

**Rôle No. TAL-2020-03095
No. 2020TALREFO/00218
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 de droit anglais SOCIETE1.) Limited, immatriculée sous le numéro NUMERO1.) au Registre du commerce et des sociétés du Royaume-Uni (Companies House), dont le siège social se trouve au ADRESSE1.) (Royaume-Uni), représentée par son représentant légal actuellement en fonctions,
- 2) la société de droit anglais SOCIETE2.) Limited, immatriculée sous le numéro NUMERO2.) au Registre du commerce et des sociétés du Royaume-Uni (Companies House), dont le siège social se trouve au ADRESSE1.) (Royaume-Uni), représentée par son représentant légal actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Elvinger Hoss Prussen, société anonyme, établie et ayant son siège social au 2, Place Winston Churchill, L-1340 Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209.469, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc ELVINGER, avocat, demeurant à L-1340 Luxembourg, 2, Place Winston Churchill,

parties demanderesses comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat, en remplacement de Maître Marc ELVINGER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

- 1) le Dr. Frank KEBEKUS, Rechtsanwalt, pris en sa qualité de *Insolvenzverwalter* de la société SOCIETE3.) SA, (immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.)), ayant son domicile professionnel à D-40213 Düsseldorf, Allemagne, 1, Carl-Theodor-Str., ayant par sa requête unilatérale en date du 12 février 2020 élu domicile en l'étude Bonn Steichen & Partners, société en commandite simple, établie et ayant son siège social 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 S.à.r.l., inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B211933,
- 2) la société anonyme de droit luxembourgeois SOCIETE3.) S.A., inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son *Insolvenzverwalter*, Dr. Frank KEBEKUS, ayant par sa requête unilatérale en date du 12 février 2020 élu domicile en l'étude Bonn Steichen & Partners, société en commandite simple, établie et ayant son siège social 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 S.à.r.l., inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B211933,
- 3) Maître Alain RUKAVINA, avocat, en sa qualité de séquestre, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'AspeIt,
- 4) la société de droit de Jersey SOCIETE4.) Limited, immatriculée sous le numéro NUMERO4.) auprès du Registre de commerce de Jersey, et dont le siège social se trouve à ADRESSE3.), agissant par sa succursale luxembourgeoise SOCIETE4.) Limited, dénommée SOCIETE4.) Branch, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO5.), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions,

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,

partie défenderesse sub4) comparant par Maître Sarah HANTSCHER, avocat, en remplacement de Maître Hugo ARELLANO, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

en présence de :

- 1) SOCIETE5.) S.à r.l., une société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE5.), immatriculée au registre de Commerce et de Sociétés de Luxembourg (« RCS ») sous le numéro NUMERO6.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,
- 2) SOCIETE6.), une *investment company with variable capital de droit anglais*, établie et ayant son siège social à ADRESSE6.), immatriculée au Registre de commerce et des sociétés du Royaume-Uni (Companies House) sous le numéro NUMERO7.) représentée par son représentant légal et/ou statutaire actuellement en fonctions, agissant au nom et pour le compte de son compartiment « ENSEIGNE1.) »,
- 3) SOCIETE7.), une société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE7.), immatriculée au RCS sous le numéro NUMERO8.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, agissant au nom et pour le compte de ses compartiments « ENSEIGNE2.) », « ENSEIGNE3.) », et « ENSEIGNE4.) »,
- 4) SOCIETE8.) GmbH, une société à responsabilité limitée de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE8.), immatriculée au registre de commerce et des sociétés allemand auprès du Amtsgericht München sous le numéro NUMERO9.), 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) SOCIETE9.) S.A., une société anonyme de droit français établie et ayant son siège social à F-ADRESSE9.), immatriculée au registre de commerce de Paris sous le numéro NUMERO10.), 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 ordinaire des référés du jeudi matin, 14 mai 2020, Maître Pierre ELVINGER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et fut entendu en ses explications et moyens.

Maître Laure-Hélène GAICIO-FIEVEZ, Maître Audrey RISSER, Maître Sabrina SOUSA et Maître Sarah HANTSCHER furent entendues 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 refixa l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 28 mai 2020.

A cette audience, Maître Pierre ELVINGER, Maître Laure-Hélène GAICIO-FIEVEZ, Maître Audrey RISSER, Maître Sabrina SOUSA, Maître Sarah HANTSCHER et Maître Philippe THIEBAUD furent entendus en leurs explications et moyens.

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

ORDONNANCE

qui suit:

Suivant requête unilatérale déposée au greffe du Tribunal le 12 février 2020, le Dr. Frank KEBEKUS, pris en sa qualité de *Insolvenzverwalter* de la société SOCIETE3.) S.A., et la société SOCIETE3.) S.A. ont requis, par application de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, à voir :

- interdire à SOCIETE4.) Limited (ci-dessous la banque SOCIETE4.)) de transférer toutes sommes, fonds ou titres figurant sur le compte bancaire de la société SOCIETE3.) S.A. (ouvert sous le numéro NUMERO11.)) à SOCIETE1.) Limited (ci-dessous SOCIETE1.)) ou SOCIETE2.) Limited (SOCIETE2.))
- nommer un séquestre pour conserver ces sommes, fonds ou titres
- ordonner à la banque SOCIETE4.) de transférer toutes sommes, fonds ou titres figurant sur le compte ouvert sous le numéro NUMERO11.) sur le compte ouvert à ce titre par le séquestre.

Par ordonnance présidentielle du 12 février 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 SOCIETE10.) 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 SOCIETE11.) G.m.b.H. et la société SOCIETE12.) G.m.b.H. ; que la société SOCIETE3.) S.A. est détenue à 100% par la société SOCIETE13.) 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 SOCIETE13.) 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 la société SOCIETE13.) S.A. avait émis des obligations dénommées « Senior Unsubordinated Notes » (ci-après les SUN) pour un montant total de 250 millions d'euros, venant à maturité en 2022. Ces obligations étaient subordonnées à certaines créances garanties par la société SOCIETE3.) S.A. et la société SOCIETE10.).

Quant à la société SOCIETE3.) S.A., celle-ci avait émis, pour sa part, un emprunt obligataire pour un montant total de 200 millions d'euros, 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 SOCIETE10.).

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 encore 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* » lequel visait, en premier lieu, à déplacer artificiellement le 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 SOCIETE10.) de gré à gré. Ces créanciers SSN pouvaient ainsi exécuter le gage accordé par SOCIETE3.) S.A. sur 100% des actions de SOCIETE10.).

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 SOCIETE11.) G.m.b.H. et la société SOCIETE12.) G.m.b.H. étaient parfaitement en mesure de distribuer leurs liquidités vers le haut de la structure sociétaire ; que 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 SOCIETE10.) ; 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 SOCIETE10.) aurait dû s'assurer que le montant de son offre venait régler l'intégralité des créances primaires. Le but de cette manœuvre aurait donc clairement consisté à permettre au groupe GROUPE1.) de conserver le contrôle de SOCIETE10.) et partant le contrôle des sociétés opérationnelles allemandes SOCIETE11.) G.m.b.H. et la société SOCIETE12.) 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 SOCIETE11.) G.m.b.H. et la société SOCIETE12.) 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 SOCIETE10.) 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 SOCIETE10.) à un prix équivalent à la créance des SSN, le groupe GROUPE1.) avait directement utilisé cet argent pour procéder au remboursement de cette dette.

Dans la même requête introductive, le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. ont encore expliqué que c'est dans le contexte pré-décrit que le Dr. Frank KEBEKUS, en sa qualité d'*Insolvenzverwalter*, a appris qu'une procédure d'exécution du gage, de premier rang, accordée le 30 mai 2014, par la société SOCIETE3.) S.A. et la société SOCIETE10.) aux créanciers SSN, et portant sur le compte bancaire que chacune de ces sociétés détenait auprès de la banque SOCIETE4.), avait été initiée ; que cette procédure d'exécution du gage serait pourtant entachée de fraude tel que cela résulte des développements ci-dessus énoncés par rapport au « *Lock-Up Agreement* », conclu le 6 juin 2019.

Le Dr. Frank KEBEKUS et la société SOCIETE3.) S.A. soutiennent que c'est en raison du fait qu'en date du 28 janvier 2020, SOCIETE2.), représentant les intérêts des créanciers SSN, avait notifié aux créanciers SSN la possibilité d'exécution du gage sur le compte bancaire que le transfert des sommes de la société SOCIETE3.) S.A., figurant sur le compte bancaire auprès de la banque SOCIETE4.), pouvait intervenir de manière imminente ; qu'ainsi les fonds figurant sur les comptes en question risquaient d'être transférés au Security Agent, SOCIETE1.) pour que celui-ci les répartisse entre les créanciers SSN ; qu'il s'agissait des mêmes créanciers que ceux ayant participé à la restructuration frauduleuse du groupe GROUPE2.) et ce en parfaite spoliation du droit des autres créanciers de SOCIETE3.) et des dispositions du droit de l'insolvabilité allemand.

Maître Alain RUKAVINA, intervenant dans la présente instance en qualité de séquestre des fonds figurant sur le compte bancaire de la société SOCIETE3.) S.A., en vertu de l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2020, s'est rapporté à prudence de justice.

La banque SOCIETE4.) s'est également rapportée à prudence de justice.

II. Quant à la recevabilité des interventions volontaires

Suivant requête écrite formée à l'audience publique du 28 mai 2020, la société SOCIETE14.) S.à.r.l., la société SOCIETE6.), la société SOCIETE7.) SICAV, la société SOCIETE8.) G.m.b.h. et la SOCIETE9.) S.A. ont demandé à intervenir volontairement dans la présente instance en leur prétendue qualité de créanciers SUN. Elles s'estiment lésées par la réalisation du gage.

Par rapport à la recevabilité de ces demandes, SOCIETE2.) et SOCIETE1.) se sont rapportés à prudence de justice.

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

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.

Etant donné qu'il résulte à suffisance des pièces complémentaires et notamment des extraits de comptes actualisés, versés à l'audience des plaidoiries du 28 mai 2020 par le

litis-mandataire des parties SOCIETE14.) S.à.r.l., SOCIETE6.), SOCIETE7.) SICAV, SOCIETE8.) G.m.b.h. et la SOCIETE9.) S.A., qu'elles sont créancières de SOCIETE3.) S.A. voire de SOCIETE13.) S.A., leur intervention volontaire est à déclarer recevable.

III. Quant à la recevabilité du séquestre

Dans le cadre de l'assignation en rétractation de la mesure du séquestre du 2 avril 2020, basée sur l'article 66 du nouveau code de procédure civile, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) contestent l'ensemble des développements du Dr. Frank KEBEKUS et de la société SOCIETE3.) S.A. tenant à l'établissement de la fraude à leurs droits.

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) concluent à 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, plus particulièrement, 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 des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.). 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 SOCIETE15.) et SOCIETE16.). 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 SOCIETE2.) 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 « 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 entachée 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

¹ doc.parl.n°5021

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

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 ; 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 précité, 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'ensuit que la mesure du séquestre est irrecevable.

L'ordonnance présidentielle du 12 février 2020 est partant à rétracter.

IV. Indemnités de procédure

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) sollicitent l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 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 de SOCIETE1.) et SOCIETE2.) à concurrence de 1.500 euros.

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 SOCIETE14.) S.à.r.l., à la société SOCIETE6.), à la société SOCIETE7.) SICAV, à la société SOCIETE8.) G.m.b.h. et à la SOCIETE9.) S.A. de leur intervention volontaire au présent litige ;

les déclarons recevables ;

ordonnons la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 12 février 2020;

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.) Limited et à la société SOCIETE2.) Limited 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 et à la banque SOCIETE4.) Limited agissant par sa succursale luxembourgeoise SOCIETE4.) Branch ;

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