

Texte pseudonymisé

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

**Rôle No. TAL-2020-01846
No. 2020TALREFO/00217
du 5 juin 2020**

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 5 juin 2020, tenue par Nous Christina LAPLUME, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en la forme des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Charles d'HUART.

DANS LA CAUSE

ENTRE

- 1) la société SOCIETE1.) S.à.r.l., 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 fonction,
- 2) la société SOCIETE2.) S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonction,

pour lesquelles occupera la société KLEYR GRASSO, société en commandite simple, établie à L-2163 Strassen, 7, rue des Primeurs, RCS n°B220509, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société KLEYR GRASSO GP S.à.r.l., RCS n°B220442, établie à la même adresse, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître Pascal SASSEL, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse,

parties demanderesses comparant par Maître Pascal SASSEL, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T

- 1) le Dr. Frank KEBEKUS, Rechtsanwalt, pris en sa qualité de *Insolvenzverwalter* de la société anonyme SOCIETE3.) S.A., ayant son domicile professionnel à D-40213 Düsseldorf, Allemagne, 1, Carl-Theodor-Str., assigné par exploit séparé,
- 2) la société SOCIETE3.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), représentée par son *Insolvenzverwalter*, Frank KEBEKUS, sinon par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 3) Maître Alain RUKAVINA, avocat, pris en sa qualité de séquestre, établi à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt,

parties défenderesses sub1) et sub2) comparant par l'étude BONN STEICHEN & PARTNERS, une société en commandite simple, établie à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions à savoir la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, elle-même représentée par Maître Laure-Hélène GAICIO-FIEVEZ, avocat, assistée de Maître Audrey RISSER, avocat, en remplacement de Maître Fabio TREVISAN, avocat, les trois demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub3) comparant par Maître Sabrina SOUSA, avocat, en remplacement de Maître Alain RUKAVINA, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

en présence de :

- 1) la société SOCIETE4.) S.à.r.l., une société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), immatriculée au registre de Commerce et de Sociétés de Luxembourg (« RCS ») sous le numéro NUMERO4.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,
- 2) la société SOCIETE5.), une *investment company with variable capital* de droit anglais, établie et ayant son siège social à ADRESSE4.), immatriculée au Registre de commerce et des sociétés du Royaume-Uni (Companies House) sous le numéro NUMERO5.) représentée par son représentant légal et/ou statutaire actuellement en fonctions, agissant au nom et pour le compte de son compartiment « ENSEIGNE1.) »,
- 3) la société SOCIETE6.) SICAV, une société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE5.), immatriculée au RCS sous le numéro NUMERO6.), représentée par son conseil

d'administration actuellement en fonctions, agissant au nom et pour le compte de ses compartiments « ENSEIGNE2.) », « ENSEIGNE3.) », et « ENSEIGNE4.) »,

- 4) la société SOCIETE7.) G.m.b.h., une société à responsabilité limitée de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE6.), immatriculée au registre de commerce et des sociétés allemand auprès du Amtsgericht München sous le numéro NUMERO7.), représenté par son représentant légal et/ou statutaire actuellement en fonctions et agissant en sa qualité de gestionnaire du Sondervermögen de droit allemand « ENSEIGNE5.) »,
- 5) la SOCIETE8.) S.A., une société anonyme de droit français établie et ayant son siège social à F-ADRESSE7.), immatriculée au registre de commerce de Paris sous le numéro NUMERO8.), représentée par son représentant légal et/ou statutaire actuellement en fonctions,

parties intervenant volontairement comparant par la société à responsabilité limitée MOLITOR Avocats à la Cour SARL, établie et ayant son siège social à L-2763 LUXEMBOURG, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211810, représentée dans le cadre de la présente procédure par Maître Philippe THIEBAUD, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique présidentielle du mardi matin, 28 avril 2020, Maître Pascal SASSEL donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et fut entendu en ses explications et moyens.

Maître Laure-Hélène GAICIO-FIEVEZ, Maître Audrey RISSER et Maître Sabrina SOUSA furent entendues en leurs explications et moyens.

Le Tribunal refixa l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 14 mai 2020.

A cette audience, Maître Pascal SASSEL, Maître Laure-Hélène GAICIO-FIEVEZ, Maître Audrey RISSER et Maître Sabrina SOUSA furent entendus en leurs explications et moyens.

Maître Philippe THIEBAUD donna lecture de la requête en intervention volontaire ci-avant transcrite et fut entendu en ses explications et moyens.

Le Tribunal 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:

Suivant requête unilatérale déposée au greffe du Tribunal le 22 novembre 2019, le Dr. Frank KEBEKUS, pris en sa qualité de *Insolvenzverwalter* de la société SOCIETE3.) S.A., et la société SOCIETE3.) S.A. ont requis, sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, entre autres :

- la nomination d'un séquestre pour y placer 100% des actions émises par la société SOCIETE1.) S.à.r.l. (ci-dessous SOCIETE1.)
- la suspension de la tenue de toute assemblée générale décidant de la dissolution (avec ou sans liquidation) de la société SOCIETE1.)
- que l'ordonnance à intervenir produira ses effets jusqu'à l'intervention d'une décision définitive, coulée en force de chose jugée, sur la procédure en annulation de l'exécution du gage à introduire par les parties requérantes dans le mois de l'ordonnance à intervenir

Par ordonnance présidentielle du 26 novembre 2020, le magistrat siégeant en remplacement du Président a fait droit à la requête et nommé Maître Alain RUKAVINA en qualité de séquestre avec la mission telle que plus amplement spécifiée dans ladite ordonnance.

I. Faits

A l'appui de leur demande, le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. ont exposé que la société SOCIETE3.) S.A. détient 100% de la société SOCIETE1.) qui, à son tour, se trouve à la tête de deux groupes industriels allemands de production et de distribution d'échangeurs thermiques, à savoir la société SOCIETE9.) G.m.b.H. et la société SOCIETE10.) G.m.b.H. ; que la société SOCIETE3.) S.A. est détenue à 100% par la société SOCIETE11.) S.A. qui elle se trouve sous le contrôle du groupe GROUPE1.) ; que suivant jugement du Tribunal de Düsseldorf du 31 octobre 2019, le Dr. Frank KEBEKUS a été nommé *Insolvenzverwalter* de la société SOCIETE3.) S.A. ; quant à la société SOCIETE11.) S.A., celle-ci a été déclarée en état de faillite par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg suivant jugement du 13 décembre 2019.

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. ont ensuite expliqué que le 30 mai 2014, la société SOCIETE11.) S.A. avait émis des obligations non subordonnées dénommées « Senior Unsubordinated Notes » (ci-après SUN) pour un montant total de 250 millions d'euros portant sur un taux d'intérêt de 7% et venant à maturité en 2022. Ces obligations étaient subordonnées à certaines créances garanties par la société SOCIETE3.) S.A. et la société SOCIETE1.).

Quant à la société SOCIETE3.) S.A., celle-ci a émis, pour sa part, un emprunt obligataire pour un montant total de 200 millions d'euros, portant un taux d'intérêt de 5,373% et venant à maturité en 2021 ainsi que des obligations de premier rang, à taux variable, pour un montant total de 325 millions d'euros avec une maturité également en 2021 (ci-après les SSN). Ces derniers bénéficiaient de certaines sûretés et de garanties de premier rang accordées par des sociétés du groupe GROUPE2.) et plus particulièrement par un gage accordé par la société SOCIETE3.) S.A. sur 100% des actions détenues par elle dans la société SOCIETE1.).

A part ces emprunts obligataires, le groupe GROUPE2.) avait à rembourser deux lignes de crédit, dont la première « Senior Revolving Credit Facility » (ci-après RCF), portait sur un montant de 75 millions d'euros et la seconde, les « Senior Guaranty Facility » (ci-après SGF), portait sur un montant de 400 millions d'euros.

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. ont ensuite expliqué qu'au regard de la situation d'endettement des sociétés GROUPE2.) depuis la fin de l'année 2017, le groupe GROUPE1.) (GROUPE1.) FUNDS), en sa qualité de bénéficiaire économique du groupe GROUPE2.), la société SOCIETE3.) S.A., les créanciers SSN, titulaires de la dette garantie de premier rang, les créanciers RCF ainsi que les créanciers SGF se seraient lancés dans des discussions de renégociation de la dette auxquelles les titulaires des titres SUN n'auraient pas participé ; que la société SOCIETE3.) S.A., les créanciers SSN, titulaires de la dette garantie de premier rang, les créanciers RCF ainsi que les créanciers SGF auraient signé, le 6 juin 2019, soit 9 jours avant l'échéance de paiement du coupon, fixée au 15 juin 2019, un contrat de restructuration de la dette, intitulé « *Lock-Up Agreement* » ; que ce contrat visait, en premier lieu, le déplacement artificiel du centre des intérêts principaux du débiteur de SOCIETE3.) S.A. au Royaume-Uni, permettant

ainsi la modification de certains accords afin de faire prévaloir le droit anglais de l'insolvabilité et de favoriser ainsi la mise en place de la restructuration litigieuse préjudiciant aux intérêts des créanciers SSN.

Ensuite, il aurait été procédé à la création artificielle d'un cas de défaillance appelé aussi « event of default » lequel prévoyait qu'en cas de non-paiement du coupon aux titulaires des créances SSN à l'échéance, ceux-ci se verraient accorder le droit de vendre les actions de SOCIETE1.) de gré à gré. Ces créanciers SSN pouvaient ainsi exécuter le gage accordé par SOCIETE3.) S.A. sur 100% des actions de SOCIETE1.).

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. ont insisté pour dire que ce cas de défaillance aurait été créé de façon purement artificielle étant donné que les filiales SOCIETE9.) G.m.b.H. et la société SOCIETE10.) G.m.b.H. étaient parfaitement en mesure de distribuer leurs liquidités vers le haut de la structure sociétaire.

Selon les parties requérantes, les conditions posées par le « Lock-Up Agreement » étaient formulées de telle sorte que seul le groupe GROUPE1.) se trouvait en mesure d'acquérir les actions de la société SOCIETE1.) ; que tout avait été mis en place pour permettre au groupe GROUPE1.) de faire une offre avec un montant non libératoire en ce qui concerne les créances primaires (les créanciers SUN) alors que tout acquéreur potentiel tiers souhaitant acquérir les titres de la société SOCIETE1.) aurait dû s'assurer que le montant de son offre venait régler l'intégralité des créanciers primaires. Le but de cette manœuvre aurait donc clairement consisté à permettre au groupe GROUPE1.) de conserver le contrôle de SOCIETE1.) et partant le contrôle des sociétés opérationnelles allemandes SOCIETE9.) G.m.b.H. et la société SOCIETE10.) G.m.b.H. Par cette façon de procéder, la société SOCIETE3.) S.A. se serait fait déposséder de l'intégralité de ses actifs et n'aurait plus été en mesure de faire face à ses engagements à l'égard des créanciers SUN, privant ces derniers de la possibilité d'obtenir le remboursement de leur créance et en permettant ainsi au groupe GROUPE1.) de maintenir son contrôle sur les entités opérationnelles SOCIETE9.) G.m.b.H. et la société SOCIETE10.) G.m.b.H.

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. ne mettent pas directement en cause le prix auquel a été réalisé la vente des actions SOCIETE1.) mais ils reprochent à GROUPE1.) d'avoir enlevé à SOCIETE3.) son seul actif, privant ainsi les créanciers SUN de la possibilité d'obtenir remboursement de leur créance ; que ceci aurait néanmoins pu être évité si, au lieu de racheter les actions SOCIETE1.) à un prix équivalent à la créance des SSN, le groupe GROUPE1.) avait directement utilisé cet argent pour procéder au remboursement de cette dette.

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. donnent par ailleurs à considérer qu'ils viennent d'introduire une assignation au fond à l'encontre des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) tendant à l'annulation du gage et partant à la restitution des avoirs ayant fait l'objet de l'exécution.

Dans le cadre de leur assignation en rétractation de la mesure du séquestre du 13 février 2020, respectivement du 18 février 2020, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) contestent les faits tels qu'exposés par le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.)

S.A. Elles expliquent que la situation financière du groupe GROUPE2.) était désastreuse depuis 2017 et qu'au vu de l'endettement grave du groupe GROUPE2.), des négociations intensives avaient lieu en vue de la restructuration financière de celui-ci. C'est pour cette raison qu'un groupe *ad hoc* de créanciers SUN s'était formé afin de nommer des conseils économique et juridique pour négocier une solution à l'amiable avec la société SOCIETE11.) S.A., la société SOCIETE3.) S.A., la société SOCIETE1.), les créanciers SSN ainsi que les créanciers RCF et SGF et le consortium GROUPE1.) ; que tout au long de ces négociations, les créanciers SUN étaient fortement impliqués et disposaient d'une copie de tous les documents financiers pertinents.

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) insistent pour dire qu'elles ne pouvaient prendre aucune décision pour les créanciers SSN étant donné qu'il s'agissait des banques, établissements financiers indépendants ainsi que des fonds d'investissement non liés au consortium GROUPE1.) ; que SOCIETE12.) et le groupe GROUPE1.) d'un côté et SOCIETE1.) de l'autre étaient représentés par des cabinets d'avocats distincts, indépendants les uns des autres ; qu'au regard du fait que la tentative de refinancement externe par la banque d'investissement SOCIETE13.) n'avait pas fructifié, les entités allemandes avaient, au mois de février 2019, chargé le cabinet GÖRG, spécialisé dans les questions de restructuration et de procédure d'insolvabilité, de les conseiller sur la continuation des activités ; qu'ainsi il aurait été conseillé à ces deux entités, les sociétés SOCIETE9.) G.m.b.H. et SOCIETE10.) G.m.b.H. de ne pas continuer de montants substantiels à la société SOCIETE1.).

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) contestent toute intention frauduleuse concernant le déplacement du centre d'intérêts de SOCIETE3.) S.A. vers le Royaume-Uni, ce d'autant plus qu'un tel transfert, à le supposer réalisé, n'aurait eu aucun effet sur la réalisation du gage.

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) donnent enfin à considérer qu'un processus d'appel à offres avait été mis en place par la banque SOCIETE13.) et surveillé par SOCIETE14.) ; que le rapport de SOCIETE14.) soulignerait d'ailleurs explicitement l'indépendance de SOCIETE14.) et son rôle qui était celui de « surveiller le processus et de fournir des recommandations pour garantir que les procédures mises en place étaient conformes aux pratiques du marché » ; que le but était de trouver le meilleur prix pour le groupe, correspondant à la valeur réelle de celui-ci ; que 79 acheteurs potentiels avaient été contactés et aucune partie, autre que la société SOCIETE12.), n'avait fait une offre plus élevée que celle déterminée par SOCIETE14.) ; que SOCIETE15.) avait d'ailleurs confirmé que le prix à payer était conforme à la valeur réelle des actions.

Maître Alain RUKAVINA, intervenant en qualité de séquestre de la totalité des parts sociales de la société SOCIETE1.), en vertu de l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2020, s'est rapporté à prudence de justice.

II. Quant à la recevabilité des interventions volontaires

Suivant requête écrite formée à l'audience publique du 14 mai 2020, la société SOCIETE4.) S.à.r.l., la société SOCIETE5.), la société SOCIETE6.) SICAV, la société SOCIETE7.) G.m.b.h. et la SOCIETE8.) S.A. ont demandé à intervenir volontairement dans la présente instance en leur prétendue qualité de créancier SUN. Elles s'estiment lésées par la réalisation du gage.

Lors des plaidoiries les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) ont soulevé l'irrecevabilité de ces interventions volontaires au motif que les parties en question restent toutes en défaut d'établir leur qualité de créanciers ; que les pièces versées au dossier, et notamment les tableaux excels, non actualisés, auraient probablement été dressés pour les besoins de la cause et ne permettraient pas de vérifier si ces parties disposent encore aujourd'hui de la qualité de créancier et partant de la qualité à agir; qu'en tout état de cause, seul le trustee qui était, à l'époque SOCIETE16.), aurait la qualité pour agir en justice et non pas chaque créancier pris individuellement.

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. ne se sont pas autrement opposés aux interventions volontaires.

Maître Alain RUKAVINA s'est rapporté à prudence de justice.

Il y a intervention volontaire lorsqu'un tiers demande à être partie à une instance en cours.

L'intervention en instance de référé est possible à condition que le juge des référés demeure dans la limite de ses pouvoirs. A défaut de dispositions législatives particulières elle n'est pas soumise à une forme déterminée, de sorte qu'une partie peut valablement y procéder par voie de conclusions orales, cette absence de formalisme répondant au besoin de célérité avec lequel les litiges de référés doivent être évacués (Trib. d'arrondissement de Luxembourg 15.10.1984 et 21.11.1994).

En l'occurrence, l'intervention volontaire a été faite par une note écrite de sorte qu'elle est à déclarer recevable en la forme.

Conformément aux développements des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.), il y a lieu de retenir qu'un examen sommaire des pièces versées au dossier par les parties SOCIETE4.) S.à.r.l., SOCIETE5.), SOCIETE6.) SICAV, SOCIETE7.) G.m.b.h. et la SOCIETE8.) S.A. ne permet pas de vérifier si à l'heure actuelle elles disposent de la qualité de créancier de SOCIETE3.) S.A. voire de SOCIETE11.) S.A.

Leur intervention volontaire est partant à déclarer irrecevable.

III. En droit

a. Quant à la demande en annulation de l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2019

Dans le cadre de leur demande en rétractation de la mesure du séquestre, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) demandent, en premier lieu, la nullité de celle-ci au motif que le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. auraient commis une déloyauté procédurale en induisant le magistrat, saisi de la requête en autorisation de saisir-arrêter, en erreur par le fait de ne pas lui avoir fourni toutes les informations ou de lui avoir fourni des informations incorrectes. Pour le détail des reproches, il est renvoyé à la note de plaidoiries des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) du 28 avril 2020, et plus particulièrement aux pages 29 à 41, dans le cadre desquelles la société SOCIETE1.) et SOCIETE12.) prennent, en substance, position par rapport à chaque grief reproché.

Force est de constater qu'il n'existe aucune disposition légale qui permet au magistrat, qui dans le cadre d'un recours contre une autorisation présidentielle de saisir-arrêter introduit sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile est, surtout et avant tout, appelé à vérifier si les conditions de la mesure du séquestre sont données au terme d'un débat contradictoire, de sanctionner d'emblée une éventuelle déloyauté procédurale dans le chef de la partie requérante par l'annulation de sa propre décision.

Il s'ensuit que ladite demande est à rejeter comme non fondée.

b. Quant à la recevabilité du séquestre

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) soulèvent l'irrecevabilité de la mesure du séquestre au regard de 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. Elles se réfèrent notamment à l'article 20 (4) de cette loi ainsi qu'aux travaux parlementaires de celle-ci pour soutenir que le contrôle judiciaire sur l'exécution des garanties financières doit être limité à un contrôle *a posteriori* et qu'en cas de concert frauduleux entre les parties, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile.

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. contestent les développements de la société SOCIETE1.) et SOCIETE12.). Ils renvoient plus particulièrement à un nombre d'arrêts de la Cour d'appel et notamment à celui rendu le 12 juillet 2017 en matière de réalisation de gage dans l'affaire SOCIETE17.) et SOCIETE18.). Dans cet arrêt, la Cour, amenée à se prononcer sur l'impact de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière sur la remise en cause de l'exécution d'un gage, a confirmé le principe de la restitution des avoirs gagés lorsque l'élément déclencheur de l'exécution du gage résulte d'un comportement frauduleux sinon abusif.

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. se réfèrent ensuite à un arrêt de la Cour de Cassation du 14 février 2019 (n°27/2019, n° 4022 du registre) qui a retenu ce qui suit :

« le droit conféré par l'article 11, alinéa 1 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières au créancier gagiste de s'approprier, en vertu de la convention entre parties, les avoirs gagés en cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la

garantie ne s'oppose pas à ce que le juge, au cas où ce fait procède, comme en l'espèce, d'un abus de droit ou d'une fraude, mette fin à l'appropriation en ordonnant la restitution des avoirs appropriés ».

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. déduisent de cet arrêt que si une fraude est prouvée dans le chef du créancier gagiste, celui-ci doit restituer les avoirs appropriés ; qu'en l'espèce la preuve d'une fraude, perpétrée au niveau du « déclenchement » de l'exécution du gage, serait à suffisance rapportée de sorte que la restitution des titres sera prononcée.

SOCIETE1.) et SOCIETE12.) contestent l'application de l'arrêt de cassation au cas d'espèce au motif que la réalisation du gage s'était faite par appropriation des avoirs gagés selon le cas de figure de l'article 11 (1) a) de la loi de 2005 précitée alors que dans la présente affaire, le créancier gagiste a cédé les avoirs nantis par une vente de gré à gré tel que visé sous le point b) du même article ; qu'il s'agirait donc de deux hypothèses différentes de sorte que le principe selon lequel les garanties financières doivent rester inattaquables, doit prévaloir.

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 I 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 et aux contrats de compensation 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 ».

Il résulte des commentaires des articles des travaux parlementaires de la loi du 5 août 2005¹ que « ...le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile ».

Il résulte encore des documents parlementaires que, lors du dépôt de la loi, le gouvernement a clairement marqué son intention de donner à l'article 20 (4) le caractère d'une loi de police et que le texte a l'ambition de mettre les contrats de prise de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité².

Contrairement aux développements du Dr. Frank KEBEKUS et de la société SOCIETE3.) S.A., il n'y a pas lieu de se livrer à une distinction entre la fraude commise au niveau du

¹ doc.parl.n°5021

² doc. parl. 5021, commentaire des articles, pages 20 et 21 ad article 20

« déclenchement » du gage et celle commise au niveau de la réalisation du gage. En effet, les conditions de réalisation du gage font partie intégrante de la procédure de réalisation du gage pour en former un tout.

Par rapport au soutènement du Dr. Frank KEBEKUS et de la société SOCIETE3.) S.A. consistant à dire que le processus de la réalisation du gage serait entaché d'une fraude, il y a lieu de se référer à un arrêt, rendu par la Cour d'appel, 4^e chambre, le 16 mai 2018, et de retenir, à l'instar de cet arrêt, que dans la loi de 2005, le législateur a fait le choix de ne pas sanctionner par la nullité la fraude qui peut entacher les contrats de garantie financière et les contrats d'exécution, estimant opportun de sanctionner le caractère frauduleux de ces contrats uniquement par le biais d'une action en responsabilité à exercer contre les auteurs de la fraude. La même Cour a encore retenu qu'il n'en reste pas moins que le texte de loi ouvre une voie de droit à la personne qui s'estime lésée.

Il y a ensuite lieu de se référer à la Cour d'appel en ce qu'elle a ajouté qu'en rendant inapplicables aux contrats de garantie financière les dispositions du Livre III ; Titre XVII du Code Civil, du Livre I 1er, Titre VIII et du Livre III du Code de Commerce, l'intention du législateur était clairement d'exclure les contrats de garantie financière du droit commun en ce qui concerne la sanction de la fraude pouvant les entacher (Cour d'appel, arrêt n° 63/18 IVe - Com. du 16 mai 2018, numéro de rôle 39827).

Enfin, il y a lieu de retenir, conformément à l'arrêt de la Cour d'appel, 7^e Chambre, du 3 novembre 2010 que si l'article 20 (4) précité n'interdit pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes, il ne saurait toutefois prendre des mesures qui auraient pour conséquence de rendre 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 (...). Or, si l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà enregistrées (Cour d'appel, 3.10.2010, 7^e chambre, n° de rôle 35824).

Quant aux développements du Dr. Frank KEBEKUS et de la société SOCIETE3.) S.A. par rapport à l'arrêt de cassation du 14 février 2020, ayant décidé que si l'appropriation de garanties financières par le créancier gagiste procède d'un abus de droit ou d'une fraude, le juge peut mettre fin à cette appropriation en ordonnant la restitution des avoirs appropriés, force est de constater qu'il s'agit là de l'hypothèse dans laquelle le créancier gagiste s'est approprié les avoirs conformément à l'article 11 a) de la loi de 2005.

Or, en l'espèce, les créanciers gagistes ont procédé à la cession des avoirs nantis par une vente de gré à gré tel que c'est prévu par l'article 11 b) de la loi de 2005 précitée. Il s'agit donc d'une hypothèse différente de celle de l'alinéa a) et on ne saurait retenir *ipso facto* que la solution retenue pour l'alinéa a) s'applique également au cas de figure b).

A l'instar des décisions de la Cour d'appel ci-dessus énoncées, il y a lieu de retenir que le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. ne peuvent pas agir en nullité contre les contrats d'exécution des garanties.

Il s'en suit que la demande en séquestre est irrecevable et qu'il y a partant lieu de rétracter l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2019.

IV. Indemnités de procédure

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE12.) sollicitent l'allocation d'une indemnité de procédure de 20.000 euros à l'encontre des parties défenderesses Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Au vu des éléments du dossier, il y a lieu de faire droit à la demande des SOCIETE1.) et SOCIETE12.) à concurrence de 1.500 euros à l'encontre de Frank KEBEKUS et de la société SOCIETE3.) S.A.

Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A., pour leur part, demandent à se voir allouer une indemnité de procédure de 20.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Au vu de l'issue du litige, Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. sont à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

Nous Christina LAPLUME, Premier juge, siégeant en la forme des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement ;

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

donnons acte à la société SOCIETE4.) S.à.r.l., à la société SOCIETE5.), à la société SOCIETE6.) SICAV, à la société SOCIETE7.) G.m.b.h. et à la SOCIETE8.) S.A. de leur intervention volontaire au présent litige ;

les déclarons irrecevables ;

ordonnons la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2019 ;

partant déchargeons Maître Alain RUKAVINA de la mission de séquestre lui confiée qui n'a plus lieu d'être ;

mettons les frais d'ores et déjà occasionnés du chef de la mesure de séquestre à charge de Dr. Frank KEBEKUS, pris en sa qualité de *Insolvenzverwalter* de la société SOCIETE3.) S.A., et de la société SOCIETE3.) S.A. ;

condamnons le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. à payer à la société SOCIETE1.) S.à.r.l. et à la société SOCIETE2.) S.à.r.l. une indemnité de procédure de 1.500 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

rejetons la demande du Dr. Frank KEBEKUS et de la société SOCIETE3.) S.A. en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamnons le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. aux frais et dépens de l'instance ;

déclarons la présente ordonnance commune à Maître Alain RUKAVINA ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance sur minute nonobstant toute voie de recours et sans caution.