

No rôle : 118264
Réf. No. 394/2009
du 28 mai 2009
à 14h55

Audience publique extraordinaire des référés du jeudi, 28 mai 2009, tenue par Nous Pascale DUMONG, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Guy BONIFAS.

DANS LA CAUSE
ENTRE

Monsieur A.), demeurant à L-(...),

élisant domicile en l'étude de Maître Bernard FELTEN, avocat demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Canan CETIN, avocat, en remplacement de Maître Bernard FELTEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

1.) la société anonyme **BQUE.1.)** S.A. (anciennement **BQUE.1'.**) S.A.), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Henry DUPONG, avocat, demeurant à Luxembourg,

2.) la société par actions simplifiées **SOC.1d.)** S.A.S., établie et ayant son siège social à F-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de (...) sous (...), représentée par son Président actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Fayza Linda OMAR, avocat, en remplacement de Maître Mathias PONCIN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 18 mai 2009, Maître Canan CETIN donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Henry DUPONG et Maître Fayza Linda OMAR répliquèrent.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg des 6 et 7 novembre 2008, **A.)** a fait donner assignation à la société anonyme **BQUE.1.)** S.A. et la société **SOC.1d.)** S.A.S. à comparaître devant le juge des référés pour voir nommer un séquestre avec la mission de conserver les montants donnés en garantie au profit de **SOC.1d.)** S.A.S. et se trouvant auprès de la **BQUE.1.)** S.A. aux termes de la garantie bancaire conclue en date du 13 février 2007 et ce jusqu'à résolution de la procédure qui est en cours en France, sinon, pour voir ordonner toute autre mesure conservatoire afin de bloquer les montants donnés en garantie par le requérant au profit de la partie **SOC.1d.)** S.A.S. et qui se trouvent auprès de la **BQUE.1.)** S.A. et pour voir empêcher l'exécution de la garantie litigieuse aussi longtemps que le Centre de Médiation (...) de (...) n'aura pas rendu sa décision finale et pour voir condamner la société **SOC.1d.)** S.A.S. à payer à la requérante une indemnité de procédure de 1.500 euros.

A.) expose à l'appui de sa demande qu'il a cédé, aux termes d'un protocole de cession conclu en date du 13 décembre 2006 avec la société **SOC.1d.)** S.A.S., les titres qu'il détenait dans le capital des trois sociétés **SOC.1a.)**, **SOC.1b.)** et **SOC.1c.)**, que cette cession était assortie d'une convention portant garantie d'actif et passif conclue en date du 15 février 2007 entre le requérant et la société **SOC.1d.)** S.A.S. et que la bonne exécution de cette convention de garantie était elle-même assurée au moyen d'une garantie bancaire autonome dite « à première demande », consentie à la société **SOC.1d.)** par la **BQUE.1.)** S.A.S., conclue en date du 13 février 2007.

Le requérant explique, de même, que la société **SOC.1d.)** S.A.S., estimant à tort, réunir les conditions lui permettant de mettre en œuvre à son profit la garantie, a saisi le requérant d'une demande de paiement par courriers des 18 et 24 juillet 2008, qu'en réponse à ces courriers, le requérant a pris position par l'intermédiaire de son conseil par courrier du 1^{er} août 2008, alors que la demande d'exécution de la garantie formulée est abusive et fondée sur de fausses allégations, que pour rétablir la vérité et obtenir justice, le requérant a porté le litige devant le Centre de Médiation (...) de (...) en date du 7 octobre 2008, que le requérant est informé des difficultés financières de la société **SOC.1d.)** S.A.S. et a de sérieuses raisons de craindre qu'il ne puisse plus récupérer les montants qui seraient éventuellement payés par la banque à la société **SOC.1d.)** S.A.S. dans le cadre de la garantie.

La demande en nomination d'un séquestre est basée principalement sur l'article 933 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile, sinon sur l'article 932 alinéa 1 du même code.

La société **SOC.1d.)** S.A.S. soulève tout d'abord l'incompétence ratione loci de la juridiction du président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, au motif qu'en vertu d'une clause attributive de compétence contenue au contrat intitulé « *déclaration et garantie* » signé le 15 février 2007, les parties « porteront leur différent devant le tribunal de commerce de Paris ».

Il y a lieu de rappeler que pour pouvoir statuer sur l'exception d'incompétence territoriale, le juge des référés a les mêmes pouvoirs que ceux qui devraient appartenir au juge du fond s'il avait eu à statuer sur l'exception d'incompétence. Par ailleurs, la compétence territoriale internationale en matière de référé doit être déterminée par les règles de compétence internationale régissant le fond (Cour, 26 novembre 1991, rôle 12898 ; Réf. Lux. 22 mai 2000, rôle 344/2000).

Mais spécialement en matière de référé, la compétence appartient aussi au président de la juridiction du lieu où doivent être prises et exécutées les mesures qui lui sont demandées (Droit judiciaire privé, Solus et Perrot, T3, p.670).

Il est partant admis que la juridiction compétente pour ordonner une mesure provisoire ou conservatoire, ne peut être qu'une juridiction de l'Etat sur le territoire duquel la mesure doit être exécutée, la raison en étant que le juge du lieu où la mesure provisoire ou conservatoire doit être exécutée est, en raison de la proximité, le mieux placé pour suivre les opérations et statuer sur les incidents y afférents.

La demande en nomination d'un séquestre portant en l'espèce sur des fonds se trouvant entre les mains de la société anonyme **BQUE.1.)** S.A., établie et ayant son siège social à Luxembourg, il s'ensuit que le juge des référés saisi est compétent ratione loci pour en connaître.

Enfin, la société **SOC.1d.)** S.A.S. conclut à l'irrecevabilité de la demande, au motif qu'il ressort du dispositif de l'assignation que le requérant demande une mesure de séquestre jusqu'à l'issue de la médiation, mais que dans la mesure où il serait constant en cause que la médiation serait terminée, la demande du requérant serait devenue sans objet.

Il y a lieu de rappeler que le séquestre a été défini comme le dépôt d'une chose litigieuse entre les mains d'un tiers, en attendant le règlement de la contestation.

Dans la mesure où il ressort des débats que la procédure de médiation, qui était en cours devant le Centre de Médiation (...) de (...) au moment de l'introduction de la demande, n'a pas abouti, mais qu'actuellement une procédure au fond a été engagée par la société **SOC.1d.)** S.A.S. devant le tribunal de commerce de Paris afin de régler la contestation, il y a lieu de retenir que le moyen tiré de l'absence d'objet de la demande est à écarter.

La société **SOC.1d.)** S.A.S. conclut, de même, à l'irrecevabilité de la demande, au motif que la nature même de la garantie à première demande excluerait toute mesure conservatoire, telle une mesure de séquestre, alors que l'engagement du garant serait autonome et que le bénéficiaire, en l'espèce la société **SOC.1d.)** S.A.S., ne saurait se voir opposer, à l'occasion de son recours contre le garant, aucune exception de défense en rapport avec relations contractuelles entre le garant et le donneur d'ordre, ou entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre.

A.) résiste à ce moyen en faisant valoir qu'il est fait exception à ce principe lorsque l'appel à garantie constitue un abus de droit ou une fraude.

La société **SOC.1d.)** S.A.S. réplique qu'il n'y a en l'espèce ni abus de droit ni fraude dans son chef, alors que ce serait à bon droit qu'elle aurait procédé à la demande de mise en oeuvre de la garantie litigieuse en rapport avec des passifs antérieurs à la cession et non encore comptabilisés en date du 31 décembre 2006.

Elle fait valoir plus particulièrement que le requérant aurait délibérément caché l'existence d'un contrat de travail conclu entre la société **SOC.1c.)** et **B.)**, frère du requérant, alors que la conclusion du contrat de travail en date du 29 décembre 2006 aurait cependant dû faire l'objet d'une déclaration de **B.)** dans l'acte de déclarations et garanties signés le 15 février 2007.

Elle explique que **B.)** a assigné la société **SOC.1c.)** pour voir résilier son contrat de travail aux torts de l'employeur et réclame de ce chef un montant total de 18.179,23 euros.

A.) résiste à ce moyen en faisant valoir que la garantie bancaire ne saurait être sollicitée pour les conséquences du départ de **B.)** de la société **SOC.1c.)**, alors que ce départ serait dû au comportement frauduleux de **C.)**, gérant de la société **SOC.1d.)** S.A.S.

La société **SOC.1d.)** S.A.S. expose, en outre, que la société **SOC.1c.)** est débitrice d'un montant de 6.956,03 euros HT auprès de la société **SOC.2.)** et que cette somme n'a jamais été provisionnée dans les comptes au 31 décembre 2006, de sorte que le préjudice de ce chef s'élève à 6.956,03 euros HT.

Le requérant admet que cette facture appartient à la période antérieure à la cession, mais invoque toutefois la compensation avec des créances pour un montant total de 14.119 euros qui avaient pris naissance avant la cession, mais n'étant pas encore exigibles au 31 décembre 2006, n'avaient pas été comptabilisées dans les bilans pour l'année 2006.

La société **SOC.1d.)** S.A.S. affirme, de même, que le requérant a fait payer par les sociétés du groupe **SOC.1.)** diverses factures d'honoraires d'avocats et d'experts-comptables qui étaient liées à des prestations réalisées pour son intérêt personnel, en tant que cédant du groupe **SOC.1.)** et pour son contrat de travail pendant la période d'accompagnement et que le préjudice subi par la société **SOC.1d.)** S.A.S. s'élève à 4.120 euros HT de ce chef.

A.) conteste le préjudice invoqué, expliquant que les frais de notes d'honoraires seraient relatives à des prestations en rapport avec la rédaction du contrat de travail conclu entre lui et le groupe **SOC.1.)**.

Il estime que ses frais devraient rester à charge de l'employeur, en l'espèce le groupe **SOC.1.)**.

En ce qui concerne les autres notes d'avocats et les factures des comptables invoquées par la société **SOC.1d.)** S.A.S., le requérant fait valoir qu'elles ne trouveraient pas leur origine dans la période antérieure à la cession et ne seraient dès lors pas couvertes par la garantie.

La société **SOC.1d.)** S.A.S. fait valoir, par ailleurs, que la société **SOC.1a.)** a des créances de clients restées impayées, en l'espèce les établissements **SOC.3.)**, la société **SOC.4.)** et la

société **SOC.5.**), qui auraient dû être approvisionnées dans les comptes clos au 31 décembre 2006, ce qui n'a cependant pas été fait, de sorte qu'elle affirme avoir subi un préjudice de l'ordre de 33.635,64 euros de ce chef.

Le requérant conteste tout quelconque préjudice dans le chef de la société **SOC.1d.)** S.A.S. en rapport avec les créances invoquées, au motif que le défaut de règlement de ces factures serait dû au défaut de diligence dans la gestion du groupe **SOC.1.)** après la cession.

Enfin, la société **SOC.1d.)** S.A.S. expose que quelques jours avant la cession du contrôle du groupe **SOC.1.)**, le requérant a mandaté un huissier de justice pour donner congé du bail des locaux de **SOC.1a.)** à (...), sans en informer le cessionnaire, et sans même en avoir fait mention dans l'acte « déclaration et garantie », de sorte que la société affirme avoir encore subi un préjudice de l'ordre de 228.016,33 euros.

A.) résiste aux moyens avancés par la société **SOC.1d.)** S.A.S. en faisant valoir que la résiliation en question est postérieure à la cession ainsi qu'à la date du 31 décembre 2006 et qu'elle a de surcroît été faite à la demande et en accord avec le gérant de la société **SOC.1d.)** S.A.S., suivant attestation testimoniale versée en cause.

La **BQUE.1.)** S.A., rappelant, aux termes de sa note de plaidoiries, le mécanisme de fonctionnement de la garantie à première demande, se rapporte à prudence de justice quant à la demande en nomination d'un séquestre.

Quant à la recevabilité de la demande en tant que basée sur l'article 933, alinéa 1 du nouveau code de procédure civile.

Le juge des référés est toujours compétent pour faire cesser une voie de fait, c'est-à-dire un acte illégal portant préjudice à autrui.

Il ressort des termes du contrat signé entre la **BQUE.1.)** S.A. et la société **SOC.1d.)** S.A.S. en date du 13 février 2007 que « *compte tenu de la nature autonome et du caractère abstrait des présentes, le garant s'interdit de discuter ou de différer l'exécution de son engagement pour quelque motif que ce soit et par quelque moyen que ce soit et notamment dans l'hypothèse où le débiteur garanti contesterait tout ou partie de sa dette en dépit de quelques exceptions ou oppositions qu'il pourrait soulever. Le garant s'interdit également de revendiquer quelque cause que ce soit pour se soustraire à l'exécution des présentes* ».

Concernant le moyen de **A.)** de dire qu'il est fait exception à ce principe uniquement lorsque l'appel à la garantie constitue un abus de droit ou une fraude, la **BQUE.1.)** S.A. et la société **SOC.1d.)** S.A.S. résistent à cette argumentation en faisant valoir que la fraude ou l'abus de droit allégués doivent être manifestes et qu'ils ne deviennent évidents que lorsqu'ils résultent clairement et sans équivoque de preuves liquides et tangibles à rapporter par le donneur d'ordre.

Il y a lieu de rappeler que dans le cadre du référé-sauvegarde, le juge des référés doit se déclarer incompétent pour statuer sur une contestation touchant au principal. (Cour, 5 décembre 1995, n°s 17858 et 18739 du rôle ; Luxembourg (réf.) , 9 septembre 1988, n° 1078/88).

Il s'ensuit que le juge des référés n'a pas pouvoir pour trancher la question de savoir si l'appel à la garantie est en l'espèce constitutif d'un abus de droit ou d'une fraude dans le chef de la société **SOC.1d.) S.A.S.**, alors que seul le juge du fond, mieux éclairé à l'issue de mesures d'instruction à ordonner, le cas échéant, a pouvoir pour examiner ce point querellé.

L'article 1961 alinéa 2 du code civil dispose que le juge peut ordonner le séquestre d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes.

Il est généralement admis que la liste des cas prévus par la loi et notamment l'article 1961 du code civil n'est pas limitative et que la mesure de séquestre peut être prescrite dès qu'elle est nécessaire, voire simplement utile à la conservation des droits des parties.

Il faut donc également admettre la possibilité du séquestre dans toute situation quelconque trouvant son origine dans un droit de propriété ou dans un contrat et impliquant contestation ou même simple opposition d'intérêts sur une chose ou relativement à une chose, situation dans laquelle une mesure conservatoire apparaît utile dans l'intérêt de toutes les parties en vue d'éviter soit des actes irréparables, soit une dilapidation, soit une mauvaise gestion, soit une perte quelconque à raison de l'abandon ou de mauvais vouloir.

La jurisprudence considère que le juge des référés peut se borner à constater l'existence d'un litige justifiant la nomination d'un séquestre sans avoir besoin d'examiner le fond du litige (Cour, 9 mai 2001, n° 25351 du rôle).

Trois conditions distinctes et cumulatives sont exigées pour qu'un séquestre puisse être nommé :

- un litige sérieux entre parties quant à la propriété ou la possession d'un bien : la contestation sérieuse ne faisant pas nécessairement obstacle à la décision de référé mais pouvant, au contraire, en être la condition

- l'urgence : en dehors du caractère relatif qui s'apprécie au regard de la possibilité d'obtenir satisfaction en temps voulu devant le juge du fond, l'urgence a un caractère objectif en ce sens que l'urgence résulte de la nature des choses et non des convenances des parties ou des diligences plus ou moins grandes accomplies par celles-ci. L'urgence doit s'apprécier au moment où le juge saisi statue

- l'opportunité de la mesure de séquestre sollicitée

Il y a lieu de retenir que la condition du litige sérieux est donnée en l'espèce, alors qu'une instance au fond est actuellement pendante entre parties devant le tribunal de commerce de Paris, procédure dans le cadre de laquelle la société **SOC.1d.) S.A.S.** demande la nullité du contrat de cession des titres, ainsi que la nomination d'un expert avec la mission de déterminer la valeur des titres cédés ainsi que l'ampleur des éventuels préjudices subis par la société **SOC.1d.) S.A.S.**, de sorte qu'il y a une véritable incertitude sur les droits des parties, incertitude qui ne pourra être levée que par une décision judiciaire ou un accord entre les intéressés.

En matière de séquestre, il est admis que le juge des référés peut en cas d'urgence prendre toutes les mesures utiles et nécessaires à la conservation des droits des parties et notamment ordonner la séquestration d'une chose dont l'usage est litigieux, dès lors que cette mesure n'est pas dérogoratoire aux droits des parties et l'existence d'une contestation sérieuse, loin de mettre obstacle à la compétence du juge des référés, peut la justifier.

Dans le cadre de l'article 933, alinéa 1 du nouveau code de procédure civile, l'urgence est présumée, alors qu'il y a toujours urgence à prévenir un danger imminent.

Il y a lieu de retenir qu'il y a en l'espèce urgence à instituer la mesure requise en considération du risque éventuel de perte définitive du montant de la garantie en cas d'exécution de celle-ci avant la résolution judiciaire du litige au fond, et ce dans la mesure où la société **SOC.1d.)** S.A.S., estimant que **A.)** a fait une mauvaise gestion de la société, ne conteste pas les difficultés financières qu'elle rencontre à l'heure actuelle.

Enfin, il paraît utile de faire droit à la nomination d'un séquestre, celui-ci étant la seule mesure propre à conserver les droits respectifs, et ceci dans l'intérêt de toutes les parties, en vue d'éviter des actes irréparables.

Il s'ensuit que la demande est à déclarer recevable.

A.) demande encore le paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La société **SOC.1d.)** S.A.S. demande reconventionnellement le paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros sur base du même article.

Eu égard à l'absence de preuve de l'iniquité requise, ces demandes sont à déclarer non fondées.

PAR CES MOTIFS

Nous Pascale DUMONG, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons la demande en la pure forme,

nous déclarons compétent pour en connaître,

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit mais dès à présent et par provision,

déclarons la demande recevable,

partant ordonnons la mise sous séquestre des montants donnés en garantie au profit de la société **SOC.1d.)** S.A.S. et se trouvant entre les mains de la **BQUE.1.)** S.A. aux termes de la garantie bancaire conclue en date du 13 février 2007,

nommons Maître Marc THEWES, avocat à la Cour, avec la faculté, en cas d'empêchement, de se faire représenter par Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour, les deux demeurant à L-2010 Luxembourg, 13, Breedewee, séquestre desdits montants, avec la mission de prendre possession des fonds, de les conserver et de les administrer en bon père de famille en attendant que soit intervenue au fond une décision judiciaire définitive devant le tribunal de commerce de Paris, actuellement saisi,

disons qu'il nous en sera référé en cas de difficultés,

rejetons les demandes en paiement d'une indemnité de procédure,

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant appel et sans caution.