

Texte pseudonymisé

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

**No. Rôle: 147966**  
**Réf. no. 671/2012**  
**du 18 septembre 2012**

Audience publique extraordinaire des référés du mardi, 18 septembre 2012, tenue par Nous Marc THILL, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assisté du greffier assumé Sanela THOMMES.

---

**DANS LA CAUSE**

**E N T R E**

la société anonyme SOCIETE1.) S.A., en abrégé SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

élisant domicile en l'étude de Maître Régua AMIALI, avocat, demeurant à Esch-sur-Alzette,

**partie demanderesse comparant par Maître Laurent NIEDNER, avocat, assisté de Maître Thierry POULIQUEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,**

**E T**

1. la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),
2. la société anonyme SOCIETE3.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), pour les besoins de la présente en son service juridique établi à L-ADRESSE4.), 2<sup>ième</sup> étage,

**partie défenderesse sub 1) comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,**

**partie défenderesse sub 2) comparant par Maître Alexandre CAYPHAS, avocat, demeurant à Luxembourg,**

---

**F A I T S :**

---

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire de vacation du lundi matin, 10 septembre 2012. Maître Laurent NIEDNER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et fut entendue en ses explications;

Maître Marc ELVINGER et Maître Alexandre CAYPHAS furent entendus en leurs conclusions;

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

**O R D O N N A N C E**

**qui suit:**

Par exploit d'huissier de justice d'Esch-sur-Alzette du 4 septembre 2012, la société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.) a fait donner assignation à la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA et à la société anonyme SOCIETE3.) SA à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, pour s'entendre dire que l'appel à la garantie est manifestement abusif, de voir constater que la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA ne dispose d'aucune créance non sérieusement contestable à l'encontre de la société anonyme SOCIETE3.) SA, celle-ci s'entendre par conséquent interdire de régler le montant de 200.000 euros à la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA en l'absence d'une décision de justice définitive et exécutoire condamnant la société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.) ou la société anonyme SOCIETE3.) SA au règlement du montant réclamé, subsidiairement d'ordonner à la société anonyme SOCIETE3.) SA de détenir ce montant en sa qualité de séquestre sans dépossession des fonds.

La société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.) fait exposer qu'elle aurait été chargée suivant contrat des 8 au 18 juillet 2003, conclu entre elle et la société SOCIETE2.) SCI, de la construction d'un complexe d'immeubles à bureaux. Suite à un deuxième contrat des 18 décembre 2003 au 7 janvier 2004 conclu entre la société SOCIETE2.) SCI, la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE4.) SA, cette dernière aurait été chargée de réaliser les prestations techniques des bâtiments. La conception des immeubles aurait été réalisée par des architectes et des ingénieurs, dont le bureau d'études SOCIETE5.).

La société SOCIETE2.) SCI se serait engagée à son tour envers une société SOCIETE6.) SA à la construction clé en main du complexe immobilier.

Au terme du premier contrat conclu entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) SCI, la retenue de garantie de 5% pour une durée de cinq ans à partir de la réception de l'immeuble a pu être remplacée par un « cautionnement bancaire ». En date du 10 mai 2010, la société anonyme SOCIETE3.) SA aurait émis cette garantie au profit de la société SOCIETE2.) SCI pour la somme de 3.000.000 euros.

Venant au terme, la garantie aurait été prolongée à trois reprises au profit de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA qui aurait repris l'ensemble du patrimoine social de la société SOCIETE2.) SCI.

Actuellement une expertise judiciaire serait en cours en ce qui concerne les prétendues défauts des stores du complexe immobilier.

La société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.) fait plaider que malgré l'absence de tout désordre établi et imputable à elle, la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA aurait fait appel en date du 27 août 2012 à la garantie bancaire pour le montant de 200.000 euros.

La société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA ferait appel à cette garantie comme s'il s'agissait d'une garantie bancaire autonome à première demande.

Cet appel à garantie serait cependant manifestement abusif pour les raisons suivantes :

- la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA n'aurait pas, de façon opposable aux tiers, acquis les droits de la société SOCIETE2.) SCI ;

- il ne s'agirait en l'espèce pas d'une garantie bancaire autonome à première demande, mais bien d'un cautionnement tenant de sureté pour toutes les créances de la société SOCIETE2.) SCI à l'égard de la société SOCIETE1.) La société SOCIETE2.) SCI devrait donc démontrer qu'elle disposerait d'une créance certaine et exigible au 31 août 2012, date d'expiration de la garantie. Subsidiairement, en cas de garantie bancaire autonome, celle-ci aurait été établie au profit de la société SOCIETE2.) SCI et non de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA ;

- l'appel à garantie devrait encore suivant contrat conclu entre parties être précédé d'une « Mängelanzeige ». Le courrier lui adressé à cette fin en date du 26 août 2011 par la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA serait cependant contesté et ne remplirait pas ce critère au sens de la garantie bancaire du 10 mai 2010 ;

- la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA ne disposerait d'aucune créance à l'égard de la société SOCIETE1.), alors qu'elle n'établirait pas que l'immeuble serait affecté de vices et de malfaçons. La société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA ne ferait que reproduire la liste des désordres reçue par elle de la part de la société SOCIETE6.) SA qui essaierait de cette manière de faire diminuer le prix de l'immeuble acquis à un moment où les prix de l'immobilier étaient très haut et que celle-ci aurait actuellement des difficultés à relouer l'ensemble des bureaux. Cette liste de désordres ne concerneraient pas la société SOCIETE1.), alors qu'elle relèverait soit de l'intervention d'autres firmes soit de l'entretien normale du bâtiment ;

- enfin le paiement par la société anonyme SOCIETE3.) SA risquerait d'être irrécupérable par la suite auprès de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA qui n'aurait plus d'actifs, ni aucune activité et qui aurait fait appel à la garantie suite à l'appel de garantie par la société SOCIETE6.) SA. Il serait cependant établi que les liens juridiques entre la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA et la société SOCIETE6.) SA seraient beaucoup plus importants que les engagements pris par la société SOCIETE1.) envers la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA. La société SOCIETE1.) n'aurait pas été chargée de l'intégralité des prestations et la garantie qu'elle aurait fournie ne pourrait servir de contre-garantie à celle fournie par la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA au profit de la société SOCIETE6.) SA.

La demande de la société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.) tend à faire défense à la société anonyme SOCIETE3.) SA d'exécuter la garantie et de payer entre les mains de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA le montant garanti, au motif que l'appel de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA à la garantie serait abusif.

La société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.) agit sur base des articles 932 alinéa 1<sup>er</sup> et 933 alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile, estimant que l'intervention du juge des référés est justifiée tant au regard de l'urgence que du risque de dommage imminent et qu'il convient également de faire cesser le trouble manifestement illicite engendré par l'appel à garantie adressé à la société anonyme SOCIETE3.) SA .

Aux termes de l'article 933 alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile, le président du Tribunal d'Arrondissement 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.

Les mesures de sauvegarde sollicitées dans le cadre du prédit article ne sont pas subordonnées à la preuve de l'urgence et à l'absence de contestation sérieuse.

Il y a en réalité deux cas d'ouverture distincts à cette action, à savoir s'il y a lieu de prévenir un dommage imminent et ensuite en cas de trouble manifestement illicite, lequel est assimilable à une voie de fait. On peut dire que dans ces cas, l'urgence est sous-jacente et présumée alors qu'il y a toujours urgence à prévenir un danger imminent et à faire cesser une voie de fait.

Le dommage imminent est la voie de fait dont les circonstances font admettre qu'elle est sur le point de se produire et qu'il faut prévenir par des mesures appropriées. Le trouble manifestement illicite est la voie de fait qui s'est déjà produite et qu'il s'agit de faire cesser le plus souvent par une mesure de remise en état.

En l'occurrence, on se trouve dans le premier cas de figure, celui où la voie de fait est sur le point de se produire, de sorte qu'il y aurait lieu de la prévenir.

La voie de fait se définit 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 soi-même.

L'exigence d'un trouble manifestement illicite implique qu'il doit sauter aux yeux que le comportement du défendeur est contraire à la morale, à la loi, au règlement, à la convention ; si tel n'est pas le cas, le trouble sera peut-être illicite, mais il ne le sera pas manifestement et ne suffira dès lors pas à justifier le prononcé d'une mesure de remise en état (cf. Pierre ESTOUP : La pratique des procédures rapides, Editions Litec 1990, no 88).

Le juge des référés n'est plus compétent s'il existe une contestation sérieuse au fond. Les troubles doivent être manifestement illicites, ce qui présume que leur caractère illicite doit précisément ne pas être l'objet de contestations sérieuses.

La société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA estime que la lettre de garantie du 10 mai 2010 constitue une garantie à première demande qui se caractérise par son autonomie et son caractère indépendant par rapport au contrat de base, de sorte que l'engagement direct et irrévocable pris par le garant ne serait pas susceptible d'être paralysé par une mesure judiciaire, même prise à titre provisoire ou conservatoire par le juge des référés.

La société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA conclut par conséquent au rejet de la demande de la société SOCIETE1.) au motif qu'elle aurait fait appel à une garantie bancaire autonome suite au refus de la société SOCIETE1.) de prolonger une quatrième fois cette garantie à son profit. Actuellement une expertise serait en cours afin de déterminer les vices et malversations ainsi que les responsabilités respectives des différentes parties en cause.

La société anonyme SOCIETE3.) SA ne prend pas position quant à la nature de l'engagement pris par elle à l'égard de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA.

Il importe donc de qualifier juridiquement la garantie émise en date du 10 mai 2010 par la société anonyme SOCIETE3.) SA au profit de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA.

Elle stipule ce qui suit :

« »

Aucune difficulté d'interprétation n'est toutefois donnée à la lecture de l'ensemble de la garantie qui mentionne clairement que la société anonyme SOCIETE3.) SA s'oblige à payer inconditionnellement.

Il s'en suit que la société anonyme SOCIETE3.) SA a souscrit au profit de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA une garantie à première demande indépendante des relations contractuelles de base entre la société SOCIETE1.) et la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA.

Il est de principe qu'en souscrivant une garantie à première demande, le garant s'oblige de manière irrévocable et inconditionnelle à tenir à disposition du bénéficiaire le montant de son engagement. Le garant n'est par conséquent pas autorisé à en subordonner l'exécution ni à sa propre couverture, ni aux prétentions que le bénéficiaire peut faire valoir le cas échéant contre son cocontractant.

Les seules vérifications que le garant est en droit d'opérer sont celles qui ont trait directement à la lettre de garantie : il veillera à ce que les conditions matérielles de son crédit soient satisfaites et que la réclamation qu'il a reçue soit régulière en la forme. Mais son contrôle se cantonnera à cette régularité apparente de l'appel sans jamais porter sur le bien-fondé de celui-ci (cf. André PRÛM, « Les garanties à première demande » Ed. Litec 1994 n° 362).

Ainsi, le garant, pas plus que le juge saisi par le donneur d'ordre, ne sont en droit de contester la véracité des allégations et des motifs invoqués par le bénéficiaire. L'examen des documents produits devra se limiter au strict contrôle de la régularité formelle par référence à la lettre de garantie. L'autonomie de l'engagement interdit en effet d'en apprécier le contenu - la conformité substantielle - en tenant compte d'éléments extrinsèques au jeu de documents présentés (cf. André PRÛM précité, no 359 à 361).

Une garantie à première demande ne peut être paralysée qu'en cas de manœuvres frauduleuses et abusives qui, au-delà du contrat de base, vicient directement le rapport de garantie. La créance du bénéficiaire ne saurait cependant être tenue en échec par une simple allégation de sa mauvaise foi, il faut la preuve d'une fraude ou d'un abus manifestes (cf. André PRÛM, « Les garanties à première demande » Ed. Litec 1994 n° 450, 451 et 487).

La paralysie d'une garantie à première demande suppose ainsi qu'il soit établi, d'une part, que le bénéficiaire ne disposait manifestement d'aucun droit pour en percevoir le règlement et, d'autre part, qu'il en était parfaitement conscient. Cette double condition – objective et subjective – permet de sauvegarder la finalité de la sûreté et son autonomie, tout en en subordonnant la réalisation aux principes fondamentaux de la théorie des obligations (ibidem, n° 454).

La preuve que l'appel en garantie est manifestement abusif ou frauduleux doit être rapportée directement par son donneur d'ordre, ce qui présuppose que le garant ait informé le donneur d'ordre de l'appel en garantie (cf. André PRÜM, « Les garanties à première demande » Ed. Litec 1994 n° 485).

Le donneur d'ordre doit alors prévenir le garant que la mise en jeu de son engagement est illicite, en le mettant formellement en garde contre tout règlement. Le garant reste cependant libre d'apprécier la malhonnêteté du bénéficiaire (cf. André PRÜM, « Les garanties à première demande » Ed. Litec 1994 n° 492).

La décision prise par le bénéficiaire d'une garantie à première demande d'appeler le paiement ne suppose pas qu'il soit nécessairement, dès cet instant, créancier du donneur d'ordre. L'indépendance reconnue à la sûreté doit même permettre au bénéficiaire d'en user de manière préventive, comme simple moyen de pression, avant qu'une hypothétique responsabilité puisse être retenue à l'encontre du donneur d'ordre (ibidem, n° 457).

L'existence d'un abus manifeste doit pouvoir être décelée dès l'instant où le droit qui lui sert de fondement est exercé. L'appel d'une garantie à première demande n'est illicite que dans la mesure où la manœuvre du bénéficiaire apparaît au vu des seules conditions dans lesquelles elle est perpétrée. Le règlement sollicité n'est proscrit que si la position juridique adoptée par le bénéficiaire est « *entièrement insoutenable et aberrante* ». En d'autres termes, l'initiative du bénéficiaire est condamnée uniquement lorsqu'elle ne peut, dès l'origine, être raisonnablement tolérée d'aucun point de vue juridique. Le moindre doute profitera, en revanche, au bénéficiaire qui n'a pas à justifier du bien-fondé de sa réclamation (ibidem, n° 458).

Une paralysie de la garantie ne se justifie dès lors que dans l'hypothèse exceptionnelle, où il ne fait aucun doute, dès avant le paiement de la garantie, que le risque couvert ne se réalisera pas, de sorte que le bénéficiaire sera incontestablement contraint d'en restituer le montant. Le vice doit apparaître *prima facie* comme absolument évident, les prémisses objectives d'un paiement faisant dès l'origine manifestement défaut (ibidem, n° 463).

L'exécution d'une garantie autonome mérite d'être interdite chaque fois qu'il est objectivement établi que le bénéficiaire tente de déjouer le but de sa sûreté pour s'arroger un avantage manifestement indu. Il n'est pas exclu que tel puisse être le cas, sans que le risque couvert soit éteint, mais alors qu'il est demeuré inerte, auquel cas, il n'existe *a priori* pas non plus de raison d'appeler le paiement. Le bénéficiaire n'ayant pas à démontrer, ni même, le plus souvent, à attester que l'aléa garanti s'est produit, il appartiendra cependant au donneur d'ordre de convaincre le garant et, le cas échéant, le juge saisi que la réclamation de son cocontractant est de toute évidence abusive ou frauduleuse parce que manifestement étrangère au but de la sûreté. Cette preuve, bien qu'elle puisse être rapportée par tous moyens, n'est pas susceptible d'être déduite des seules circonstances dans lesquelles s'est exécuté le contrat de base. Ainsi, le donneur d'ordre ne saurait se prévaloir notamment du caractère disproportionné du paiement sollicité par rapport aux conséquences du risque (ibidem, n° 472).

En l'espèce il importe de constater que la garantie à première demande a été émise pour remplacer la retenue de garantie conventionnellement prévue afin de pouvoir libérer ces fonds au profit de la

société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.) sans pour autant diminuer la garantie conventionnelle à fournir à la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA.

Une expertise judiciaire est actuellement en cours en ce qui concerne des problèmes liés au fonctionnement des stores de l'immeuble.

Même si la société SOCIETE1.) conteste l'existence de vices et désordres et affirme que la garantie à première demande ne saurait couvrir comme contre-garantie éventuelle, le juge saisi n'est pas en droit de procéder à un examen approfondi du contenu de l'engagement. La garantie à première demande étant formulée de manière générale et le courrier adressé en date du 26 août 2011 par la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA à la société SOCIETE1.) remplit de manière suffisante la condition préalable à son appel, il existe au moins un doute quant à l'existence d'un abus manifeste dans l'initiative du bénéficiaire de la garantie à première demande, doute qui profite au bénéficiaire de ladite garantie.

La société SOCIETE1.) ne peut par ailleurs pas se prévaloir du défaut de qualité de la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA de pouvoir faire appel à cette garantie, alors qu'elle a accepté à trois reprises de voir prolonger à son profit ladite garantie bancaire du 10 mai 2010.

Dès lors il ne résulte pas des éléments actuellement soumis au juge des référés que la société anonyme SOCIETE2.) DEVELOPMENT SA, en sa qualité de bénéficiaire de la garantie à première demande, tente de déjouer le but de sa sûreté pour s'arroger un avantage manifestement indu. L'existence d'une voie de fait, sinon d'un trouble manifestement illicite laisse dès lors d'être établie, de sorte que la demande basée sur l'article 933 alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile est à déclarer irrecevable.

Aux termes de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> 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 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<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile. Elle doit exister au moment où le juge statue.

La condition de l'urgence est remplie en l'espèce, la société anonyme SOCIETE3.) SA pouvant payer à tout moment, alors qu'en sa qualité de garant elle n'est pas autorisée à soumettre l'exécution de la garantie lui réclamée aux prétentions que le bénéficiaire peut faire valoir contre son cocontractant.

Néanmoins, pour qu'une mesure puisse être ordonnée sur base de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile, il faut en plus de la condition de l'urgence que la demande remplisse la condition d'absence de contestations sérieuses.

La contestation sérieuse fait obstacle au pouvoir du juge des référés. Celle-ci existe dès lors que l'un des moyens de défense opposé à la prétention de celui qui s'appuie sur un droit n'est pas manifestement vain, dès lors autrement dit qu'il existe une incertitude, si faible soit elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond, s'il venait à en être saisi. En effet le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable.

La contestation sérieuse est partant celle que le juge ne peut pas rejeter sans hésitations en quelques mots.

Tel qu'il a été relevé ci-avant, il existe en l'espèce des contestations sérieuses au vu des prétendues vices et malfaçons actuellement soumis à une expertise judiciaire.

Dès lors la demande est également irrecevable en tant que basée sur les dispositions de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile.

Les conditions d'une mise sous séquestre ne sont pas davantage réunies. Si l'existence de la fraude ou de l'abus n'est pas établi à l'exclusion de tout doute, la demande doit être rejetée. En effet, pas plus qu'il ne peut, en l'absence de fraude ou d'abus manifestes, y avoir lieu à défense judiciaire, il ne peut y avoir lieu à mise sous séquestre judiciairement prononcée des sommes correspondant à la garantie. Car, interdiction de payer ou mise sous séquestre, le résultat est le même : la garantie n'est pas payée, alors qu'elle est payable à première demande (Cour d'Appel, 19.05.2010, n°35610).

## **PAR CES MOTIFS**

Nous Marc THILL, Premier Juge au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement ;

recevons la demande de la société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.) en la forme;

déclarons cette demande irrecevable;

laissons les frais et dépens de l'instance à charge de la société anonyme SOCIETE1.) SA, en abrégé SOCIETE1.);

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