

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement commercial 2022TALCH02/01616

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

Numéro du rôle TAL-2022-02987 et TAL-2022-07430

Composition :

Anick WOLFF, 1^{ère} vice-présidente ;
Marlene MULLER, juge ;
Ines BIWER, juge ;
Paul BRACHMOND, greffier.

I. (TAL-2022-02987)

Entre :

La société anonyme **SOCIETE1.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre du Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

élisant domicile en l'étude de la société à responsabilité limitée NautaDutilh Avocats Luxembourg SARL, établie et ayant son siège social à L-1233 Luxembourg, 2, rue Jean Bertholet, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B189905, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Antoine LANIEZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse, comparant par Maître Florence REMOUCHAMPS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Antoine LANIEZ, avocat à la Cour, susdit, représentant la société NautaDutilh Avocats Luxembourg SARL préqualifiée aux fins de la présente procédure,

et :

1. La société à responsabilité limitée **SOCIETE2.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

2. la société à responsabilité limitée **SOCIETE3.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),

partie défenderesse, comparant par la société en commandite simple ALLEN & OVERY, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 5, avenue J.F. Kennedy, représentée par Maître Michel MEYERS, avocat, en remplacement de Maître Pierre SCHLEIMER, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, représentant la société ALLEN & OVERY préqualifiée aux fins de la présente procédure,

II. (TAL-2022-07430)

Entre :

1. La société anonyme **SOCIETE1.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre du Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),
2. Monsieur **PERSONNE1.)**, sans état connu, demeurant à F-ADRESSE3.),

élisant domicile en l'étude de la société à responsabilité limitée NautaDutilh Avocats Luxembourg SARL, établie et ayant son siège social à L-1233 Luxembourg, 2, rue Jean Bertholet, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B189905, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Antoine LANIEZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

parties demanderesses, comparant par Maître Florence REMOUCHAMPS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Antoine LANIEZ, avocat à la Cour, susdit, représentant la société NautaDutilh Avocats Luxembourg SARL préqualifiée aux fins de la présente procédure,

et :

1. La société à responsabilité limitée **SOCIETE2.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),
2. la société à responsabilité limitée **SOCIETE3.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),

parties défenderesses, comparant par la société en commandite simple ALLEN & OVERY, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 5, avenue J.F. Kennedy, représentée par Maître Michel MEYERS, avocat, en remplacement de Maître Pierre SCHLEIMER, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, représentant la société ALLEN & OVERY préqualifiée aux fins de la présente procédure.

I. Faits :

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, en date du 31 mars 2022, la partie demanderesse a fait donner assignation aux parties défenderesses à comparaître le vendredi 29 avril 2022 à 9h00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, Bâtiment CO, salle CO.1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

II. Faits :

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, en date du 23 septembre 2022, les parties demandereses ont fait donner assignation aux parties défenderesses à comparaître le vendredi 14 octobre 2022 à 9h00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, Bâtiment CO, salle CO.1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire sub I. fut inscrite sous le numéro TAL-2022-02987 du rôle pour l'audience publique du 29 avril 2022 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire sub II. fut inscrite sous le numéro TAL-2022-07430 du rôle pour l'audience publique du 14 octobre 2022 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

Les deux affaires furent utilement retenues à l'audience publique du 27 octobre 2022 2022, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Florence REMOUCHAMPS, en remplacement de Maître Antoine LANIEZ, donna lecture des assignations et exposa ses moyens.

Maître Michel MEYERS, en remplacement de Maître Pierre SCHLEIMER, exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t q u i s u i t :

Faits

La société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après « SOCIETE1.) »), constituée en 2014, détenait jusqu'au 14 décembre 2020 100 % des actions de la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) SARL (ci-après « SOCIETE3.) »), détenant elle-même 100 % du capital social de la société de droit israélien SOCIETE4.) LTD (ci-après « SOCIETE4.) »).

PERSONNE1.) est le bénéficiaire effectif de SOCIETE1.).

SOCIETE1.) a acquis, via SOCIETE3.), les actions d'SOCIETE4.) dont le principal actif est l'hôtel de luxe ENSEIGNE1.), situé à LIEU1.).

Cette acquisition a été réalisée avec un financement partiel de la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL (ci-après « SOCIETE2.) »). Aux termes d'un contrat de droit anglais dit « *Facility Agreement* » conclu le 29 août 2019 (ci-après le « Contrat de prêt »), SOCIETE3.) a souscrit un prêt à hauteur de 32.100.000,- USD auprès de SOCIETE2.), intervenant en qualité de prêteur et d'agent des sûretés. La date de maturité du prêt (*Initial Termination Date*) était initialement fixée au 29 août 2022.

Le Contrat de prêt était garanti, entre autres, par un « *Share Pledge Agreement* » (ci-après le « Contrat de gage ») conclu le 29 août 2020 entre SOCIETE1.) en qualité de constituant du gage, SOCIETE2.) comme bénéficiaire et créancier gagiste, SOCIETE3.) étant la société dont les parts étaient gagées.

En vertu du Contrat de gage, SOCIETE1.), actionnaire unique de SOCIETE3.) accordait à SOCIETE2.) un gage premier en rang soumis à la loi modifiée du 5 août 2005 relative aux contrats de garantie financière (ci-après la « Loi de 2005 ») sur la totalité des parts sociales qu'elle détenait dans SOCIETE3.) (ci-après les « Parts sociales nanties »).

L'article 8 du Contrat de gage prévoit que la garantie peut être réalisée par SOCIETE2.) en cas de survenance d'un « *Event of default* », tel que défini à l'article 23 du Contrat de prêt, se poursuivant dans le temps.

Le 29 août 2020, a été établie une « *Purchase Option Side Letter* » (ci-après l'« Option d'achat ») suivant laquelle SOCIETE2.) a accordé à PERSONNE1.) une option d'achat des Parts sociales nanties dans l'hypothèse où le gage serait réalisé par SOCIETE2.), sous les conditions décrites dans l'Option d'achat.

Après plusieurs courriers de SOCIETE2.) annonçant l'existence d'*Events of default* dans le chef de SOCIETE1.), SOCIETE2.) a adressé, le 14 décembre 2020, une « *Notice of Acceleration* » à SOCIETE1.), la société SOCIETE5.), SOCIETE3.) et PERSONNE1.), dénonçant le Contrat de prêt en raison de plusieurs *Events of default*, entraînant l'exigibilité immédiate du Contrat de prêt.

Le 15 décembre 2020, SOCIETE2.) a notifié à PERSONNE1.) une « *Appropriation Notice* » aux termes de laquelle elle l'informe avoir pris possession des Parts sociales nanties en application du Contrat de prêt et du Contrat de gage.

PERSONNE1.) a déclaré lever l'Option d'achat suivant courrier adressé à SOCIETE2.) le 26 mars 2021.

Après avoir demandé à PERSONNE1.) des informations supplémentaires, SOCIETE2.) l'a informé, par courrier du 1^{er} avril 2021, que l'Option d'achat avait expiré, ce qui fut contesté par PERSONNE1.) suivant courrier du 8 avril 2021.

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 31 mars 2022, SOCIETE1.) a fait donner assignation à SOCIETE2.) et SOCIETE3.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Par exploit d'huissier de justice du 23 septembre 2022, SOCIETE1.) et PERSONNE1.) ont fait donner assignation à SOCIETE2.) et SOCIETE3.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Prétentions et moyens des parties

SOCIETE1.), dans l'assignation du 31 mars 2022, demande à voir constater:

- à titre principal, que l'exécution du gage sur 100 % des actions de SOCIETE3.) détenues par SOCIETE1.) est frauduleuse ;
- à titre subsidiaire, que l'exécution du gage est abusive ;
- à titre encore plus subsidiaire, que l'exécution du gage est nulle alors qu'il ne peut y avoir de transfert de droits sur une terre israélienne à une entité étrangère sans l'approbation du Président de l'autorité foncière israélienne ;

et en conséquence, à voir :

- déclarer nulle l'exécution de ce gage ;

- condamner SOCIETE2.) à restituer à SOCIETE1.) 100 % des actions de SOCIETE3.) avec effet au 14 décembre 2020, sous peine d'astreinte de 10.000,- EUR par jour de retard, sinon tout autre montant ;
- annuler les résolutions et toutes décisions prises par SOCIETE2.) en tant qu'actionnaire de SOCIETE3.) à compter du 14 décembre 2020 ;
- assortir ces condamnations, en cas de non-respect total ou partiel, du paiement d'une astreinte journalière de 250.000,- EUR par violation constatée à compter du prononcé du jugement à intervenir, sinon de la signification du jugement à intervenir jusqu'à un montant maximum de 10.000.000,- EUR, sinon tout autre montant.

A titre infiniment subsidiaire, SOCIETE1.) demande à voir constater que SOCIETE2.) a engagé sa responsabilité contractuelle à l'égard de SOCIETE1.) et partant à voir condamner SOCIETE2.) à lui payer des dommages et intérêts équivalents à la valeur de 100 % des actions de SOCIETE3.).

SOCIETE1.) demande, en tout état de cause, à voir :

- condamner SOCIETE2.) à lui payer des dommages et intérêts à hauteur de 70.050.000,- EUR, tels qu'évalués provisoirement, augmentés des intérêts au taux légal à compter de l'assignation, sinon du jugement à intervenir jusqu'à solde, composé comme suit :
 - actifs perdus suite à la réalisation du gage : 60.000.000,- EUR
 - atteinte à la réputation de SOCIETE1.) : 10.000.000,- EUR
 - dommages moraux : 50.000,- EUR ;
- condamner SOCIETE2.) au paiement de dommages et intérêts pour les frais d'avocat provisoirement évalués à 50.000,- EUR ;
- condamner SOCIETE2.) au paiement d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile à hauteur de 10.000,- EUR ;
- condamner SOCIETE2.) à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonner la distraction à Maître Antoine LANIEZ, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance ;
- ordonner l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

SOCIETE1.) et PERSONNE1.), dans l'assignation du 23 septembre 2022, demandent à voir :

- constater que SOCIETE2.) est en défaut d'exécuter ses obligations au terme du *Purchase Option Side Letter* ;
- en ordonner l'exécution forcée par SOCIETE2.).
- principalement, dire que l'offre de rachat émise le 31 mars 2021 a valablement été émise et que SOCIETE2.) est liée et doit transférer les parts en question sans délais à SOCIETE1.) avec toutes les charges y afférentes (y compris fiscales) à la charge de SOCIETE2.) ;
- subsidiairement, dire que l'offre de rachat émise le 31 mars 2021 a valablement été émise et que SOCIETE2.) est liée et doit transférer les parts en question sans délais à PERSONNE1.) avec toutes les charges y afférentes (y compris fiscales) à la charge de SOCIETE2.) ;

- assortir la condamnation, en cas de non-respect total ou partiel, du paiement d'une astreinte journalière de 250.000,- EUR par violation constatée à compter du prononcé du jugement à intervenir, sinon de la signification du jugement à intervenir jusqu'à un montant maximum de 10.000.000,- EUR, sinon tout autre montant ;
- dire que le montant à verser correspondant à cette option d'achat est celui réclamé par SOCIETE2.) le 24 mars 2021, soit le montant de 50.790.334,- USD, soit le montant de 42.955.289,20 EUR au taux du 24 mars 2021 (1 EUR pour 1,1824 USD) et que les parties demanderesses disposeront d'un délai de deux mois pour en verser le montant, après compensation avec les dommages et intérêts accordés selon le jugement à intervenir ;
- annuler toutes les décisions prises depuis le 31 mars 2021 par SOCIETE2.) en tant qu'actionnaire de SOCIETE3.) et en particulier les assemblées générales tenues depuis lors.

Ils demandent en tout état de cause à voir

- dire le jugement à intervenir opposable à SOCIETE3.) ;
- condamner SOCIETE2.) à verser à SOCIETE1.) le montant de 17.044.710,80 EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel ;
- condamner SOCIETE2.) à verser à SOCIETE1.) le montant de 50.000,- EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral,
- condamner SOCIETE2.) à verser à PERSONNE1.) le montant de 17.044.710,80 EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel ;
- condamner SOCIETE2.) à verser à PERSONNE1.) le montant de 50.000,- EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral,
- condamner SOCIETE2.) au remboursement des frais d'avocat provisoirement évalués à 50.000,- EUR ;
- condamner SOCIETE2.) au paiement d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile à hauteur de 10.000,- EUR ;
- condamner SOCIETE2.) à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonner la distraction au profit de Maître Antoine LANIEZ, qui affirme en avoir fait l'avance ;
- ordonner l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

A l'appui de sa demande, SOCIETE1.) fait exposer que SOCIETE2.) ferait état de défaillances artificielles.

SOCIETE1.) conteste la matérialité des prétendus cas de défaut, de sorte que la *Notification of default* et la *Notice of acceleration* ne seraient pas valables et ne viseraient qu'à permettre à SOCIETE2.) à s'approprier les actifs de SOCIETE1.) à vil prix.

Elle fait valoir que SOCIETE3.) aurait, le 22 mars 2020, adressé un courrier à SOCIETE2.), sollicitant un aménagement des échéances du Contrat de prêt en raison des difficultés financières rencontrées par SOCIETE4.) en Israël en lien avec la pandémie du COVID-19.

Par courrier du 2 avril 2020, SOCIETE2.) aurait répondu favorablement à cette demande, affirmant être ouverte à discuter des modalités du Contrat de prêt et des obligations de ses débiteurs, sollicitant toutefois une réponse avant le 8 avril 2020 sur certains points et réclamant certains documents en vue d'apprécier la situation et les perspectives financières

de SOCIETE3.) et de l'hôtel, à savoir un business plan révisé pour l'année 2020 ou tout autre projection financière pour 2020, des documents relatifs à l'opérateur hôtelier et une mise à jour concernant les paiements dus au titre du prêt.

SOCIETE1.) affirme avoir transféré les documents demandés à SOCIETE2.), soit avant même la demande de SOCIETE2.), soit après la demande de celle-ci.

Concernant les demandes de SOCIETE2.) en rapport avec un plan de restructuration du groupe SOCIETE6.) (ci-après « SOCIETE6. »), dont ferait partie SOCIETE1.), celle-ci aurait informé SOCIETE2.), le 12 avril 2020, du retard de transfert des actifs vers la société SOCIETE7.) en raison de la pandémie, mais que ses équipes y travaillaient. Un projet de contrat aurait été annexé.

Suivant courrier du 19 mai 2020, SOCIETE2.) aurait réitéré ses affirmations d'existence d'*Events of default* qui se poursuivraient depuis le mois de mars 2020, concernant notamment le paiement des intérêts et la notification du transfert des parts immobilières dans le cadre de SOCIETE6.).

SOCIETE2.) n'aurait cependant pris aucune décision particulière en application du Contrat de prêt, mais uniquement invité SOCIETE3.) à fournir diverses informations, et notamment la preuve de la réalisation du transfert des parts litigieuses vers SOCIETE7.) jusqu'au 30 juin 2020.

Par ce courrier, les prétendus *Events of default* invoqués en mars 2020 auraient été purgés.

Le 22 mai 2020, SOCIETE3.) aurait une nouvelle fois contesté l'existence des *Events of default* allégués, en soulignant la cause des difficultés rencontrées, à savoir la pandémie mondiale. Elle aurait cependant expliqué que la preuve de la réalisation du transfert de parts immobilières pourrait être fournie pour le 31 juillet 2020.

A la même occasion, SOCIETE3.) aurait expliqué qu'elle serait éligible à des prêts bancaires garantis par l'Etat israélien dans le cadre de l'aide promise par le gouvernement israélien aux commerces les plus touchés par la pandémie, et qu'elle aurait dès lors, conformément au Contrat de prêt, besoin de l'approbation de SOCIETE2.).

En réponse, SOCIETE2.) aurait, par courrier du 18 juin 2020, maintenu sa position quant aux *Events of default*, tout en prenant acte de la proposition de prêt bancaire garanti par l'Etat israélien et en demandant à SOCIETE3.) de la tenir informée des développements futurs à cet égard.

Par courrier du 21 juillet 2020, SOCIETE2.) aurait invoqué de nouveaux *Events of default*, mais accordé l'aménagement des échéances du Contrat de prêt.

Le 22 juillet 2020, SOCIETE2.) aurait signé une « *Waiver notice* » aux termes de laquelle elle aurait renoncé à se prévaloir d'un quelconque *Event of default* intervenu avant cette date, de sorte que SOCIETE2.) ne pourrait actuellement plus se prévaloir de tels *Events of default*.

Par la suite, SOCIETE3.) aurait respecté toutes les obligations contractuelles lui incombant, notamment le paiement des différentes échéances telles que réaménagées. Le non-

paiement partiel à hauteur de 14.278,- EUR dû pour l'échéance de septembre 2020 aurait résulté d'un malentendu et aurait été payé le 9 octobre 2020.

Suivant courrier intitulé « *Notice of default* » envoyé à SOCIETE1.), SOCIETE3.) et SOCIETE5.) le 4 novembre 2020, SOCIETE2.) aurait fait état de plusieurs *Events of default*, mais se serait limitée à inviter les destinataires à se rapprocher d'elle et à apporter certaines réponses.

Par courrier du 25 novembre 2020, SOCIETE1.) aurait contesté l'intégralité des cas de défauts soulevés qui ne se seraient pas matérialisés et qui en tout état de cause n'existeraient plus, tout en rappelant que des accords seraient intervenus entre parties, notamment en raison de la situation exceptionnelle résultant de la pandémie du COVID-19, pour aménager certaines conditions d'exécution du Contrat de prêt.

SOCIETE1.) affirme qu'à la date du 25 novembre 2020, plus aucun cas de défaut permettant de passer à la déchéance du terme telle qu'intervenue le 14 décembre 2020 n'aurait été ouvert.

SOCIETE2.) aurait alors, le 14 décembre 2020, indiqué avoir réalisé le gage, sans avoir notifié auparavant son débiteur de l'exercice de cette sûreté, mais se contentant, le 15 décembre 2020, de notifier au bénéficiaire effectif de SOCIETE1.), PERSONNE1.), une *Appropriation notice* aux termes de laquelle elle l'a informé avoir pris possession des Parts sociales nanties.

Depuis le 15 décembre 2020, SOCIETE2.) aurait dès lors, sans raison valable, pris le contrôle des actifs appartenant à SOCIETE1.), sans opérer la moindre évaluation des actifs ainsi acquis et sans avoir déchargé la dette sous-jacente.

Elle aurait par ailleurs, dès le 15 décembre 2020, procédé à des modifications auprès du Registre de commerce et des sociétés concernant SOCIETE3.), malgré la contestation de SOCIETE1.) concernant la validité de la réalisation du gage.

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) font exposer que plusieurs *Events of default* seraient survenus. Le plan de paiement conclu entre parties n'aurait pas été respecté par SOCIETE3.) et elle aurait conclu un prêt avec la banque SOCIETE8.) en Israël, en violation des termes clairs du Contrat de prêt. Il n'y aurait eu aucun accord portant sur le paiement de 50 % des intérêts, contrairement aux affirmations de SOCIETE1.).

Son courrier du 4 décembre 2020 par lequel elle demandait à SOCIETE3.) de remédier aux défauts invoqués serait resté sans réponse, de sorte que ce serait à juste titre que SOCIETE2.) aurait accéléré le prêt et mis en œuvre des garanties consenties par SOCIETE3.).

SOCIETE1.) se limiterait à contester la matérialité des prétendus cas de défaut, sans apporter d'éléments concrets qui rendraient crédible cette contestation.

SOCIETE2.) conteste toute purge des *Events of default* invoqués en mars 2020 ainsi que l'existence d'une *Waiver notice*, non versée aux débats.

La réalisation du gage aurait été valablement notifiée à SOCIETE1.) au moyen de la *Notice of acceleration*.

SOCIETE2.) fait encore valoir que les levées de l'Option d'achat accordée à PERSONNE1.) auraient été inopérantes, alors que tous les documents nécessaires à cet effet n'auraient pas été produits.

Le fait de tenter de lever l'Option d'achat reviendrait par ailleurs à accepter que les Parts sociales nanties étaient valablement devenues la propriété de SOCIETE2.).

La demande de jonction

SOCIETE1.) demande la jonction des rôles TAL-2022-02987 et TAL-2022-07430.

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) s'étaient initialement opposées à la jonction des deux rôles en arguant que la demande de SOCIETE1.) en ce sens aurait pour conséquence de prolonger artificiellement l'instance introduite en premier lieu.

A l'audience des plaidoiries, elles se sont cependant rapportées à prudence de justice pour autant que la deuxième assignation n'a pas pour effet de retarder le jugement dans la première affaire.

Le tribunal constate qu'il résulte des éléments de la cause que les deux demandes découlent du même ensemble contractuel composé du Contrat de prêt, du Contrat de gage et de l'Option d'achat.

Il convient dès lors de retenir qu'il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de joindre les deux rôles pour statuer par un seul et même jugement, de sorte qu'il y a lieu d'ordonner la jonction des deux rôles.

Le déclinatoire de compétence

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) soulèvent *in limine litis* un déclinatoire de compétence en ce que le Contrat de prêt est soumis, conformément à son article 41.1, à la compétence exclusive des tribunaux anglais.

Or, dans la mesure où dans la présente affaire le tribunal serait amené à se prononcer, dans le cadre de la demande infiniment subsidiaire de SOCIETE1.) tendant à voir constater la responsabilité contractuelle de SOCIETE2.) pour une prétendue inexécution fautive de l'article 23 du Contrat de prêt, sur l'existence d'*Events of default* et la validité de l'accélération du crédit en application du Contrat de prêt, question qui relèverait de la compétence exclusive des tribunaux anglais, il devrait décliner sa compétence pour connaître de la demande infiniment subsidiaire.

SOCIETE1.) conteste que la compétence des tribunaux anglais puisse empêcher le tribunal actuellement saisi de statuer sur la demande soumise à son appréciation, de sorte que le déclinatoire de compétence serait à rejeter.

Appréciation du tribunal

Le tribunal constate d'emblée que le déclinatoire de compétence ne porte que sur la demande infiniment subsidiaire, et que dès lors la compétence territoriale du tribunal saisi pour connaître des autres demandes n'est pas contestée.

Concernant la demande de SOCIETE1.) telle que formulée à titre infiniment subsidiaire, le tribunal relève que dans l'assignation, celle-ci affirme que « c'est illégalement que SOCIETE2.) a invoqué les articles 8 et 23 du *Share Pledge Agreement* et a réalisé sa sûreté en s'appropriant les actifs nantis ».

Il convient en premier lieu de constater que l'article 23 du Contrat de gage n'existe pas et que SOCIETE1.) se réfère en réalité à l'article 23 du Contrat de prêt traitant des « *Events of default* ».

L'article 41.1 du Contrat de prêt stipule que

- (a) *Unless specifically provided in another Finance Document in relation to that Finance Document, the courts of England have exclusive jurisdiction to settle any dispute arising out of or in connection with any Finance Document (including a dispute relating to the existence, validity or termination of any Finance Document or any non-contractual obligation arising out of or in connection with any Finance Document) (a Dispute).*
- (b) *The Parties agree that the courts of England are the most appropriate and convenient courts to settle Disputes and accordingly no Party will argue to the contrary.*
- (c) *Notwithstanding paragraph (a) above, no Finance Parties shall be prevented from taking proceedings relating to a Dispute in any other courts with jurisdiction. To the extent allowed by law, the Finance Parties may take concurrent proceedings in any number of jurisdiction.*

Il en résulte que nonobstant la compétence exclusive des tribunaux anglais stipulée au paragraphe (a), les parties sont en droit d'introduire des procédures devant d'autres juridictions compétentes.

Le tribunal de céans étant compétent, non seulement en application du Contrat de gage prévoyant en son article 21 la compétence des tribunaux de Luxembourg, mais également en application de l'article 28 du Nouveau Code de procédure civile, c'est dès lors à tort que SOCIETE2.) et SOCIETE3.) invoquent l'incompétence territoriale du tribunal saisi pour connaître de la demande qui lui est actuellement soumise.

Il y a en conséquence lieu de rejeter le déclinatoire de compétence.

Le principe de l'estoppel

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) concluent encore *in limine litis* à l'irrecevabilité de la demande adverse, alors que la demande de SOCIETE1.) contreviendrait à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Celle-ci agirait de manière incohérente, en faisant plaider, dans la procédure introduite par l'assignation du 31 mars 2022, à la nullité de l'exécution du gage et à la restitution des Parts sociales nanties, tandis que dans la procédure introduite par l'assignation du 23 septembre 2022 elle plaiderait à l'exécution forcée de l'option d'achat accordée aux termes de la *Purchase Option Side Letter*, valant reconnaissance par SOCIETE1.) de la propriété des Parts sociales nanties dans le chef de SOCIETE2.).

SOCIETE1.) fait valoir que la deuxième assignation n'aurait été introduite qu'à titre conservatoire, dans l'hypothèse où la réalisation du gage ne serait pas annulée par le tribunal dans le cadre de la demande principale, de sorte qu'il n'y aurait aucune contradiction

dans ses demandes et que dès lors le principe de l'estoppel ne serait pas applicable en l'espèce.

Appréciation du tribunal

Selon la théorie connue en droit anglo-saxon sous la dénomination d'« estoppel », et en droit français sous la dénomination « principe de cohérence », il est interdit de se contredire au détriment d'autrui. Chacun doit être cohérent avec soi-même, nul ne peut se contredire soi-même. Celui qui adopte un comportement contraire à son attitude ou à ses dires antérieurs, viole la confiance légitime placée en lui (Jurisclasseur civil, App. Art. 1131 à 1133, nos 80 - 82; Cass.fr, chambre commerciale, 20 septembre 2011, n° 10-22888, RTDC 2011, p. 760, note Bertrand FAGES.)

Le principe d'estoppel est constitutif d'un changement de position en droit, de nature à induire en erreur sur ses intentions.

L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est une déclinaison de la bonne foi et l'expression objective d'une certaine loyauté procédurale. Et d'autres règles - les règles de procédure civile - ont intrinsèquement pour fonction d'assurer la loyauté des débats.

Ce principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui a été consacré par la Cour de cassation française, laquelle, en accueillant la fin de non-recevoir tirée de l'application de la règle de l'estoppel, a déclaré irrecevable une action en justice.

Il a été expliqué en doctrine que l'estoppel visait davantage un comportement que des prétentions, partant qu'il visait moins à opérer une sélection des prétentions litigieuses qu'à inciter le plaideur à adopter un bon comportement, une bonne attitude, au cours du processus juridictionnel. Tant que l'attitude du plaideur demeure acceptable, il ne lui est pas interdit de se contredire (Mehi Kebir, note sous : Cass. civ. fr. 15 mars 2018, Dalloz Actualités, éd. 16 mai 2018).

Concernant la nature de l'estoppel, il s'agit, selon la Cour de cassation française, d'une « attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles, dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions » (Cass. française 2ème civ., 15 mars 2018, n° 17-21-991, n° 17-21-992, n° 17-21-993, n° 17-21-994, n° 17-21-997 et n° 17-21-998: JurisData n° 2018-003495, n° 2018-0033669).

Du point de vue de la qualification, trois éléments cumulatifs s'imposent donc pour caractériser l'estoppel :

- il s'agit d'un « changement d'attitude procédurale » ;
- ce changement est caractérisé par « l'adoption de positions contraires ou incompatibles entre elles » ;
- les conditions de l'estoppel sont de nature à induire l'adversaire en erreur sur les intentions du plaideur.

Il est encore admis qu'il ne peut être tenu compte des allégations antérieures à la procédure pour considérer qu'une partie s'était contredite au détriment d'autrui (Cass. 2ème civ., 22 juin 2017, n° 15-29.202 : JurisData n° 2017-012262).

En l'espèce, le tribunal relève que si la demande contenue dans l'assignation du 23 septembre 2022 semble être en contradiction avec celle de l'assignation du 31 mars 2022, en ce que la demande en exécution forcée de l'Option d'achat dans le chef de PERSONNE1.) n'a de sens que dans l'hypothèse où le gage des Parts sociales nanties de SOCIETE3.) en faveur de SOCIETE2.) n'est pas annulé, il résulte cependant de l'assignation du 23 septembre 2022 que « l'objet du présent litige est d'obtenir exécution forcée, dans l'hypothèse où l'exécution du gage serait déclarée valable dans le cadre de la procédure sous rôle TAL-2022-02987, *quod non* ».

Il s'en déduit que l'assignation du 23 septembre 2022 a un caractère subsidiaire par rapport à l'assignation du 31 mars 2022, de sorte qu'aucune contradiction entre la demande principale en annulation de la réalisation du gage et celle, subsidiaire dans l'hypothèse où la réalisation du gage est valable, en exécution forcée de l'option d'achat en faveur de PERSONNE1.) ne peut être retenue.

En l'absence d'incohérence dans les demandes de SOCIETE1.) et PERSONNE1.), il y a lieu de déclarer non fondé le moyen basé sur le principe de l'estoppel.

Le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) concluent à l'irrecevabilité de la demande introduite par l'assignation du 31 mars 2022, dans la mesure où SOCIETE1.) demanderait d'un côté, à titre principal, subsidiaire et encore plus subsidiaire, l'annulation de l'exécution du gage et la restitution des parts gagées par SOCIETE2.) et, à titre infiniment subsidiaire, de constater la responsabilité contractuelle de SOCIETE2.) et de la voir condamner au paiement de dommages et intérêts, soit des demandes de nature contractuelle.

Elle demanderait, de l'autre côté, en tout état de cause, la condamnation de SOCIETE2.) au paiement de dommages et intérêts à hauteur de 70.050.000,- EUR sur base des règles de la responsabilité délictuelle.

Les demandes ainsi formulées dans l'assignation du 31 mars 2022 violeraient dès lors le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, de sorte qu'elles seraient à déclarer irrecevables.

SOCIETE1.) n'a pas pris position sur ce moyen.

Appréciation du tribunal

La règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle interdit à la victime, dès lors que les conditions d'application de la responsabilité contractuelle sont réunies, de placer son action sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle (JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances - Encyclopédies - Fasc. 176-10 : Droit à réparation. – Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle. – Généralités. – Domaine des responsabilités délictuelle et contractuelle entre contractants).

Il ne suffit pas pour que la responsabilité soit contractuelle, qu'il existe un contrat, il faut encore que le dommage trouve sa source dans l'inexécution d'une obligation contractuelle. Il convient donc d'analyser le contenu du contrat et de rechercher quelles sont les obligations, explicites ou implicites, qui y sont effectivement rattachées. Ce n'est que lorsque le dommage a été causé par l'inexécution de l'une de celles-ci que la responsabilité est

contractuelle. En revanche, lorsque le dommage subi par la victime trouve sa source en dehors de l'inexécution d'une obligation contractuelle, la responsabilité est délictuelle (extracontractuelle), y compris lorsque le dommage a été réalisé à l'occasion de l'exécution du contrat (op. cit. n° 9).

Or, il est admis que la règle du non-cumul est une règle de fond, relative au droit applicable à la situation dommageable et que dès lors une éventuelle irrecevabilité de la demande est une irrecevabilité de fond, relevant de l'analyse au fond de l'affaire.

La loi applicable

SOCIETE1.) conclut, au fond, principalement à la nullité de l'exécution du Contrat de gage, alors que ce serait de manière frauduleuse et sur base d'*Events of default* artificiels que SOCIETE2.) se serait prévalu du Contrat de gage pour s'approprier les actions dans SOCIETE3.). Les parties auraient en réalité convenu de modifier certaines dispositions du Contrat de prêt. SOCIETE2.) serait cependant revenue par la suite sur ces modifications pour invoquer des *Events of default* qui auraient été purgés par le moyen de ces modifications.

En ordre subsidiaire, elle conclut à la nullité de l'exécution du Contrat de gage en raison d'un abus de droit commis par SOCIETE2.), alors que celle-ci aurait utilisé la réalisation du gage à des fins étrangères au paiement de sa créance. La réalisation anticipée de l'usage de son gage devrait être considérée comme étant un abus de droit si elle est faite dans l'intérêt principal de contrôler l'actif nanti au dépend du paiement de la créance du créancier gagiste.

En l'espèce, l'abus de droit serait constitué par l'absence de toute justification contractuelle, alors que SOCIETE1.) se serait conformée aux exigences du Contrat de prêt, tandis que SOCIETE2.) aurait eu comme seule intention de s'approprier illégalement les Parts sociales nanties.

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) contestent que les *Events of default* invoqués par SOCIETE2.) soient à qualifier d'artificiels. Elles font valoir que la qualification des *Events of default*, conformément au Contrat de prêt, serait soumis au droit anglais. Or, à défaut par SOCIETE1.) d'avoir rapporté le contenu de la loi anglaise et dès lors d'avoir prouvé, en application de cette loi, que les *Events of default* seraient inexistantes, sinon artificiellement créés par SOCIETE2.), SOCIETE1.) ne saurait aboutir dans sa demande.

Appréciation du tribunal

Le Contrat de gage est soumis au droit luxembourgeois et plus particulièrement à la Loi de 2005.

L'article 1.2 du Contrat de gage stipule que « *Event of Default has the meaning given to such term in the Facility Agreement* », tandis que l'article 8 (a) du Contrat de gage stipule que « *at any time following the occurrence of an Event of Default which is continuing, the Pledgee is entitled to enforce the Pledge immediately, at its absolute discretion, at the sole cost of the Pledgor, and exercise any right (...)* ».

Les *Events of default* sont définis à l'article 23 du Contrat de prêt, qui est, en application de son article 40, soumis au droit anglais.

Il résulte de ce qui précède que si le Contrat de gage est soumis au droit luxembourgeois, la question de l'existence d'un *Event of Default* est soumise au droit anglais, de sorte qu'il appartient en principe au tribunal de céans de se référer à cette loi pour déterminer si SOCIETE2.) a eu recours à juste titre au gage qui lui avait été conféré par SOCIETE1.).

Il a été retenu longtemps que le droit étranger constitue pour le juge luxembourgeois un fait et celui qui s'en prévaut doit en rapporter la preuve (CAL 2 décembre 1999, n° 48615 du rôle) et que le contenu de la loi étrangère étant une question de fait, la charge de la preuve de la loi étrangère incombe en principe au demandeur dont la prétention est soumise à la loi étrangère (CAL, 12 février 2014, n° 39606 du rôle).

Cette solution a aussi pendant longtemps bénéficié des faveurs des juridictions françaises.

Or, un revirement de jurisprudence est intervenu par deux arrêts de la Cour de cassation française du 28 juin 2005 (Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005, Sté A.) : Rev. crit. DIP 2005, p. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt ; D. 2005, p. 2853, note Bouche, pan. p. 2748, obs. Kenfack ; D. 2006, pan. p. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke. – Cass. com., 28 juin 2005, Sté I.) : Rev. crit. DIP 2005, p. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt ; D. 2005, p. 2853, note Bouche, pan. p. 2748, obs. Kenfack ; D. 2006, pan. p. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; RTD com. 2005, p. 872, obs. Ph. Delebecque ; GAJDIP, n° 83).

La Haute juridiction française retient en effet désormais qu'« il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ».

La jurisprudence belge se prononce dans le même sens.

Le juge n'est tenu de se lancer dans des investigations personnelles que s'il ne se satisfait pas des éléments que spontanément ou sur sa demande les parties auront pu produire (Ancel et Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, éd. 2006, Dalloz, commentaires par Ancel et Lequette, p. 727: principe de la « subsidiarité des diligences du magistrat »).

L'appel prioritaire à la collaboration des parties est également de nature à veiller au respect du principe du contradictoire dans la recherche de la teneur de la loi étrangère.

Certaines juridictions de fond luxembourgeoises ont adopté la même solution et retiennent que le juge luxembourgeois a l'obligation de rechercher le contenu et la portée du droit étranger qu'il reconnaît applicable, sans qu'il ne puisse se décharger de cette obligation sur les parties. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité d'établir la teneur de cette loi, que la loi du for peut trouver application à titre subsidiaire (CAL 28 juin 2022, n° CAL-2021-01016 du rôle).

En application de ces principes, il appartient dès lors, en l'espèce, au tribunal de céans d'appliquer la loi anglaise à l'appréciation des *Events of default* invoqués par SOCIETE2.) à l'appui de la réalisation du gage.

Les parties n'ayant cependant pas soumis au tribunal les éléments lui permettant de déterminer le contenu de la loi anglaise applicable à la question juridique sur laquelle il est amené à se prononcer et dès lors de se prononcer de manière éclairée sur base de cette loi, il convient de les inviter, avant tout autre progrès en cause, à produire les éléments de droit anglais applicables à la qualification des *Events of default* définis dans le Contrat de prêt et invoqués par SOCIETE2.) à l'appui de la réalisation du gage.

Il y a lieu de réserver le surplus.

Par ces motifs :

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

ordonne la jonction des rôles inscrits sous les numéros TAL-2022-02987 et TAL-2022-07430,

se **déclare** compétent pour en connaître,

reçoit les demandes en la forme,

avant tout autre progrès en cause, **invite** les parties à produire les éléments de droit anglais nécessaires à l'appréciation des *Events of default* tels que définis dans le *Facility agreement* du 29 août 2019,

sursoit à statuer sur le surplus,

fixe l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique du mercredi 22 février 2023 à 09.00 heures, salle d'audience CO1.01,

réserve les droits des parties et les dépens.