gage a été soumis à la loi modifiée du 5 août 2005 relative aux contrats de garantie financière.

Après avoir notifié en date des 4 novembre 2020 et 4 décembre 2020 des *Notices of Default* dans lesquelles la société SOC2.) a fait état de la survenance des *Events of Default* aux sociétés SOC1.) et SOC3.), la société SOC2.) a exigé le 14 décembre 2020 le paiement immédiat du montant de 37.187.783 USD à titre de remboursement du *Facility Agreement* et a procédé aussitôt à la réalisation du gage en s'appropriant les parts sociales nanties, prenant ainsi le contrôle de la SOC3.).

Les parties sont en l'espèce en désaccord sur le bien-fondé de la réalisation du gage par la société SOC2.) par laquelle celle-ci est devenue

propriétaire des parts sociales nanties et a pris le contrôle de la société SOC3.).

Tandis que la société SOC1.) est d'avis que la réalisation du gage s'est faite de manière abusive voire frauduleuse, les sociétés intimées estiment qu'elle s'est faite en conformité avec la loi modifiée du 5 août 2005 relative aux contrats de garantie.

Eu égard au différend quant à la propriété des parts sociales de la société SOC3.) et aux agissements manifestement abusifs de la société SOC2.), la partie appelante estime qu'il y a urgence à prendre des mesures conservatoires afin de protéger son capital et ses biens et de lui permettre d'attendre sans dommage que le tribunal compétent au fond statue sur la question.

Les intimées rétorquent qu'en vertu la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière applicable en l'espèce, le gage une fois réalisé ne saurait plus être remis en cause, mais ne pourrait que faire l'objet d'un contrôle a posteriori donnant le cas échéant lieu au paiement de dommages-intérêts.

Elles sont dès lors d'avis qu'il y a des contestations sérieuses en l'espèce, de sorte que la mesure sollicitée serait à rejeter.

Aux termes de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile :

« Dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

Aux termes de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile : *« Le président ou le juge qui le remplace peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. »*

Le dommage imminent est la voie de fait dont les circonstances font admettre qu'elle est sur le point de se produire et qu'il faut prévenir par des mesures appropriées. Le trouble manifestement illicite, invoqué par la requérante, est la voie de fait qui s'est déjà produite et qu'il s'agit de faire cesser le plus souvent par une mesure de remise en état.

Le trouble manifestement illicite peut se définir comme toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou

indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit à laquelle le juge des référés peut mettre un terme à titre provisoire.

C'est à bon droit que le premier juge a écarté la deuxième mesure sollicitée aux termes de l'assignation du 4 janvier 2021, à savoir la prononciation d'une interdiction de réaliser voire d'exécuter les garanties consenties en lien avec le *Facility Agreement* pour être inopérante au motif que cette réalisation a déjà eu lieu le 14 décembre 2020 et qu'elle a été suivie de plusieurs actes d'exécution.

En ce qui concerne la demande basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile, la Cour retient qu'il existe un différend entre parties au sens dudit article.

Les gages sont soumis à la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière portant transposition de la directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.

Cette loi a introduit en droit luxembourgeois un régime favorable au créancier gagiste, dans l'objectif d'assurer l'effectivité des mécanismes qu'elle régit.

Il convient dès lors d'examiner l'opportunité de la mesure sollicitée par la société **SOCL** au vu de l'article 20 (4) de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière dispose ce qui suit :

« A 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 1^{er} , 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, aux contrats de compensation et aux renonciations visées par les articles 2(5) et 2(6) 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 ».

En se référant aux commentaires des articles des travaux parlementaires de la loi du 5 août 2005 (doc. parl.n°5021), on lit à propos de l'article 20 (4) :

« ...le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile ».

Lors du dépôt de la loi, le Gouvernement a clairement marqué son intention de donner à l'article 20 (4) le caractère d'une loi de police, et le texte a l'ambition de mettre les contrats de prise 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 (cf. doc. parl. 5021, commentaire des articles, pages 20 et 21 ad Article 20).

Si la disposition précitée n'interdit pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes, il ne peut cependant ordonner des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser le fonctionnement d'une société 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. 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 exécutées (Cour d'appel, 3.11.2010, 7^e chambre, n° de rôle 35824).

Contrairement aux développements de l'appelante, la mesure sollicitée de prononcer à l'encontre de la société **SOC2.)** une interdiction sous peine d'astreinte de faire de nouvelles publications au registre du commerce et des sociétés concernant la société **SOC3.)** n'a pas un but purement conservatoire, mais a comme conséquence de suspendre les effets de la réalisation du gage à l'égard des tiers.

La mesure sollicitée a dès lors pour effet de restreindre de façon plus ou moins durable - la société **SOC1.)** n'ayant à ce jour pas introduit une affaire au fond - et grave le droit de propriété de la société **SOC2.)**.

Tel que l'a encore relevé à juste titre le premier juge par référence à un arrêt de la Cour d'appel du 16 mai 2018 numéro de rôle 39827, dans la loi de 2005, le législateur a fait le choix de ne pas sanctionner par la nullité la fraude qui peut entacher les contrats de garantie financière et les contrats d'exécution, estimant opportun de sanctionner le caractère frauduleux de ces contrats uniquement par le biais d'une action en responsabilité à exercer contre les auteurs de la fraude.

C'est dès lors par une analyse correcte que la Cour fait sienne que le juge de première instance a retenu qu'il ne lui appartient pas de prendre, tel qu'il lui est demandé en l'espèce, des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser les effets d'une exécution du gage.

En ce qui concerne l'urgence, les mesures sollicitées en l'occurrence de prononcer une interdiction à la société **SOC2.)** de procéder à de nouvelles publications au registre de commerce et des sociétés de suspension concernant la société **SOC3.)** ne peuvent être qualifiées de mesures provisoires urgentes dans la mesure où le gage a été réalisé et où les

opérations d'exécution du gage peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité de la part du lésé.

En outre, tel que l'a retenu à juste titre le juge de première instance, l'appréciation de l'existence d'un dommage imminent nécessite une interprétation du *Facility Agreement* par rapport au droit israélien voire une analyse des effets du droit israélien sur la réalisation du contrat de gage sur les parts sociales, questions relevant de la compétence du juge du fond et échappant, comme telles, au pouvoir d'appréciation sommaire du juge des référés.

Par ailleurs, aucun élément du dossier n'indique que l'expropriation alléguée de l'hôtel **HÔTEL1.)** sis à **LIEU2.)** se produira de manière imminente, sans avertissement préalable et sans aucun recours possible auprès des autorités israéliennes.

Aucun élément du dossier ne permet de conclure à insolvabilité latente de la société **SOC2.)**, les articles de presse sur la société **SOC5.)** manquant de pertinence.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le juge de première instance n'a pas fait droit à la demande sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

Les considérations développées ci-avant sur la loi modifiée de 2005 relative aux contrats de garantie valent également à propos de la mesure prétendument conservatoire demandée subsidiairement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile. En effet, les garanties financières données peuvent faire l'objet d'un contrôle a posteriori si la société **SOC2.)** a engagé sa responsabilité, de nature à donner lieu à indemnisation. Il n'y a pas lieu de remettre en cause, en référé, la réalisation des garanties financières en édictant des mesures de suspension d'effet (cf. Cour, 3 nov. 2010, rôle 35824 ; Cour, 27 janvier 2016, rôles 42760 et 42971 ; TL, 16 nov. 2012, rôle 143752).

L'appelante soulève encore la violation de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier au motif que celle-ci réserve l'activité d'octroi de crédit à titre de profession habituelle à certaines entités disposant d'un agrément bancaire et que la société **SOC2.)** n'en disposerait pas.

Elle soutient que le *Facility Agreement* et le *Share Pledge Agreement* auraient dès lors une cause illicite et seraient nulles. L'appropriation par la société **SOC2.)** des parts sociales nanties serait manifestement illégale.

Au vu des moyens de défense et arguments avancés par les parties intimées à l'encontre des griefs formulés par la société **SOC1.)**, il échet de

retenir qu'un examen sommaire des éléments du dossier ne permet pas de conclure avec la certitude nécessaire que les reproches sont fondés.

En effet, la question de savoir si la société **SOC2.)** devait disposer d'un agrément de la CSSF pour pouvoir octroyer un crédit à la société **SOC3.)** nécessite un examen plus approfondi des faits et causes de l'espèce, examen qui échappe pourtant aux pouvoirs d'appréciation sommaire du juge des référés.

L'appréciation du bien-fondé de ces moyens dépassant le pouvoir d'appréciation du juge des référés, qui est le juge de l'évident et de l'incontestable, la cause illicite du *Facility Agreement* et sa nullité de ce fait ne sont pas établis à l'exclusion de tout doute, de sorte qu'il existe une contestation sérieuse quant à l'existence même de la voie de fait alléguée.

Comme mentionné ci-avant, la nullité du *Facility Agreement* et du *Share Pledge Agreement* pour violation de la loi sur le secteur financier du 5 avril 1993 relève du fond du droit et échappe à la compétence du juge des référés.

La partie appelante ne justifie dès lors pas d'un trouble manifestement illicite dans le chef de la société **SOC2.)**.

Par adoption de la motivation ci-dessus développée dans le cadre de l'appréciation de la condition d'urgence, il convient de constater que le dommage imminent dont se prévaut la société **SOC1.)** n'est pas établi avec l'évidence requise et nécessite une interprétation du fond du droit qui échappe aux pouvoirs du juge des référés.

Au vu de ces considérations, la demande de la société **SOC1.)** est encore à déclarer irrecevable sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

3. Les demandes en indemnités de procédure :

La société **SOC1.)** demande à voir se décharger de la condamnation en paiement d'une indemnité de procédure 1.000,- euros en première instance. Elle conclut à voir condamner les intimées à lui payer une indemnité de procédure de 7.000,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile pour l'instance d'appel.

L'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile permet au juge de condamner l'une des parties à payer à l'autre une indemnité lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge de cette partie les sommes réellement exposées par elle et non comprises dans les dépens.

Au vu du sort réservé à l'appel et de la confirmation de l'ordonnance, c'est à juste titre que le juge de première instance a condamné la société **SOC1.)** à payer aux sociétés **SOC2.)** et **SOC3.)** une indemnité de procédure de 1.000,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Au vu du sort réservé à son appel, sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

Les intimées réclament la condamnation de l'appelante à leur payer une indemnité de procédure de 5.000,- euros pour l'instance d'appel. Cette demande est justifiée à hauteur d'un montant de 1.500,- euros, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des frais irrépétibles qu'elles ont dû exposer pour faire valoir leurs droits devant la Cour.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare irrecevable la demande de la société anonyme **SOC1.) CAPITAL MANAGEMENT** en nomination d'un séquestre judiciaire ainsi que les demandes subsidiaires tendant à l'interdiction de procéder à la cession des parts sociales et la suspension des droits de votes attachés aux parts de la société **SOC3.)**,

reçoit l'appel pour le surplus,

le dit non fondé,

partant confirme l'ordonnance de référé n° 2021TALREFO/00100 du 19 mars 2021,

déboute la société anonyme **SOC1.) CAPITAL MANAGEMENT** de sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

condamne la société anonyme **SOC1.) CAPITAL MANAGEMENT** à payer aux sociétés à responsabilité limitée **SOC2.) DEBT HOLDING** et **SOC3.) CAPITAL MANAGEMENT** une indemnité de procédure de 1.500.- euros pour les besoins de l'instance d'appel,

laisse les frais de l'instance d'appel à charge de l'appelante.