

Nos. rôles: 120120 + 120230 + 120275

Réf. No. 185/2009

du 19 mars 2009

à 8.30

Audience publique extraordinaire des référés du jeudi, 19 mars 2009, tenue par Nous Malou THEIS, 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 Natalie KOCH.

I.
DANS LA CAUSE

E N T R E

la société anonyme **BQUE.1.) S.A.**, admise au bénéfice du régime du sursis de paiement par jugement rendu le 9 octobre 2008 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, dont le siège social est situé au (...), L-(...), inscrite au Registre de Commerce de Luxembourg sous la section B numéro (...) et qui est représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, ainsi que pour les besoins de la cause par ses administrateurs Maître **ME.1.)**, avocat, et la société **SOC.4.) S.à.r.l.**, représentée par C.),

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

partie demanderesse comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat, assisté de Maître Léon GLODEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

1. la société à responsabilité limitée **SOC.1.) S.à.r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant unique actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),
2. la société anonyme **BQUE.2.) 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 (...),
3. la société d'investissement à capital variable **SOC.2.) SICAV-FIS**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant unique actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

partie défenderesse sub 1) comparant par Maître Guy LOESCH, avocat, assisté de Maître Riccardo FALCONI, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 2) comparant par Maître Anaëlle ROUBY, avocat, en remplacement de Maître François KREMER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 3) ayant initialement comparu par Maître Guy LOESCH susdit, assisté de Maître Riccardo FALCONI, avocat, les deux demeurant à Luxembourg, actuellement défailante

II. **DANS LA CAUSE**

E N T R E

la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant unique actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

élisant domicile en l'étude de Maître Guy LOESCH, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Guy LOESCH, avocat, assisté de Maître Riccardo FALCONI, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

- 1) la société anonyme **BQUE.1.)** S.A., admise au bénéfice du régime de sursis en paiement par jugement rendu le 9 octobre 2008 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, dont le siège social est situé 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 (...), ainsi que pour les besoins de la cause par ses administrateurs Maître **ME.1.)**, avocat, et la société **SOC.4.)** S.à.r.l., représentée par **C.)**,
- 2) la société anonyme **BQUE.2.)** 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 sous le numéro B(...),
- 3) la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

partie défenderesse sub 1) comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat, assisté de Maître Léon GLODEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 2) comparant par Maître Anaëlle ROUBY, avocat, en remplacement de Maître François KREMER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 3) défaillante.

III.
DANS LA CAUSE

E N T R E

la société à responsabilité limitée **SOC.1.) S.à.r.l.**, établie et ayant son siège social à L- (...), représentée par son gérant unique actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

élisant domicile en l'étude de Maître Guy LOESCH, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Guy LOESCH, avocat, assisté de Maître Riccardo FALCONI, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

- 1) la société anonyme **BQUE.1.) S.A.**, admise au bénéfice du régime de sursis en paiement par jugement rendu le 9 octobre 2008 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, dont le siège social est situé 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 (...), ainsi que pour les besoins de la cause par ses administrateurs Maître **ME.1.)**, avocat, et la société **SOC.4.) S.à.r.l.**, représentée par **C.)**,
- 2) la société anonyme **BQUE.2.) 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 sous le numéro B(...),
- 3) la société d'investissement à capital variable **SOC.2.) SICAV-FIS**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

partie défenderesse sub 1) comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat, assisté de Maître Léon GLODEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 2) comparant par Maître Anaëlle ROUBY, avocat, en remplacement de Maître François KREMER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 3) défaillante.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du 2 mars 2009, Maître Pierre ELVINGER donna lecture de l'assignation du 27 février 2009 ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Guy LOESCH et Maître Anaëlle ROUBY répliquèrent.

L'affaire fut remise pour continuation des débats à l'audience publique extraordinaire du jeudi 5 mars 2009.

A l'audience publique du 5 mars 2009, Maître Guy LOESCH, assisté de Maître Riccardo FALCONI, donna lecture de l'assignation du 3 mars 2009 ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Pierre ELVINGER, Maître Léon GLODEN et Maître Anaëlle ROUBY répliquèrent.

L'affaire fut remise pour continuation des débats à l'audience publique extraordinaire du vendredi 6 mars 2009.

A l'audience publique extraordinaire du 6 mars 2009, Maître Guy LOESCH donna lecture de l'assignation du 5 mars 2009 ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Pierre ELVINGER, Maître Léon GLODEN et Maître Anaëlle ROUBY 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:

(i) En vertu d'une ordonnance présidentielle du 27 février 2009 et par exploit d'huissier de justice Martine LISÉ d'Esch/Alzette en date du 27 février 2009, société **BQUE.1.) SA** a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée **SOC.1.) Sàrl**, à la société anonyme **BQUE.2.) SA** et à la société d'investissement à capital variable **SOC.2.) SICAV-FIS** à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référés, pour l'audience publique extraordinaire du 2 mars 2009, pour :

- voir rétracter, sinon déclarer nulle l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 ainsi que la procédure subséquente et en conséquence voir rétracter, sinon déclarer nul l'exploit d'assignation du 24 février 2009 ;
- voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir aux assignées **BQUE.2.) SA** et **SOC.2.) SICAV-FIS** ;
- entendre condamner **SOC.1.) Sàrl** au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Cette affaire a été inscrite au numéro 120120 du rôle.

A l'audience publique du 2 mars 2009, la société **SOC.1.)** Sàrl a formé une demande reconventionnelle en institution d'un séquestre judiciaire des actions de **SOC.2.)** SICAV-FIS dont dispose notamment la société **BQUE.1.)** SA, soit en son nom propre, soit en tant que nommée, avec la mission de conserver ces actions dans l'attente d'une décision définitive au fond ayant statué définitivement sur la propriété de ces actions.

(ii) Par exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 3 mars 2009, la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl a fait donner assignation à **BQUE.1.)** SA, à la société anonyme **BQUE.2.)** SA et à la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référés, pour l'audience du 5 mars 2009, pour:

- voir donner acte à la requérante que cette demande est subsidiaire par rapport à sa demande reconventionnelle formée oralement à l'audience publique du 2 mars 2009 dans le cadre du référé-rétractation introduit suivant exploit d'huissier de justice du 27 février 2009 par **BQUE.1.)** SA et fixé pour continuation des débats à l'audience publique du 5 mars 2009 ;
- voir ordonner la jonction avec cette affaire ;
- voir nommer un séquestre de toutes les actions de **SOC.2.)** SICAV-FIS dont dispose notamment la société **BQUE.1.)** SA, soit en son nom propre, soit en tant que nommée, avec la mission de conserver ces actions dans l'attente d'une décision définitive au fond ayant statué définitivement sur la propriété de ces actions ;
- entendre condamner **BQUE.1.)** SA à payer à la requérante une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Cette affaire a été inscrite au numéro 120230 du rôle.

(iii) En vertu d'une ordonnance présidentielle du 5 mars 2009 et par exploit d'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 5 mars 2009, la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl a fait donner assignation à la société anonyme **BQUE.1.)** SA, à la société **BQUE.2.)** SA et à la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référés, pour l'audience publique extraordinaire du 6 mars 2009, pour :

- voir donner acte à la requérante que cette demande est subsidiaire par rapport à sa demande reconventionnelle formée oralement à l'audience publique du 2 mars 2009 dans le cadre du référé-rétractation introduit suivant exploit d'huissier de justice du 27 février 2009 par **BQUE.1.)** SA et fixé pour continuation des débats à l'audience publique du 6 mars 2009 ;
- voir ordonner la jonction avec cette affaire ;
- voir nommer un séquestre de toutes les actions de **SOC.2.)** SICAV-FIS dont dispose notamment la société **BQUE.1.)** SA, soit en son nom propre, soit en tant que nommée, avec la mission de conserver ces actions dans l'attente d'une décision définitive au fond ayant statué définitivement sur la propriété de ces actions ;
- entendre condamner **BQUE.1.)** SA à payer à la requérante une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Cette affaire a été inscrite au numéro 120275 du rôle.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre ces trois affaires inscrites sous les numéros 120120, 120230 et 120275 du rôle pour statuer par une seule ordonnance, étant donné que ces demandes sont connexes.

I. Les faits et rétroactes et les moyens des parties

Il résulte des renseignements fournis en cause que la société **SOC.2.)** SICAV-FIS a fait l'objet d'une offre publique d'acquisition lancée par la société **SOC.3.)** SA, dans la suite de laquelle **BQUE.1.)** SA a accordé à **SOC.2.)** SICAV-FIS en date du 31 octobre 2008 un prêt à hauteur de 122 millions d'euros, venu à échéance le 31 octobre 2008 (ci-après le « prêt 1 »).

Ce prêt, que **BQUE.1.)** SA qualifie elle-même comme un des prêts les plus importants accordés par la banque, a été accordé sans garanties, et il est venu à échéance, sans que **SOC.2.)** SICAV-FIS ait été dans la possibilité matérielle de rembourser ledit prêt.

SOC.2.) SICAV-FIS, d'une part, qui détient un portefeuille important d'immeubles en location, sinon en phase de construction, se devait de trouver un moyen de se refinancer afin d'éviter sa mise en liquidation, étant donné qu'elle n'était plus en mesure de remplir les conditions en matière de ratio fonds propres et endettements imposés par les autorités, suite à la réduction de la valeur des immeubles détenus en portefeuille, suite à la baisse du marché de l'immobilier.

BQUE.1.) SA, d'autre part, suite à son admission en date du 9 octobre 2009 au régime du suris de paiement, se devait de sécuriser au mieux le « prêt 1 », ceci dans le cadre de la recherche d'un repreneur éventuel de la banque.

Parallèlement, des candidats à la reprise de **SOC.2.)** SICAV-FIS ont été cherchés, comme notamment **BQUE.2'.)** BELGIUM et **SOC.1.)** Sàrl. L'acquisition par **SOC.1.)** Sàrl de toutes les actions émises par **SOC.2.)** SICAV-FIS a finalement abouti et entraîné des modifications au sein du conseil d'administration de **SOC.2.)** SICAV-FIS, tel qu'il résulte des résolutions du conseil d'administration de celle-ci prises en date des 18 et 19 décembre 2008, et **BQUE.1.)** SA a alors approuvé et signé un nouveau contrat de prêt avec **SOC.2.)** SICAV-FIS en date du 19 décembre 2008 à hauteur de 123.000.000 euros afin de refinancer la totalité du montant accordé sous le régime du premier prêt (ci-après le « prêt 2 »).

Il est acquis en cause que ce deuxième prêt de refinancement (« crédit de roll over ») n'a pas entraîné de sortie de fonds pour la Banque.

Le « prêt 2 » prévoit des « Conditions Precedent » et des « Conditions Subsequent » au tirage du prêt (« Drawdown notice ») dont la date limite était initialement prévue pour le 31 décembre 2008 pour être finalement fixée au 30 janvier 2009.

Dans le cadre du « prêt 2 », **SOC.2.)** SICAV-FIS s'est engagée à donner notamment des inscriptions hypothécaires sur les immeubles qu'elle possédait et des cessions de loyers, ainsi que d'autres garanties en rapport avec ses immeubles.

SOC.1.) Sàrl s'est engagée notamment à apporter certains avoirs dans **SOC.2.)** SICAV-FIS à concurrence d'une valeur minimum de 35.000.000 euros, engagement qui était accompagné d'une garantie à première demande.

Le 19 décembre 2009, **SOC.1.)** Sàrl et **BQUE.1.)** SA signent deux contrat de gage, à savoir un « First Ranking Share Pledge Agreement » portant sur 75% des actions de **SOC.1.)** Sàrl dans **SOC.2.)** SICAV-FIS et un « Second Ranking Share Pledge Agreement » portant sur 25% des actions de **SOC.1.)** Sàrl dans **SOC.2.)** SICAV-FIS.

Les deux contrats de gage prévoient une « curing period » de 15 jours permettant au garant (en l'occurrence **SOC.1.)** Sàrl) d'éviter l'exécution du gage par **BQUE.1.)** SA dans l'hypothèse d'un apurement de la dette du débiteur principal (en l'occurrence **SOC.2.)** SICAV-FIS) tel qu'elle découle du « prêt 2 ».

Un premier tirage a été effectué le 29 janvier 2009 pour le même jour, tirage qui a été réitéré pour être fait le 30 janvier 2009, alors que selon le « prêt 2 » le tirage ne pouvait être fait pour le même jour.

BQUE.1.) SA a notifié suivant fax du 3 février 2009 à 16.22 heures à **SOC.2.)** SICAV-FIS la réception de la « Drawdown notice » et l'exécution de celle-ci avec effet au 30 janvier 2009.

Par fax du même jour à 17.10 heures, **BQUE.1.)** SA notifie à **SOC.2.)** SICAV-FIS la dénonciation du contrat de « prêt 2 », motif pris de la non-réalisation par **SOC.2.)** SICAV-FIS de deux « Conditions Subsequent » prévues aux articles 5.1.(a) et 5.1.(b) au contrat de prêt, à savoir un extrait du registre des actionnaires de **SOC.2.)** SICAV-FIS attestant que la garant (en l'occurrence **SOC.1.)** Sàrl) est actionnaire unique de **SOC.2.)** SICAV-FIS et la preuve de la réalisation de l'apport en nature de 35 millions d'euros moyennant production d'un rapport du réviseur d'entreprises de **SOC.2.)** SICAV-FIS, en l'occurrence **SOC.4.)**. La dénonciation vaut également demande de remboursement immédiat du montant de 123.051.755,67 euros correspondant au principal du prêt (123 millions d'euros) et intérêts pour la période du 30 janvier 2009 au 3 février 2009 (soit 51.755,67 euros).

Le 4 février 2009, **BQUE.1.)** SA notifie à **SOC.1.)** Sàrl, en sa qualité de garant des engagements de **SOC.2.)** SICAV-FIS au titre du « prêt 2 », la dénonciation du contrat de prêt suite à la non-réalisation des deux « Conditions Subsequent » prévues aux articles 5.1.(a) et 5.1.(b) du contrat de prêt et exerce, en application du contrat de garantie signé entre parties, sa garantie à première demande concernant le montant de 35.000.0000 euros. Elle réclame ainsi à **SOC.1.)** Sàrl le paiement de la somme de 35.051.755,67 euros correspondant au montant principal garanti (35 millions d'euros) et aux intérêts du contrat de « prêt 2 » (soit 51.755,67 euros).

Le 4 février 2009, **BQUE.1.)** SA dépose une requête en saisie-arrêt sur les avoirs de **SOC.2.)** SICAV-FIS afin de garantir sa créance envers **SOC.2.)** SICAV-FIS suite à la dénonciation du « prêt 2 ». Suivant ordonnance présidentielle du 4 février 2009, la saisie-arrêt des avoirs de **SOC.2.)** SICAV-FIS est autorisée et par exploit d'huissier de justice du 5 février 2009, les avoirs de **SOC.2.)** SICAV-FIS auprès de divers établissements de crédit sont saisis.

Le 5 février 2009, **BQUE.1.)** SA dépose une requête en saisie-arrêt sur les avoirs de **SOC.1.)** Sàrl afin de garantir sa créance envers **SOC.1.)** Sàrl suite à la dénonciation du « prêt 2 ». Suivant ordonnance présidentielle du 5 février 2009, la saisie-arrêt des avoirs de **SOC.1.)** Sàrl est autorisée et par exploit d'huissier de justice du 6 février 2009, les avoirs de **SOC.1.)** Sàrl auprès de divers établissements de crédit sont saisis.

Toujours le 5 février 2009, **BQUE.1.)** SA informe **SOC.1.)** Sàrl que si d'ici la fin de la « curing period » (soit 15 jours à partir de présente mise en demeure) prévue au contrat de gage (« pledge agreement »), **SOC.1.)** Sàrl, en sa qualité de garant, n'a pas payé la somme de 123.051.755,67 euros, **BQUE.1.)** SA exécutera le gage.

Par courriers des 6 février 2009, tant **SOC.2.)** SICAV-FIS que **SOC.1.)** Sàrl contestent formellement la réalisation d'un « event of default » tel qu'invoqué par **BQUE.1.)** SA au titre de la dénonciation du contrat de prêt, invoquant la mauvaise foi de **BQUE.1.)** SA dans l'octroi du « roll over loan » le 3 février 2009 à 16.22 heures et de sa dénonciation immédiate moins d'une heure après son octroi (le 3 février 2009 à 17.10 heures).

Par courrier du 9 février 2009, **BQUE.1.)** SA notifie à **SOC.2.)** SICAV-FIS et **SOC.1.)** Sàrl la suspension du droit de vote de **SOC.1.)** Sàrl sur les actions de **SOC.2.)** SICAV-FIS, en application des articles 7.2.1. et 7.2.2 du « pledge agreement ».

Le 12 février 2009, **SOC.2.)** SICAV-FIS et **SOC.1.)** Sàrl assignent **BQUE.1.)** SA devant le juge des référés afin de voir ordonner la suspension des effets de la dénonciation du contrat de prêt et de l'appel à la garantie et voir interdire la réalisation de tout gage (cf. affaire inscrite sous le numéro 119794 du rôle et qui a donné lieu à l'ordonnance de référé numéro 181/2009 du 18 mars 2009).

Le 18 février 2008, **SOC.2.)** SICAV-FIS et **SOC.1.)** Sàrl assignent **BQUE.1.)** SA devant le juge des référés afin de voir rétracter l'ordonnance présidentielle de saisie-arrêter du 6 mars 2009 et voir ordonner la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée par exploit d'huissier de justice du 6 février 2009, sinon voir ordonner le cantonnement des effets de la saisie-arrêt.

Le référé-rétractation à la requête de **SOC.1.)** Sàrl (inscrit sous le numéro 119953 du rôle) a donné lieu à une ordonnance de référé numéro 152/2009 rendue en date du 6 mars 2009, ayant rejeté la demande en rétractation mais ayant cantonné les effets de la saisie-arrêt pratiquée par **BQUE.1.)** SA à la somme de 35.051.755,67 euros, tandis que le référé rétractation introduit à la requête de **SOC.2.)** SICAV-FIS (inscrit sous le numéro 119952 du rôle) se trouve actuellement fixé à l'audience publique ordinaire des référés du 30 avril 2009.

Le 20 février 2009, **SOC.2.)** SICAV-FIS et **SOC.1.)** Sàrl assignent **BQUE.1.)** SA devant les juges du fond afin de voir condamner **BQUE.1.)** SA au paiement de dommages et intérêts suite à la dénonciation abusive du contrat de « prêt 2 ».

Le 20 février 2009, **BQUE.1.)** SA notifie à **SOC.1.)** Sàrl l'exécution du gage 1^{er} en rang sur les 75% d'actions détenues par **SOC.1.)** Sàrl dans **SOC.2.)** SICAV-FIS, suite au non-remboursement par **SOC.1.)** Sàrl de la dette de **SOC.2.)** SICAV-FIS.

Par courrier du 23 février 2009 à l'adresse du conseil d'administration de **SOC.2.) SICAV-FIS, BQUE.1.) SA**, en sa qualité d'actionnaire majoritaire de **SOC.2.) SICAV-FIS** (du fait de la détention de 75% des actions suite à la réalisation du gage premier en rang) sollicite la convocation d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires de **SOC.2.) SICAV-FIS** avec pour ordre du jour (i) la révocation des membres du conseil d'administration, (ii) la désignation d'un nouveau conseil d'administration, (iii) la renonciation par **SOC.2.) SICAV-FIS** à toutes les actions judiciaires actuellement pendantes à l'encontre de **BQUE.1.) SA** (à savoir les deux assignations en référé des 12 et 24 février 2009 et l'assignation devant les juges du fond du 20 février 2009), avec comme conséquence (iv) le retrait du mandat donné par **SOC.2.) SICAV-FIS** à Maîtres Guy LOESCH et/ou Tom LOESCH aux fins de représentation auxdites actions judiciaires.

Faisant suite à cette demande, le conseil d'administration de **SOC.2.) SICAV-FIS** a convoqué une assemblée générale extraordinaire pour le 10 mars 2009, et en application de l'article 67(5) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, l'assemblée générale extraordinaire a été prorogée au 14 avril 2009.

Le 24 février 2009, **SOC.1.) Sàrl** soumet au président du tribunal une requête tendant à voir (i) faire défense à **BQUE.1.) SA** de se dessaisir, de vendre ou de céder de manière quelconque tous avoirs et notamment les actions représentant 75% du capital social de **SOC.2.) SICAV-FIS**, de même que de réaliser le gage de second rang sur 25% des actions de **SOC.1.) Sàrl** dans **SOC.2.) SICAV-FIS**, de ce fait, suspendre provisoirement les effets de la décision de **BQUE.1.) SA** du 9 février 2009 de procéder à la réalisation du gage de second rang ; (ii) faire défense à **BQUE.2.) SA** d'inscrire toute modification au registre des actionnaires de **SOC.2.) SICAV-FIS**, sauf le cas échéant celle d'un séquestre éventuel des actions de **SOC.2.) SICAV-FIS**.

Par ordonnance présidentielle du 24 février 2009, il est fait droit à cette requête, à charge de **SOC.1.) Sàrl** de faire signifier pour le 27 mars 2009 une assignation en référé à **BQUE.1.) SA** et **SOC.2.) SICAV-FIS** pour voir nommer un séquestre pour les actions de **SOC.2.) SICAV-FIS** dont pourrait disposer **BQUE.1.) SA**, faute de quoi l'ordonnance présidentielle deviendra nulle et non avenue.

Par exploit d'huissier de justice du 24 février 2009, ladite ordonnance présidentielle est signifiée à **BQUE.1.) SA, SOC.2.) SICAV-FIS** et **BQUE.2.) SA**, avec assignation à comparaître devant le président du tribunal siégeant en matière de référé, afin de voir statuer sur le mérite de la demande concernant les défenses et interdictions précitées. Cette affaire, inscrite sous le numéro 120294 du rôle, est actuellement fixée à l'audience publique ordinaire des référés du 2 avril 2009.

Le 27 février 2009, **BQUE.1.) SA**, en vertu d'une ordonnance présidentielle du 27 février 2009, fait donner assignation à **SOC.1.) Sàrl, BQUE.2.) SA** et **SOC.2.) SICAV-FIS** à comparaître devant le président du tribunal siégeant en matière de référés, aux fins de voir rétracter, sinon déclarer nulle l'autorisation présidentielle du 24 février 2009 ainsi que la procédure subséquente et en conséquence voir rétracter, sinon déclarer nul l'exploit d'assignation du 24 février 2009 (cf. en l'occurrence de la présente instance).

Le 2 mars 2009, **SOC.1.)** Sàrl saisi les juges du fond d'une demande tendant à voir ordonner la restitution des actions obtenues par **BQUE.1.)** SA à l'issue de l'exécution du gage premier en rang (soit 75% des actions détenues par **SOC.1.)** Sàrl dans **SOC.2.)** SICAV-FIS) et à voir condamner **BQUE.1.)** SA au paiement de dommages et intérêts.

1. Les moyens de **BQUE.1.)** SA

La société anonyme **BQUE.1.)** SA poursuit la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 ayant fait défense à **BQUE.1.)** SA de se dessaisir des actions représentant 75% du capital social de **SOC.2.)** SICAV-FIS.

La requérante explique que l'appropriation des actions actuellement litigieuse s'est fait légalement, en plein respect des obligations contractuelles liant les parties dans le cadre d'un contrat de prêt (« le prêt 2 ») signé en date du 19 décembre 2009, destiné à refinancer un premier crédit venu à échéance et non remboursé par **SOC.2.)** SICAV-FIS et du contrat de gage premier en rang (« first ranking share pledge agreement »).

Elle conteste que les parties au contrat du 19 décembre 2008 aient à un quelconque moment convenu de modifier le contrat dans le sens d'une extension du délai prévu au contrat (en l'occurrence le 30 janvier 2009) pour fournir les « Conditions Subsequent » jusqu'au 13 mars 2009 ; qu'elle a reçu le 29 janvier 2009 une première demande de tirage (« drawdown notice ») qui a été envoyée mais refusée, alors qu'elle a été émise pour le même jour ; qu'une nouvelle demande de tirage a été réitérée pour le 30 janvier 2009, conformément à l'article 7 du second prêt ; que la demande de tirage sous réserve des conditions prévues à l'article 4 du prêt était irrévocable, et que suite à la demande de **SOC.2.)** SICAV-FIS, la Banque a confirmé qu'elle renonce aux « Conditions Precedent », de sorte qu'elle était obligée d'exécuter la demande de tirage de fonds initiée par **SOC.2.)** SICAV-FIS avec date de valeur le 30 janvier 2009 ; qu'elle a ainsi procédé à la comptabilisation du deuxième prêt avec date valeur au 30 janvier 2009 et a notifié le 3 février 2009 à **SOC.2.)** SICAV-FIS l'exécution de celle-ci avec effet au 30 janvier 2009.

Elle affirme que, quant aux prétendues renégociations des « Conditions Subsequent », **SOC.1.)** Sàrl ferait valoir avoir demandé un nouveau délai pour l'exécution de celles-ci, en l'espèce jusqu'au 13 mars 2009 ; que par rapport à cette demande toutefois, la Banque a émis certains courriers, sachant que les conditions du second prêt étaient en place et que les termes étaient exécutés ; que c'est sur base des clauses contractuelles du second prêt et en exécution de celles-ci que la Banque a agi, de sorte qu'en l'absence d'une quelconque modification des conditions du prêt, les dispositions du second prêt étaient à appliquer dans le chef de **SOC.2.)** SICAV-FIS et de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl.

Elle renvoie dans ce contexte à son courrier adressé en date du 13 février 2009 à **SOC.2.)** SICAV-FIS en réponse au courrier envoyé par celle-ci en date du 6 février 2009.

BQUE.1.) SA explique que dans le cadre de l'exécution d'une des « Conditions Subsequent », en l'espèce celle qui imposait à **SOC.2.)** SICAV-FIS de procéder à des affectations hypothécaires concernant son patrimoine immobilier luxembourgeois au

bénéfice de la Banque, des actes notariés avaient été préparés par le notaire WAGNER ; qu'ils devaient être signés le 30 janvier 2009 ; qu'à ce titre des avances sur honoraires avaient été payées par la Banque pour la passation des actes, mais que cependant ces actes n'ont pas été signés, alors qu'il n'y avait pas deux administrateurs de **SOC.2.) SICAV-FIS** pour signer et qu'aucun pouvoir de signature spécifique à ce sujet n'avait été donné par le conseil d'administration de **SOC.2.) SICAV-FIS à A.)**, ce dernier affirmant devant le notaire qu'une telle double signature ou un tel pouvoir n'étaient pas requis ; que toutefois le notaire, renvoyant aux statuts de **SOC.2.) SICAV-FIS** et plus précisément à l'article 18, a refusé de passer l'acte en l'absence de deux signatures ou d'un pouvoir spécial donné à **A.)**.

Elle estime que l'attitude de la requérante ferait preuve de mauvaise foi, alors que celle-ci affirmerait qu'il y avait des négociations sur les «Conditions Subsequent» et que la banque aurait renoncé à les faire valoir pendant une certaine période, qui selon la requérante, expirait le 13 mars 2009.

Elle expose que le fait de s'être présentée chez le notaire prouverait bien que la Banque a maintenu les «Conditions Subsequent», dont l'accomplissement n'était aucunement remis à une date ultérieure, et qu'il serait par ailleurs faux d'affirmer que ces conditions n'étaient pas en mesure d'être tenues par **SOC.2.) SICAV-FIS**, alors que cependant les actes pour les inscriptions hypothécaires étaient préparés.

La société anonyme **BQUE.1.) SA** insiste sur le fait que **SOC.2.) SICAV-FIS** et **SOC.1.) Sàrl** n'ont pas rempli les «Conditions Subsequent», de sorte qu'il y avait en l'espèce existence d'un «event of default» à la suite duquel le contrat a été dénoncé et l'appel en garantie a été lancé.

2. Les moyens de **SOC.1.) Sàrl**

La société **SOC.1.) Sàrl** expose à l'appui de sa demande que **BQUE.1.) SA** connaissait parfaitement la situation de **SOC.2.) SICAV-FIS** pour avoir siégé au conseil d'administration de **SOC.2.) SICAV-FIS** pendant la période du 15 novembre 2007 au 19 décembre 2008 et qu'elle était dès lors en mesure de prendre toutes les garanties nécessaires pour sauvegarder ses droits de prêteur dans le cadre du «prêt 1 ».

Elle précise que dans le cadre du «prêt 2 » portant sur la somme de 123.000.000 euros, **BQUE.1.) SA** savait dès la mi-janvier 2009 que la réalisation de l'apport en nature de 35 millions d'euros n'était pas problématique en soi, mais qu'il y avait un retard dans la finalisation du rapport d'évaluation tel que prévu par la loi ; que ce rapport d'évaluation était à réaliser par le commissaire au compte de **SOC.2.) SICAV-FIS**, en l'occurrence **SOC.4.)**, qui se trouve également être administrateur provisoire de **BQUE.1.) SA** depuis le 9 octobre 2008.

Elle précise que concernant l'accomplissement de la seconde «Conditions Subsequent », en l'occurrence la signature des hypothèques consenties par **SOC.2.) SICAV-FIS à BQUE.1.) SA, A.)**, administrateur de **SOC.2.) SICAV-FIS** s'est présenté dans les bureaux de la banque en date du 30 janvier 2009 pour signer ces actes hypothécaires, mais qu'il y a eu un malentendu quant à la nécessité d'une double signature pour engager valablement **SOC.2.) SICAV-FIS**.

SOC.1.) Sàrl conteste avoir voulu renégocier les conditions du contrat de « prêt 2 », mais précise que les négociations entre parties ont porté exclusivement sur la date d’accomplissement de ces conditions dans le sens d’un report de cette date du 31 janvier 2009 au 13 mars 2009.

Elle donne à considérer que **BQUE.1.)** SA a, après la date butoir du 31 janvier 2009 prévue au contrat de prêt pour réaliser les « Conditions Subsequent », et en pleine période de négociations sur le report de cette date butoir, mis à disposition de **SOC.2.)** SICAV-FIS la somme de 123.000.000 euros, de sorte qu’elle a, soit impérativement mais nécessairement renoncé à la réalisation des « Conditions Subsequent » au 31 janvier 2009, soit volontairement induit **SOC.2.)** SICAV-FIS en erreur en lui faisant croire que pareil report de la date butoir était toujours possible.

Elle explique que suite à la dénonciation par **BQUE.1.)** SA du contrat de prêt 48 minutes après la mise à disposition des fonds, et suite à l’appel de **BQUE.1.)** SA au gage 24 heures après la dénonciation du crédit, **SOC.1.)** Sàrl aurait saisi les juges des référés par assignation du 12 février 2009 d’une demande tendant à voir faire interdiction à **BQUE.1.)** SA d’exercer les garanties qu’elle détient sur **SOC.1.)** Sàrl et **SOC.2.)** SICAV-FIS, notamment les gages de premier et second en rang.

A l’audience publique du 18 février 2009, cette affaire aurait été refixée, à la demande expresse de **BQUE.1.)** SA, arguant d’une absence de son conseil juridique Léon GLODEN pendant une période de trois semaines, à l’audience publique des référés du 12 mars 2009, ce qui aurait ensuite permis à la banque de réaliser son gage et obligé **SOC.1.)** Sàrl à recourir à la mesure unilatérale actuellement litigieuse.

Elle précise que **BQUE.1.)** SA aurait été à l’origine de la mesure unilatérale sollicitée par **SOC.1.)** Sàrl en outrepassant l’assignation en référé du 12 février 2009 (affaire inscrite sous le numéro 119794 du rôle).

Suite à la réalisation du gage par **BQUE.1.)** SA, un changement de la propriété des actions a été effectué dans le registre des actions de **SOC.2.)** SICAV-FIS qui a renseigné **BQUE.1.)** SA comme « nommée », de sorte que **SOC.1.)** Sàrl en a légitimement pu déduire un risque de vente rapide des actions, ce qui aurait été de nature à créer un risque irréparable pour **SOC.1.)** Sàrl.

Elle demande à ce que la mesure ordonnée par le Président du tribunal reste en place, en attendant une décision du juge des référés sur sa demande en institution d’un séquestre.

II. Quant à la demande en jonction des cinq rôles

A l’audience publique du 6 mars 2009, la société **SOC.1.)** Sàrl a demandé acte qu’elle renonce à sa demande introduite suivant exploit d’huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 3 mars 2009, sans autorisation présidentielle, pour l’audience publique extraordinaire du 5 mars 2009, sauf en ce qui concerne sa demande à l’encontre de la société d’investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS défaillante à l’audience publique du 2 mars 2009, suite au dépôt du mandat de Maître Guy LOESCH en date du 3 mars 2009. Elle précise que cet exploit

d'assignation vaudrait reconvoque de la partie défaillante **SOC.2.) SICAV-FIS** à comparaître à l'audience publique extraordinaire du 5 mars 2009 aux fins de continuation des débats.

Il est acquis en cause qu'à l'audience publique du 2 mars 2009, date des plaidoiries du référé rétractation introduit à la requête de **BQUE.1.) SA**, Maître Guy LOESCH s'est présenté pour les parties assignées **SOC.2.) SICAV-FIS** et **SOC.1.) Sàrl**; que l'affaire a été remise contradictoirement pour continuation des débats à l'audience publique du jeudi 5 mars 2009.

Par fax du 3 mars 2009, Maître Guy LOESCH informe le juge saisi qu'il dépose son mandat pour **SOC.2.) SICAV-FIS** avec effet au 2 mars 2009, compte tenu de la demande de **BQUE.1.) SA** du 23 février 2009 sollicitant une assemblée générale extraordinaire des actionnaires de **SOC.2.) SICAV-FIS** avec pour ordre du jour la renonciation par **SOC.2.) SICAV-FIS** à toutes les procédures judiciaires actuellement engagées contre **BQUE.1.) SA**, notamment les procédures de référé dont le juge des référés est actuellement saisi.

Si la société **SOC.2.) SICAV-FIS** est dès lors réputée défaillante suite au dépôt de son mandat par Maître Guy LOESCH en date du 3 mars 2009, la remise de l'affaire, antérieurement au dépôt de son mandat par Maître LOESCH, reste contradictoire à l'égard de **SOC.2.) SICAV-FIS**. Il ne résulte d'ailleurs pas du libellé de l'exploit d'assignation du 3 mars 2009 qu'il vaut réassignation, respectivement convocation de la société **SOC.2.) SICAV-FIS** pour l'audience publique du 5 mars 2009 aux fins de continuation des débats.

Il en suit que l'exploit d'assignation du 3 mars 2009, ne vaut pas réassignation de **SOC.2.) SICAV-FIS** à comparaître à l'audience publique extraordinaire du 5 mars 2009.

L'exploit d'assignation, pour autant qu'il est maintenu à l'encontre de la partie défenderesse **SOC.2.) SICAV-FIS**, encourt partant la nullité, étant donné qu'assignation a été donnée à comparaître à une audience extraordinaire des référés sans autorisation présidentielle préalable.

A l'audience publique extraordinaire du 6 mars 2009, **SOC.1.) SA** demande la jonction de toutes les affaires pendantes entre parties, tandis que la société **BQUE.1.) SA** et la société **BQUE.2.) SA** se sont rapportées à prudence de justice.

Par ordonnance de référé numéro 181/2009 rendue en date du 18 mars 2009 dans les affaires inscrites sous les numéros 119794 et 120276 du rôle, la demande en jonction des cinq rôles a été rejetée, en raison de l'absence d'un risque de contrariété d'ordonnances si les affaires n'étaient pas toutes jointes.

La demande actuelle tendant à la jonction des cinq rôles est dès lors devenue sans objet.

III. Quant au référé rétractation

a) quant à la compétence du juge saisi sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile

A l'audience publique du 2 mars 2009, **SOC.1.)** Sàrl invoque l'incompétence du juge saisi pour connaître de la demande introduite sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, motif pris que seul le juge siégeant comme en matière de référé c'est-à-dire au fond, mais dans la forme des référés, aurait compétence pour répondre d'un tel recours en sa qualité de juge ayant statué ab initio sur la requête.

Il est acquis en cause que sur base d'une requête unilatérale lui présentée en date du 24 février 2009 par la société **SOC.1.)** Sàrl, le président du tribunal d'arrondissement a, par ordonnance du même 24 février 2009, *en application des articles 54 du décret du 30 mars 1808 et 66 du nouveau code de procédure civile, ensemble principalement l'article 933 alinéa 1^{er}, et subsidiairement l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, au vu de l'extrême urgence, fait défense à **BQUE.1.)** SA de se dessaisir, vendre ou céder de manière quelconque tous avoirs et notamment les actions représentant 75% du capital sociale de la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS, de réaliser le gage de second rang sur 25% des actions de **SOC.1.)** dans **SOC.2.)** et de ce fait, suspendu provisoirement les effets de la décision du 9 février 2009 de procéder à la réalisation du gage de second rang.*

Aux termes de son exploit d'assignation en référé rétractation de cette ordonnance présidentielle, **BQUE.1.)** SA a saisi le « président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière de référés » sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile.

L'article 66 précité permet de soumettre l'autorisation présidentielle à un nouvel examen. Désormais, le président se prononce, à la lumière d'exposés contradictoires, sur l'opportunité d'une mesure provisoire ordonnée sur requête unilatérale. En rétractant une ordonnance précédente, le président, mieux informé, ne rend en somme qu'une ordonnance de refus différé.

L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse. Comme l'ordonnance de référé, l'ordonnance rendue sur requête est une décision provisoire, commandée notamment par l'urgence, mais à l'instar de l'ordonnance de référé, elle est rendue sans débat contradictoire préalable. Indépendamment du caractère gracieux ou contentieux de l'ordonnance sur requête, les ordonnances sur requête sont immédiatement exécutoires, quand bien même l'autorité de la décision ainsi rendue est provisoire. La force exécutoire de l'ordonnance de référé fournit la preuve qu'elle fait autorité. Mais cette autorité n'est que provisoire (cf. Encyclopédie Dalloz, Procédure Civile, vbo « ordonnances sur requête » numéros 50 et suivants).

C'est le caractère provisoire de l'ordonnance sur requête qui permet ainsi au requérant, dont la demande a été rejetée, de la retirer sans que l'on puisse lui opposer l'autorité de chose jugée. A l'inverse, le juge qui a accueilli favorablement la requête peut la modifier ou la rétracter, même si le juge du fond est saisi de la demande en validation, à condition toutefois, qu'un fait nouveau soit apparu ou que le juge qui a rendu l'ordonnance soit saisi d'une demande en rétractation (cf. Solus et Perrot, Droit

judiciaire privé, t. III, numéro 1387 ; Jurisclasseur procédure civile, t. IV, fasc. 239 « tribunal de grande instance – ordonnances sur requête » numéro 30).

La spécificité du recours en rétractation contre l'ordonnance sur requête explique que la décision modifiant ou rétractant l'ordonnance sur requête initiale a une nature contentieuse. Elle épuise le premier degré de juridiction et est pour cette raison susceptible d'appel (cf. Jurisclasseur procédure civile, t. IV, fasc. 239 « tribunal de grande instance – ordonnances sur requête » numéros 38 et suivants).

Malgré sa place dans le code parmi les principes directeurs du procès, il ressort de son libellé que l'article 66 ne vise que les ordonnances rendues par le président du tribunal saisi par requête sur les seules explications du demandeur sans que le défendeur visé n'ait été appelé à se faire entendre.

Il est vrai que l'article 66 est nettement moins explicite que les articles 496 alinéa 2 et 497 du nouveau code de procédure civile français, qui concernent le même recours, raison pour laquelle il échet de s'appuyer sur les doctrine et jurisprudence françaises en la matière. Il est admis que le juge auquel il est demandé de modifier ou de rétracter son ordonnance est le juge qui a statué sur la requête, lequel est saisi « comme en matière de référé » (cf. Cour 24 mars 2004, numéro 28488 du rôle).

Cette compétence est exclusive et est maintenue même si une instance en validation est pendante, de sorte que la condition d'urgence n'est pas requise et que l'existence d'une contestation sérieuse ne constitue pas un obstacle à la demande en rétractation.

La demande en rétractation de la société **BQUE.1.) SA**, faite par assignation devant le juge des référés, est partant recevable (cf. voir en ce sens Cour 24 mars 2004 précitée).

b) quant à la nullité de l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 pour défaut d'indication de base légale

BQUE.1.) SA invoque la nullité de l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 pour défaut d'indication de base légale, l'article 54 du décret du 30 mars 1808 n'établissant aucune règle de compétence mais ayant uniquement vocation de régler la police et la discipline des tribunaux. Elle invoque à son appui un arrêt de la Cour du 28 juin 1994 qui aurait retenu le principe que l'article 54 du décret du 30 mars 1808 a uniquement pour objet de régler la question de distribution des affaires, mais ne saurait valoir à titre de base légale d'une mesure d'urgence rendue sur ordonnance présidentielle.

Si **BQUE.1.) SA** a également invoqué l'illégalité de l'article 54 du décret du 30 mars 1808 à l'audience publique du 5 mars 2009, elle renonce à cet argument à l'audience publique du 6 mars 2009.

Acte lui en est donné.

SOC.1.) Sàrl donne à considérer que le président du tribunal d'arrondissement serait toujours compétent pour prendre des mesures urgentes et qu'en application de la doctrine et jurisprudences françaises applicables en la matière, l'article 54 du décret

du 30 mars 1808 pourrait servir de base légale à l'appui de la mesure actuellement litigieuse. Elle précise que la mesure litigieuse n'aurait pas uniquement été prise sur base de l'article 54 précité, mais également en application des articles 66, 933 alinéa 1^{er} et 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

L'ordonnance présidentielle critiquée a été prise sur base de l'article 54 du décret du 30 mars 1808 s'intitulant « Décret impérial contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux » qui dispose : « *Toutes requêtes à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou de marchandises, ou autres mesures d'urgence... seront présentées au président du tribunal, qui les répondra par son ordonnance, après la communication, s'il y a lieu, au procureur impérial...* ».

Ce décret n'a pas été abrogé au Grand-Duché de Luxembourg.

Un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg est cependant intervenu en date du 28 juin 1994 (cf. C.E. SA c/ Ho., W.H. AG, Wo. AG, W.Sch. et consorts) qui a décidé ce qui suit :

« Attendu que les ordonnances sur requête ne peuvent être rendues que dans les cas prévus par la loi et il en est notamment ainsi dans le cadre de l'article 254 du code de procédure civile ou en matière de saisie-arrêt, ou saisie conservatoire;

Attendu qu'en l'espèce, la mesure ordonnée, à savoir l'interdiction de se dessaisir des fonds déposés auprès le C.E. S.A. n'est prévue par aucun texte de la loi et il se dégage des développements qui précèdent que la base légale du décret de 1808 ne peut s'appliquer, alors qu'elle concerne uniquement une règle d'organisation interne ayant trait à la distribution des affaires;

qu'il s'ensuit que l'ordonnance rendue en date du 7 juin 1993 par le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg doit être annulée pour défaut de base légale;

attendu que l'annulation d'un acte de procédure accompli au mépris des prescriptions de la loi entraîne la nullité des actes de procédure ultérieurs faits en suite et comme conséquence de l'acte nul ».

Pour ce faire les juges d'appel ont relevé que l'article 54, qui avait uniquement pour objet de régler la question de distribution des affaires, ce qui suppose que les requêtes sont présentées à des magistrats compétents *ratione materiae* et *ratione loci*, ne détermine pas cette compétence (cf. Pandectes belges, verbo Ordonnance sur requête, no 28) et que les ordonnances sur requête ne peuvent être rendues que dans les cas prévus par la loi.

Il y a néanmoins lieu de relever que cette décision est intervenue à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 1998 portant introduction de l'article 66 au nouveau code de procédure civile, qui permet désormais à chaque partie lésée par une mesure unilatérale d'exercer un recours contre cette décision.

Il résulte encore de la doctrine française que le président du tribunal peut, dans tous les cas où il en est autorisé par la loi ou la jurisprudence, prendre d'urgence une

décision sur des intérêts tellement pressants que le recours en référé ne suffirait pas aux exigences de la situation (cf. E. Garsonnet : Traité théorique et pratique de procédure, t.8, n°2975).

L'usage illimité des ordonnances sur requête, sous la seule condition de l'urgence, est consacré par un texte formel, l'article 54 du décret du 30 mars 1808, qui prescrit de présenter au président toute requête à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou marchandises ou autres mesures urgentes (cf. E. Garsonnet précité, n° 2979).

On notera que le libellé de l'article est identique au texte invoqué à l'appui de la mesure actuellement litigieuse.

D'après la doctrine française, le texte de l'article 54 du décret du 30 mars 1808 est absolument général et permet en cas d'urgence de recourir au président, en dehors des cas énumérés par la loi. Le président aura alors de droit et le devoir de répondre à toutes les requêtes que les parties lui adressent, dans les hypothèses où une décision immédiate est nécessaire (cf. E. Garsonnet précité ; M. Bertin : Ordonnances sur requête et en référé, I, n° 32 et 33 ; L. Mérignhac et A. Mérignhac : Traité théorique et pratique des ordonnances sur requête et des référés, I, n° 7).

Il y a partant lieu de retenir que le décret de 1808 ne concerne pas uniquement une règle d'organisation interne ayant trait à la distribution des affaires, de sorte que le président du tribunal d'arrondissement peut, même en dehors d'un cas prévu par un texte de loi, à condition qu'il y ait urgence objective, prendre des mesures commandées par des intérêts tellement pressants que le recours en référé ne suffirait pas aux exigences de la situation.

L'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 actuellement litigieuse, n'est dès lors pas dépourvue de base légale.

c) quant au bien-fondé de la demande en rétractation

Il appartient au requérant initial **SOC.1.)** Sàrl de justifier que sa demande était fondée et non au demandeur en rétractation de rapporter la preuve contraire. L'instance n'a d'autre objet que de soumettre à la discussion, au moyen d'un débat contradictoire, les mesures antérieurement ordonnées à l'initiative d'une partie, en l'absence de son adversaire.

SOC.1.) Sàrl avait motivé sa requête par la mauvaise foi de **BQUE.1.)** SA dans le cadre de la mise à disposition des fonds et la résiliation subséquente du contrat de prêt qualifiée d'abusives par **SOC.1.)** Sàrl, alors que **BQUE.1.)** SA avait déjà, au moment de l'acceptation de la demande de tirage et de sa décision de mettre à disposition de **SOC.2.)** SICAV-FIS les fonds, connaissance que les « Conditions Subsequent » ne pouvaient pas être remplies pour le 31 janvier 2009, les parties ayant été en pourparlers concernant une extension de délai au 13 mars 2009.

Elle a précisé que la résiliation immédiate du contrat de prêt avec appel subséquent au gage étaient également abusifs, de sorte qu'il devait être fait défense à **BQUE.1.)** SA, qui se considère nouveau propriétaire des 75 actions gagées, de se dessaisir de ces actions.

Tel qu'il résulte cependant de l'ordonnance de référé numéro 181/2009 rendue en date du 18 mars 2009 dans les affaires inscrites aux numéros 119794 et 120276 du rôle, rendue entre **SOC.2.) SICAV-FIS** et **SOC.1.) Sàrl** d'une part et **BQUE.1.) SA** d'autre part, l'attitude de la banque dans le cadre de l'octroi du « prêt 2 » et de la dénonciation en date du 3 février 2009, si elle peut paraître douteuse et discutable au regard des principes de l'exécution des contrats de bonne foi, ne suffit néanmoins pas à établir l'existence d'une voie de fait commise par **BQUE.1.) SA** dans le cadre de l'octroi du « prêt 2 » et de sa dénonciation, de même que dans la réalisation subséquente, à l'expiration de la « curing period », du gage premier en rang sur 75% des actions détenues par **SOC.1.) A** dans **SOC.2.) SICAV-FIS**.

Les moyens avancés par **SOC.1.) Sàrl** pour conclure à une atteinte manifestement illicite de son droit de propriété sur les actions actuellement litigieuses dépassent en effet les pouvoirs d'appréciation du juge des référés, de sorte que l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 est à rétracter, la requérante **SOC.1.) Sàrl** ne justifiant pas l'existence d'une atteinte manifeste à un droit certain et évident dans son chef.

IV. Quant à la demande en désignation d'un séquestre des actions de **SOC.2.) SICAV-FIS**

A l'audience publique du 2 mars 2009, **SOC.1.) Sàrl** a formé une demande reconventionnelle en institution d'un séquestre judiciaire des actions de **SOC.2.) SICAV-FIS**, sur base des articles 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile et 1961 du code civil, motif pris que **BQUE.1.) SA** se serait appropriée les actions de manière hautement discutable.

SOC.1.) Sàrl estime que la propriété des 75% des actions détenues par **SOC.1.) Sàrl** dans **SOC.2.) SICAV-FIS** est litigieuse, suite à l'appropriation discutable de ces actions par **BQUE.1.) SA**.

Par exploit d'assignation du 5 mars 2009, **SOC.1.) Sàrl** demande également la désignation d'un séquestre de toutes les actions détenues par **BQUE.1.) SA** dans **SOC.2.) SICAV-FIS**.

Aux termes de son exploit d'assignation du 5 mars 2009, la requérante **SOC.1.) Sàrl** précise que cette demande est subsidiaire par rapport à sa demande reconventionnelle en nomination d'un séquestre formulée à l'audience des référés du 2 mars 2009 dans le cadre d'un référé rétractation introduit à la requête de **BQUE.1.) SA** suivant exploit d'assignation du 27 février 2009.

Il y a partant lieu de statuer en premier lieu quant à la demande reconventionnelle formée à l'audience publique du 2 mars 2009.

a) quant à la demande reconventionnelle en nomination d'un séquestre

BQUE.1.) SA soulève l'irrecevabilité de cette demande reconventionnelle, motif pris qu'elle ne constituerait pas une défense à la demande principale en référé-rétractation.

Il est de principe qu'une demande reconventionnelle n'est recevable que pour autant qu'elle présente un lien suffisamment étroit avec la demande principale. Il n'est pas nécessaire que la demande reconventionnelle soit connexe à la demande principale, mais il faut qu'elle entraîne, si elle est admise, le rejet de la demande principale en tout ou en partie. Ainsi, une demande reconventionnelle, qui aurait pour but unique de procurer à celui qui l'a formée un avantage distinct de sa défense à l'action principale, est irrecevable (cf. Encyclopédie Dalloz procédure civile, vbo « demande reconventionnelle », nos 11 et suivants ; Cour 23 juillet 2003, numéro 22316 du rôle).

En l'occurrence, la demande reconventionnelle tendant à la nomination d'un séquestre, n'est pas un moyen de défense à la demande principale en rétractation, mais tend à procurer à **SOC.1.)** Sàrl un avantage distinct, dans l'hypothèse où la demande principale était accueillie favorablement, tel le cas en l'espèce.

Il en suit que la demande reconventionnelle en nomination d'un séquestre, formée oralement à l'audience publique du 2 mars 2009, est à déclarer irrecevable.

b) quant à la demande subsidiaire en nomination d'un séquestre

La demande « principale » en désignation d'un séquestre formée à titre reconventionnel dans le cadre de la demande de **BQUE.1.)** SA en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 étant irrecevable, il s'agit de statuer par rapport à la demande subsidiaire formée suivant exploit d'huissier de justice du 5 mars 2009 (cf. affaire inscrite sous le numéro 120275 du rôle).

Suivant l'article 1961 du code civil, les tribunaux peuvent ordonner le séquestre (entre autres) d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes. Cette mesure peut être ordonnée en référé en cas d'urgence (cf. Cour 22.4.1970, P21. p. 324) et à condition qu'elle ne déroge pas au droit de propriété, qu'elle ne porte pas préjudice au principal.

Elle peut encore être ordonnée en référé s'il existe un différend sérieux entre parties (cf. JCl. Proc. civ. Référé. fasc. 243, no. 20) et si la mesure paraît utile à la conservation des droits des parties, étant entendu que le juge des référés ne saurait se livrer à une analyse du fond du droit (cf. Cour 1.12.1992, no, rôle 14229).

Le critère indispensable est l'existence d'un litige concernant la chose à mettre sous séquestre et avant de prendre une mesure de séquestre, le juge doit s'assurer que le demandeur justifie du caractère sérieux de sa prétention (cf. Dalloz Encyclopédie droit civil, vbo « séquestre » nos 27 et 30 in fine).

BQUE.1.) SA considère que les conditions pour nommer un séquestre des actions ne seraient pas données en l'espèce ; la propriété des actions ne serait pas effectivement litigieuse entre parties, étant donné que la dénonciation du contrat de prêt aurait été régulière, de même que la réalisation subséquente du gage ; que les conditions tant de l'urgence que de l'opportunité de la mesure de séquestre sollicitée ne seraient pas remplies.

Dans une société par action, un séquestre peut être nommé si la propriété des actions est litigieuse.

Le séquestre est une mesure grave qui peut paralyser les droits susceptibles de se révéler ultérieurement incontestables, de sorte que le juge ne doit l'ordonner que pour des motifs graves et dûment vérifiés.

C'est en fait là la raison pour laquelle trois conditions distinctes et cumulatives sont exigées pour qu'un séquestre puisse être nommé, à savoir :

- 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.

Une mesure de séquestre ne se justifie que s'il existe un litige sérieux, peu importe que les parties soient ou non engagées dans un procès relevant des juges du fond; la contestation sérieuse n'étant pas nécessairement un obstacle à la décision de référé mais pouvant au contraire, en être la condition.

Concernant la première condition, à savoir l'existence d'un litige sérieux entre parties quant à la propriété des actions de **SOC.2.) SICAV-FIS**, elle est donnée en l'espèce, étant donné que les juges du fond sont actuellement saisis, à la requête de **SOC.1.) Sàrl** suivant exploit d'assignation du 2 mars 2009, d'une demande en restitution de la totalité des actions que **BQUE.1.) SA** détient actuellement dans **SOC.2.) SICAV-FIS** suite à la dénonciation du contrat de prêt en date du 3 février 2009 et de la réalisation subséquente du gage premier en rang.

La condition de l'urgence est également donnée, étant donné que suivant courrier du 23 février 2009 à l'adresse du conseil d'administration de **SOC.2.) SICAV-FIS**, **BQUE.1.) SA**, en sa qualité d'actionnaire majoritaire de **SOC.2.) SICAV-FIS** (du fait de la détention de 75% des actions suite à la réalisation du gage premier en rang) sollicite la convocation d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires de **SOC.2.) SICAV-FIS** avec pour ordre du jour, outre la révocation des membres du conseil d'administration et la désignation d'un nouveau conseil d'administration, la renonciation par **SOC.2.) SICAV-FIS** à toutes les actions judiciaires actuellement pendantes à l'encontre de **BQUE.1.) SA**.

Finalement, la condition de l'opportunité de la mesure sollicitée est également donnée, étant donné que dans le cadre de son ordonnance présidentielle du 24 février 2009 faisant l'objet de la présente demande en rétractation, le président du tribunal d'arrondissement avait précisément imparti à **SOC.1.) Sàrl** un délai jusqu'au 27 mars 2009 pour voir nommer un séquestre des actions de **SOC.2.) SICAV-FIS** dont pourrait disposer **BQUE.1.) SA**, faute de quoi son ordonnance présidentielle sera nulle et non avenue.

Il suit de l'ensemble de ces considérations qu'il y a lieu de faire droit à la demande de **SOC.1.)** Sàrl et de nommer un séquestre des actions de **SOC.2.)** SICAV-FIS dont pourrait disposer **BQUE.1.)** SA.

A défaut de preuve de l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter.

L'exploit d'assignation du 5 mars 2009 a été signifié à **SOC.2.)** SICAV-FIS en la personne de **B.)**, gestionnaire **BQUE.2')**(...), qui a déclaré accepter la remise de l'exploit de l'huissier de justice et qui a donné récépissé, de sorte qu'il y a lieu de statuer avec effet contradictoire à l'encontre de **SOC.2.)** SICAV-FIS défaillante à l'audience publique du 6 mars 2009, en application de l'article 79 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile.

P A R C E S M O T I F S

Nous Malou THEIS, 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 avec effet contradictoire à l'égard de la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS actuellement défaillante, et contradictoirement à l'égard des autres parties,

recevons les demandes en la pure forme ;

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

ordonnons la jonction des affaires inscrites sous les numéros 120120, 120230 et 120275 du rôle ;

déclarons sans objet la demande tendant à la jonction de ces deux rôles avec les affaires inscrites sous les numéros 119794 et 120276 du rôle;

déclarons nul l'exploit d'assignation introduit par la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl en date du 3 mars 2009 ;

laissons les frais et dépens de cette instance à charge de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl en date du 3 mars 2009 ;

donnons acte à la société anonyme **BQUE.1.)** SA qu'elle renonce au moyen tiré de l'illégalité de l'article 54 du décret du 30 mars 1808 ;

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

statuons quant à la demande principale de la société anonyme **BQUE.1.)** SA introduite par exploit d'assignation du 27 février 2009 :

déclarons cette demande recevable;

partant rétractons l'ordonnance présidentielle du 24 février 2009 rendue à la requête de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl, sur base de l'article 54 du décret du 30 mars 1808, et de toute la procédure subséquente, à savoir l'exploit d'assignation en référé du 24 février 2009 ;

statuons quant à la demande reconventionnelle de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl en nomination d'un séquestre de toutes les actions de la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS, formée à l'audience publique du 2 mars 2009 :

déclarons cette demande irrecevable ;

statuons quant à la demande subsidiaire de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl en nomination d'un séquestre de toutes les actions de la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS, introduite par exploit d'assignation du 5 mars 2009 :

déclarons cette demande recevable ;

vu l'urgence,

nommons séquestre Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour, demeurant à L-1358 Luxembourg, 4, rue Pierre de Coubertin, avec la mission :

- de faire mentionner au registre des actionnaires de la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B. (...), que les actions dont dispose la société anonyme **BQUE.1.)** SA, admise au bénéfice du régime de sursis en paiement par jugement rendu le 9 octobre 2008 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, dont le siège social est situé à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), soit en nom personnel, soit en tant que nommée, sont sous séquestre ;
- de conserver ces actions et de n'autoriser aucun transfert ni autre acte de disposition des actions litigieuses, dans l'attente d'une décision définitive au fond ayant statué définitivement sur la propriété de ces actions, ou que la question soit réglée entre parties;

accordons au séquestre les pouvoirs d'administration et de signature pour l'exécution de sa mission,

disons que les honoraires promérités par le séquestre sont à charge de la société d'investissement à capital variable **SOC.2.)** SICAV-FIS sinon à avancer par la partie requérante la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl;

rejetons les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

déclarons la présente ordonnance commune à la société anonyme **BQUE.2.) SA** ;

réservons les frais et dépens de l'instance ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toutes voies de recours et sans caution.