

## **Jugement commercial II N°2076/2016**

Audience publique du vendredi, vingt-trois décembre deux mille seize.

### **Numéro du rôle : 168 216**

Composition:

Jean-Paul HOFFMANN, 1<sup>er</sup> vice-président ;  
Nathalie HILGERT, 1<sup>er</sup> juge ;  
Carole ERR, 1<sup>er</sup> juge ;  
Claude FEIT, greffière.

### **Entre :**

Maître **Laurent FISCH**, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1610 Luxembourg, 36, avenue de la Gare, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme **SOC1.) SA**, avec siège social à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 7 novembre 2014 ;

**partie demanderesse**, aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Cathérine NILLES, en remplacement de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg, en date du 19 février 2015,

comparant par Maître Paulo LOPES DA SILVA, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

### **e t :**

la société de droit anglais **SOC2.) INVESTMENT MANAGEMENT LIMITED**, établie et ayant son siège social au Royaume-Uni, à (...), représentée par ses représentants légaux sinon statutaires actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés d'Angleterre et du Pays de Galle sous le numéro (...);

**partie défenderesse**, aux fins du prédit exploit Cathérine NILLES,

comparant par Maître Alain GROSJEAN, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

---

## Le Tribunal :

### Faits.

La société anonyme **SOC1.)** SA (ci-après « **SOC1.)** ») est une filiale à 100% de la société **SOC3.)** & PARTNERS SA (ci-après « **SOC3.)** »). Ces deux sociétés ont été déclarées en faillite le 7 novembre 2014 et Maître Laurent FISCH a été désigné en tant que curateur.

La société de droit anglais **SOC2.)** INVESTMENT MANAGEMENT LIMITED (ci-après « **SOC2.)** ») est une société active dans le *private equity* et propose des financements par l'octroi de prêts adossés à des actions.

Le 30 septembre 2014, **SOC1.)** et **SOC2.)** ont conclu un contrat de prêt soumis au droit anglais, intitulé « *non-recourse securities-backed loan agreement* » (ci-après « le contrat de prêt ») d'un montant approximatif évalué par les parties, en tenant compte des garanties à fournir, à 1,5 millions d'euros pour une période de 540 jours, contre la remise en garantie à **SOC2.)** des actions détenues par **SOC1.)** dans la société **SOC4.)** SA, une société cotée à la bourse EURONEXT PARIS dont elle était l'actionnaire majoritaire et moyennant un taux d'intérêt annuel de 4,8%.

Le montant définitif du prêt devait être calculé par rapport à la valeur des actions remises en garantie en ce que le montant effectivement prêté devait représenter 32,75% de la valeur des actions **SOC4.)** remises en garantie. La valeur des actions **SOC4.)** devait correspondre à la valeur la plus basse entre, d'une part, le cours acheteur de clôture la veille de confirmation, par le teneur du compte d'**SOC2.)**, du transfert des actions au profit d'**SOC2.)** et, d'autre part, le *closing bid price* le plus faible constaté au cours des 90 jours précédant le transfert des actions par le teneur de compte d'**SOC2.)**.

Un premier transfert de 400.000 actions **SOC4.)** a eu lieu le 14 octobre 2014 et un deuxième transfert de 175.000 actions le 17 octobre 2014, **SOC2.)** prétendant, courrier de sa banque à l'appui, avoir eu confirmation de la réception de la première tranche le 17 octobre 2014 et de la deuxième tranche le 20 octobre 2014.

**SOC2.)** a alors calculé le montant du prêt sur base d'un *closing bid price* au 16 octobre 2014 de 0,5 EUR et a mis à disposition de **SOC1.)** la somme de 74.773,13 EUR, le curateur évaluant la valeur des actions transférées en garantie à un minimum de 2.725.500 EUR et estimant que si le prêt avait été calculé sur cette valeur, le montant brut du prêt alloué aurait dû être de 892.601,25 EUR au moins.

Le 4 novembre 2014, **SOC2.)** a notifié à **SOC1.)** un courrier indiquant que celle-ci se trouvait en défaut pour violation des clauses du contrat et, en vertu de l'article 6 b) du contrat, **SOC2.)** a conservé l'intégralité des actions qui lui avaient été remises à titre de garantie.

### Procédure.

Par exploit d'huissier du 19 février 2015, le curateur de **SOC1.)** a assigné **SOC2.)** à comparaître devant le tribunal de ce siège.

L'ordonnance de clôture de l'instruction a été prononcée le 26 octobre 2016.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 23 novembre 2016.

### Prétentions et moyens des parties.

Le curateur de **SOC1.)** demande au tribunal de déclarer nul et sans effet à l'égard de la masse des créanciers de **SOC1.)** le contrat de prêt conclu entre les parties le 1<sup>er</sup> octobre 2014 (d'après la copie versée parmi les pièces, le contrat est daté du 30 septembre 2014) sur le fondement de l'article 445 alinéa 2, sinon de l'article 446 du Code de commerce et il requiert en conséquence la restitution, sous huitaine suivant la signification du jugement, des 575.000 actions **SOC4.)** transférées à **SOC2.)** par **SOC1.)**, sous peine d'une astreinte de 10.000,- EUR par jour de retard.

Il demande, au besoin, la nomination d'un expert judiciaire avec la mission de déterminer la valeur réelle des actions de **SOC4.)** à la date de transfert ou à toute autre date que le tribunal estimera pertinente.

En cours d'instance il a encore demandé, dans le cadre de sa demande basée sur l'article 446 du Code de commerce, la production, sous astreinte, des pièces énumérées dans ses conclusions du 12 avril 2016 et concernant, d'une part, les notifications faites à sa banque en lien avec le transfert des actions de **SOC4.)** et, d'autre part, les documents ayant trait à la *due diligence* effectuée en rapport avec ce transfert.

Il sollicite l'allocation d'une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Il conclut par ailleurs à l'exécution provisoire, sans caution, du jugement à intervenir et il demande que les frais et dépens soient mis à charge de la défenderesse avec distraction au profit de son mandataire.

A l'appui de ses prétentions, le curateur conclut que, s'agissant d'une action née de la faillite, le tribunal saisi est compétent.

Il invoque l'article 445 du Code de commerce pour estimer que la signature du contrat de prêt et le transfert d'actions sont intervenus pendant la période suspecte et qu'il s'agit d'une opération aux conditions particulièrement défavorables pour la société en faillite.

Il se prévaut subsidiairement de l'article 446 du Code de commerce et conclut qu'**SOC2.)** n'a pas pu ignorer la cessation de paiement de la société en faillite.

En ce qui concerne l'application de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après « la Loi de 2005 ») qui est invoquée par la partie défenderesse, le curateur conclut que ce serait l'opération de crédit prévue au contrat de prêt, et non la garantie du crédit, matérialisée par le gage, qui serait critiquée pour être contraire aux articles 445 et 446 du Code de commerce, alors que le gage n'aurait servi que de mécanisme d'accapuration des actions données en garantie de la bonne exécution du prêt.

Le curateur estime cependant que la nullité du prêt produit nécessairement des effets sur le gage en raison du caractère accessoire de celui-ci. En effet, si la créance disparaissait, celui-ci s'éteindrait.

D'après lui, le gage, prévu par le contrat de prêt et interdépendant de l'opération de crédit, les deux participant à la même opération économique, ne pourrait que suivre le sort de ladite opération de crédit.

**SOC2.)** demande au tribunal de se déclarer incompétent pour apprécier les conditions de réalisation du gage et les frais administratifs et de constater qu'il ne s'agit pas de moyens tirés d'une action née de la faillite.

Elle conclut à l'inapplicabilité des articles 445 et 446 du Code de commerce en vertu de l'article 20 (4) de la Loi de 2005.

Elle demande le rejet de la production de documents sous astreinte formulée par le demandeur.

Elle conclut également au rejet de la demande d'expertise judiciaire.

Elle sollicite le débouté de toutes les demandes et réclame une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle demande que le demandeur soit condamné aux frais et dépens avec distraction au profit de son avocat.

A l'appui de ses prétentions, **SOC2.)** souligne que le contrat de prêt contient clairement un contrat de garantie financière au sens de la Loi de 2005 et que le caractère de police, résultant des termes de l'article 20 (4) rend ce contrat inattaquable judiciairement.

Elle conteste par ailleurs les conditions d'application des articles 445 et 446 du Code de commerce.

### Appréciation.

#### L'action née de la faillite.

L'article 635 du Code de commerce dispose qu'« ils (les tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale) connaîtront de tout ce qui concerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au livre III du présent code ».

L'article 635 vise les actions concernant la faillite, à savoir celles qui ne sont nées que par la déclaration de la faillite et trouvent les éléments de leur solution dans les textes propres à cette institution. Les actions de droit commun, celles dont la faillite n'a été que l'occasion, celles qui eussent pu naître en dehors de l'état de faillite du débiteur, celles qui s'appuient sur un droit qui n'est pas instauré ou organisé spécialement par la loi des faillites, continuent d'être régies par les règles ordinaires de compétence, tant au point de vue de la compétence matérielle que de la compétence territoriale. La distinction entre les actions nées de la faillite et celles qui en sont indépendantes, s'applique également sur le terrain du droit international privé (Cour d'appel, 6 novembre 2013, n°36358 du rôle ainsi que la référence y citée).

Le présent litige a trait à l'annulation d'un contrat de prêt adossé à un gage et la demande est basée principalement sur l'article 445 du Code de commerce aux termes duquel «Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque: Tous actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière à titre gratuit, ainsi que les actes, opérations ou contrats commutatifs ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle de ce qu'il a reçu en retour (...) ». L'annulation de ce contrat n'est demandée que parce que la société est en état de faillite et la présente action n'aurait pas pu naître sans la faillite. Il en découle que le tribunal de ce siège, ayant prononcé la faillite, est compétent pour en connaître.

Le curateur a par ailleurs intérêt à agir. En effet, il incombe au curateur de veiller au respect des dispositions légales en matière de faillite et d'agir en justice s'il constate des paiements faits en violation de ces dispositions.

## L'annulation du prêt avec restitution des actions face à la Loi de 2005.

En l'occurrence, il s'agit de déterminer si l'opération litigieuse est susceptible d'être annulée. Or, comme le souligne le curateur, le contrat de prêt adossé au gage ne forme qu'une seule et même opération économique et, étant donné que la demande du curateur tend à la restitution du gage par l'annulation du prêt, l'empêchement juridique à cette restitution fait que, même en cas de conditions de prêt anormales, ce résultat ne saurait être obtenu.

L'article 11 de la Loi de 2005 transpose l'article 4 de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière et introduit en droit luxembourgeois la possibilité pour le créancier gagiste de vendre de gré à gré les avoirs nantis sans devoir passer par une procédure ou une mise en demeure préalable.

L'article 20 (1) de la Loi de 2005 prévoit encore que les contrats de garantie financière d'avoirs ainsi que les faits entraînant l'exécution de la garantie et les modalités d'évaluation et d'exécution convenues entre les parties conformément à la présente loi sont valables et opposables aux tiers et curateurs.

De même, l'article 20 (4) dispose que les dispositions du Livre III (ayant trait aux faillites) du Code de commerce ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats.

En l'espèce, les parties ont convenu à l'article 6 b) du contrat de prêt *"if the borrower defaults on any terms and conditions set forth in this agreement, then the borrower will have no further rights, claims or interests in the pledged securities"*.

Il en découle que les parties ont librement convenu des modalités d'exécution du contrat de garantie financière qui sont, de ce fait, opposables aux tiers et le curateur ne saurait se baser sur les articles 445 et 446 du Code de commerce dont l'application a été expressément exclue par l'article 20 (4) de la Loi.

Il découle très clairement des travaux parlementaires que l'intention des rédacteurs du projet de loi a été d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation (P. Schleimer « Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires », J.T.L., n°7, p. 15, n°30).

Ainsi, il y est exposé que « L'ambition de mettre les contrats de prises de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité, doit se lire dans le contexte du récent Règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce Règlement, qui prévoit un système aménagé de l'effet universel de la lex concursus, dispose en son article 5.1 que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel dont bénéficie un créancier sur certains biens de son débiteur failli, si les biens en question se trouvent dans un pays autre que celui de l'ouverture de la faillite. Cette exception est limitée par l'article 5.4 du même Règlement qui dispose que les actions particulières en nullité ou inopposabilité restent néanmoins régies par la lex concursus, sauf si l'acte constitutif du droit réel est soumis à une loi autre que celle de l'Etat d'ouverture de la faillite et si cette autre loi ne permet aucun moyen d'attaquer l'acte (article 13). 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 » (doc. parl., n°5251, p. 21).

Il en découle que les contrats de garantie financière, de même que les modalités d'évaluation et d'exécution convenues, ne peuvent plus être remis en cause et qu'aucun tiers, en ce compris le curateur, ne peut demander leur annulation.

Le curateur n'est dès lors pas légalement investi du droit d'agir en restitution des 575.000 actions **SOC4.)** transférées à **SOC2.)** par **SOC1.)**.

Etant donné que cette demande est irrecevable, l'examen des conditions de validité du prêt au regard des articles 445 et 446 du Code de commerce devient sans objet.

Quant aux indemnités réclamées sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Etant donné que le curateur a succombé dans sa demande, il n'est pas recevable à demander une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

**SOC2.)** est à débouter de sa demande basée sur le même article étant donné qu'elle n'a pas démontré le caractère inéquitable requis.

#### **Par ces motifs :**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

**reçoit** la demande de Maître Laurent FISCH, pris en sa qualité de curateur de la société anonyme **SOC1.)** SA, en la forme ;

la **déclare** irrecevable ;

**déboute** chacune des parties de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

**condamne** la partie demanderesse aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de l'avocat de la partie défenderesse.