

Texte pseudonymisé

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

No rôle : 118138
Réf. No. 855/2008
du 1^{er} décembre 2008
à 14h20

Audience publique extraordinaire des référés du lundi, 1^{er} décembre 2008, tenue par Nous Pascale DUMONG, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Guy BONIFAS.

DANS LA CAUSE

ENTRE

- 1.) la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD, établie et ayant son siège social en Irlande, ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Dublin sous le n° NUMERO1.), représentée par ses administrateurs (directors) actuellement en fonctions, Monsieur PERSONNE1.) et Madame PERSONNE2.),
- 2.) la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD, établie et ayant son siège social en Irlande, ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Dublin sous le n° NUMERO2.), représentée par ses administrateurs (directors) actuellement en fonctions, Monsieur PERSONNE1.) et Madame PERSONNE2.),

élisant domicile en l'étude de Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat demeurant à Luxembourg,

parties demanderesses comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN susdit,

ET

- 1.) la société anonyme SOCIETE3.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° NUMERO3.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Frédéric GERVAIS, avocat, en remplacement de Maître Pierre METZLER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

- 2.) Maître Franz FAYOT, avocat à la cour, demeurant à L-2014 Luxembourg, 2,Place Winston Churchill, agissant en sa qualité d'administrateur judiciaire de la société anonyme SOCIETE3.) S.A., ci-avant préqualifiée,
- 3.) la société à responsabilité limitée PRICEWATERHOUSECOOPERS s.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-1471 Luxembourg, 400, route d'Esch, représentée par Madame Emmanuelle CARUEL-HENNIAUX, agissant en sa qualité d'administrateur judiciaire,

parties défenderesses sub 2) et 3) comparant par Maître Maryline PINTO ESTEVES, avocat, en remplacement de Maître Franz FAYOT, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 20 novembre 2008, Maître Arsène KRONSHAGEN donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Frédéric GERVAIS et Maître Maryline PINTO ESTEVES répliquèrent.

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

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 13 novembre 2008, la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD et la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD ont fait donner assignation à la société anonyme SOCIETE3.) S.A., Maître Franz FAYOT, pris en sa qualité d'administrateur judiciaire de la société anonyme SOCIETE3.) S.A. et la société à responsabilité limitée PRICEWATERHOUSECOOPERS SARL à comparaître devant le juge des référés pour voir condamner la société anonyme SOCIETE3.) S.A. à payer et à transférer dans les vingt-quatre heures de l'ordonnance à intervenir sur minute, le montant de 5.500.000 US DOLLARS au crédit du compte de la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD, sinon à titre subsidiaire pour voir condamner la société anonyme SOCIETE3.) S.A. à payer à la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD sinon en ordre subsidiaire à la société de droit irlandais le montant de 5.500.000 US DOLLARS, en sus des intérêts accrus, le tout à convertir en euros au cours du jour du paiement à intervenir, sinon et en ordre encore plus subsidiaire pour voir nommer la SOCIETE4.) séquestre judiciaire, avec la mission d'administrer les fonds en bon père de famille suivant les usages de la profession, pour voir dire que le montant de 5.500.000 US DOLLARS doit être transféré dans les vingt-quatre heures de l'ordonnance à intervenir sur le compte du séquestre judiciaire indiqué et pour voir déclarer l'ordonnance à intervenir commune aux administrateurs judiciaires de la société anonyme SOCIETE3.) S.A.

Les requérantes exposent à l'appui de leur demande que la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD est titulaire du compte n° NUMERO4.) auprès de la société anonyme SOCIETE3.) S.A., qu'en date du 7 octobre 2008, la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD a donné instruction à la société anonyme SOCIETE3.) S.A. de virer un montant de 5.500.000 US DOLLARS au profit de la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD, que suivant extrait de compte du 8 octobre 2008, cette instruction a été comptabilisée par la banque avec date valeur au 10 octobre 2008, mais que le compte de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD a été débité du montant précité de 5.500.000 US DOLLARS le 8 octobre 2008.

Elles exposent, de même, que le compte de la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD n'a pas été crédité, alors que la société anonyme SOCIETE3.) S.A. a placé les fonds sur un compte interne et refuse d'effectuer le transfert à la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD en se prévalant des effets du jugement du Tribunal de Commerce du 9 octobre 2008 ayant placé la société anonyme SOCIETE3.) S.A. sous le régime de la procédure du sursis de paiement.

Elles se prévalent actuellement des dispositions protectrices de l'article 60-2 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier qui énoncent notamment que les paiements, opérations et autres actes sont valables et opposables aux tiers à l'établissement et aux administrateurs, s'ils

précèdent le dépôt ou le cas échéant la signification du dépôt de la requête ou s'ils ont été effectués dans l'ignorance du bénéficiaire de ce dépôt ou de sa signification.

Les requérantes affirment que la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD a, par courrier recommandé du 5 novembre 2008, mis en demeure les parties défenderesses d'exécuter le transfert de fonds conformément aux instructions reçues, que par courrier officiel d'avocat du 10 novembre 2008, l'étude d'avocats WILDGEN a affirmé que suite au jugement du tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 9 octobre 2008, tous les paiements avaient été suspendus, y compris les montants débités des comptes clients pour les paiements qui étaient encore en suspens et qui se trouvaient sur un compte transitoire de la banque à cette date en attendant la liquidation de l'opération et que dès lors le compte de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD auprès de la société anonyme SOCIETE3.) S.A. avait bien été débité le 8 octobre 2008 avec date de valeur au 10 octobre 2008, mais qu'il n'aurait pas été procédé au dénouement de l'exécution du virement, et qu'en conséquence la banque aurait recréité le compte de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD pour le montant concerné.

Les requérantes contestent la date valeur du 10 octobre 2008, alors que l'instruction de virement aurait dû être exécutée le 7 octobre 2008.

Elles estiment qu'il y a en l'espèce eu mauvaise foi dans le chef de la société anonyme SOCIETE3.), motif pris de ce qu'il résulte des pièces versées en cause que des instructions de virement antérieures au virement litigieux ont toujours été exécutées avec valeur au même jour.

Elles expliquent plus particulièrement qu'en ce qui concerne l'opération litigieuse, l'ordre a été envoyé via e-mail le 7 octobre 2008 à 12h19 à la société anonyme SOCIETE3.) S.A., l'instruction faite par e-mail ayant été confirmée par fax le mardi 7 octobre 2008 à 19h55.

Elles font valoir que tant la jurisprudence luxembourgeoise que française décide que c'est l'écriture du débit du compte du donneur d'ordre qui fait sortir les fonds du patrimoine de celui-ci et qui réalise ce dessaisissement et que dès ce moment l'ordre de virement ne peut plus être révoqué par le mandant.

Les requérantes en concluent que conformément à la jurisprudence établie, il y a eu dessaisissement du donneur d'ordre et en conséquence, dans son chef exécution du virement, de sorte que l'opération, exécutée avant le 9 octobre 2008, serait pleinement opposable à la société anonyme SOCIETE3.) S.A. conformément aux dispositions de l'article 60-2 de la loi sur le secteur financier, et que la société anonyme SOCIETE3.) S.A. ne saurait se retrancher derrière sa propre mauvaise foi ayant consisté, eu égard aux circonstances économiques du moment, à débiter immédiatement le compte du client donneur d'ordre mais à différer artificiellement le transfert au profit du bénéficiaire en plaçant les fonds sur un compte interne de la société anonyme SOCIETE3.) S.A., et que dès lors la société anonyme SOCIETE3.), en tant que mandataire de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD n'avait en aucun cas le pouvoir de révoquer elle-même l'ordre de virement à défaut d'avoir reçu de son mandant une telle instruction.

La demande des requérantes est basée en ordre principal sur l'article 933 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile, sinon subsidiairement sur les dispositions de l'article 932 du même code, sinon encore plus subsidiairement sur l'article 933 alinéa 1 du même code.

La société anonyme SOCIETE3.) S.A. soulève tout d'abord l'exception du libellé obscur.

Elle fait valoir que les requérantes n'auraient pas suffisamment précisé l'objet de la demande dans l'exploit d'assignation du 13 novembre 2008 et qu'elles n'auraient pas non plus précisé de quel chef elles agissent en l'espèce.

Aux termes de l'article 154 du nouveau code de procédure civile, l'assignation doit contenir, à peine de nullité, l'objet et un exposé sommaire des moyens.

Force est de constater que l'objet de la demande est en l'espèce le transfert voire le paiement des fonds, sinon la nomination d'un séquestre, et que cet objet se trouve expressément déterminé dans le dispositif de l'exploit d'assignation du 13 novembre 2008.

Quant à l'obligation de fournir un exposé sommaire des moyens, il y a lieu de constater que les requérantes précisent être titulaires d'un compte auprès de la société anonyme SOCIETE3.) S.A., de sorte qu'elles agissent en l'espèce sur la base contractuelle.

De même, le juge pouvant tenir compte des éléments de la cause et notamment des données contenues dans un acte antérieur à l'exploit et dont il est établi que la partie assignée en avait connaissance avant d'être assignée (Cour, 22 novembre 1995, 29, 461), il y a lieu de retenir qu'en raison de l'échange de correspondance antérieur entre parties, en l'espèce les courriers respectifs datés des 5 novembre 2008 et 10 novembre 2008, la société anonyme SOCIETE3.) S.A. n'a pas pu se méprendre sur l'objet exact de la demande.

Il s'ensuit que le moyen est à écarter.

La société anonyme SOCIETE3.) S.A. conclut à l'irrecevabilité de la demande en tant qu'émanant de la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD, au motif que celle-ci n'aurait en l'espèce pas qualité pour agir.

Il y a lieu de rappeler que la qualité étant le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice, il s'ensuit que la qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité de l'action en justice lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, car, en principe, le fait de se prétendre titulaire d'un droit confère nécessairement le pouvoir de saisir la justice afin d'en obtenir la sanction (Cour, 23 octobre 1990, 28, 70).

Dans la mesure où la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD s'estime actuellement créancière des fonds litigieux du chef de l'ordre de virement du 7 octobre 2008, il y a lieu de déclarer le moyen non fondé.

La société anonyme SOCIETE3.) S.A. conclut ensuite à l'irrecevabilité de la demande en paiement respectivement en transfert des fonds sur toutes les bases invoquées, motif pris de ce qu'en vertu du régime du sursis de paiement sous lequel elle a été placée en date du 9 octobre 2008, l'actif appartient désormais à la masse des créanciers de la banque, de sorte qu'un quelconque paiement peut seulement être fait à tous les créanciers et ce proportionnellement à leur créance.

Elle explique qu'en ce qui concerne l'ordre de virement litigieux du 7 octobre 2008, les fonds de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD sont passés en date du 8 octobre 2008 à un compte interne de la banque aux fins de réalisation du virement, que cependant le 9 octobre 2008 la société anonyme SOCIETE3.) S.A. a été placée sous le régime du sursis de paiement,

de sorte que la banque n'a plus pu effectuer le virement dans son intégralité et que les fonds restaient ainsi bloqués sur le compte interne, avant d'être virés à nouveau au compte de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD en date du 6 novembre 2008.

Elle résiste plus particulièrement au moyen développé par les requérantes de dire que le virement serait exécuté dans son intégralité de par l'écriture du débit du compte du donneur d'ordre, laquelle ferait sortir les fonds du patrimoine de celui-ci.

Elle appuie en l'espèce ses contestations sur un jugement du 29 octobre 2008 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour faire valoir que tant que le compte bénéficiaire ne serait pas crédité, l'ordre de virement ne serait pas pleinement exécuté.

Les requérantes résistent à cette argumentation en faisant valoir que l'opération complexe d'exécution de virement dont avait à connaître la juridiction dans son jugement du 29 octobre 2008 concernait le cas d'un banquier intermédiaire ayant refusé de créditer le compte externe désigné par le client, ce qui ne serait pas le cas dans le présent litige.

La société à responsabilité limitée PRICEWATERHOUSECOOPERS SARL et Maître Franz FAYOT, pris en sa qualité d'administrateur judiciaire de la société anonyme SOCIETE3.) S.A. se rallient aux conclusions de la société anonyme SOCIETE3.) S.A.

Quant à la recevabilité de la demande en paiement respectivement en transfert des fonds en tant que basée sur l'article 933 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile.

Le juge des référés, saisi en matière de référé-provision, est le juge de l'évident et de l'incontestable.

Il y a contestation sérieuse, dès lors que l'un des moyens de défense opposé à la prétention du demandeur n'est pas manifestement vain et qu'il existe une incertitude sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond s'il venait à être saisi.

En effet, les pouvoirs du juge des référés sont d'ordre public et il ne peut, sous peine d'irrecevabilité de la demande, excéder ses pouvoirs en préjudiciant le fond du litige en tranchant des points de droit et en portant ainsi atteinte aux droits qui appartiendraient à l'une des parties devant d'autres juridictions.

En ce qui concerne la détermination du moment du dessaisissement du donneur d'ordre, il y a lieu de relever que lorsque le donneur d'ordre et le bénéficiaire ont un compte dans la même banque, il est généralement admis en doctrine que l'ordre est définitif dès que le compte du donneur d'ordre est débité (J.VAN RYN et J.HEENEN, Principes de droit commercial belge, t. IV, n°448).

En revanche, lorsque deux banques interviennent, la question reste querellée, alors que certains auteurs estiment que l'opération ne sera réalisée que le jour où le banquier du bénéficiaire inscrit l'article de crédit au compte du bénéficiaire (G.RIPERT et G. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. II, n° 2312).

Le juge des référés ne saurait, au vu du désaccord existant entre parties quant à la question de savoir à quelle date un virement est à considérer comme pleinement exécuté, décider si l'ordre

de virement litigieux du 7 octobre 2008 a en l'espèce été exécuté dans sa totalité en date du 8 octobre 2008, soit à une date antérieure à la procédure du régime de sursis de paiement, de par l'inscription du débit du compte de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD, et s'il y a eu de ce chef sortie des fonds du patrimoine et partant dessaisissement de cette dernière, avec pour corollaire, d'une part, l'interdiction pour la société anonyme SOCIETE3.) S.A. de révoquer l'ordre de virement et de recréditer le compte du donneur d'ordre, et, d'autre part, applicabilité des dispositions protectrices de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

Il s'ensuit que la demande est à déclarer irrecevable en tant que basée sur l'article 933, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile.

Quant à la recevabilité de la demande en paiement respectivement en transfert des fonds en tant que basée sur l'article 932 du nouveau code de procédure civile.

La société anonyme SOCIETE3.) S.A. conclut à l'irrecevabilité de la demande en tant que basée sur l'article 932 du nouveau code de procédure civile, motif pris de ce que la créance serait sérieusement contestable et qu'il n'y aurait pas urgence en l'espèce.

Il y a lieu de rappeler que l'article 932 du nouveau code de procédure civile dispose que la contestation sérieuse fait obstacle aux pouvoirs du juge des référés.

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

Il est admis en jurisprudence que l'évidence du droit, son incontestabilité manifeste, la certitude absolue de son existence constituent le critère de l'absence de contestation sérieuse.

Or, force est de constater que les requérantes ne disposent pas au stade actuel du litige en référé d'un droit revêtant les caractères énoncés ci-dessus, et dont l'existence se dégagerait d'un examen sommaire des éléments du dossier, alors qu'il appartiendra à la juridiction du fond de trancher la question de savoir à quel moment l'ordre de virement litigieux du 7 octobre 2008 est à considérer comme pleinement exécuté, de se prononcer sur l'opportunité de la décision de retour des fonds diligentée par la société anonyme SOCIETE3.) S.A. sur le compte de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD, ainsi que sur la question de savoir si les dispositions protectrices de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier ont vocation à s'appliquer en l'espèce et permettraient ainsi à faire échapper la créance réclamée au régime instauré par la procédure de sursis de paiement.

La condition de l'absence de contestation sérieuse n'étant dès lors pas remplie, il s'ensuit que la demande est à déclarer irrecevable en tant que basée sur l'article 932 du nouveau code de procédure civile.

Quant à la recevabilité de la demande en paiement respectivement en transfert des fonds en tant que basée sur l'article 933, alinéa 1 du nouveau code de procédure civile.

Le juge des référés est toujours compétent pour faire cesser une voie de fait, c'est-à-dire un acte illégal portant préjudice à autrui.

Il y a cependant lieu de rappeler que dans le cadre du référé-sauvegarde, le juge des référés doit se déclarer incompétent pour statuer sur une contestation touchant au principal. (Cour, 5 décembre 1995, n°s 17858 et 18739 du rôle ; Luxembourg (réf.), 9 septembre 1988, n° 1078/88).

Par adoption des motifs développés ci avant, le juge des référés ne saurait, au vu du désaccord existant entre parties quant à la question de savoir à quelle date un virement est à considérer comme pleinement exécuté, décider si l'ordre de virement litigieux du 7 octobre 2008 a en l'espèce été exécuté dans sa totalité en date du 8 octobre 2008, soit à une date antérieure à la procédure du régime de sursis de paiement, de par l'inscription du débit du compte de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD, et s'il y a eu de ce chef sortie des fonds du patrimoine et dessaisissement de cette dernière et partant interdiction pour la société anonyme SOCIETE3.) S.A. de révoquer l'ordre de virement et de recrediter le compte du donneur d'ordre, avec comme corollaire l'applicabilité des dispositions protectrices de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier et la possibilité de faire sortir la créance réclamée de l'actif de la masse des créanciers.

Il s'ensuit qu'il n'est pas établi au stade actuel du litige en référé que le retour d'opération effectué par la société anonyme SOCIETE3.) S.A. constitue pour les requérants un dommage imminent par la menace d'une atteinte directe à un droit dont elles seraient titulaire, alors que ce droit laisse d'être établi à l'heure actuelle, et que son examen ne rentre pas dans les compétences du juge des référés.

Par adoption des mêmes motifs, il n'y a pas non plus lieu de retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, qui impliquerait de la part de la société anonyme SOCIETE3.) S.A. des actes matériels qui préjudicieraient aux droits ou aux biens des requérantes par l'usurpation matérielle de droits que les auteurs du trouble allégué n'auraient pas, alors qu'il n'est pas établi à l'heure actuelle qu'il y a eu dessaisissement dans le chef de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD.

Il s'ensuit que la demande en tant que basée sur l'article 933 alinéa 1 du nouveau code de procédure est à déclarer irrecevable.

Quant à la demande en nomination d'un séquestre

La société anonyme SOCIETE3.) S.A. conclut, de même, à l'irrecevabilité de la demande en nomination d'un séquestre sur toutes les bases invoquées, et ce pour les mêmes motifs, à savoir la non exécution complète de l'ordre de virement litigieux, partant la non applicabilité des dispositions protectrices de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier et donc l'application du principe de l'égalité des créanciers et l'incompatibilité de la mesure de séquestre avec le caractère proportionnel de leur désintéressement durant la procédure de sursis de paiement.

La société à responsabilité limitée PRICEWATERHOUSECOOPERS SARL et Maître Franz FAYOT, pris en sa qualité d'administrateur judiciaire de la société anonyme SOCIETE3.) S.A. se rallient aux conclusions de la société anonyme SOCIETE3.) S.A.

Il y a lieu de rappeler que le sursis de paiement n'est accordé qu'au débiteur qui, tout en cessant temporairement ses paiements, a des biens suffisants pour satisfaire tous ses créanciers en principal et intérêts.

Le banquier malheureux et de bonne foi peut échapper à la liquidation judiciaire définitive par l'obtention d'un sursis de paiement.

En effet, la défaillance n'est que temporaire et si la concession d'un délai peut permettre au commerçant de s'acquitter intégralement envers ses créanciers, il faut que la loi protège ce débiteur en lui assurant le répit nécessaire au redressement de ses affaires.

L'action des créanciers est suspendue pendant un temps plus ou moins long, mais l'institution est entourée de garanties suffisantes pour conserver l'avoir aux créanciers dont il reste le gage.

Pendant la durée du régime du sursis de paiement, il y a lieu d'éviter tout mode de paiement aboutissant à avantager un créancier au détriment de l'autre.

Force est de constater que si le séquestre constitue une mesure conservatoire, alors qu'il se définit comme le dépôt d'une chose litigieuse entre les mains d'un tiers, en l'espèce la SOCIETE4.), en attendant le règlement de la contestation, il n'en reste pas moins que cette mesure est actuellement incompatible avec le régime du sursis de paiement mis en place par jugement du 9 octobre 2008, alors qu'elle permettrait d'individualiser et d'isoler la créance réclamée en la faisant sortir de l'actif protégé de la masse des créanciers.

Il s'ensuit que la demande en nomination d'un séquestre est à déclarer irrecevable sur l'ensemble des bases invoquées.

PAR CES MOTIFS

Nous Pascale DUMONG, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons la demande en la pure forme,

Nous déclarons compétent pour en connaître,

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

déclarons la demande irrecevable,

laissons les frais de l'instance à charge de la société de droit irlandais SOCIETE1.) LTD et de la société de droit irlandais SOCIETE2.) LTD.