Jugement commercial XV No. 1089 / 13

Audience publique du mercredi, dix juillet deux mille treize.

Numéros 120 206, 121 127 et 122 468 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Robert WORRE, Premier juge ;
Adnan MUJKIĆ, greffier.

I (rôle 120 206)
E n t r e :

la société à responsabilité limitée **A.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), reprenant l'action et l'instance introduite par la société anonyme **B.) LUXEMBOURG S.A.**, suite à la scission de cette dernière,

élisant domicile en l'étude de Maître Pierre ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette en date du 9 février 2009,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat susdit,

e t :

la société à responsabilité limitée **C.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

défenderesse, aux fins du prédit exploit Jean-Claude STEFFEN,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat, demeurant à Howald,

e n p r é s e n c e d e :

1. la société anonyme **D.) S.A.**, en abrégé **« D.) »**, anciennement **« D'.) S.A. »**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie,

2. la société anonyme **E.) S.A.**, anciennement **« E'.) S.A. »**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie,

3. l'établissement public **F.), LUXEMBOURG**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son Comité de Direction actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie,

4. la société anonyme **G.) S.A.**, anciennement **« G'.) S.A. »**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie,

5. la société anonyme **H.) (LUXEMBOURG) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie,

6. la société anonyme **I.) S.A.**, en abrégé **« I.) »**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie,

7. la société anonyme **J.) (LUXEMBOURG) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie,

8. la succursale de maison mère étrangère **K.) AB (publ), LUXEMBOURG BRANCH**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par ses

organes statutaires actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie,

9. la société anonyme **K.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie.

II (rôle 121 127)
E n t r e :

la société à responsabilité limitée **C.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

élisant domicile en l'étude de Maître Fabio TREVISAN, avocat, demeurant à Howald,

demanderesse, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Frank SCHAAL de Luxemburg en date du 2 mars 2009,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat susdit,

e t :

1. la société à responsabilité limitée **A.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), reprenant l'action et l'instance introduite par la société anonyme **B.) LUXEMBOURG S.A.**, suite à la scission de cette dernière,

défenderesse, aux fins du prédit exploit Frank SCHAAL,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

2. la société d'investissement à capital variable **L.)**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

défenderesse, aux fins du prédit exploit Frank SCHAAL,

comparant par Maître Claudia LENERTZ, avocate, en remplacement de Maître Véronique HOFFELD, avocat, demeurant toutes les deux à Luxembourg,

3. la société anonyme **E.) S.A.**, anciennement **« E'.) S.A. »**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

défenderesse, aux fins du prédit exploit Frank SCHAAL,

comparant par Maître Evelyne LORDONG, avocate, en remplacement de Maître François KREMER, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

III (rôle 122 468)
E n t r e :

la société à responsabilité limitée **A.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), reprenant l'action et l'instance introduite par la société anonyme **B.) LUXEMBOURG S.A.**, suite à la scission de cette dernière,

élisant domicile en l'étude de Maître Pierre ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Martine LISÉ d'Esch-sur-Alzette en date du 19 mai 2009,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat susdit,

e t :

la société à responsabilité limitée **C.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

défenderesse, aux fins du prédit exploit Martine LISÉ,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat, demeurant à Howald.,

e n p r é s e n c e d e :

la société à responsabilité limitée **C.) HOTELS s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

partie tierce-saisie.

Le Tribunal :

Ouï la partie **A.)** s.à r.l par l'organe de son mandataire Maître Pierre ELVINGER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie **C.)** s.à r.l. par l'organe de son mandataire Maître Fabio TREVISAN, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie **L.)** par l'organe de son mandataire Maître Claudia LENERTZ, avocate, en remplacement de Maître Véronique HOFFELD, avocate constituée, demeurant toutes les deux à Luxembourg.

Ouï la partie **E.)** S.A. par l'organe de son mandataire Maître Evelyne LORDONG, avocate, en remplacement de Maître François KREMER, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 10 avril 2013.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 26 juin 2013.

Par exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 2 mars 2009, la société à responsabilité limitée **C.)** a fait donner assignation à la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG, à la société d'investissement à capital variable **L.)** et à la société anonyme **E'.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, notamment pour :

- entendre condamner la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG à lui restituer, sous peine d'une astreinte de 100.000.- euros par jour de retard, la totalité des actions que celle-ci détient, suite à une prétendue réalisation abusive de contrats de gage, ces actions étant évaluées à 9,5 millions d'euros,

- entendre encore condamner la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG à lui payer, à titre de préjudices matériel et moral, la somme de 103 millions d'euros, sinon à titre subsidiaire dans l'hypothèse où la restitution ne serait pas ordonnée, la somme de 112,5 millions d'euros, chaque fois avec les intérêts légaux à partir de la survenance du dommage, soit le 3 février 2009, date de la prétendue rupture abusive du contrat de prêt, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle sollicite encore de la part de la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG une indemnité de procédure de 20.000.- euros, l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir, ainsi que la condamnation de cette partie à tous les frais et dépens de l'instance.

La société d'investissement à capital variable **L.)** (ci-après la société **L.)**) et la société anonyme **E.)** ont été assignées en déclaration de jugement commun.

Cette affaire a été enrôlée sous le numéro 121127.

A l'appui de sa demande la requérante expose dans son exploit d'assignation :

- qu'elle serait devenue l'associée unique de la société **L.)** suite à la conclusion de deux contrats de cession d'actions,

- que le contrat de cession conclu avec la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG aurait conditionné le transfert de propriété des actions au refinancement d'un prêt existant entre la société **L.)** et la cédante, la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG,

- qu'elle aurait accepté d'apporter, en vue du refinancement de ce prêt, la somme de 35 millions d'euros à la société **L.)**,

- que le contrat de cession conclu avec la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG aurait par ailleurs été assorti d'une garantie personnelle de sa part, ainsi que de deux contrats de gage,

- que dans le cadre de ce refinancement, la banque aurait conclu, le 19 décembre 2008, un contrat de prêt, portant sur la somme de 123 millions d'euros, avec la société **L.)** auquel elle serait intervenue en qualité de garant et de coobligé,

- que la mise à disposition des sommes convenues aurait été soumise à certaines conditions, notamment à la mise en place de gages au profit de la banque,

- que le contrat aurait encore notamment prévu l'obligation à sa charge de rapporter la preuve, pour le 31 janvier 2009 au plus tard, de l'apport en nature au profit de la société **L.)** de certains biens immobiliers et de la constitution d'hypothèques supplémentaires au profit de la banque,

- que bien que ces obligations n'aient pas pu être accomplies endéans les délais requis, la banque aurait été d'accord à ce que le contrat de prêt puisse sortir ses effets en acceptant le report aux 13 mars 2009 de la condition de l'apport en nature,

- que le 3 février 2009, à 16 heures 22, la banque aurait informé par fax la société **L.)** de la mise à disposition des fonds,

- que quelques 50 minutes plus tard, la banque aurait notifié à la société **L.)** de manière abusive la résiliation du contrat de prêt en exigeant le remboursement immédiat des sommes prêtées,

- que dès le lendemain, la banque aurait fait appel aux garanties et procédé à des saisies-arrêts et réalisé les gages donnés en sa faveur.

La société à responsabilité limitée **C.)** reproche à la banque d'avoir commis des fautes contractuelles, sinon délictuelles, en accordant des crédits alors que les

conditions n'étaient pas remplies et en rompant de manière abusive et brusque la convention de prêt, sinon les pourparlers en cours.

Elle fait valoir avoir subi un préjudice matériel et moral suite à la dépossession des actions de la société **L.)** par la banque.

Comme la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG a été scindée en deux entités nouvelles et que tous les droits relatifs aux contrats de crédits et notamment les passifs envers des tiers ont été transférés à la société à responsabilité limitée **A.)**, la société à responsabilité limitée **C.)** a, par exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 8 octobre 2009, assigné cette dernière en reprise d'instance.

La société anonyme **E.)** et la société **L.)** se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité et au bien-fondé des demandes formulées suivant l'exploit d'assignation du 2 mars 2009. Elles sollicitent chacune encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

La société à responsabilité limitée **A.)** conteste la version des faits présentée par la partie adverse.

Elle explique que le contrat de prêt conclu le 19 décembre 2008 ne devait pas entraîner une nouvelle sortie de fonds, mais servir à refinancer un prêt antérieurement accordé à la société **L.)** (échu et impayé au 31 octobre 2008) et aboutir à une amélioration de la position de la banque. Au vu du non-respect des obligations de la société **L.)** découlant du prêt antérieurement accordé, de la venue d'un nouvel investisseur et de la situation juridique de la banque à ce moment (qui était sous le régime du sursis de paiement à cette époque), ce prêt aurait prévu des garanties réelles (gages, hypothèques) et personnelles (garantie de la société à responsabilité limitée **C.)**).

Elle conteste avoir renoncé à certaines garanties énumérées à l'article 5 du contrat de prêt. Au contraire, elle affirme avoir clairement exprimé sa volonté d'exiger la passation immédiate des actes d'affectation hypothécaires qui devaient être signés le 30 janvier 2009. Devant la carence des dirigeants de la requérante de se présenter en vue de la signature de ces actes, elle estime avoir été en droit de dénoncer le prêt le 3 février 2009.

Suite au défaut de paiement de l'emprunteur et du garant, elle aurait commencé à exécuter le gage.

Elle conteste avoir commis la moindre faute, l'existence de pourparlers quant au prolongement des délais pour apporter les garanties et les préjudices allégués.

La société anonyme **B.)** LUXEMBOURG a fait pratiquer, après en avoir obtenu l'autorisation par ordonnance du 5 février 2009 du Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 6 février 2009, au préjudice de la société à responsabilité limitée **C.)**, saisie-arrêt entre les mains de la société anonyme **D.)** (anciennement dénommée **D'.)**), de la société anonyme **E.)**, de l'établissement public **F.)**, de la société anonyme **G.)** (anciennement dénommée **G'.)**), de la société anonyme **H.)** (LUXEMBOURG), de la société anonyme **I.)**, de la société anonyme **J.)** (LUXEMBOURG), de la succursale **K.)**, Luxembourg Branch, et de la société

anonyme **K.)** pour avoir sûreté et paiement de la somme de 35.000.000.- euros, augmenté des intérêts dus d'un montant de 51.755,67.- euros et sous réserve des intérêts de retard dus.

La banque invoque notamment à son profit une garantie à première demande, qu'elle qualifie d'indépendante et de personnelle, de la part de la partie saisie.

Par exploit du même huissier de justice du 9 février 2009, la saisie-arrêt a été dénoncée à la société à responsabilité limitée **C.)** qui a été assignée en validation de la saisie et contre laquelle une indemnité de procédure de 1.500.- euros est encore réclamée.

Cette affaire a été enrôlée sous le numéro 120206.

La société anonyme **B.)** LUXEMBOURG a encore fait pratiquer, en raison des mêmes faits et causes, après en avoir obtenu l'autorisation par ordonnance du 12 mai 2009 du Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ d'Esch-sur-Alzette du 12 mai 2009 au préjudice de la société à responsabilité limitée **C.)**, saisie-arrêt entre les mains de la société à responsabilité limitée **C.)** HOTELS pour avoir sûreté et pour avoir paiement des mêmes sommes.

Par exploit du même huissier de justice du 19 mai 2009, la saisie-arrêt a été dénoncée à la société à responsabilité limitée **C.)** qui a été assignée en validation de la saisie.

Cette affaire a été enrôlée sous le numéro 122468.

La société à responsabilité limitée **C.)** estime que les saisies pratiquées ne se justifient ni en fait, ni en droit et que l'appel à la garantie a été effectuée de manière abusive. Elle fait valoir que la garantie donnée ne viserait qu'à prémunir la banque contre une sous-évaluation éventuelle de son apport en nature et ne constituerait pas une sûreté en cas d'inexécution du contrat. Or, par la dénonciation du prêt par la banque, l'obligation de procéder à l'apport en nature aurait été éteinte. La créance invoquée ne serait ni certaine, ni exigible. Elle conclut en conséquence à l'annulation des saisies pratiquées et à leurs mainlevées. Elle réclame encore, dans le cadre du rôle n°122468, des dommages et intérêts de 100.000.- euros et des indemnités de procédure de 5.000.- euros pour chaque instance de validation des saisies-arrêts pratiquées.

Dans ses conclusions en réplique, la banque fait valoir que la garantie en cause serait à qualifier de garantie d'irrévocable et d'inconditionnelle à exécuter sur première demande.

La société à responsabilité limitée **C.)** réplique que la fraude et un appel abusif feraient échec au principe du caractère autonome d'une garantie à première demande.

Si celle-ci demande la jonction des différentes affaires, la société à responsabilité limitée **A.)** s'y oppose.

Les demandes, régulièrement introduites et non autrement contestées sous ce rapport, sont à déclarer recevables.

Quant à la jonction

Tandis que la société à responsabilité limitée **C.)** sollicite la jonction des trois instances, la société à responsabilité limitée **A.)**, qui, suite à la scission de la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG en deux entités nouvelles et la reprise par elle de tous droits résultant de litiges en cours en relation avec le portefeuille de prêts, a valablement repris les différentes instances, s'y oppose en estimant qu'il n'aurait pas de lien suffisant entre les instances tendant à la validation des différentes saisies-arrêts et celle tendant à l'obtention de dommages et intérêts pour dénonciation abusive du contrat de prêt.

La décision de joindre deux instances est laissée à l'appréciation souveraine des juges qui devront examiner si les différentes actions se trouvent l'une vis-à-vis de l'autre dans des rapports de sérieuse affinité, d'étroite corrélation.

La jonction des causes est un acte de pure instruction qui laisse à chacune son individualité propre, n'en préjuge pas plus la recevabilité que le fondement et ne les fond pas dans une instance unique.

La jonction des causes du chef de connexité a pour but tantôt de faciliter les débats en justice, tantôt d'éviter les décisions contradictoires, tantôt d'épargner des frais aux parties au litige.

L'identité complète des parties litigantes n'est pas une condition de la connexité entre deux ou plusieurs demandes introduites par deux ou plusieurs exploits distincts.

La connexité, justifiant la jonction de causes, peut résulter de la circonstance que les demandes se rapportent à un point de départ unique et commun à toutes, qu'elles ont toutes le même objet, qu'une des parties est partie à chacune d'elle ou que toutes sont susceptibles de recevoir une solution unique.

En l'espèce, les demandes inscrites au rôle sous les numéros 121127, 120206 et 122468 se rapportent à un point de départ unique et commun, à savoir le contrat de prêt du 19 décembre 2009, et reposent sur les mêmes faits.

Les parties ont par ailleurs pris des conclusions presque identiques dans ces différents rôles.

Il y a partant lieu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de joindre ces différentes demandes afin qu'il y soit statué par un seul et même jugement.

Quant aux faits constants en cause

Les faits constants en cause, tels qu'ils se dégagent des conclusions des parties (cf. notamment les conclusions de M^{e} Pierre ELVINGER du 13 août 2010 et celles de M^{e} Fabio TREVISAN du 5 mars 2013) et des pièces versées en cause, peuvent être résumés comme suit.

Suite à son offre publique d'acquisition sur les actions de la société **L.)**, la société anonyme **M.)**, filiale de la société islandaise **N.)** hf, avait acquis environ 95% des actions de la société **L.)**.

Afin de financer cette acquisition, la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG avait accordé, en juin 2007, à la société anonyme **M.)** un prêt de 122.000.000.- euros.

La société-mère du prêteur, la banque islandaise **B.)**, avait pendant un temps fait partie de l'actionnariat de la islandaise **N.)** hf.

La société anonyme **M.)** avait cédé sa participation dans la société **L.)** à deux entités du groupe **B.)**.

Les sociétés **M.)** et **L.)** ont fusionné par la suite.

Suite à cette fusion par absorption, la société **L.)** se retrouvait donc débitrice du prêt qui avait servi à financer l'acquisition de ses propres actions.

A l'échéance de ce prêt en date du 31 octobre 2008, l'emprunteur, la société **L.)**, n'était pas en mesure de le rembourser.

La banque, sous le régime du sursis de paiement depuis le 9 octobre 2008, dans le cadre de ses efforts pour améliorer la qualité de ses principaux avoirs (c'est-à-dire ses prêts) est rapidement entrée en discussion avec des candidats potentiels pour la reprise de la société **L.)** (cf. conclusions de M^{e} Pierre ELVINGER du 13 août 2010, page 3).

Par deux contrats de cession, les deux entités du groupe **B.)** détenant les actions de la société **L.)**, à savoir la société anonyme **O.)** et la société islandaise NEW **B.)** (actuellement dénommée **B'.)**), ont cédé l'intégralité de leurs titres à la société à responsabilité limitée **C.)**.

Le prix de cession était de 2,5 millions d'euros respectivement variait entre 3 et 6 millions d'euros (suivant l'exigibilité ou non d'un *«earn-out payment»*).

En date du 19 décembre 2008, la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG a signé un nouveau contrat de prêt avec la société **L.)** destiné à refinancer le prêt venu à échéance. Ce prêt faisait partie du «package» négocié avec la société à responsabilité limitée **C.)** dans le contexte de la reprise de la société **L.)** (cf. conclusions de M^{e} Pierre ELVINGER du 13 août 2010, page 3).

Ce prêt de refinancement n'a pas entraîné de nouvelle sortie de fonds pour la banque, mais devait, au contraire, résulter dans une amélioration de sa position, alors qu'il prévoyait, **contrairement au prêt initial**, des garanties tant réelles (gages, hypothèques) que personnelles (garantie de la société à responsabilité limitée **C.)**).

Le prêt litigieux du 19 décembre 2008, qui prévoyait une période d'utilisation jusqu'au 30 janvier 2009, était soumis à un certain nombre de conditions dénommées *«Conditions Precedent»* et «*Conditions Subsequent*», figurant aux articles 4 respectivement 5 du contrat.

La banque a renoncé aux *«Conditions Precedent»* stipulés dans son unique intérêt (article 4.3 du contrat).

Les «*Conditions Subsequent*» (notamment la preuve de l'apport en nature par la société à responsabilité limitée **C.)** à la société **L.)** IMMO-CROISSSANCE de certains biens immobiliers définis au contrat de prêt et la preuve de la constitution d'hypothèques supplémentaires au profit de la banque) n'étaient pas remplies à la date limite prévue au contrat, c'est-à-dire au 31 janvier 2009.

Par fax du 3 février 2009, 16h22, la banque informa la société **L.)** de la mise à disposition des fonds avec effet au 30 janvier 2009. Il précisait que cet écrit ne pouvait être considéré comme une renonciation à d'autres conditions.

Quelques 50 minutes plus tard, par une télécopie de 17h10, la banque a notifié à la société **L.)** et à la société à responsabilité limitée **C.)**, en sa qualité de garant, la résiliation du contrat de prêt tout en réclamant le remboursement intégral et immédiat des fonds prêtés et des intérêts de 51.755,67.- euros.

Par la suite, la banque a fait appel à la garantie et réalisé les gages (constitués sur les actions détenues par la société à responsabilité limitée **C.)** dans le capital de la société **L.)**).

<u>Quant au bien-fondé des reproches formulées à l'encontre de la banque</u>

La banque estime que la société à responsabilité limitée **C.)** n'aurait pas qualité pour contester le paiement et la dénonciation du prêt, alors qu'elle ne serait pas à considérer comme bénéficiaire dudit prêt. Elle invoque à ce sujet un arrangement intervenu avec l'emprunteur, la société **L.)**.

Le contrat de prêt litigieux est un contrat tripartite conclu entre la banque, la société **L.)** en tant qu'emprunteur et la société à responsabilité limitée **C.)** en qualité de garant.

Dans la mesure où la banque a pratiqué plusieurs saisies à l'encontre de la société à responsabilité limitée **C.)** sur base de la garantie personnelle accordée (garantie à première demande) et réclame la condamnation de celle-ci au paiement de la somme de 35 millions et que la société à responsabilité limitée **C.)** affirme avoir subi un préjudice suite à l'octroi et la dénonciation subséquente du prêt, elle a certainement qualité pour contester les opérations menées par la banque et les appels aux garanties effectués.

Comme la banque s'est approprié la totalité des actions de la société **L.)** et a donc pris son contrôle, le désistement d'action intervenue dans l'instance en responsabilité engagée par la société **L.)** à l'encontre de la banque n'est pas parlant et n'est certainement pas de nature à justifier ex post la résiliation du prêt.

La société à responsabilité limitée **C.)** est d'avis que la banque aurait en premier lieu commis une faute, en sa qualité de dispensateur de crédit, en ce qu'elle aurait accordé les fonds tout en sachant que les conditions n'étaient pas remplies. La banque aurait commis une seconde faute en rompant de manière brusque et abusive la convention de prêt.

Elle soutient que la banque aurait marqué son accord de reporter la date d'accomplissement des *«Conditions Subsequent»* au 13 mars 2009.

Un tel accord explicite ne résulte d'aucun élément du dossier.

S'il résulte des pièces versées en cause (pièces 43 à 44 de M^{e} Fabio TREVISAN) :

- qu'en date du vendredi 30 janvier 2009 le mandataire de la société **L.)** a fait parvenir au conseil juridique de la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG à 18h44 un courriel avec un projet de *«Waiver letter»*, actant un accord des parties concernant un report du délai pour fournir les «*Conditions Subsequent*»,

- que celui-ci répond 2 minutes plus tard (donc à 18h46) par mail que la banque lui fera part de ses observations concernant la *«Waiver letter»* lundi prochain (2 février 2009),

- que le 2 février 2009 à 20h15, le conseil juridique de la banque s'excuse auprès du mandataire de la société **L.)** de n'avoir pas répondu plus tôt, mais que la banque est toujours à la recherche d'une solution acceptable pour toutes les parties en cause et reviendra vers lui le lendemain 3 février 2009,

ces courriels n'établissent néanmoins pas une intention ferme et non-équivoque de la banque d'admettre un report du délai jusqu'au 13 mars 2009.

Dès lors que les «*Conditions Subsequent*» (la preuve de l'apport en nature et la constitution d'hypothèques supplémentaires au profit de la banque) n'étaient pas remplies à la date limite prévue au contrat, c'est-à-dire au 31 janvier 2009, la banque aurait été en droit de refuser l'octroi du prêt.

Force est de constater qu'au moment où la banque confirmait à l'emprunteur l'octroi du crédit, c'est-à-dire le 3 février 2009 à 16h22, ces conditions n'étaient toujours pas remplies.

Au vu de cette confirmation, l'existence et l'état des négociations entre parties en vue du report de la date-butoir ne sont pas déterminants pour la solution du présent litige.

Il laisse d'être établi que la banque aurait oralement confirmé la mise à disposition des fonds au gérant (**GER1.)**) de la société à responsabilité limitée **C.)** le 30 janvier 2009 (cf. conclusions de M^{e} Pierre ELVINGER du 13 août 2010, page 4) ou même le 29 janvier 2009 (cf. conclusions de M^{e} Pierre ELVINGER du 13 août 2010, page 13). Ces affirmations, non corroborées par une quelconque pièce, sont en plus en contradiction flagrantes avec les attestations testimoniales de **T1.)** et de **T2.)**, versées par la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG, qui relatent que cette dernière exigeait toujours en date du 30 janvier 2009 la passation des actes d'affectation hypothécaire

Le prêt initial (ce qui est d'ailleurs étonnant) n'était assorti d'aucune garantie (la banque le reconnaît elle-même dans ses écritures) ! La position de la banque s'est donc considérablement améliorée par la conclusion du contrat de refinancement du 19 décembre 2008. En effet, elle bénéficiait non seulement d'une garantie à

première demande d'un montant de 35 millions d'euros de la part du garant, la société à responsabilité limitée **C.)**, mais encore de gages consentis sur les actions existantes et futures de la société **L.)**, alors qu'elle ne devait pas engager des fonds supplémentaires.

Rappelons que dans le contexte de la reprise de la société **L.)**, il avait été convenu que la société à responsabilité limitée **C.)** devait non seulement payer un prix d'acquisition d'au moins 5,5 millions d'euros, mais encore intervenir en tant que garante au prêt de refinancement. Les affirmations de la banque suivant lesquelles la société à responsabilité limitée **C.)** (cf. conclusions de M^{e} Pierre ELVINGER du 13 août 2010, page 15) aurait pris le contrôle de la société **L.)** sans débourser le moindre montant sont restées à l'état de pure allégation.

Le prêt d'argent ne se forme qu'avec la remise des fonds à l'emprunteur. Tant que les fonds ne sont pas transférés, les parties ne sont liées que par un accord purement consensuel qui n'est qu'une ouverture de crédit (cf. Les contrats civils et commerciaux, François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, n°842).

Afin de pouvoir bénéficier des garanties accordées, il était donc primordial pour la banque de mettre, au moins en théorie par un jeu d'écritures, à la disposition de l'emprunteur les sommes prévues au contrat de refinancement.

Si les «*Conditions Subsequent*» avaient été tellement importantes pour la banque, elle aurait dû refuser d'exécuter le prêt. En effet, l'article 4.2 du contrat ne prévoit l'obligation de la banque de mettre à disposition de l'emprunteur les fonds qu'à condition que les garanties consenties soient réelles et qu'aucun *«event of default»* ou *«potential event of default»* ne se soit produit ou ne puisse résulter du tirage du prêt.

Mais dans cette hypothèse elle n'aurait pas pu bénéficier des sûretés contenues dans ce prêt.

Ayant forcément accordé le prêt en connaissance de cause, elle ne pouvait 48 minutes plus tard le dénoncer en raison du non-accomplissement de conditions déjà non remplies au moment de la mise à disposition (théorique) des fonds.

En effet, la banque a en quelque sorte elle-même créé un cas de défaut afin de pouvoir profiter des garanties ce que démontre la résiliation opérée si peu de temps après la confirmation de la mise à disposition des fonds.

L'octroi et la dénonciation du contrat de prêt dans les conditions de l'espèce, dictés par le seul intérêt du prêteur, sont fautifs.

La manière d'agir de la banque est contraire aux obligations contractuelles de bonne foi et de loyauté que chaque cocontractant se doit de respecter.

Il est encore intéressant de relever que la société anonyme **B.)** LUXEMBOURG se trouvait à l'époque des faits sous le régime du sursis de paiement et avait dès lors par nature un besoin urgent de liquidités.

Elle ne le cache d'ailleurs pas, alors qu'elle fait écrire qu'elle *«ne pouvait pas attendre une éternité pour agir et pour sécuriser la plus importante exposition crédit,*

dont dépendait le succès de sa restructuration et donc sa survie» (cf. conclusions de Me Pierre ELVINGER du 13 août 2010, page 14).

Quant au sort des saisies pratiquées

La société à responsabilité limitée **C.)** estime en premier lieu que la garantie donnée ne viserait qu'à prémunir la banque contre une sous-évaluation éventuelle de son apport en nature et ne constituerait pas une sûreté en cas d'inexécution du contrat.

La banque fait valoir que la garantie en cause serait à qualifier de garantie d'irrévocable et d'inconditionnelle à exécuter sur première demande.

Les articles 1er et 2 de l'acte de garantie en cause sont rédigés comme suit :

1. *The Guarantor hereby irrevocably and unconditionally guarantees on the first written demand of the Bank to pay any amount in Euro or in other currencies up to a maximum amount of EUR 35,000,000.00 (Euro thirty five million 0/100) plus interest, default interest, and any further costs and fees that might become due by the Borrower under the Agreement; or the equivalent amount thereof in other currencies.*

2. *The Guarantor hereby accepts to make all payments in cash under this independent and autonomous Guarantee without protest, discussion or raising of exceptions relating inter alia to the transaction.*

   The amount indicated in the Bank's demand to the Guarantor under Clause 1 hereof shall, as between the Bank and the Guarantor, be conclusive evidence that the Guarantor is liable to pay to the Bank the sum stated therein.

Au regard du libellé clair et non-équivoque de ces articles, le garant n'est pas en droit de soulever des exceptions inhérentes au contrat garanti.

Cependant, le contractant de mauvaise foi ne peut se prévaloir d'un certain nombre de droits que lui confère le contrat.

La mauvaise foi du créancier paralyse les droits qu'il tient du contrat. Le comportement du créancier peut exercer une influence sur l'existence, ou du moins sur la substance, de sa créance (cf. Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire de droit civil, rubrique «bonne foi», édition janvier 2009, n°102 et ss.).

Ainsi, exercées de mauvaise foi les clauses résolutoires et les appels aux garanties perdent toute efficacité. Par ailleurs, l'usage abusif de certains droits justifie l'octroi de dommages et intérêts à l'autre partie.

La rigueur de la garantie autonome ne saurait autoriser un contractant malveillant à s'en servir comme instrument de spoliation.

L'appel de la garantie doit donc être rejeté s'il est manifestement frauduleux ou abusif (cf. Jurisclasseur civil code, art. 2321, fasc. 15 (1,2008), n° 73 et ss.).

Il résulte des développements qui précèdent que l'octroi et la dénonciation subséquente du contrat de prêt sont intervenus contrairement aux obligations contractuelles de bonne foi et de loyauté.

Le contrat de base ayant été délibérément rompu par le bénéficiaire de la garantie, l'appel à la garantie est à considérer comme manifestement abusif.

Il s'ensuit que les saisies pratiquées, sur base de cette garantie frauduleusement appelée, sont à annuler et leur mainlevée est à ordonner.

Quant à la demande en obtention de dommages et intérêts du chef des saisies pratiquées à tort

La société à responsabilité limitée **C.)** réclame des dommages et intérêts à hauteur de 100.000.- euros en raison de l'immobilisation des fonds et de la mauvaise publicité engendrée par les saisies opérées à tort.

Au vu des circonstances particulières de la cause, il y a lieu d'allouer à la société à responsabilité limitée **C.)** en raison de l'atteinte à sa réputation la somme de 15.000.- euros. Les intérêts moratoires sur cette somme courent à compter de la date du jugement.

Un préjudice en rapport avec l'immobilisation des fonds n'est pas autrement précisé, ni a fortiori prouvé.

Quant aux différents postes de préjudice allégués

La demande en restitution des actions de la société **L.)**

La société à responsabilité limitée **C.)** réclame principalement la restitution, sous peine d'une astreinte de 100.000.- euros par jour de retard, de la totalité des actions de la société **L.)** que la banque détient suite à la réalisation des contrats de gage.

La banque estime que cette demande serait irrecevable alors qu'elle mettrait à néant les dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

L'apport de cette loi se situe au niveau de l'automaticité de l'exécution de la garantie. Dès que le bénéficiaire de la garantie constate que les conditions de la mise en œuvre de sa sûreté sont réunies, il peut procéder à la réalisation de la façon convenue avec son client ou à défaut selon l'une des procédures légales (cf. Bulletin Droit et Banque, n°37, page 12 et ss.).

Si cette loi permet donc la réalisation du gage dans des conditions de régularité apparentes sans intervention du juge et si en principe le débiteur gagiste ne peut invoquer aucune exception mettant en échec la réalisation des sûretés, elle ne fait pas obstacle, sous peine d'ôter au créancier gagiste tout recours, à ce que le juge du fond, après avoir constaté une fraude manifeste, ordonne la restitution des biens dont l'appropriation s'est révélée abusive.

Au vu des circonstances de l'espèce, décrites ci-dessus, la restitution des actions de la société **L.)** à la société à responsabilité limitée **C.)** est à ordonner. La banque ne conteste par ailleurs pas être toujours en possession de celles-ci.

Afin de garantir l'efficacité de cette mesure, une astreinte de 10.000.- euros par jour de retard est à prononcer. L'astreinte est à plafonner à la somme de 13 millions d'euros.

Les autres demandes d'indemnisation

La société à responsabilité limitée **C.)** réclame dans son assignation introductive d'instance indemnisation pour différents autres postes de préjudice.

La banque conteste tous les chefs de la demande tant en leur principe qu'en leur quantum.

Les parties n'ont dans leurs conclusions subséquentes plus du tout conclu sur ce point, alors que pourtant la somme coquette de 103 millions est réclamée au total.

En détail, la société à responsabilité limitée **C.)** sollicite :

- à titre de manque à gagner en raison de plusieurs opérations développées par la société **L.)** depuis le 19 décembre 2009 :

  - en rapport avec un projet «**PROJ1.)**», la somme de 14 millions,

  - en rapport avec les projets «**PROJ2.)**» et «**PROJ3.)**», la somme de 13 millions,

  - en rapport avec un projet «**PROJ4.)**» et «**PROJ5.)**», la somme de 20 millions.

La société à responsabilité limitée **C.)** ne fournit aucune explication supplémentaire à ce sujet et ne précise nullement le lien de causalité entre les fautes établies à charge de la banque et les préjudices allégués. Elle ne verse aucune pièce, ni offre de preuve à ce sujet.

Elle ne peut en conséquence qu'être déboutée de ses demandes.

- le remboursement des frais, estimés au montant de 10 millions d'euros, encourus suite à la restructuration de son portefeuille suite à l'acquisition de la société **L.)**.

A défaut de la moindre explication et de preuves à ce sujet, cette demande est encore à rejeter, le principe même du dommage allégué n'étant pas établi.

- la réparation du dommage allégué, évalué provisoirement à 3 millions d'euros, qui serait la suite du non-paiement, en raison des saisies pratiquées, de la dernière tranche du prix d'achat des actions de la société islandaise NEW **B.)**.

La société à responsabilité limitée **C.)**, restant en défaut de prouver avoir dû payer un quelconque montant à ce titre, est à débouter de cette demande.

- le remboursement des frais d'acquisition et de *«closing»*, évalués à 1,5 millions d'euros, en rapport avec les actions de la société **L.)**.

Les frais allégués n'étant pas documentés et au vu de la décision de restitution à intervenir, cette demande est non fondée.

- la réparation des préjudices, évalués provisoirement à 40 millions d'euros, liés aux exigibilités d'autres prêts conclus avec d'autres établissements bancaires suite à la dénonciation du contrat de prêt litigieux et des saisies pratiquées.

Ni l'existence même de ces prêts, ni leur exigibilité, ni le lien causal avec les fautes retenues à charge de la banque ne sont établis, de sorte que la demanderesse ne peut être que déboutée de sa demande y relative.

- la réparation de son préjudice moral, estimé provisoirement à 1,5 millions d'euros, éprouvé en raison des saisies pratiquées à tort.

Cette demande fait double emploi avec celle formulée dans le cadre de l'instance relative à la validation de la saisie pratiquée entre les mains de la société à responsabilité limitée **C.)** HOTELS. Le dommage en cause a, à suffisance, été réparé par l'allocation de quinze mille euros.

<u>Quant à la demande en déclaration de jugement commun</u>

Le présent jugement est à déclarer commun à la société **L.)** et à la société anonyme **E.)** qui se sont rapportées à prudence de justice.

Il est encore à déclarer commun aux autres parties tierces-saisies : la société anonyme **D.)**, la société anonyme **E.)**, l'établissement public **F.)**, la société anonyme **G.)**, de la société anonyme **H.)** (LUXEMBOURG), la société anonyme **I.)**, la société anonyme **J.)** (LUXEMBOURG), la succursale **K.)**, Luxembourg Branch, la société anonyme **K.)** et la société à responsabilité limitée **C.)** HOTELS.

<u>Quant aux demandes en obtention d'une indemnité de procédure</u>

Au vu des éléments de la cause, eu égard à la nature et au résultat du litige, il paraît équitable d'allouer à la société à responsabilité limitée **C.)** une indemnité de procédure de 15.000.- euros.

La demande de même nature de la part de la société à responsabilité limitée **A.)** est cependant à rejeter au vu de l'issue du litige.

La société **L.)** et la société anonyme **E.)**, assignées seulement en déclaration de jugement commun et qui se sont rapportées à prudence de justice, sont également à débouter de leur demande respective en obtention d'une indemnité de procédure, alors que la condition de l'iniquité requise par la loi fait défaut.

<u>Quant à l'exécution provisoire</u>

Les jugements rendus en matière commerciale sont exécutoires par provision de plein droit, mais moyennant caution. L'exécution provisoire sans caution ou justification de solvabilité suffisante ne peut être ordonnée que dans les cas autorisés par l'article 567 du Nouveau code de procédure civile, à savoir, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y a pas appel.

Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale et en matière civile, statuant avec effet contradictoire, après avoir entendu le juge de la mise en état en son rapport oral,

ordonne la jonction des demandes inscrites au rôle sous les numéros 121127, 120206 et 122468,

constate que la société à responsabilité limitée **A.)** a valablement repris les différentes instances,

déclare les demandes recevables,

déclare l'appel à la garantie à première effectué manifestement abusif,

en conséquence,

déboute la société à responsabilité limitée **A.)** de sa demande en paiement fondée sur cette garantie,

annule les saisies-arrêts pratiquées en date des 6 février 2009 et 12 mai 2009 au détriment de la société à responsabilité limitée **C.)** et en ordonne la mainlevée,

dit la demande en obtention de dommages et intérêts du chef des saisies pratiquées à tort fondée jusqu'au montant de 15.000.- euros et **déboute** pour le surplus,

partant, **condamne** la société à responsabilité limitée **A.)** à payer à la société à responsabilité limitée **C.)** la somme de 15.000.- (quinze mille) euros, avec les intérêts légaux à partir du présent jugement jusqu'à solde,

ordonne à la société à responsabilité limitée **A.)** de restituer à la société à responsabilité limitée **C.)** la totalité des actions qu'elle s'est appropriées suite aux gages réalisés endéans le mois après la signification du présent jugement, sous peine d'une astreinte de 10.000.- (dix mille) euros par jour de retard,

dit que l'astreinte cesse ses effets au-delà du montant de 13.000.000.- (treize millions) d'euros,

dit non fondées les autres demandes en indemnisation formulées par la société à responsabilité limitée **C.)** et en **déboute**,

dit fondée la demande de la société à responsabilité limitée **C.)** en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 15.000.- euros,

partant, **condamne** la société à responsabilité limitée **A.)** à payer à la société à responsabilité limitée **C.)** à titre d'indemnité de procédure la somme de 15.000.- (quinze mille) euros,

dit non fondée les demandes de la société à responsabilité limitée **A.)**, de la société d'investissement à capital variable **L.)** et de la société anonyme **E.)** en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

condamne la société à responsabilité limitée **A.)** à tous les frais et dépens des différentes instances en rapport aux demandes adjugées,

déclare le jugement commun à la société d'investissement à capital variable **L.)**, à la société anonyme **E.)**, à la société anonyme **D.)**, à l'établissement public **F.)**, à la société anonyme **G.)**, à la société anonyme **H.)** (LUXEMBOURG), à la société anonyme **I.)**, à la société anonyme **J.)** (LUXEMBOURG), à la succursale **K.)**, Luxembourg Branch, à la société anonyme **K.)** et à la société à responsabilité limitée **C.)** HOTELS.