

N° 157 / 2021
du 16.12.2021
Numéro CAS-2020-00133 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, seize décembre deux mille vingt-et-un.

Composition:

Roger LINDEN, président de la Cour,
Serge THILL, conseiller à la Cour de cassation,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation,
Michèle HORNICK, conseiller à la Cour d'appel,
Nadine WALCH, conseiller à la Cour d'appel,
Simone FLAMMANG, premier avocat général,
Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre:

1) Dr K), avocat, pris en sa qualité d'*Insolvenzverwalter* de la société anonyme G) inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B186314, ayant son domicile professionnel à D-,

2) la société anonyme G), représentée par l'*Insolvenzverwalter* Dr K),

demandeurs en cassation,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour,

et:

1) la société à responsabilité limitée GB),

2) la société à responsabilité limitée M) IV,

défenderesses en cassation,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Pascal SASSEL, avocat à la Cour,

3) Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, pris en sa qualité de séquestre, désigné par ordonnance présidentielle du 26 novembre 2019, rétractée par l'ordonnance 2020TALREFO/00217 du 5 juin 2020, rétractation confirmée par arrêt de la Cour d'appel numéro 114/20-VII-REF du 22 juillet 2020, établi à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt,

4) la société à responsabilité limitée S) II,

5) la société A) ICVC, représentée par le représentant légal, agissant au nom et pour le compte de son compartiment « A) Investors Higher Income Plus Fund »,

6) la société NN (L) SICAV, agissant au nom et pour le compte de ses compartiments « NN (L) European High Yield », « NN (L) Glogal High Yield » et « NN (L) US High Yield »,

7) la société à responsabilité limitée de droit allemand X) GmbH, représentée par le représentant légal et agissant en sa qualité de gestionnaire du « Sondervermögen de droit allemand L1-...-Absolute Return »

8) la société anonyme de droit français F),

défendeurs en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 114/20-VII-REF, rendu le 22 juillet 2020 sous le numéro CAL-2020-00511 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 7 octobre 2020 par le Dr K) et la société anonyme G) à la société à responsabilité limitée GB), à la société à responsabilité limitée M) IV (ci-après « *la société M* »), à Maître Alain RUKAVINA, à la société à responsabilité limitée S) II, à la société A) ICVC, à la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois NN (L) SICAV, à la société X) GmbH et à la société anonyme F), déposé le 9 octobre 2020 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 4 décembre 2020 par les sociétés GB) et M) au Dr K), à la société G), à Maître Alain RUKAVINA, à la société S) II, à la société A) ICVC, à la société NN (L) SICAV, à la société X) et à la société F), déposé le 7 décembre 2020 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, la société G) avait consenti à certains de ses créanciers dans le cadre d'une émission d'obligations un gage sur les parts sociales de la société

GB) qu'elle détenait en intégralité. Suite à la réalisation du gage par les créanciers gagistes, la société M) avait acquis ces parts sociales dans le cadre d'une vente de gré à gré.

Par ordonnance du 26 novembre 2019, un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi d'une requête sur base de l'article 66 du Nouveau Code de procédure civile par le Dr K) et la société G), avait nommé un séquestre chargé de recevoir, conserver et administrer la totalité des parts émises par la société GB), chargé celui-ci de prendre possession et de conserver le registre des parts sociales, d'exercer les droits de vote rattachés aux actions et de préserver les droits de la société G). Il avait, en outre, ordonné la suspension de toute assemblée générale visant à décider de la dissolution de la société GB).

Le Dr K) et la société G) avaient, par acte d'huissier de justice subséquent du 24 décembre 2019, assigné les sociétés GB) et M) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de voir prononcer l'annulation de la réalisation du gage.

Par ordonnance du 5 juin 2020, le magistrat siégeant en matière de référé en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par les sociétés M) et GB), avait rétracté l'ordonnance du 26 novembre 2019.

La Cour d'appel a confirmé cette ordonnance et a déclaré recevables et fondées les interventions volontaires des sociétés S) II, A) ICVC, NN (L) SICAV, X) et F).

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 20(4) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, telle que modifiée

En ce que l'arrêt attaqué, confirmant l'ordonnance de première instance du 5 juin 2020, a ordonné la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2019, et, partant, a rétracté (i) la mesure de séquestre qui avait été ordonnée le 26 novembre 2019 portant sur l'intégralité des actions de GB) actuellement détenues par M) IV, et a donc déchargé le séquestre de la mission qui lui avait été confiée et (ii) la suspension de toute assemblée générale de GB) visant à décider de sa dissolution

Aux motifs que

<< l'intention des rédacteurs du projet de loi était d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation >>,

Que << c'est cependant à juste titre que le juge des référés a examiné l'opportunité de la mesure sollicitée par rapport à son caractère conservatoire et par rapport à l'article 20 (4) de la loi du 16 août 2005 sur les garanties financières qui dispose qu'"à 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 1^{er} 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" >>,

Et que << certes, l'article en question n'interdit pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes. Mais ce juge ne saurait toutefois prendre des mesures (...) qui 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 même loi (cf Cour d'appel référé 3 novembre 2010) >>,

Et enfin que << si les garanties financières données peuvent faire l'objet d'un contrôle a posteriori par l'engagement de la responsabilité des entités ayant procédé à l'exécution du gage, il n'y a pas lieu de remettre en cause en référé la réalisation des garanties financières en édictant des mesures de suspension d'effet >> (page 14 de l'arrêt attaqué),

Alors que

l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005 sur les garanties financières (la << Loi de 2005 >>) n'interdit pas au juge des référés de prononcer des mesures conservatoires visant à préserver, en cas de fraude ou d'abus constatés dans l'élément déclencheur de la réalisation de la sûreté, les droits du constituant du gage. ».

Réponse de la Cour

Vu l'article 20, paragraphe 4, de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière qui dispose :

« 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 1^{er} 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, aux contrats de compensation et aux renonciations visées par les articles 2 (5) et 2 (6), 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.

Les mêmes règles valent en cas de décès ou d'incapacité du constituant de la garantie financière, du débiteur des obligations financières couvertes ou d'une partie à un contrat de compensation ».

Les « saisies et mesures visées au point b) de l'article 19 » sont, aux termes dudit texte, « toute saisie civile, pénale ou judiciaire ou confiscation pénale ainsi que toute cession ou autre aliénation alléguée des droits concernés ou concernant lesdits droits ».

L'article 20, paragraphe 4, de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ne s'oppose pas à ce qu'en cas d'allégation de fraude ou d'abus de droit dans l'élément déclencheur de la réalisation de la sûreté, le président du tribunal d'arrondissement, saisi par requête unilatérale ou siégeant en matière de référé, prononce une mesure conservatoire visant à préserver les droits du constituant du gage.

En statuant comme ils l'ont fait, les juges d'appel ont violé la disposition visée au moyen.

Il s'ensuit que l'arrêt encourt la cassation.

PAR CES MOTIFS,

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens de cassation,

la Cour de cassation :

casse et annule l'arrêt attaqué, numéro 114/20-VII-REF, rendu le 22 juillet 2020 sous le numéro CAL-2020-00511 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, autrement composée ;

condamne la société à responsabilité limitée GB) et la société à responsabilité limitée M) IV aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt soit transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt soit consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Roger LINDEN en présence du premier avocat général Simone FLAMMANG et du greffier Daniel SCHROEDER.

**Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation**

**Dr K) en sa qualité d'*Insolvenzverwalter* de la société G) S.A. et
la société anonyme G) S.A**

contre

**la société à responsabilité limitée GB) s.à r.l.,
la société à responsabilité limitée M) IV s.à r.l., et
Maître Alain RUKAVINA en sa qualité de séquestre désigné par
ordonnance du 26 novembre 2019 (rétractée par la suite)**

en présence de :

**la société à responsabilité limitée S) II s.à r.l.,
la société de droit anglais A) INVESTORS INVESTMENT
FUNDS ICVC,
la société d'investissement à capital variable NN (L) SICAV,
la société de droit allemand X) GmbH, et
la société de droit français F) S.A.**

Le pourvoi en cassation, introduit par Dr K) et la société anonyme G) S.A. par un mémoire en cassation signifié le 7 octobre 2020 aux parties défenderesses en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 9 octobre 2020, est dirigé contre un arrêt n° 114/20 rendu par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement, en date du 22 juillet 2020 (n° CAL-2020-00511 du rôle). Cet arrêt ne semble pas avoir été signifié aux demandeurs en cassation.

Le pourvoi en cassation a dès lors été interjeté dans les forme et délai prévus aux articles 7 et 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Les parties défenderesses ont signifié un mémoire en réponse le 4 décembre 2020 et elles l'ont déposé au greffe de la Cour le 7 décembre 2020.

Ayant été signifié et déposé au greffe de la Cour dans le délai de deux mois à compter du jour de la signification du mémoire en cassation, conformément aux articles 15 et 16 de la loi précitée du 18 février 1885, ce mémoire est à considérer.

Sur les faits et antécédents :

Suite à la réalisation d'un gage portant sur les actions de la société à responsabilité limitée GB) s.à r.l., la société à responsabilité limitée M) IV s.à r.l. a acquis dans le cadre d'une vente de gré à gré 100 % des actions de la société à responsabilité limitée GB) s.à r.l., auaparavant détenues par la société anonyme G) S.A. et ayant fait l'objet du gage.

Par requête unilatérale déposée au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 22 novembre 2019, Dr K), en sa qualité d'*Insolvenzverwalter* de la société anonyme G) S.A., et la société anonyme G) S.A. ont demandé sur base de l'article 66 du Nouveau code de procédure civile la nomination d'un séquestre pour y placer 100 % des actions émises par la société à responsabilité limitée GB) s.à r.l., ainsi que la suspension de la tenue de toute assemblée générale décidant de la dissolution avec ou sans liquidation de la société GB) s.à r.l. jusqu'à l'intervention d'une décision définitive dans la procédure en annulation de gage à introduire par les requérants dans le mois de l'ordonnance à intervenir.

Par ordonnance rendue en date du 26 novembre 2019, le magistrat siégeant en remplacement du président du tribunal d'arrondissement a fait droit à la requête et a nommé séquestre Maître Alain RUKAVINA avec la mission de recevoir, conserver et administrer 100 % des actions de la société à responsabilité limitée GB) s.à r.l., de prendre possession du registre des parts sociales et de le conserver, ainsi que d'exercer les droits de vote rattachés aux actions et de préserver les droits de la société anonyme G) S.A. De même, la suspension de toute assemblée générale de la société à responsabilité limitée GB) s.à r.l. visant à décider de sa dissolution, a été ordonnée.

En date du 24 décembre 2019, Dr K) et la société anonyme G) S.A. ont fait signifier une assignation au fond devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale visant à voir déclarer nulle la réalisation du gage portant sur les actions de la société à responsabilité limitée GB) s.à r.l. en raison d'une fraude, sinon d'un abus de droit dans l'élément déclencheur de la réalisation du gage. Ils ont demandé la restitution des actions gagées.

Par assignation en rétractation du 13 février 2020, la société à responsabilité limitée M) IV s.à r.l. et la société à responsabilité limitée GB) s.à r.l. ont demandé la rétractation de la mesure de séquestre ordonnée par ordonnance du 26 novembre 2019.

En date du 5 juin 2020, une ordonnance rendue par un magistrat siégeant en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en la forme des référés, a ordonné la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2019 et a déchargé Maître Alain RUKAVINA de la mission de séquestre lui confiée.¹

¹ Cette ordonnance a encore déclaré irrecevables plusieurs interventions volontaires et a statué sur les frais et les indemnités de procédure demandées

Les parties demanderesses en cassation ont relevé appel de cette ordonnance par exploit d'huissier du 26 juin 2020, après avoir été autorisées à assigner en référé extraordinaire pour l'audience du 7 juillet 2020.

En date du 22 juillet 2020, la Cour d'appel a rendu un arrêt déclarant l'appel principal non fondé.² Les appelants ont été condamnés à payer une indemnité de procédure de 2.000 € à chacune des sociétés intimées, ainsi que les frais de l'instance d'appel. Ils ont été déboutés de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

Sur le premier moyen de cassation:

Le premier moyen est tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 20(4) de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après « la loi du 5 août 2005 »).

Ledit article 20(4) dispose :

« 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 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.

Les mêmes règles valent en cas de décès ou d'incapacité du constituant de la garantie financière, du débiteur des obligations financières couvertes ou d'une partie à un contrat de compensation. »

Le premier moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir retenu que l'intention des rédacteurs du projet de loi était d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation, et que c'était à juste titre que le juge de première instance avait examiné l'opportunité de la mesure de séquestre sollicitée par rapport à son caractère conservatoire et par rapport à l'article 20(4) précité.

Ce serait à tort que la Cour d'appel aurait décidé que cette disposition lui interdirait de prendre des mesures rendant 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 toutes sortes de mesures

² L'appel incident des intervenants volontaires a été déclaré recevable et fondé, de sorte que leur intervention volontaire a été déclarée recevable. Ce volet ne fait pas l'objet du présent pourvoi. L'ordonnance entreprise a été confirmée pour le surplus.

coercitives prévues à l'article 19(b) de la même loi. Ce serait également à tort qu'elle aurait refusé d'ordonner une mesure « de suspension d'effet » en renvoyant à la possibilité d'un contrôle a posteriori par l'engagement de la responsabilité des entités ayant procédé à l'exécution du gage.

Les demandeurs en cassation font valoir que l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005 sur les garanties financières n'interdirait pas au juge des référés de prononcer des mesures conservatoires visant à préserver les droits du constituant du gage en cas de fraude ou d'abus constatés dans l'élément déclencheur de la réalisation de la sûreté.

Dans le développement du moyen, ils soulèvent plus particulièrement que l'article 20(4) de loi du 5 août 2005 n'aurait pas évincé les articles 932 et 933 du Nouveau code de procédure civile, mais aurait au contraire maintenu leur application en ne faisant pas figurer ces deux dispositions dans la liste des dispositions légales que l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005 rend inapplicables.

Cette argumentation procède d'une lecture erronée de l'arrêt dont pourvoi. La Cour d'appel n'a pas statué en matière de référé ordinaire sur base des articles 932 et 933 du Nouveau code de procédure civile, mais elle a statué sur une demande de rétractation d'une ordonnance présidentielle prise sur base de l'article 66 du Nouveau code de procédure civile en la forme des référés.

L'article 66 du Nouveau Code de procédure civile dispose que :

« Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief ».

Sur base de cette disposition, et par exception au principe de contradiction, une ordonnance sur requête unilatérale est susceptible d'être ordonnée dans deux cas de figure, à savoir, soit lorsque la loi le permet, soit lorsque la nécessité commande d'ordonner la mesure à l'insu d'une partie.

Le régime juridique de l'action en rétractation de l'ordonnance présidentielle se différencie de celui des procédures de référé proprement dites. En effet, ce mode de contestation ne constitue pas à proprement parler un recours, en ce sens qu'il ne s'agit pas de juger une nouvelle fois l'affaire, mais d'instaurer le contentieux et la discussion contradictoire qui, par hypothèse, n'a pu avoir lieu auparavant.³

³ Jurisclasseur Procédure civile, fasc. 480, n° 55

Dès lors, il s'agit d'un référé autonome, et la compétence et les pouvoirs du juge appelé à statuer ne sont pas conditionnés par les limites traditionnelles du référé que sont l'urgence⁴ et l'absence de contestation sérieuse.⁵

En instance d'appel, les demandeurs en cassation ont invoqué la nécessité de créer un effet de surprise afin d'éviter que la société à responsabilité limitée GB) ne soit dissoute en attendant une décision définitive sur leur demande en restitution des actions gagées.

L'arrêt attaqué s'est dès lors à juste titre référé au critère légal de la nécessité qui doit commander l'octroi de la mesure sollicitée et a retenu que, s'agissant d'une dérogation substantielle au principe fondamental du contradictoire, la notion de nécessité devait être interprétée restrictivement.⁶

Il ne fait pas de doute que la jurisprudence luxembourgeoise considère que les gages (tout comme les nantissements) tombent dans le champ d'application de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière⁷.

Cette loi a transposé au Luxembourg la directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.

La directive transposée visait essentiellement à renforcer la sécurité juridique des contrats de garantie financière en prévoyant des procédures simples de constitution et d'exécution des sûretés et en soustrayant ces contrats aux incertitudes générées par la législation sur les procédures d'insolvabilité. Le législateur luxembourgeois est allé au-delà du régime minimum requis par la Directive et a « réaffirmé avec force l'objectif de renforcement du régime juridique des contrats de garantie financière et de leur sécurité juridique, celle-ci étant un élément indispensable au développement d'une place financière internationale. »

Il ressort notamment des travaux parlementaires que le Gouvernement a considéré comme loi de police l'article 20(4) de la loi, qui prévoit qu' « à 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 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 ».⁸

⁴ Cass. n°08/2018 du 25.01.2018, n°3906 du registre (4^e moyen) : « l'urgence, qui ne constitue pas en tant que telle une condition d'application requise par l'article 66 du Nouveau code de procédure civile... »

⁵ Thierry Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2^e éd., n°1505

⁶ Pages 10 et 11 de l'arrêt du 22 juillet 2020

⁷ TAL 10 juillet 2013, 15^e, rôles n°120206, 121127 et 122468 ; TAL 12 juillet 2017, 15^e, n° du rôle 170744

⁸ doc. parl., n°5251, p. 20

La jurisprudence luxembourgeoise a encore considéré qu'il découle clairement des travaux parlementaires que l'intention des rédacteurs du projet de loi a été d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et manœuvres, pour ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation :

« Au vu de cette intention affichée du législateur, ensemble avec l'objectif d'un renforcement de la sécurité juridique exigeant que les interventions judiciaires soient cantonnées à une juste mesure (cf. D. Boone et D. Maria, Renforcer la sécurité juridique de la réalisation des garanties financières : l'appel à la loi, ACE, n° 9, nov. 2010, page 20), s'impose le constat général que le contrôle judiciaire doit être essentiellement limité à un contrôle a posteriori (cf. F.G. De Liedekerke, Les garanties financières en droit luxembourgeois : un gage de solidité en des temps incertains, Droit Bancaire et Financier au Luxembourg – 2014, Vol 3, p. 1259), sans préjudice des mesures urgentes pouvant le cas échéant être prises par le juge des référés, auquel cas l'intervention de ce dernier peut ne pas se justifier après la mise en balance des intérêts respectifs (Cour, 3 novembre 2010, Pas. 35, p.528).

Ce constat général est également confirmé par diverses dispositions de la Directive, tel son article 4 (4) b) interdisant que la réalisation des garanties financières soit soumise à un régime d'autorisation judiciaire préalable et son considérant 17 confirmant la possibilité pour les États membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle a posteriori en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes.

Au vu de ces principes, il paraît que les contrats de garantie financière régis par la Loi de 2005, leurs modalités d'évaluation et d'exécution, ne sont, en principe, pas annulables, mais peuvent engager la responsabilité civile en cas de concert frauduleux entre parties. »

Il a ainsi été décidé que l'annulation d'un contrat de garantie financière pour « fraude manifeste ou abus » constitue une « brèche exceptionnelle » au principe dégagé par la jurisprudence selon laquelle les contrats de garantie financière ne peuvent être remis en cause quant à leur validité ou celle de leur évaluation ou exécution convenues.⁹

L'arrêt attaqué s'est basé sur cette jurisprudence et sur la doctrine pour souligner quelle était l'intention du législateur :

« Lors du dépôt de la loi, le Gouvernement a clairement marqué son intention de donner à cet article le caractère d'une loi de police et le texte a l'ambition de mettre les contrats de prises de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause

⁹ Jugements TAL 15^e précités

et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité (voir l'exposé des motifs TP 5251 p. 20 sous article 20).

Certes, l'article en question n'interdit pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes. Mais ce juge ne saurait toutefois prendre des mesures (...) qui 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 même loi (cf Cour d'appel référé 3 novembre 2010).

La doctrine avait souligné à l'instar de la jurisprudence précitée, que l'intention des rédacteurs du projet de loi était d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation (cf P. SCHLEIMER réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires).

Les décisions citées par les appelantes, qui ont toutes été rendues par des juridictions de fond, s'inscrivent dans le cadre d'un contrôle a posteriori de la réalisation du gage.

La Cour ne saurait suivre le raisonnement des appelants consistant à dire que l'existence d'un contrôle a posteriori impliquerait que le juge des référés serait compétent dans le cadre d'un contrôle a priori pour prendre des mesures paralysant les effets d'une exécution de gage déjà réalisée.

En effet si l'exécution de contrats de garantie financière ne peut être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause par des mesures qui affectent les opérations déjà exécutées. »

Il ressort de cette motivation que la Cour d'appel n'a pas retenu que l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005 lui interdisait de prendre des mesures urgentes, mais elle a décidé que la mesure sollicitée n'était pas compatible avec l'objectif de la loi du 5 août 2005, et que c'était partant à juste titre que le premier juge avait décidé qu'elle n'était pas opportune par rapport à son caractère conservatoire et par rapport à l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005.

Votre Cour a décidé dans le cadre d'un pourvoi dirigé contre un arrêt rendu en matière d'appel de référé qu'il relevait du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si les conditions d'une mise sous séquestre étaient remplies :

« Attendu qu'il ressort de l'énoncé des trois moyens de cassation que les juges du fond, qui disposent à cet égard d'un pouvoir d'appréciation souverain, ont à suffisance décrit les faits leur ayant permis de retenir que les conditions d'une mise sous séquestre, respectivement de la désignation d'un administrateur provisoire, par le juge des référés étaient remplies, sans s'exposer aux reproches, ni d'une violation

des dispositions légales invoquées aux moyens, ni d'un défaut de base légale par rapport à ces dispositions ;

Qu'il en ressort encore que les mesures provisoires n'ont pas été ordonnées pour une durée illimitée, mais l'ont été en attendant de voir toiser définitivement au fond la question de la propriété des actions litigieuses, ou en attendant un accord à intervenir entre parties, les juges d'appel ayant déduit, en usant de leur pouvoir d'appréciation souverain, de la procédure au fond pendante entre parties et des circonstances exposées dans les motifs de l'arrêt reproduits aux moyens, l'existence d'un litige quant à la propriété de l'intégralité des actions en question ;

Que les moyens ne sont dès lors pas fondés. »¹⁰

Sous le couvert d'une violation de l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, les demandeurs en cassation tentent de remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond quant à la nécessité d'ordonner la mesure sollicitée à l'insu des parties adverses.

Le moyen ne saurait être accueilli, sinon n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation :

Le deuxième moyen de cassation est tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'adage « *fraus omnia corrumpit* ».

L'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation exige que chaque moyen ou chaque branche précise, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué.

Les demandeurs en cassation invoquent la violation de l'adage « *fraus omnia corrumpit* ». Or, conformément à la jurisprudence de votre Cour, un principe général du droit ne donne ouverture à cassation que s'il trouve son expression dans un texte de loi ou s'il est consacré par une juridiction supranationale.¹¹

Le moyen n'indique pas de texte de loi exprimant le principe invoqué ni de jurisprudence d'une juridiction supranationale consacrant ce principe.

Le deuxième moyen est partant irrecevable.

Sur le troisième moyen de cassation :

¹⁰ Cass n° 84/15 du 19 novembre 2015, n° 3538 du registre

¹¹ p.ex. Cass. n°27/2019 du 14 février 2019, n° 4022 du registre concernant l'adage « *fraus omnia corrumpit* »

Le troisième moyen de cassation est tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 6-1 du Code civil, qui dispose :

« Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus. »

Les demandeurs en cassation font grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé l'ordonnance de première instance du 5 juin 2020 ordonnant la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2019, *« alors que les parties demanderesses en cassation ayant fait valoir des éléments démontrant l'existence d'une fraude sinon d'un abus de droit dans le cadre de l'exercice de l'exécution du gage sur les actions de GB), les dispositions de la Loi de 2005 ne pouvaient être invoquées par la Cour d'appel pour se déclarer incompétente pour prendre les mesures sollicitées. »*

Ce grief procède d'une lecture erronée de l'arrêt entrepris, dans la mesure où la Cour d'appel ne s'est pas déclarée incompétente pour prendre les mesures sollicitées, mais elle a confirmé l'ordonnance entreprise en approuvant son appréciation quant à l'opportunité de la mesure sollicitée par rapport à son caractère conservatoire et par rapport à l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005.

Le moyen manque en fait.

Subsidiairement :

Sous le couvert d'une violation de l'article 6-1 du Code civil, les demandeurs en cassation tentent de remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond quant à la nécessité d'ordonner la mesure sollicitée à l'insu des parties adverses.

Le moyen ne saurait être accueilli, sinon n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation :

Le quatrième moyen de cassation est tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le moyen fait grief à l'arrêt entrepris d'avoir privé les demandeurs en cassation de leur droit à un recours effectif, ainsi que de leur droit à l'exécution des décisions de justice.

L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantit au justiciable un droit d'accès à un tribunal, le droit de voir sa cause entendue et d'obtenir une décision motivée, mais il ne garantit pas au justiciable le droit de voir ordonner par ce tribunal toute mesure sollicitée.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a statué sur le recours des demandeurs en cassation par une décision motivée. Si les demandeurs en cassation n'acceptent pas la

décision intervenue, cela n'implique pas pour autant que leur droit d'accès à un tribunal aurait été violé.

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme cités dans le mémoire en cassation ont trait au non-respect par un gouvernement d'une décision exécutoire par provision¹², respectivement à l'inexécution d'une décision définitive.¹³ Par contre, les demandeurs en cassation ne disposent ni d'une décision définitive ni d'une décision exécutoire par provision. La prétendue impossibilité de pouvoir faire exécuter la décision à intervenir dans l'affaire pendante au fond, n'est pas autrement étayée. En cas de vente des actions de la société à responsabilité limitée GB), suivie de la liquidation de ladite société, une restitution des actions gagées sera certes impossible, mais la responsabilité des bénéficiaires de la garantie financière reste intacte. L'objectif du législateur de 2005 était d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous les incidents afin de renforcer le régime juridique des contrats de garantie financière et leur sécurité juridique, considérés comme indispensables au développement d'une place financière internationale. A cette fin, il a privilégié le contrôle *a posteriori* intervenant après la réalisation de la garantie et a renvoyé à la responsabilité civile des bénéficiaires.

Votre Cour a décidé « que le droit conféré par l'article 11, alinéa 1, de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financière 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. »¹⁴

Cela ne veut pas dire pour autant que la restitution des avoirs gagés soit de droit. L'exécution par équivalent constitue un mode d'exécution d'une décision de justice au même titre que l'exécution par nature.

Au cas où la responsabilité des bénéficiaires de la garantie était retenue par la juridiction appelée à statuer sur l'affaire au fond et que l'exécution en nature s'avérerait impossible, cette juridiction pourra prononcer une condamnation à des dommages-intérêts susceptible d'être exécutée.

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le cinquième moyen de cassation :

Le cinquième moyen de cassation est tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 66 du Nouveau code de procédure civile.

Les demandeurs en cassation font valoir que la juridiction appelée à statuer sur une demande de rétractation d'une ordonnance rendue sur base de l'article 66 du Nouveau

¹² Arrêt CEDH du 11 janvier 2018 dans l'affaire *Sharkxi et autres c. Albanie*, req. n° 10613/16

¹³ Arrêt CEDH du 7 mai 2002 dans l'affaire *Bourdov c. Russie*, req. n° 59498/00

¹⁴ Cass. N°27/2019 du 14.02.2019, n° 4022 du registre (5ème moyen, troisième branche)

code de procédure civile siège « comme en matière de référé », et non pas comme juge des référés.

Le moyen est dirigé contre les dispositions suivantes figurant à la page 14 de l'arrêt attaqué :

« Si les garanties financières données peuvent faire l'objet d'un contrôle a posteriori par l'engagement de la responsabilité des entités ayant procédé à l'exécution du gage, il n'y a pas lieu de remettre en cause en référé la réalisation des garanties financières en édictant des mesures de suspension d'effet. »

et

« la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement, ... ».

Tel que nous l'avons exposé dans le cadre du premier moyen, la procédure prévue à l'article 66 du Nouveau code de procédure civile constitue un référé autonome, et la compétence et les pouvoirs du juge appelé à statuer ne sont pas conditionnés par les limites traditionnelles du référé que sont l'urgence et l'absence de contestation sérieuse.

Le moyen ne précise pas en quoi l'arrêt entrepris aurait violé l'article 66 du Nouveau code de procédure civile, si ce n'est que la terminologie employée (« en référé ») peut sembler ambiguë ou prêter à confusion.

Le moyen n'indique pas que la Cour d'appel aurait exercé une compétence ou usé de pouvoirs qui n'auraient pas été les siens dans le cadre de la procédure prévue à l'article 66 du Nouveau code de procédure civile. Il n'est dès lors pas établi que la terminologie utilisée dans les deux dispositions attaquées aurait eu une quelconque incidence sur la solution du litige.

Le moyen est inopérant.

Sur le sixième moyen de cassation :

Le sixième moyen de cassation est tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 1961, point 2°, du Code civil, qui dispose que « la justice peut ordonner le séquestre : ... 2° d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes. »

Le moyen fait grief à l'arrêt dont pourvoi de pas avoir appliqué l'article 1961 du Code civil, qui serait le régime juridique préétabli en matière de nomination d'un séquestre.

Aux termes de l'article 1961 du code civil, les tribunaux et le juge des référés, en cas d'urgence, peuvent ordonner le séquestre d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes.

L'article 66 du Nouveau code de procédure civile constitue la disposition légale spécifique permettant au président du tribunal d'ordonner pareille mesure par voie d'ordonnance sur requête, lorsque la nécessité commande d'ordonner la mesure à l'insu d'une partie. Il appartient partant à aux parties requérantes d'établir que la «nécessité» commandait une telle mesure.

Sous le couvert de la violation de l'article 1961 du Code civil, les demandeurs en cassation tentent de remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond quant à la nécessité d'ordonner la mesure sollicitée à l'insu des parties adverses.

Le moyen ne saurait être accueilli.

Subsidiairement :

Il ne ressort ni de l'exposé ni de la discussion du moyen, en quoi l'application de l'article 1961 du Code civil aurait dû avoir une incidence sur le dispositif de l'arrêt entrepris.

Le moyen est inopérant.

Sur les septième et huitième moyens de cassation (subsidiaires par rapport aux cinquième et sixième moyens de cassation) :

Le septième moyen de cassation est tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation des articles 932 et 933 du Nouveau code de procédure civile, tandis que le huitième moyen est tiré de la violation de ces mêmes articles par défaut de base légale.

L'arrêt entrepris a statué sur un appel contre une ordonnance présidentielle décidant la rétractation de l'ordonnance unilatérale du 26 novembre 2019 prise sur base de l'article 66 du Nouveau code de procédure civile. La Cour d'appel a partant également statué sur base de cette même disposition en la forme des référés, et non pas sur base des articles 932 et 933 du Nouveau code de procédure civile.

Les deux moyens visent dès lors des dispositions étrangères au litige et sont irrecevables.

Sur le neuvième moyen de cassation:

Le neuvième moyen de cassation est tiré de la violation, du refus d'application, sinon de la fausse interprétation de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile.

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué un défaut de réponse à conclusions. La Cour d'appel aurait omis de répondre au moyen développé en appel par les demandeurs en cassation, selon lequel les mesures ordonnées par l'ordonnance présidentielle du 26 novembre 2019 ne violaient pas les dispositions de la loi du 5 août 2005 en raison de l'existence de la fraude ou de l'abus de droit dans l'élément déclencheur de la réalisation du gage.

Conformément à la jurisprudence constante de Votre Cour, le moyen tiré de la violation de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile est un vice de forme qui sanctionne le défaut de motivation sur un point déterminé.

Le jugement est régulier en la forme dès qu'il comporte un motif exprès ou implicite, si incomplet ou si vicieux soit-il sur le point considéré. Il suffit dès lors de constater qu'une décision est motivée sur le point concerné pour écarter le moyen tiré de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile. En répondant aux conclusions des parties, les juges du fond ne sont pas non plus tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation.¹⁵

Par rapport à la fraude et à l'abus de droit invoqués par les actuels demandeurs en cassation à l'appui des mesures sollicitées, l'arrêt dont pourvoi a clairement décidé que seul un contrôle *a posteriori* est possible et qu'il ne saurait être question d'interrompre l'exécution des contrats de garantie de garantie financière ou de paralyser les effets d'une exécution de gage par des mesures qui affectent les opérations déjà exécutées :

« C'est cependant à juste titre que le juge des référés a examiné l'opportunité de la mesure sollicitée par rapport à son caractère conservatoire et par rapport à l'article 20 (4) de la loi du 16 août 2005 sur les garanties financières qui dispose qu' « à 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 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 ».

Lors du dépôt de la loi, le Gouvernement a clairement marqué son intention de donner à cet article le caractère d'une loi de police et le texte a l'ambition de mettre les contrats de prises 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 sécurité (voir l'exposé des motifs TP 5251 p. 20 sous article 20).

Certes, l'article en question n'interdit pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes. Mais ce juge ne saurait toutefois prendre des mesures (...) qui 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

¹⁵ J. et L. Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, 5e éd. 2015/2016, n°77.204

de ces contrats se poursuit, nonobstant d'ailleurs toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la même loi (cf Cour d'appel référé 3 novembre 2010).

La doctrine avait souligné à l'instar de la jurisprudence précitée, que l'intention des rédacteurs du projet de loi était d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation (cf P. SCHLEIMER réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires).

Les décisions citées par les appelantes, qui ont toutes été rendues par des juridictions de fond, s'inscrivent dans le cadre d'un contrôle a posteriori de la réalisation du gage.

La Cour ne saurait suivre le raisonnement des appelants consistant à dire que l'existence d'un contrôle a posteriori impliquerait que le juge des référés serait compétent dans le cadre d'un contrôle a priori pour prendre des mesures paralysant les effets d'une exécution de gage déjà réalisée.

En effet si l'exécution de contrats de garantie financière ne peut être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause par des mesures qui affectent les opérations déjà exécutées. »

L'arrêt attaqué a partant répondu à la conclusion en question.

Le moyen n'est pas fondé.

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais non fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,
Le premier avocat général

Marie-Jeanne Kappweiler