

No. Rôle: TAL-2020-04667
No. 2020 TALREFO/00264
du 29 juin 2020

Audience publique extraordinaire des référés du lundi, 29 juin 2020, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président 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 Juan VILLANUEVA.

DANS LA CAUSE

ENTRE

1. la société AAA, établie et ayant son siège social à [...], immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
2. la société BBB, établie et ayant son siège social à [...], immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son associé commandité, BBB, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Ferdinand BURG, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties demanderesses sub1 et 2) comparant par Maître Ferdinand BURG avocat, assisté de Maître Caroline HOSSANN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

la société CCC, établie et ayant son siège social à [...], inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B186371, représentée aux fins des présentes

*par Maître Clara MARA-MARHUENDA, avocat, assisté de Maître Ariel DEVILLERS,
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 22 juin 2020, Maître Ferdinand BURG donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Clara MARA-MARHUENDA et Maître Ariel DEVILLERS furent entendus en leurs explications et moyens.

Sur ce, 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:

En vertu d'une ordonnance présidentielle du 18 juin 2020 et par exploit d'huissier de justice du 19 juin 2020, la société AAA (ci-après AAA) et la société BBB (ci-après BBB) ont fait donner assignation à la société CCC (ci-après CCC) à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour

- principalement, condamner CCC à libérer sinon payer aux sociétés requérantes le montant de 16.000.000 euros en exécution du contrat de prêt conclu le 10 février 2020 entre parties pour le 30 juin 2020 au plus tard, le tout sous peine d'une astreinte de 1.000.000 euros par jour de retard à partir du prononcé de l'ordonnance à intervenir;
- subsidiairement, condamner CCC à libérer sinon payer aux sociétés requérantes le montant de 10.800.000 euros en exécution du contrat de prêt conclu le 10 février 2020 entre parties pour le 30 juin 2020 au plus tard, le tout sous peine d'une astreinte de 1.000.000 euros par jour de retard à partir du prononcé de l'ordonnance à intervenir;
- en toutes hypothèses
 - principalement, interdire à CCC de réaliser les gages constitués suivant les contrats de gage signés le 14 février 2020 avec les sociétés requérantes et portant sur l'intégralité des titres EEE appartenant aux sociétés requérantes ;
 - subsidiairement,
 - suspendre les effets des contrats de gage signés le 14 février 2020 par CCC avec les sociétés requérantes et portant sur l'intégralité des titres EEE appartenant aux sociétés requérantes;
 - désigner un séquestre chargé de conserver les titres EEE dont les parties requérantes sont propriétaires, sinon de conserver les titres de EEE appartenant aux parties requérantes et de voir ordonner la transcription des titres de EEE appartenant aux parties requérantes dans le registre des actionnaires de EEE au profit du séquestre ;

Les parties demanderesse sollicitent encore la condamnation de l'assignée à leur payer à chacune la somme de 15.000 euros à titre d'indemnité de procédure.

La situation factuelle telle qu'elle résulte des pièces versées en cause

Suivant contrat de cession d'actions conclu le 20 décembre 2019, la société DDD (ci-après DDD) cède à AAA et BBB l'intégralité des parts sociales (51%) qu'elle détient dans la société EEE (en abrégé EEE), dont le capital social est composé de 1.000.000 d'actions, dont 910.000 actions ordinaires et 90.000 actions de préférence. A la date de la cession d'actions, DDD est propriétaire de 510.000 actions ordinaires, représentant 51% du capital et 56,044% des droits de vote, AAA et BBB détenant les 400.000 actions ordinaires et 90.000 actions de préférence, représentant ensemble 49% du capital social de EEE et 43,956% des droits de vote.

La cession des parts sociales intervient au prix de 26.000.000 euros, le transfert d'actions et le paiement du prix de cession afférent étant prévu à deux dates distinctes : la « date de réalisation 1 », à savoir le 30 juin 2020, en cas d'obtention de l'agrément par l'AMF de l'opération de cession et la « date de réalisation 2 » à savoir le 30 novembre 2020.

A la « date de réalisation 1 » (30 juin 2020), AAA et BBB doivent payer le « prix de cession 1 » correspondant au montant de 15.803.921,57 euros, soit environ 60,78% du prix de cession, et à la « date de réalisation 2 » (30 novembre 2020), est dû le paiement du « prix de cession 2 », soit le montant de 10.196.078,43 euros, correspondant à 39,22% du prix de cession.

Concernant les modalités de paiement, le contrat prévoit cependant, en contrepartie du transfert 1, un paiement anticipé de 4.996.078,43 euros (sur le prix de cession 2) en sus du prix de cession 1, de sorte que les acquéreurs devront payer au 30 juin 2020 la somme totale de 20.800.000 euros, et à la date du 30 novembre 2020, la somme de 5.200.000 euros.

Le 23 décembre 2019, CCC émet des garanties irrévocables à première demande en faveur de DDD pour garantir le paiement par AAA et BBB du montant de 13.000.000 euros.

Le 10 février 2020, CCC adresse à AAA et BBB un document intitulé « Termes et conditions pour l'émission de quatre garanties à première demande qui seront remplacées par un crédit d'investissement », prévoyant deux phases : la phase 1 concernant l'émission de quatre garanties à première demande pour un montant total de 26.000.000 euros au profit de DDD à émettre au plus tard le 28 février 2020, garanties par un nantissement de 45% des titres de EEE et un nantissement de 10.000.000 en dépôt cash auprès de CCC, et la phase 2, concernant un crédit d'investissement de 16.000.000 euros utilisable en deux tranches de 10.800.000 euros et 5.200.000 euros, l'emprunteur étant une société de droit

luxembourgeois issue de la fusion entre AAA et BBB, l'objet du crédit étant le financement partiel de l'acquisition de 51% des parts sociales de EEE.

Le document dispose que « *cette proposition est valable pour une durée d'un mois à partir de la présente et reste sujette à une documentation juridique satisfaisante qui sera établie par un cabinet d'avocats externe sélectionné par le prêteur, à charge de l'emprunteur.*

Dans le cas où les renseignements, informations ou documents fournis par l'emprunteur s'avèrent incomplets ou inexacts ou en cas de diminution matérielle du patrimoine de l'emprunteur, pour quelque motif que ce soit, les conditions des présents termes et conditions deviennent obsolètes et ne sont plus valables. »

Le jour même, cette offre est acceptée par AAA et BBB.

Le 14 février 2020, CCC émet au profit de DDD quatre garanties bancaires irrévocables à première demande en remplacement des garanties émises le 23 décembre 2019, pour un montant total de 26.000.000 euros, correspondant à la phase 1 du document du 10 février 2020 et le même jour, AAA et BBB et CCC signent, en présence de EEE, un contrat de gage d'actions destiné à garantir la bonne et complète exécution des garanties à première demande émises par CCC le 14 février 2020 sur ordre de AAA et BBB dans le cadre du contrat de cession d'actions signé le 20 décembre 2019 entre AAA et BBB comme acquéreurs et DDD comme vendeur des parts de EEE.

Le 5 mai 2020, le conseil transactionnel de AAA et BBB adresse un courriel à CCC l'informant de la dégradation de la situation financière de EEE comme suite directe de la crise Covid19 sur la gamme d'un fond déterminé, représentant 80% du chiffre d'affaire de EEE, précisant que pour l'opération capitalistique prévue avec DDD à la fin juin 2020, il est crucial pour EEE de décaler cette opération afin de stabiliser la société en évitant un changement de gouvernance, de sorte qu'il est demandé à CCC de réfléchir au niveau de concours qu'elle serait prête à proposer à AAA et BBB pour décaissement en juin 2021 avec une durée d'amortissement plus longue.

Suivant courriel du 3 juin 2020, CCC est informée de l'évolution de la situation financière de EEE, l'auteur du courriel indiquant supposer que la date de changement de contrôle de EEE sera reportée au mois de juin 2021.

Suivant courriel du 4 juin 2020, CCC demande au conseil transactionnel de AAA et BBB si la fusion entre AAA et BBB sera finalisée avant fin juin (s'agissant de l'emprunteur au titre du document du 10 février 2020, phase 2) et suivant courriel du même jour, CCC est informée que cette fusion ne pourra pas se faire au vu du conteste, de sorte qu'il faut partir du principe « *qu'il y aura les deux pour démarrer* » (AAA et BBB ?).

Suivant courriel du 9 juin 2020, faisant suite à un entretien téléphonique du même jour, CCC informe le conseil transactionnel de AAA et BBB des modalités du financement de l'opération, en considération de la division de la perte de valeur de EEE du quart par rapport à sa valeur au 31 décembre 2019 : le montant du crédit sera de 10.000.000 euros, splitté en deux tranches : la tranche 1 de 5.000.000 euros sur une durée de 5 à 7 ans, garantis par le gage de 45% des actions de EEE et des cautions personnelles de FFF et GGG, la tranche 2 portant sur 5.000.000 euros d'une durée de 12 mois garanti par des sûretés réelles.

Par courriel du 10 juin 2020, le conseil transactionnel de AAA et BBB informe CCC que l'offre du 9 juin 2020 n'est pas conforme aux termes de l'offre de crédit d'investissement du 10 février 2020, de sorte que AAA et BBB mettent CCC en demeure de respecter l'offre du 10 février 2020 et de leur adresser sans délai, par courriel, un projet de contrat de crédit conforme à l'offre du 10 février 2020. AAA et BBB de contester également le fait que la valeur de EEE aurait baissé du quart par rapport à celle au 31 décembre 2019.

Par courriel du 11 juin 2020, CCC réitère sa volonté de parvenir à un accord concernant le financement de l'opération, mais précise que les circonstances ayant permis de soumettre la proposition du 10 février 2020 ont changé de manière significative. Elle précise que les termes de l'écrit du 10 février 2020 ne constituaient qu'une offre de crédit sujette à certaines conditions qui ne sont plus remplies au 11 juin 2020 : ainsi, la santé financière de EEE se serait substantiellement dégradée, de sorte que l'emprunteur aurait connu une « diminution substantielle de son patrimoine », rendant les Termes et Conditions de l'offre du 10 février 2020 obsolètes et non valables ; l'emprunteur ne serait pas déterminé, étant donné que la fusion entre AAA et BBB ne serait pas achevée et AAA et BBB ne disposeraient pas immédiatement des droits de majorité au sein de EEE. CCC de préciser que les Termes et Conditions de l'offre du 10 février 2020 sont obsolètes et non valables.

Suivant courrier recommandé du 11 juin 2020, AAA et BBB mettent CCC en demeure de lui fournir le projet de convention de crédit, conformément à l'offre de crédit du 10 février 2020 acceptée, précisant que l'acceptation de cette offre lie CCC, d'autant que la phase 1 de l'offre a d'ores et déjà été exécutée (remise des garanties bancaires contre signature des sûretés en faveur de CCC), de sorte qu'il s'agit désormais de mettre en œuvre la phase 2. Elles précisent qu'elles n'auraient jamais accepté l'offre du 10 février 2020 si CCC avait pu dénoncer ultérieurement son offre de crédit, considérant que les phases 1 et 2 sont indissociables et que leur respect est la cause de l'acceptation de l'offre en date du 10 février 2020 et du nantissement de 45% des actions de EEE et des 10.000.000 euros en numéraire en faveur de CCC.

Par courrier du 11 juin 2020, AAA et BBB informent DDD du refus de CCC de respecter les termes de son offre du 10 février 2020, et de son incapacité à respecter les termes du contrat de cession d'actions aux dates de réalisation (30 juin 2020 et 30 novembre 2020), demandant à DDD d'envisager un schéma alternatif compte tenu de la situation nouvelle.

Par courrier du 15 juin 2020, DDD informe AAA et BBB qu'elle tient à l'exécution du contrat de cession d'actions du 20 décembre 2019, dans les conditions y stipulées, refusant tout report de la date de paiement du prix de cession.

Par courrier du 18 juin 2020 en réponse au courrier de AAA et BBB du 11 juin 2020, CCC précise que les deux phases prévues dans l'offre du 10 février 2020 doivent être dissociées, la première phase de l'offre (remise des garanties bancaires contre signature des sûretés en faveur de la banque) ayant été exécutée et la phase 2 de l'offre (rédaction d'un contrat de crédit conforme à l'offre) ne pouvant l'être, certains des éléments essentiels au consentement initial de la banque, clairement identifiés dans l'offre, n'étant plus réunis. Elle précise que, outre le fait que la fusion entre AAA et BBB ne pourra pas être réalisée avant le 30 juin 2020, de sorte que le prêt ne pourrait pas être consenti à une entité unique (la société issue de la fusion), ce qui aurait des conséquences non négligeables sur les modalités et le coût des crédits à accorder, il résulterait de l'aveu des acquéreurs que la valeur de EEE a considérablement diminué, de sorte que par application de la clause résolutoire prévue à l'offre du 10 février 2020 (« en cas de diminution matérielle du patrimoine de l'emprunteur, pour quelque motif que ce soit, les conditions des présents termes et conditions deviennent obsolètes et ne sont plus valables ») l'offre est résolue par application de l'article 1183 du code civil. Au titre de ce courrier, CCC précise que l'offre du 10 février 2020 ne constituait qu'une offre de crédit, sujette à une documentation juridique satisfaisante à établir par un cabinet externe.

Les moyens des parties

AAA et BBB précisent que CCC aurait été directement impliquée dans le dossier qu'elle accompagnait sur l'aspect du financement des obligations à charges des Acquéreurs résultant du contrat de cession d'actions conclu avec DDD et que le 10 février 2020, CCC aurait adressé aux requérantes une offre de financement qui a été acceptée le même jour moyennant signature « Bon pour accord », transformant ainsi cette offre en contrat liant AAA et BBB et CCC ;

que la première phase du contrat de cession correspondant à la première phase du contrat de prêt conclu le 10 février 2020 aurait été exécutée, et que ce serait actuellement de manière tout à fait abusive que CCC refuserait d'exécuter la deuxième phase du contrat de prêt conclu entre parties. Elles reprochent notamment à CCC de ne jamais avoir envoyé aux requérantes de projet de contrat de prêt pourtant conclu avec elles en date du 10 février qui prévoirait la libération du prêt de 16.000.000 euros en deux tranches : une première tranche de 10.800.000 euros et une deuxième tranche de 5.200.000 euros,

Les requérantes de préciser qu'elles sont tenues de voir libérer avant le 30 juin 2020 les fonds qui leur sont dus en exécution du contrat de cession conclu avec DDD, afin qu'elles puissent régler à DDD le prix de vente et éviter que DDD ait recours au tirage des garanties

bancaires, à défaut de quoi CCC mettra en œuvre le gage consenti par AAA et BBB sur les titres EEE des Acquéreurs.

AAA et BBB de préciser qu'elles s'opposent à la future réalisation des gages par CCC sur les titres EEE, de sorte qu'il y aurait lieu, en tout état de cause, d'interdire à CCC de réaliser les gages et d'ordonner le placement de leurs titres EEE sous séquestre.

CCC soulève *in limine litis* l'incompétence territoriale du juge des référés luxembourgeois, en ce que les mesures tendant à voir interdire la réalisation des gages, sinon à en voir suspendre les effets, de même que la mesure de séquestre sollicitées par les requérantes concernant des actions nominatives de la société de droit français EEE, et que les dispositions des articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile sont d'application purement territoriale.

Elle conteste formellement l'existence d'un contrat de prêt au profit des requérantes, précisant que la demande serait fondée sur l'allégation, formellement contestée par CCC, que le document daté du 10 février 2020 intitulé « Termes et conditions pour l'émission de quatre garanties bancaires à 1ère demande » matérialiserait un contrat de prêt entre les parties requérantes et la Banque. Elle précise que ces Termes et Conditions seraient qualifiés à tort de contrat de prêt par les requérantes, mais qu'elles auraient tout au plus, en ce qui concerne la phase 2 du financement de l'acquisition des titres EEE, la valeur d'une proposition de crédit, sinon tout au plus de contrat préparatoire, en vue de la mise en place d'un crédit d'investissement, la seule apposition du « bon pour accord » sur le document intitulé « Termes et conditions » étant insuffisante pour lui conférer la valeur d'un contrat de crédit.

Elle précise que si elle était impliquée dans les étapes préalables du financement du projet en émettant les premières garanties financières, il n'était pas d'ores et déjà convenu entre parties qu'elle accompagnerait les requérantes par la suite. Elle conteste dès lors formellement l'allégation selon laquelle (i) elle aurait été directement impliquée dans le dossier et qu'elle accompagnait sur l'aspect du financement des obligations à charge des requérantes issues du contrat de cession, et (ii) que les premières garanties émises par la Banque ont permis aux requérantes de rencontrer les conditions et de signer le contrat de cession, alors que CCC n'avait pas encore été retenue pour émettre les garanties suivantes à hauteur de 26.000.000 euros, ni d'octroyer le financement.

Elle fait valoir que son offre du 10 février 2020 ne constituerait qu'une offre qui serait devenue obsolète, et que le gage consenti par AAA et BBB sur les titres de EEE serait indépendant du contrat de prêt mais trouverait sa cause dans les garanties à première demandes émises par CCC en faveur du vendeur DDD.

Elle demande en conséquence à voir débouter AAA et BBB de toutes ses demandes et sollicite la condamnation de chacune des parties requérantes à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Motifs de la décision

Préliminaires : note de plaidoiries et pièces versées en cours de délibéré

L'affaire a été plaidée et prise en délibéré à l'audience publique du 22 juin 2020.

Le 25 juin 2020, AAA et BBB ont fait parvenir au greffe du tribunal une note de plaidoiries de deux pages et une farde de trois pièces, à savoir deux jurisprudences concernant le caractère consensuel du contrat de crédit, et un courrier adressé le 25 juin 2020 par AAA et BBB à CCC portant information qu'elles privilégient le schéma de fusion dite « à l'anglaise », de sorte qu'elles demandent à CCC de libérer les fonds en exécution du contrat de prêt.

Par courriel du 26 juin 2020, CCC demande le rejet de la note de plaidoiries et des pièces communiquées en cours de délibéré.

Suivant l'article 65 du nouveau code de procédure civile, « *Le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. [...]* »

La note de plaidoiries de AAA et BBB comporte deux points : l'un relatif au caractère consensuel du contrat de prêt par opposition au caractère réel, l'autre relatif au projet de fusion entre AAA et BBB permettant de considérer qu'elles sont à considérer par CCC comme sociétés en voie de fusionner, de sorte à rendre inopérant l'argument développé par CCC à l'audience publique du 22 juin 2020 tiré de l'impossibilité de s'exécuter, en l'absence d'emprunteur issu de la fusion des sociétés requérantes.

Dans la mesure où ces points ont été débattus oralement à l'audience publique du 22 juin 2020, il n'y a pas lieu de rejeter la note de plaidoiries et les jurisprudences versées en cours de délibéré. Il y a cependant lieu de faire abstraction du courrier émis par AAA et BBB le 25 juin 2020 pour avoir été rédigé postérieurement à l'audience des plaidoiries pour les besoins de sa propre cause et ne pas avoir fait l'objet d'un débat contradictoire.

L'objet des demandes de AAA et BBB

Les demandes de AAA et BBB ont trait, d'une part, à l'exécution du contrat de prêt du 10 février 2020, en ce qu'elles tendent, par ordres de subsidiarité, à voir condamner CCC à exécuter le contrat de prêt conclu le 10 février 2020 moyennant libération, principalement, du montant de 16.000.0000 euros, subsidiairement, du montant de 10.800.000 euros, au 30 juin 2020, chaque fois sous astreinte de 1.000.0000 euros par jour de retard, d'autre part, à l'exécution des gages constitués suivant les contrats de gage signés le 14 février 2020, en ce qu'elles visent, par ordres de subsidiarité, l'interdiction de la réalisation du gage, sinon la suspension des effets des contrats de gage avec mise sous séquestre des titres gagés.

Les parties demanderesses agissent principalement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code.

Les principes permettant l'intervention du juge des référés

Il paraît important de souligner que l'ordonnance du juge des référés est exécutoire par provision, elle n'a pas autorité de chose jugée au principal mais seulement au provisoire.

Partant, les mesures ordonnées par le juge des référés ont toujours un caractère provisoire, elles ne peuvent être irréversibles, ce qui serait incompatible avec la nature du référé.

Il s'ensuit que le juge des référés n'est pas appelé à juger le fond du droit et il ne peut pas « dire et juger ». Ainsi, le juge des référés saisi d'une demande sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} respectivement 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile n'a pas à trancher de difficulté relative à l'application ou à l'interprétation d'un contrat liant les parties, mais doit simplement vérifier si les conditions pour l'institution d'une mesure conservatoire sont remplies. Admettre le contraire reviendrait en fait et en droit à instaurer, pour l'institution en référé de simples mesures conservatoires, des pouvoirs appartenant au juge du fond.

Les demanderesses basent leurs demandes principalement sur l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code.

Aux termes de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, le président ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Il convient de rappeler que l'article 809 du code de procédure civile français diffère du texte luxembourgeois alors qu'il comporte les termes « le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire... ».

Au Luxembourg, le juge des référés est compétent pour faire cesser une voie de fait, c'est-à-dire un acte illégal portant préjudice à autrui. A cet égard il peut fonder sa décision sur une situation de fait ou de droit qui n'est ou ne peut être sérieusement contestée (*Cour 7 mars 1980, Pas. 25, p. 32 ; Cour 26 juin 1985, Pas. 26, p. 354*). La demande est irrecevable lorsque la contestation porte soit sur l'existence même du trouble allégué, soit sur le prétendu caractère manifestement illicite de ce trouble (Cour, 26 janvier 1993, no du rôle 14772).

Ce texte ne prévoit que deux caractéristiques pour les mesures que le juge des référés peut prendre sur ce fondement: elles doivent s'imposer eu égard à la situation des parties et être conservatoires (ou de remise en état). Leur nature importe peu et le juge des référés dispose donc d'une très grande liberté quant à la nature de la mesure ordonnée, son efficacité provisoire étant en réalité son unique aune et sa seule justification (*X. et J. VUITTON, Les référés, 3e éd. n° 1133 et s.*).

Le trouble manifestement illicite peut se définir comme « toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit ». Il procède donc de la méconnaissance d'un droit, d'un titre ou, corrélativement, d'une interdiction les protégeant. Le trouble consiste dans un acte ou une abstention s'inscrivant en méconnaissance de l'ordre juridique établi, qu'il faut, d'une part, faire cesser pour être inadmissible en tant que constituant une illicéité. Il s'agit, d'autre part, de préserver ou de rétablir un statu quo avant l'intervention du juge du fond (*X. et J. VUITTON précité n° 282 et s.*).

La jurisprudence considère généralement que la voie de fait peut se définir comme étant constituée par une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui par des actes matériels posés par leur auteur en vue d'usurper un droit qu'il n'a pas ou pour se rendre justice à soi-même. Il résulte de cette définition que, pour qu'il y ait voie de fait, il faut qu'il y ait commission d'actes matériels commis au préjudice des droits d'autrui et par lesquels l'auteur du trouble usurpe un droit qu'il n'a pas ou se fait justice à soi-même. En d'autres termes, l'une des conditions pour qu'il y ait voie de fait au sens de l'article 933 du nouveau code de procédure civile est l'existence d'une attaque, d'une entreprise délibérée par laquelle l'auteur porte atteinte aux droits d'autrui pour s'arroger un droit qu'il sait ne pas avoir ou pour se procurer un droit qu'il croit avoir et qu'en réalité il n'a pas.

Toutefois, aucun élément rédactionnel de l'article 933, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile ne permet de tirer la conclusion que le juge des référés ne pourrait qu'agir en vue de faire cesser une action positive, à l'exclusion d'une simple abstention.

Il faut donc retenir que le référé de l'article 933, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile peut être mis en œuvre pour combattre une voie de fait qui se manifeste par l'inertie

ou le comportement purement passif de son auteur (*Cour référé, 2 décembre 2015, numéro 42509 du rôle*).

Les mesures réclamées sur base de l'alinéa 1^{er} de l'article 933 du nouveau code de procédure civile ne sont pas subordonnées à la preuve de l'urgence, les conditions ayant trait à l'imminence du dommage et au caractère manifestement illicite du trouble se suffisant à elles-mêmes dans la mesure où il est toujours pressant de prévenir pareil dommage et de mettre un terme à l'illicéité manifeste (*Cour 21 janvier 1997 Pas. 30, p. 247*).

Aux termes de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, le président du tribunal ou le juge qui le remplace peut ordonner en référé, dans tous les cas d'urgence, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

Le référé-urgence prévu au premier volet du prédit article présuppose la réunion de deux conditions, l'une relative à l'urgence, l'autre relative à l'absence de contestation sérieuse.

L'urgence est la condition première et déterminante de la saisine du juge des référés sur le fondement de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

L'urgence est donnée toutes les fois qu'un retard apporté à une solution provisoire et ne préjudiciant en rien le fond risque de mettre en péril les intérêts des parties. Elle doit exister et être établie au moment où le juge statue. L'urgence doit dériver des conditions objectives et indépendantes des parties demanderessees qui s'en prévalent.

La mesure à instituer sur la base du prédit référé urgence ne doit en outre pas se heurter à une contestation sérieuse.

Le deuxième volet du même article énonce que le juge des référés peut prendre toutes les mesures que justifie l'existence d'un différend, la contestation étant elle-même la cause du référé.

Il y a lieu d'entendre par « différend » un conflit pendant entre les parties, quelles qu'en soit la nature et les modalités. L'emploi du terme générique « différend », sans autre qualificatif implique que le désaccord entre les parties est à apprécier sans égard quant à sa nature et quant à son importance. La notion de différend est dès lors à comprendre dans une acception extrêmement large (Jurisclasseur, Procédure civile, fasc. 471, no. 51).

Si la notion de l'existence d'un différend non seulement autorise le juge des référés à prendre des mesures là où existe pourtant une contestation sérieuse mais encore lui interdit de rejeter une mesure, au seul motif qu'elle se heurterait à une telle contestation et l'oblige à rechercher si la mesure sollicitée n'est pas justifiée par l'existence du différend qui oppose

les parties, il n'en reste pas moins que les mesures qui peuvent être ordonnées en raison de l'existence d'un différend ne peuvent dans le cas où il existe une contestation sérieuse coïncider exactement avec celles qui auraient pu être prises en l'absence d'une telle contestation; la mesure prononcée dans ce cas est nécessairement une mesure de rattrapage, moindre dans sa portée et dans ses conséquences que la mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse, le fondement pris de l'existence d'un différend ne pouvant permettre de sauver toutes les situations et d'aboutir systématiquement à autoriser une mesure qui ne pourrait être ordonnée en raison d'une contestation sérieuse (Pierre ESTOUP, La pratique des procédures rapides, no. 77).

Le cas d'espèce

a) la demande tendant à l'exécution du contrat de prêt du 10 février 2020

Il appert des débats menés à l'audience publique du 22 juin 2020 que les parties sont en désaccord quant à l'existence du contrat de prêt invoqué par les parties demanderesses à l'appui de leur demande, les parties demanderesses faisant valoir que le contrat de prêt s'est valablement formé entre parties en date du 10 février 2020, date à laquelle les demanderesses ont accepté sans réserves l'offre de crédit émise par CCC le même jour, de sorte que la formalisation du contrat et la remise des fonds ne constituent pas une condition de validité du contrat de crédit, se prévalant du caractère consensuel d'un contrat de crédit émis par un établissement bancaire, alors que CCC conteste l'existence d'un contrat de prêt, l'échange de volontés des parties étant insuffisant à cet effet, à défaut de remise des fonds, s'agissant d'un contrat réel nécessitant, outre l'accord de volonté, la remise d'une chose.

Tel qu'il résulte de l'exposé factuel ci-dessus, CCC a soumis le 10 février 2020 à CCC un document intitulé « termes et conditions pour l'émission de quatre garanties bancaires à première demande qui seront remplacées par un crédit d'investissement » qui a été accepté le jour même par AAA et BBB.

Au titre de ce document, CCC résume les termes et conditions pour la mise en place des garanties financières qui couvrent deux phases : la phase 1 visant l'émission de quatre garanties bancaires irrévocables à 1^{ère} demande au bénéfice de DDD pour un montant total de 26.000.000 euros, à émettre au plus tard le 28 février 2020, et la phase 2, visant la mise en place d'un crédit d'investissement dont les montants décaissés seront concomitamment avec les montants libérés des garanties bancaires irrévocables émises lors de la phase 1. Concernant cette phase 2, le document du 10 février 2020 stipule clairement que « *les détails seront fixés par un contrat de crédit à établir en bonne et due forme* ».

Il en suit que les parties avaient prévu tout au plus les grandes lignes du crédit d'investissement au 10 février 2020, mais non pas le détail, puisque celui-ci restait à être fixé d'après la stipulation afférente.

Le document prévoit ensuite à la page 2, sous l'intitulé « phase 2 », que l'emprunteur du crédit d'investissement sera une société de droit luxembourgeois issue de la fusion entre AAA et BBB.

Il est acquis en cause qu'à ce jour, une société de droit luxembourgeois issue de la fusion entre AAA et BBB n'a pas encore été constituée, de sorte que l'emprunteur est à ce jour inexistant.

Il résulte encore des pièces versées en cause que le 5 mai 2020, le conseil transactionnel de AAA et BBB a adressé un courriel à CCC l'informant de la dégradation de la situation financière de EEE comme suite directe de la crise Covid19, demandant à CCC de réfléchir au niveau de concours qu'elle serait prête à proposer à AAA et BBB pour décaissement en juin 2021 avec une durée d'amortissement plus longue, de sorte qu'à la date du 5 juin 2020, les parties requérantes ont au moins envisagé que les conditions de l'offre du 10 février 2020 avaient changé, en ce que la valeur de EEE a considérablement diminué.

Finalement, jusqu'à la date du 18 juin 2020, AAA et BBB semblent avoir considéré que l'écrit du 10 février 2020 comme simple offre et non pas comme contrat de crédit emportant des obligations précises dans le chef des parties.

En demandant actuellement l'exécution des termes du contrat de prêt du 10 février 2020, les parties demanderesse demandent dès lors au juge des référés de tenir pour acquis que du fait de la signature pour acceptation de l'offre de CCC du 10 février 2020, le contrat de crédit s'est valablement formé entre parties, de sorte que CCC ne saurait être admise à revenir sur les termes de son offre.

Il est de jurisprudence que si le juge des référés peut appliquer un contrat dont les termes sont clairs et non équivoques, il ne saurait interpréter une convention et en qualifier la nature exacte, dès qu'apparaît la moindre ambiguïté ou contestation sérieuse, sous peine de porter préjudice au fond.

AAA et BBB font plaider que le contrat de crédit est un contrat consensuel, tandis que CCC fait plaider qu'il s'agit d'un contrat réel. Chacune des parties verse des jurisprudences à l'appui de sa thèse.

Au vu des divergences existant entre parties, le juge des référés sera amené à interpréter les clauses de l'offre du 10 février 2020, notamment (i) celle prévue à la page 1 prévoyant, pour la phase 2, la fixation des détails de la mise en place d'un crédit d'investissement par un contrat de crédit à établir en bonne et due forme, et (ii) celle relative au caractère obsolète de l'offre en cas de diminution matérielle du patrimoine de l'emprunteur, interprétation qui excède sa compétence en tant qu'il statue en matière de référé.

Il est dès lors établi en cause qu'il existe une contestation sérieuse quant à l'existence d'un contrat de crédit valable entre parties aux termes du document signée entre parties le 10 février 2020, de sorte que la voie de fait alléguée, consistant dans le refus de CCC de respecter les termes de son engagement souscrit au titre de l'écrit du 10 février 2020, à savoir la remise de la somme de 16.000.000 euros à titre de crédit, dont le montant de 10.800.000 euros à titre de la tranche 1 en date du 30 juin 2020, n'est pas établie.

La demande sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile est dès lors irrecevable.

Ces contestations valent également comme contestations sérieuses dans le cadre de la demande en tant qu'elle est basée sur le premier volet de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Si les contestations quant à l'existence du contrat de crédit valent comme justification d'un différend sérieux entre parties, tel que requis pour l'application du deuxième volet de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, il convient cependant de noter que la mesure requise par AAA et BBB, à savoir le paiement de la somme de 16.000.000 euros, respectivement de la première tranche de 10.800.000 euros, en exécution de l'éventuel contrat de prêt du 10 février 2020, dépasse cependant le cadre des mesures conservatoires et provisoires auxquelles se limitent en principe les mesures ordonnées dans le cadre du référé-différend, pour équivaloir à une exécution forcée d'une obligation de faire dans le chef de CCC, partant constituer une mesure à caractère définitif portant exécution d'une obligation contractuelle, sérieusement contestable, dans le chef de CCC.

La demande est dès lors à déclarer irrecevable sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

- b) la demande relative à l'exécution des contrats de gage signés le 14 février 2020 avec les sociétés requérantes et portant sur l'intégralité des titres EEE appartenant aux sociétés requérantes

CCC invoque avant toute défense l'incompétence *ratione loci* du juge saisi pour ordonner l'interdiction de la réalisation des gages et la suspension des effets du contrat de gage, s'agissant d'un contrat de gage relatif à actions nominatives de la société de droit français EEE, motif pris que les dispositions des articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile sont d'application purement territoriale.

Il est de principe que les dispositions de l'article 932 alinéa 1^{er} et de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile sont d'application purement territoriale, de sorte que le juge des référés n'a pouvoir d'ordonner les mesures urgentes visées dans ces articles que

par rapport à une situation de fait et de droit qui existe au Grand-Duché de Luxembourg, les règles ordinaires de compétence étant écartées lorsqu'il s'agit de prendre des mesures urgentes ou purement conservatoires sur des biens ou à l'égard de personnes (Fernand Schockweiler : Les conflits de lois et les conflits de juridiction en droit international privé luxembourgeois, n° 748 ; Cour 24 février 1988, numéro 10047 du rôle).

En l'occurrence, même si la réalisation du gage se fera en France, s'agissant d'un gage sur des titres de la société de droit français EEE qui sont inscrits en comptes d'actionnaires et partant situés en France, le juge des référés est territorialement compétent pour suspendre les droits et obligations résultant d'un contrat de gage soumis au droit luxembourgeois et conclu entre des parties qui sont établies au Grand-Duché de Luxembourg.

L'exception d'incompétence territoriale du juge saisi est dès lors à écarter.

Il est acquis en cause que les contrats de gage signés le 14 février 2020 par AAA et BBB et CCC en présence de EEE sont destinés à garantir la bonne et complète exécution des garanties à première demande émises par CCC le 14 février 2020 sur ordre de AAA et BBB dans le cadre du contrat de cession d'actions signé le 20 décembre 2019. La validité des contrats de gage n'est pas contestée par AAA et BBB.

Ces contrats sont soumis au droit luxembourgeois, partant à la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière portant transposition de la directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière. Cette loi a introduit en droit luxembourgeois un régime favorable au créancier gagiste, dans l'objectif d'assurer l'effectivité des mécanismes qu'elle régit.

L'article 20 (4) de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière dispose ce qui suit : *« A l'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III ; Titre XVII du Code Civil, du Livre 1er, Titre VIII et du Livre III du Code de Commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière, aux contrats de compensation et aux renonciations visées par les articles 2(5) et 2(6) et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession ».*

Le but du législateur était de rendre les contrats de garantie financière inattaquables, l'article 11 de la loi, valant transposition du paragraphe 4 de l'article 4 de la directive, reproduisant à l'ingrès de son paragraphe (1) la non-nécessité d'une mise en demeure, sub (1) e) la faculté d'appropriation, sub (1) b) la non-exigence de vente aux enchères et, au paragraphe (3), lorsque le gage est tenu auprès d'un tiers, la

remise des instruments financiers sur «simple déclaration » par le créancier gagiste «de la survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie ».

L'article 20 (4) précité ne permet ainsi pas au juge des référés de prendre, tel qu'il lui est demandé en l'espèce, des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser les effets d'une exécution des gages et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuit, nonobstant d'ailleurs toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la même loi (Cour 15 février 2017, arrêt n° 25/17-VII-REFF n° 43925 et 44011 du rôle).

Etant donné que les mesures sollicitées par AAA et BBB visent à empêcher la réalisation du gage ou de ses effets, la demande est à déclarer irrecevable tant sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure que de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

c) la demande relative à la mise sous séquestre des titres EEE dont les requérantes sont propriétaires

CCC invoque avant toute défense l'incompétence *ratione loci* du juge saisi pour ordonner la mise sous séquestre des titres l'interdiction de la réalisation des gages et la suspension des effets du contrat de gage, s'agissant d'un contrat de gage relatif à actions nominatives de la société de droit français EEE »), motif pris que les dispositions des articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile sont d'application purement territoriale.

Tel qu'il résulte des principes ci-avant (point b) concernant la compétence territoriale du juge des référés, celui-ci est incompétent pour connaître de la demande de AAA et BBB sur la base des articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile, dans la mesure où il s'agit d'ordonner une mesure conservatoire sur des biens se situant à l'étranger, en l'occurrence sur des titres de la société de droit français EEE, qui sont inscrits en comptes d'actionnaires et partant situés en France.

d) les indemnités de procédure

AAA et BBB sollicitent chacune l'allocation d'une indemnité de procédure de 15.000 euros et CCC sollicite la condamnation de chacune des parties demanderessees à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Les parties demanderessees succombant dans leurs prétentions, elles ne justifient pas l'iniquité requises pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, de sorte que leurs demandes respectives sont à rejeter.

En revanche, il paraît inéquitable de laisser à l'unique charge de CCC l'entièreté des frais exposés pour la défense de ses intérêts dans le cadre de la présente demande en justice, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à sa demande sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Eu égard à l'import de l'affaire et aux soins requis, il y a lieu de lui allouer la somme de 5.000 euros.

Il y a dès lors lieu de condamner AAA et BBB à payer à CCC chaque fois la somme de 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

Nous Malou THEIS, Vice-Président 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 forme ;

rejetons des débats la lettre du 25 juin 2020 adressée par la société AAA et la société BBB à la société CCC ;

Nous déclarons incompétent pour connaître de la demande tendant à la mise sous séquestre des actions de la société EEE ;

Nous déclarons compétent pour connaître des autres demandes de la société AAA et de la société BBB ;

déclarons les demandes irrecevables ;

rejetons la demande de la société AAA et de la société BBB sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamnons la société AAA à payer à la société CCC la somme de 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure ;

condamnons la société BBB à payer à la société CCC la somme de 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure ;

laissons les frais et dépens à charge de la société AAA et de la société BBB ;

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