

Texte pseudonymisé

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

No. rôle: 136423
Réf. no. 270/2011
du 5 avril 2011
à 8h40

Audience publique extraordinaire des référés du mardi, 5 avril 2011, tenue par Nous Monique FELTZ, Vice-présidente 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 assumé Lynn THIERY.

DANS LA CAUSE

ENTRE

SOCIETE1.) S.à.r.l., société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Jean-Michel SCHMIT, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Aziza GOMRI, avocat, en remplacement de Maître Jean-Michel SCHMIT, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

1. SOCIETE2.) LP, un *limited partnership* constitué selon le droit des Iles Cayman, établie et ayant son siège social à ADRESSE2.), enregistré sous le numéro NUMERO2.) au General Registry des Iles Caymans, représentée par son *general partner*, SOCIETE2.) Ltd, établie et ayant son siège social à ADRESSE2.), enregistrée sous le numéro NUMERO3.) au General Registry des Iles Caymans, représentée par ses directors actuellement en fonctions,

2. SOCIETE3.) S.A., société anonyme de droit luxembourgeois, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO4.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

parties défenderesses comparant par Maître Pierre-Olivier WURTH, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi après-midi, 28 mars 2011, Maître Aziza GOMRI donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa les moyens de sa partie.

L'affaire fut refixée à l'audience publique extraordinaire des référés du mercredi, 30 mars 2011, lors de laquelle Maître Aziza GOMRI et Maître Pierre-Olivier WURTH furent entendus en leurs explications;

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 24 mars 2011 et par exploit de l'huissier de justice Yves TAPPELLA d'Esch/Alzette en date du 25 mars 2011, la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après la société SOCIETE1.)) a fait donner assignation à 1. la société SOCIETE2.) (ci-après la société SOCIETE2.)) et 2. la société SOCIETE3.) S.A. (ci-après la société SOCIETE3.)) à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référés, pour voir

- ordonner la convocation d'une assemblée générale des actionnaires de la société SOCIETE3.) avec l'ordre du jour suivant : (i) révocation de Messieurs PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) de leurs fonctions d'administrateurs et (ii) nomination de Messieurs PERSONNE4.), PERSONNE5.) et PERSONNE6.) comme administrateurs avec effet immédiat et pour une durée de six ans, et la tenue de cette assemblée générale sans délai,
- ordonner l'exécution des obligations pesant sur la société SOCIETE3.) et découlant des articles 9.11, 9.12 et 9.15 du contrat de prêt datant du 17 avril 2008,
- assortir l'obligation d'exécution des prescriptions prévues aux articles 9.11, 9.12 et 9.15 du contrat de prêt d'une astreinte de 5.000.- euros par jour de retard, à compter de l'ordonnance à intervenir,
- ordonner l'exécution des obligations pesant sur la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE3.) et découlant de l'article 7.1 (iii) du contrat de gage datant du 6 mai 2008,
- assortir l'obligation d'exécution des prescriptions prévues à l'article 7.1 (iii) du contrat de gage d'une astreinte de 5.000.- euros par jour de retard, à compter de l'ordonnance à intervenir,
- ordonner l'exécution des obligations pesant sur la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE3.) et découlant de l'article 4.2 (i) du contrat de gage datant du 6 mai 2008,
- assortir l'obligation des prescriptions prévues à l'article 4.2 (i) du contrat de gage d'une astreinte de 5.000.- euros par jour de retard, à compter de l'ordonnance à intervenir,
- ordonner la mise sous séquestre des actions mises sous gage et détenues par la société SOCIETE2.) dans la société SOCIETE3.), ainsi que du registre des actionnaires de cette dernière,
- nommer un réviseur d'entreprise agréé avec pour mission d'évaluer les actions de la société SOCIETE3.).

Il résulte des renseignements fournis en cause que la société SOCIETE1.) a participé à une opération de refinancement d'un projet immobilier mené dans le nord-est de l'île ADRESSE4.) par la société de droit français SOCIETE4.) S.A.S. laquelle est intégralement détenue par la société SOCIETE3.). Dans le cadre de cette opération de refinancement, la société SOCIETE1.) a mis à la disposition de la société SOCIETE3.) la somme de 38.000.000.- euros suivant contrat de prêt conclu en date du 17 avril 2008 entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE3.). Le montant du prêt a par la suite été réduit à la somme de 36.000.000.- euros suivant un avenant. Pour garantir le paiement du prêt, la société SOCIETE3.) a émis deux *Promissory Notes*, à savoir une Class A Promissory Notes d'un montant de 23.000.000.- euros et une Class B Promissory Notes d'un montant de 15.000.000.-euros. En marge de ces Notes, trois gages soumis à la loi sur les contrats de garanties financières du 5 août 2005 ont été constitués au profit de la société SOCIETE1.) en date du 6 mai 2008, afin de garantir le prêt, dont notamment un gage luxembourgeois sur les actions détenues par la société SOCIETE2.) dans la société SOCIETE3.). Il importe de souligner que les pièces versées par les parties en cours de délibéré n'ayant pas fait l'objet d'un débat contradictoire à l'audience ne sont pas prises en considération.

La position de la société SOCIETE1.) :

Affirmant que suivant le contrat de prêt conclu, il appartient à la société SOCIETE3.), entre autre, de veiller à ce que SOCIETE4.) conduise le projet de manière diligente et le mène à son terme, la société SOCIETE1.) a constaté que le projet de construction qui a débuté il y a plus de quatre années est en péril. Mandaté par la société SOCIETE1.) sur les lieux afin de constater l'état d'avancement des travaux, SOCIETE5.) a établi en date du 24 février 2001 un rapport précisant que

- les travaux sont à l'arrêt depuis le mois de juillet 2009,
- certains travaux déjà effectués nécessitent une réfection totale,
- le permis de construire délivré en 2007 n'est plus valide,
- une importante discordance entre la somme réellement utilisée pour l'exécution du projet et les sommes mises à disposition pour achever le projet.

Faisant fi de ces problèmes et omettant de donner des explications plausibles pouvant justifier l'état actuel du projet, la société SOCIETE2.) se borne dans un courrier du 15 mars 2011 à faire deux propositions irréalistes à la société SOCIETE1.), à savoir accepter le paiement de 25.000.000.- euros pour solder les Notes, soit accepter de racheter les actions qu'elle détient dans SOCIETE4.) pour 10.000.000.-euros. D'après la société SOCIETE1.), la première proposition est saugrenue, alors qu'il serait fort douteux que la société SOCIETE2.) ait la capacité financière de payer la somme de 25.000.000.- euros, et même si la société SOCIETE3.) disposerait de cette somme, la société SOCIETE1.) ne serait pas d'accord à accorder à la société SOCIETE2.) une « ristourne » de 11.000.000.-euros. La deuxième option est tout aussi déraisonnable sachant que SOCIETE4.) détient pour seul actif le projet qui est en péril. Faute d'acceptation d'une des deux options par la société SOCIETE1.), la société SOCIETE3.) estime «then we do not see any other option than for you to start foreclosure proceedings on the (...) project.”

La société SOCIETE1.) exprime la crainte de ce que le projet aura la même issue que celle qu'a connue un projet similaire initié par la société luxembourgeoise SOCIETE6.) SARL, également

détenue par PERSONNE1.), l'actuel administrateur de la société SOCIETE3.). Ce dernier avait obtenu un prêt de SOCIETE7.) pour la construction de villas à ADRESSE4.), lequel était garanti par un gage sur les parts sociales de la société SOCIETE6.). N'ayant pas obtenu le remboursement du prêt à échéance, SOCIETE7.) a mis en place la procédure prévue par le gage en cas d'événement de défaut c'est-à-dire l'exercice des droits de vote attachés aux actions gagées et le remplacement des administrateurs. Malgré cela, les dirigeants de la société SOCIETE6.) ont transféré son siège social en France afin d'opérer un changement de nationalité et être soumis au droit français et, par voie de conséquence, se trouver éligible à une procédure de redressement judiciaire en France, plus favorable au débiteur. Le jugement rendu en date du 3 juin 2010 par le tribunal mixte de Pointe-à-Pitre dans l'affaire ayant opposé SOCIETE7.) à la société SOCIETE6.) a rendu inopposables toutes les décisions qui avaient été prises après le transfert du siège social en France (tel le changement de dirigeants sociaux après notification d'un cas de défaut et transfert de parts sociales au profit du créancier SOCIETE7.)) et constitue, d'après la société SOCIETE1.), une « porte de sortie manifeste pour Monsieur PERSONNE1.) et partant, pour les sociétés GROUPE1.) qui ne se priveront pas d'en user à nouveau ». Finalement la société SOCIETE1.) souligne que le contrat de gage prévoit que la société SOCIETE1.) est en droit d'exercer les droits de vote attachés aux Actions et d'enclencher la procédure d'expropriation. En date du 16 mars 2011, la société SOCIETE1.) a notifié les défaillances de la société SOCIETE3.) et a sollicité la remise des documents listés aux articles 9.11, 9.12 et 9.15 du prêt. Le même jour, la société SOCIETE1.) a notifié à la société SOCIETE2.) qu'elle exerçait ses droits découlant des articles 4.2 et 7.1 (iii) du gage. Conformément à l'article 4.2 du gage, la société SOCIETE1.) a notifié à la société SOCIETE3.) et à la société SOCIETE2.) qu'elle exerçait les droits de vote attachés aux actions mises en gage, a requis sa nomination en tant que proxy et a demandé la convocation d'une assemblée générale des actionnaires dans un délai de 24 heures avec un ordre du jour déterminée et la tenue de cette assemblée dans un délai de dix jours. Conformément à l'article 7.1 (iii) du gage, la société SOCIETE1.) a notifié à la société SOCIETE3.) et la société SOCIETE2.) qu'elle s'appropriait les actions et qu'elle proposerait un auditeur indépendant qui se chargerait de l'évaluation des actions en vue de la décharge des montants dus au titre du prêt. La société SOCIETE3.) refuse de se soumettre à cette procédure.

Dans son assignation la société SOCIETE1.) base sa demande sur les articles 934 alinéa 2, 932 et 933 du nouveau code de procédure civile, ainsi que sur l'article 1961 du code civil.

Les moyens de la société SOCIETE3.) et de la société SOCIETE2.):

Les parties défenderesses invoquent avant toute défense l'incompétence du juge des référés à connaître de la présente demande en provision, motif pris d'une clause d'arbitrage convenue entre parties.

Elles concluent à l'irrecevabilité de la demande au motif que l'urgence, expressément requise par la loi, ferait défaut en l'espèce. Le rapport SOCIETE5.) invoqué par la société SOCIETE1.) constitue une expertise unilatérale qui n'est pas opposable aux parties défenderesses. Ce rapport, contrairement à ce qui est affirmé par la société SOCIETE1.), n'établit pas que le projet immobilier est à l'arrêt et que le permis de construire n'est plus valide. L'affirmation de la société SOCIETE1.) que seuls trois millions d'euros ont été investis dans ledit projet et que la

situation financière des sociétés GROUPE1.) est critique, est contredite par les documents bancaires versées par les parties assignées. Elles expliquent que les parties sont en négociations depuis six mois pour sauver le projet immobilier. Le non-respect par les parties assignées des obligations découlant des contrats n'est pas établi et le montant qui serait rendu d'après la société SOCIETE1.) est contesté par les sociétés défenderesses. Quant au jugement pris par le tribunal de Pointe-à-Pitre en date du 3 juin 2010 dans une affaire SOCIETE7.) contre SOCIETE6.), il est sans aucune incidence dans le présent litige.

En droit :

La compétence matérielle du juge des référés en présence de la clause compromissoire :

Il résulte de l'article 11.14 du contrat de prêt, ainsi que des articles 17 des deux promissory Notes signés entre parties en date des 17 avril 2008 que les parties ont convenu de soumettre tous litiges en relation avec le contrat de prêt et les promissory Notes à la « London Court of International Arbitration ». Il est acquis en cause que cette juridiction arbitrale n'a pas été saisie à ce jour par les parties à l'instance.

D'après l'article 22 du contrat de gage signé le 6 mai 2008, les parties ont convenu de soumettre tous litiges en relation avec le contrat de gage aux juridictions de Luxembourg.

Il est de principe que l'attribution de compétence à des arbitres est dérogoire au droit commun. Pareille clause doit s'interpréter restrictivement et porter uniquement sur le fond de l'affaire, et on ne saurait en déduire une renonciation par les parties à se pourvoir en référé. Le caractère provisoire des ordonnances rend inopérantes les conventions d'arbitrage en matière de référé. (cf. César-Bru, tome I, Des référés no. 513 ; Cour 30.01.1989 numéro 11039 du rôle; Bulletin du Cercle François Laurent IV 1989 : Le référé ordinaire en droit luxembourgeois par Emile Penning, n° 11 p. 14).

Il s'ensuit qu'il y a lieu d'écarter le moyen d'incompétence soulevé, la clause d'arbitrage invoquée par la société SOCIETE3.) et la société SOCIETE2.) et contenue dans le contrat de prêt et les promissory Notes ne faisant pas échec à la compétence du juge des référés luxembourgeois à connaître de la demande de la société SOCIETE1.).

Demande en convocation d'une assemblée générale des actionnaires :

La société SOCIETE1.) demande au juge des référés d'ordonner la convocation d'une assemblée générale des actionnaires de la société SOCIETE3.) avec comme ordre du jour la révocation des administrateurs PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) et la nomination d'PERSONNE4.), PERSONNE5.) et PERSONNE6.) comme administrateurs, ainsi que d'ordonner la tenue de cette assemblée.

En vertu de l'article 933, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, le juge des référés peut toujours prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent. Quels que soient cependant les intérêts en présence, les pouvoirs du juge des référés sont limités à la prise de mesures provisoires. Sa décision ne saurait en aucun cas préjudicier

au principal. Une mesure tendant à la révocation des administrateurs actuels et à la nomination de nouveaux administrateurs n'a pas de caractère provisoire, mais elle a au contraire un effet définitif. En l'ordonnant le juge des référés empiéterait sur le domaine réservé au juge du fond. La décision relative à la convocation d'une assemblée générale d'une société avec, à l'ordre du jour, la révocation des actuels administrateurs et la nomination de nouveaux administrateurs se heurterait à la règle que le juge des référés ne doit s'immiscer dans le fonctionnement d'une société commerciale que si les organes de celle-ci ne sont plus en mesure de fonctionner normalement et qu'il y a risque d'un préjudice imminent pour la survie de la société (v. N. Edon, L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés, Diagonales à travers le droit luxembourgeois, p. 185 et s).

En l'espèce, il n'est soutenu par aucune des parties en cause, qu'un des organes de la société ne soit pas en mesure de fonctionner, ou qu'il ait une carence quelconque à ce niveau. Il faut en déduire que tous les organes de la société sont régulièrement constitués et sont actuellement en état de fonctionner. De même aucun risque d'un préjudice imminent pour la survie de la société SOCIETE3.) n'est établi, ni même allégué.

Il en suit que la demande de la société SOCIETE1.) en convocation d'une assemblée des actionnaires de la société SOCIETE3.) est à déclarer irrecevable.

Demande en exécution des obligations pesant sur la société SOCIETE3.) et la société SOCIETE2.) découlant des articles 9.11, 9.12 et 9.15 du contrat de prêt et 4.2 (i) et 7.1 (iii) du contrat de gage du 6 mai 2008 :

Les articles 9.11, 9.12 et 9.15 du contrat de prêt mettent à charge de la société SOCIETE3.) l'obligation de fournir à la société SOCIETE1.) durant l'exécution du contrat de prêt un certain nombre de rapports et relevés relatifs à l'exécution du projet immobilier et à son volet financier.

L'obligation de la société SOCIETE3.) de remettre à la société SOCIETE1.) les documents énumérés aux prédicts articles constitue une obligation de faire qui en cas d'inexécution n'est pas, conformément à l'article 1142 du code civil, susceptible d'exécution forcée. Le juge des référés n'a donc pas pouvoir pour ordonner à la société SOCIETE3.) l'exécution en nature de l'obligation stipulée dans le contrat de prêt.

La demande de la société SOCIETE1.) est partant à déclarer irrecevable.

L'article 7.1 (iii) du contrat de gage du 6 mai 2008 est libellé comme suit :

7.1 Upon the occurrence of an Event of default, the Pledgee shall serve a Notice of Default with the Pledgor and, upon receipt thereof by the Pledgor, be entitled to enforce the Pledge immediately, in its absolute discretion, and exercise any right in accordance with article 11 of the Collateral Act 2005.

The Pledgee shall in particular be entitled to

(iii) appropriate the Shares at a value determined by the Auditor. The Shares shall be valued in accordance with Luxembourg standard practice evaluation rules on the net assets of the Company reflected in the most recent annual account of the Company, adjusted to reflect the

changes in the economic value of the net assets since the date of the most recent annual accounts of the Company.

L'exécution des garanties financières, en l'espèce du gage consenti en date du 6 mai 2008, est un acte unilatéral à effet momentané à accomplir par le créancier gagiste et il n'apparaît pas nécessaire, selon un examen sommaire, qu'un quelconque autre acte n'intervienne (Cour, appel référé, 3 novembre 2010, numéro 35824 du rôle).

Il en suit que la demande de la société SOCIETE1.) à voir ordonner à la société SOCIETE3.) et à la société SOCIETE2.) d'exécuter les obligations découlant de l'article 7.1.(iii) du contrat de gage du 6 mai 2008 est irrecevable.

L'article 4.2 du gage intitulé « Exercise of shareholders rights » mentionne que :

Upon the service of a Notice of Default, the Pledgee shall be entitled to receive dividends and other distributions paid or payable by the Company on all or any of the Shares and to apply any payments so received in and towards payment and discharge of the Secured Obligations or to keep the dividends as additional security in accordance with the Collateral Act 2005. To this effect, the Pledgor and the Pledgee agree that the Company is hereby directed (and the Company, by countersigning this Agreement, accepts), if and when a Notice of the Default is served, to make direct payment of all such dividends and other distributions to the Pledgee.

Furthermore, upon the service of a Notice of Default, the Pledgor shall not, without the prior written consent of the Pledgee, exercise any voting rights in relation to the Shares. The Pledgor furthermore undertakes, after the service of the Notice of default, to inform the Pledgee of any meeting of the shareholder(s) of the Company, as well as of the agenda thereof, and to request such consent in writing. The Pledgee shall be entitled, after service of Notice of Default, to request the Pledgor to appoint the Pledgee as the Pledgor's irrevocable proxy, which the Pledgor hereby expressly accepts and acknowledges, to represent the Pledgor at one or more shareholders' meetings and to exercise the voting rights in any manner the Pledgee deems fit for the purpose of protecting and/or enforcing its rights under the Pledge Agreement. The Pledgor shall do whatever is necessary in order to ensure that the exercise of the voting rights in these circumstances is facilitated and becomes possible for the Pledgee, including the issuing of a written proxy in any required under applicable law.

Or l'article 10 du contrat de gage du 6 mai 2008 prévoit ce qui suit :

The Pledgor hereby by way of security for the performance of the Pledgor's obligations under this Agreement appoint the following, namely:

8(a) the Pledge; and

(b) each and every person to whom the Pledge shall from time to time have delegated the exercise of the power of attorney conferred by this Clause,

Jointly and also severally to be its attorney or attorneys and in its name and otherwise on its behalf to do all acts and things and to sign, execute, deliver, perfect and do all deeds, instruments, documents, acts and things which may be required for carrying out any obligation imposed on Pledgor by or pursuant to this Agreement, for foreclosing on the pledged assets, and generally for enabling the Pledgee to exercise the respective powers conferred on it by or pursuant to this Agreement or by law.....

Il ressort de la comparaison des prédicts articles que suivant les dispositions de l'article 4.2 la société SOCIETE1.) est en droit de notifier à la société SOCIETE2.) son intention d'exercer les droits de vote attachés aux actions et de requérir à cette fin sa nomination en tant que mandataire, tandis qu'en vertu de l'article 10 du même contrat de gage la société SOCIETE1.), en sa qualité de créancier-gagiste, dispose d'une procuration générale l'autorisant à exercer tous les actes et moyens requis de nature à lui permettre d'exécuter toute obligation imposée au débiteur-gagiste.

Obliger le créancier-gagiste d'avoir recours aux tribunaux pour procéder à l'exécution du contrat de garantie aurait pour conséquence de paralyser une partie des procédures de liquidation et 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 loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

Il convient dès lors de se demander si en vertu de la procuration générale prévue à l'article 10 du contrat de gage le créancier-gagiste ne dispose pas de tous les pouvoirs lui permettant de procéder à la réalisation de son gage, sans devoir requérir en justice sa nomination de mandataire irrévocable du débiteur-gagiste.

Si le juge des référés peut se baser sur un contrat clair et précis pour ordonner la mesure sollicitée par une partie à ce contrat, ses pouvoirs cessent toutefois lorsqu'il s'agit d'interpréter les clauses contractuelles. Une telle interprétation empiète sur les pouvoirs du juge du fond qui a seul le pouvoir de se prononcer à ce sujet.

A cela s'ajoute que la mesure requise ne constitue pas une mesure provisoire ou conservatoire, mais une mesure définitive qui dépasse les pouvoirs du juge des référés.

Il en découle que la demande de la société SOCIETE1.) à voir exécuter l'obligation découlant de l'article 4.2 du contrat de gage du 6 mai 2008 est également irrecevable.

Demande en nomination d'un réviseur d'entreprise agréé :

La nomination d'un réviseur d'entreprise est sollicitée dans le but d'évaluer les actions de la société SOCIETE2.).

Cette demande est à déclarer irrecevable pour les mêmes motifs que ceux développés ci-avant. Il appartient en effet à la juridiction du fond d'analyser si la société SOCIETE1.) dispose, en vertu de la procuration générale prévue à l'article 10 du contrat de prêt, de tous les moyens lui permettant d'exécuter les garanties bancaires.

Demande en nomination d'un séquestre des actions nominatives de la société SOCIETE3.) :

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).

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 :

1. 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 ;
2. 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 ;
3. l'opportunité de la mesure de séquestre sollicitée.

Il est constant en cause que la société SOCIETE1.) a accordé à la société SOCIETE3.) en date du 17 avril 2008 un prêt d'un montant de 38.000.000.- euros, prêt qui fut réduit par la suite à la somme de 36.000.000.-euros. Afin de garantir le remboursement dudit prêt, la société SOCIETE3.) a émis deux Promissory Notes et en marge de ces Notes, trois gages soumis à la loi sur les contrats de garanties financières du 5 août 2005 furent constitués, dont notamment un gage sur les actions détenues par la société SOCIETE2.) dans la société SOCIETE3.). Il n'est pas contesté que le prêt est venu à échéance et qu'il n'est actuellement pas remboursé. Par courrier du 16 mars 2011 la société SOCIETE1.) informe la société SOCIETE2.) du défaut de paiement du prêt et lui fait part de son intention de procéder à l'exécution de ses droits découlant du contrat de nantissement, à savoir l'exercice des droits de vote attachés aux actions mises en gage. Elle requiert de la société SOCIETE2.) sa nomination en tant que proxy et sollicite la convocation d'une assemblée générale des actionnaires et la tenue de cette assemblée. Par

courrier du même jour, la société SOCIETE2.) a fait part à la société SOCIETE1.) de son refus de faire droit à ces demandes.

Il ressort des articles 4.2 et 7 du contrat de gage qu'en cas de survenance d'un avis de défaut, le créancier-gagiste sera en droit de réaliser le contrat de gage en s'appropriant les actions et en les vendant par une opération privée selon les conditions commerciales.

Au vu de l'attitude de la société SOCIETE2.) qui d'une part ne conteste pas que le prêt venu à échéance n'est pas remboursé, mais qui d'autre part s'oppose à la procédure de réalisation du gage, il existe un litige sérieux quant à la propriété des actions données en gage. La première condition requise pour la nomination d'un séquestre est dès lors donnée.

Il y a urgence à nommer un séquestre si une partie s'expose à un préjudice irréparable, toutes les fois qu'un retard dans la décision qui doit être prise serait de nature à compromettre les intérêts du demandeur, l'urgence devant s'apprécier au moment où le tribunal des référés statue (Enc. Dalloz, droit civil, vo. adm. prov. et séquestre, no. 112 et svts).

La société SOCIETE1.) soutient qu'il y a urgence, d'une part au motif que le projet de construction est en péril, tel que cela résulte du rapport de SOCIETE5.), et d'autre part qu'il y a risque de non-remboursement du prêt au vu de l'attitude douteuse de l'actuel administrateur de la société SOCIETE3.), à savoir PERSONNE1.), dans une affaire similaire.

D'après la société SOCIETE1.), le rapport de SOCIETE5.) mentionne que les travaux du projet immobiliers sont à l'arrêt depuis le mois de juillet 2009, certains travaux effectués nécessitent une réfection totale, le permis de construire délivré en 2007 n'est plus valide et il existe une importante discordance entre la somme réellement utilisée pour l'exécution du projet et les sommes mises à disposition pour achever le projet.

En principe le rapport d'expertise est inopposable à toute personne qui n'a pas été appelée ou représentée aux opérations d'expertise (cf JCL Proc. civ. fasc. 662, No. 198; Solus et Perrot, Droit jud. privé, T. 3, No. 988). La raison de cette règle est la sauvegarde des droits de défense de la partie contre laquelle on veut invoquer un rapport d'expertise lors de l'élaboration duquel elle n'a pu présenter ses observations.

Ce principe peut dans certaines hypothèses être écarté, à la double condition que le rapport ait été régulièrement versé aux débats et soumis devant le juge à la libre discussion des parties.

Si, en l'espèce le rapport unilatéral a été régulièrement versé aux débats et a été soumis à la discussion des parties, il convient de constater que les conclusions que la société SOCIETE1.) entend déduire de ce document restent sujettes à caution. Ainsi l'affirmation de la société SOCIETE1.) que le projet est à l'abandon depuis le mois de juillet 2009 est contredite par une photo dudit rapport prise en janvier 2011 montrant que des travaux de menuiserie sont exécutés. Il ressort encore d'un « report 110124 » établi par SOCIETE10.) le 24 janvier 2011, rapport annexé au rapport SOCIETE5.), que le permis de construire est valide jusqu'au mois de juin 2011. A cela s'ajoute que l'affirmation de la société SOCIETE1.) que seule une somme de 3.000.000.- euros a été investie par la société SOCIETE3.) dans ledit projet est contredite par les relevés et extraits bancaires produits par les parties défenderesses.

Quant à la crainte exprimée par la société SOCIETE1.) que l'administrateur de la société SOCIETE3.), à savoir PERSONNE1.), agirait de la même façon qu'il l'a fait en sa qualité d'administrateur de la société SOCIETE6.), dans une affaire opposant SOCIETE7.) à la société SOCIETE6.), affaire tranchée par jugement rendu en date du 3 juin 2010 par le tribunal de Pointe-à-Pitre, elle est dénuée de tout fondement, alors qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier que les parties défenderesses auraient l'intention d'introduire une telle action judiciaire afin de se dérober à leurs obligations contractuelles.

Il importe finalement de constater que la situation financière des sociétés défenderesses ne paraît nullement obérée tel que veut le faire croire la partie demanderesse. Il résulte en effet d'un courrier de la société SOCIETE9.) du 17 mars 2011 que les sociétés défenderesses sont détentrices d'un compte bancaire créditeur d'un montant de 36.000.000.-euros.

Il découle des développements qui précèdent que la condition de l'urgence n'est pas établie en l'espèce, de sorte que la demande en nomination d'un séquestre est à déclarer irrecevable.

Demande en allocation d'une indemnité de procédure :

Eu égard à l'issue du litige, la demande de la société SOCIETE1.) en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

A l'audience du 30 mars 2011, les parties défenderesses ont sollicité une indemnité de procédure de 6.000.- euros en application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

A défaut de preuve de l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, la demande des parties défenderesses en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

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

Nous Monique FELTZ, Vice-présidente 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;

déclarons la demande de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) irrecevable;

rejetons les demandes des parties demanderesse et défenderesses en allocation d'une indemnité de procédure;

condamnons la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance.