

## **Jugement commercial XV N° 897/2017**

Audience publique du mercredi, douze juillet deux mille dix-sept

### **Numéro 170744 du rôle**

Composition :

Gilles HERRMANN, Vice-président ;  
Katia FABECK, 1<sup>er</sup> juge ;  
Steve KOENIG, juge  
Alfred TREINEN, greffier.

### **Entre :**

la société en commandite par actions **FCI** établie et ayant son siège social à L-xxxx Luxembourg, représentée par son associé commandité, inscrite au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro BXXXXXX,

élisant domicile en l'étude de la société en commandite simple BSP, société d'avocats, établie et ayant son siège social à L-xxxx Howald, 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 BSP SARL, immatriculée au Registre de Commerce et des sociétés sous le numéro BXXXXXX, représentée aux fins de la présente par Maître F.T., avocat à la Cour,

**demanderesse**, aux termes de l'acte de l'huissier de justice P.B. de Luxembourg, en date du 28 mai 2015,

comparant par la société en commandite simple BSP, société d'avocats, préqualifiée, représentée par Maître F.T., avocat à la Cour,

### **et :**

- 1) la société de droit anglais **ICG PLC**, établie et ayant son siège social à Londres, représentée par son organe de gestion actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce d'Angleterre et du Pays de Galle sous le numéro XXXXXXX,
- 2) la société par actions simplifiées de droit français **ICG SAS**, établie et ayant son siège social à F-xxxxx Paris, représentée par son président actuellement en fonctions, en sa qualité de représentant de la Masse des Obligataires Senior Financière CP et représentant la Masse des Obligataires Senior Financière C, immatriculée au registre de Commerce et des sociétés de Paris sous le numéro XXX.XXX.XXX,

- 3) la société à responsabilité limitée **A SARL**, établie et ayant son siège social à L-xxxx Luxembourg, représentée par sa gérante unique actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg, sous le numéro BXXXXXX,
- 4) la société de droit anglais **I08. LTD**, établie et ayant son siège social à Londres (Royaume-Uni), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce d'Angleterre et du Pays de Galle sous le numéro XXXXXXX, agissant en tant que représentant du fonds de droit anglais I08,
- 5) la société de droit anglais **I06. LTD**, établie et ayant son siège social à Londres (Royaume-Uni), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce d'Angleterre et du Pays de Galle sous le numéro XXXXXXX, agissant en tant que représentant du fonds de droit anglais I06,
- 6) la société de droit anglais **IF II PLC**, établie et ayant son siège social à Londres (Royaume-Uni), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce d'Angleterre et du Pays de Galle sous le numéro XXXXXXX,
- 7) la société de droit irlandais **E V PLC**, établie et ayant son siège social à Dublin (Irlande), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce d'Irlande sous le numéro XXXXXX,
- 8) la société de droit irlandais **E VI PLC**, établie et ayant son siège social à Dublin (Irlande), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce d'Irlande sous le numéro XXXXXX,
- 9) la société de droit irlandais **E VII PLC**, établie et ayant son siège social à Dublin (Irlande), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce d'Irlande sous le numéro XXXXXX,
- 10) la société de droit irlandais **E VIII LTD**, établie et ayant son siège social à Dublin (Irlande), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce d'Irlande sous le numéro XXXXXX,
- 11) la société de droit irlandais **ILF LTD**, établie et ayant son siège social à Dublin (Irlande), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce sous le numéro XXXXXX,

12) la société de droit irlandais **SP III LTD**, établie et ayant son siège social à Dublin (Irlande), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions et immatriculée au Registre de Commerce d'Irlande sous le numéro XXXXXX,

13) la société de droit français **O**, société civile, établie et ayant son siège social à F-XXXXX Nogent sur Marne (France), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Créteil sous le numéro XXX XXX XXX RCS Créteil,

**défenderesse**, aux fins du prédit acte P.B.,

comparant par la société anonyme AM SA, société d'avocats, établie et ayant son siège social à L-xxxx Luxembourg, inscrite à 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 BXXXXXX, représentée aux fins de la présente par Maître F.K., avocat à la Cour, remplacé par Maître P.D., avocat à la Cour, tous les trois demeurant à Luxembourg,

14) la société à responsabilité limitée **AD SARL**, établie et ayant son siège social à L-xxxx Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro BXXXXXX,

**défenderesse**, aux fins du prédit acte P.B.,

comparant par Maître C.W., avocat à la Cour, en remplacement de Maître N.T., avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Luxembourg

15) la société à responsabilité **CTPI SARL**, établie et ayant son siège social à L-xxxx Luxembourg, représentée par son gérant unique actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro BXXXXXX, et pour autant que de besoin en son nouveau siège social contesté à L-xxxx Luxembourg,

**défenderesse**, aux fins du prédit acte P.B.,

comparant par Maître C.G., avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, et comparant par la société anonyme AM SA, société d'avocats, établie et ayant son siège social à L-xxxx Luxembourg, inscrite à 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 BXXXXXX, représentée aux fins de la présente par Maître P.D., avocat à la Cour, tous les trois demeurant à Luxembourg,

16) Le groupement d'intérêt économique **RCSL GIE**, établi et ayant son siège social à L-1468 Luxembourg, 13 rue Erasme, représenté par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrit au Registre de Commerce et Sociétés de Luxembourg sous le numéro C24,

**défendeur**, aux fins du prédit acte P.B

Comparant par Maître C.H., avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

### **Le Tribunal :**

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire la société en commandite simple BSP SECS, société d'avocats, représentée par Maitre F.T., avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Luxembourg.

Ouï les parties défenderesses sub. 1-13) et 15) par l'organe de son mandataire la société anonyme AM SA, représentée aux fins de la présente par Maitre F.K., avocat à la Cour, remplacé par Maitre P.D., avocat à la Cour, tous les trois demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse sub. 14) par l'organe de son mandataire Maitre C.W., avocat à la Cour, en remplacement de Maitre N.T., avocat constitué, tous les deux demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse sub. 15) par l'organe de son mandataire Maitre C.G., avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 29 mars 2017.

Monsieur le Vice-Président Gilles Herrmann entendu en son rapport à l'audience du 31 mai 2017.

Par acte de l'huissier de justice P.B de Luxembourg du 28 mai 2015, la société en commandite par actions de droit luxembourgeois FCI SICAR (ci-après « FCI ») a fait donner assignation à:

1. La société de droit anglais ICG PLC (ci-après « ICG PLC »),
2. La société par actions simplifiées de droit français ICG SAS (ci-après « ICG SAS »)
3. La société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois A SARL (ci-après « A »)
4. la société de droit anglais I08 LIMITED (ci-après « I08 »),
5. la société de droit anglais I06 LIMITED (ci-après « I06 »),
6. la société de droit anglais IF II PLC (ci-après « IF II »),
7. la société de droit irlandais E V PLC (ci-après « E V »),
8. la société de droit irlandais E VI PLC (ci-après « E VI »),
9. la société de droit irlandais E VII PLC (ci-après « E VII »),
10. la société de droit irlandais E VIII PLC (ci-après « E VIII »),
11. la société de droit irlandais ILF LTD (ci-après « ILF »),
12. la société de droit irlandais SP III LTD (ci-après « SP III »),
13. la société civile de droit français O (ci-après « O »),
14. la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois AD SARL (ci-après « AD »)

15. la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois CTPI SARL (ci-après « CTPI »),
16. le groupement d'intérêt économique de droit luxembourgeois RCSL GIE (ci-après « RCSL »).

à comparaitre devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, aux fins de voir :

- déclarer les réalisations des nantissements effectuées par ICG PLC, ICG SAS, et A. le avril 2015 sans fondement, sinon abusives, sinon frauduleuses,
- partant déclarer nulles et non avenues les réalisations des nantissements et ordonner pour autant que de besoin la restitution a FCI du registre des parts sociales, du registre des obligataires de CTP et de tous documents relatifs à CTP, sous peine d'une astreinte de 100.000.- EUR par jour de retard à partir de la signification du jugement à intervenir,
- voir annuler et priver de tous effets les résolutions prises par l'assemblée générale extraordinaire de CTPI du 7 avril 2015 ainsi que les résolutions subséquentes,
- voir annuler et priver de tous effets les résolutions et autres décisions prises par A. en sa qualité de gérant contesté de CTPI à compter du 7 avril 2015,
- condamner les parties assignées sub 1. à 13. solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacune pour sa part, au paiement des sommes de 30.000.000.- EUR et 1.000.000.- EUR au titre de l'indemnisation des préjudices matériel, respectivement moral, subi par FCPI du fait de l'abus de droit commis lors des réalisations des nantissements,
- à titre subsidiaire et en tout état de cause, à défaut d'annulation des réalisations des nantissements, condamner les parties assignées sub 1. à 13. solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacune pour sa part, au paiement des sommes de 100.000.000.- EUR et 2.000.000.- EUR au titre de l'indemnisation des préjudices matériel, respectivement moral, subi par FCPI pour fraude manifeste dans la réalisation des nantissements engageant leur responsabilité civile,
- donner acte à FCPI qu'elle se réserve le droit de modifier sa demande en cours d'instance,
- en tout état de cause, voir ordonner la production forcée de la lettre adressée par le groupe ICG aux sociétés du groupe C contenant sa renonciation à demander le remboursement de sa dette obligataire, sous peine d'une astreinte de 2.000.- EUR par jour de retard à compter de la signification du jugement à intervenir,
- pour autant que de besoin, ordonner à CTPI de modifier le registre des parts sociales et le registre des obligations tenus à son siège social en y mentionnant le jugement d'annulation intervenu et en indiquant comme associé unique FCPI,
- ordonner au RCSL d'annuler et de modifier tous les dépôts faits auprès de lui depuis le 7 avril 2015,

- pour autant que de besoin, ordonner à CTPI de procéder au dépôt de réquisitions modificatives conformes au jugement à intervenir auprès du RCSL par suite de l'annulation des dépôts effectués à partir du 7 avril 2015,
- déclarer le jugement à intervenir commun à AD.

Elle sollicite en outre la condamnation des parties assignées sub 1. à 13., solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour sa part, à une indemnité de procédure de 40.000.- EUR, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son mandataire affirmant en avoir fait l'avance et elle demande au tribunal d'ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant appel ou opposition et sans caution.

FCPI base ses demandes en condamnation tant principales que subsidiaires sur les règles de la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle. A l'appui de ses demandes en nullité, elle invoque l'absence de dette échue et l'absence d'indication du cas de réalisation, la violation des dispositions contractuelles en l'absence du bris du Levier Financier Réel, un abus de droit consistant tant dans une disproportion manifeste entre l'avantage retiré de la réalisation anticipée par le créancier gagiste et le dommage en résultant pour elle, que dans un détournement de la finalité même du gage ainsi qu'une fraude à la loi fondée sur la mauvaise foi du représentant du pool des titulaires des obligations senior.

FCPI conteste le rapport EA du 25 mars 2015 retenant un bris du Levier Financier Réel en application des normes françaises French GAAP et se prévaut du rapport KPMG du 13 mai 2015, établi en application des normes internationales IFRS, pour établir que le dépassement du Levier Financier Réel n'aurait pas été caractérisé au 31 décembre 2014.

Les parties assignées sub 1. à 13. et 15. comparant par la société anonyme A&M suivant constitution d'avoué des 1er juillet 2015 et 24 septembre 2015, se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité en la pure forme de l'assignation du 28 mai 2015.

Quant au fond, elles concluent au rejet de l'intégralité des demandes formulées à leur encontre et demandent au tribunal de voir constater tant la validité de l'exercice des nantissements intervenue en date du 7 avril 2015 que celle de la tenue de l'assemblée générale extraordinaire de CTP de la même date. Ainsi, elles demandent à voir constater que FCPI ne peut plus se prévaloir de la qualité d'associé majoritaire, ni de celle de gérant unique de CTP depuis le 7 avril 2015, et à voir déclarer irrecevables, sinon non fondées :

- la demande en annulation de la réalisation des deux gages,
- la demande en annulation des résolutions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire du 7 avril 2015 ainsi que les résolutions prises par A. en sa qualité de gérant unique de CTP depuis le 7 avril 2015,
- les demandes en indemnisation des préjudices matériel et moral formulées par FCPI, en contestant toute faute dans leur chef ainsi que les préjudices matériel et moral allégués, tant en leur principe, qu'en leur quantum,

- les autres demandes d'injonction tendant à voir enjoindre à CTP de procéder à l'inscription de FCPI comme associé unique sur le registre des parts sociales de CTP et à voir enjoindre au RCSL de modifier tous les dépôts faits par CTP depuis le 7 avril 2015.

Elles demandent de voir dire que Maître C.G. est sans mandat pour représenter CTP dans le cadre de la présente instance et, concernant la demande de production forcée d'une pièce, elles estiment que cette pièce, non autrement précisée, devrait correspondre à leur pièce n° 83 déjà versée en cause.

Les parties assignées sub 1. à 13. et 15. sollicitent encore chacune l'allocation d'une indemnité de procédure de 25.000.- EUR en application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, le rejet de la demande d'indemnité de procédure de FCPI ainsi que la condamnation de cette dernière à l'ensemble des frais et dépens avec distraction au profit de leur mandataire.

Le RCSL se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité en la forme et quant au délai de l'assignation du 28 mai 2015. En droit, en se fondant sur les articles 16 et 17 bis du règlement grand-ducal modifié du 23 janvier 2003 portant exécution de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, il fait valoir qu'il appartiendrait à la demanderesse de préciser les dépôts qui seraient à modifier ou à annuler et de solliciter une décision judiciaire donnant injonction au RCSL de modifier ou restituer le document. Il sollicite encore la condamnation de toute partie succombante à lui payer une indemnité de procédure de 1.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

AD se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de l'assignation en la pure forme et le bienfondé des demandes formulées par FCPI. Elle sollicite la décharge de toute demande de paiement de frais et dépens dirigée contre elle.

Maître C.G. s'est constitué avoué pour CTP en date du 14 juillet 2015. Il conteste la réalisation des nantissements opérés par ICG PLC et les actes subséquents, à savoir la cession des parts sociales à A., la tenue de l'assemblée générale extraordinaire de CTP le 7 avril 2015, les changements opérés par A. et le groupe ICG dans la représentation du groupe C. et notamment la nomination d'A. en qualité de gérant de CTP et estime que l'inscription au RCSL ne reflète pas la réalité. Il conteste le mandat de la société A&M pour représenter CTP dans le cadre de la présente instance et se rapporte pour le surplus aux conclusions de FCPI.

Par conclusions notifiées le 21 juin 2016, FCPI modifie ses demandes initiales renfermées dans l'assignation du 28 mai 2015.

Dans le cadre de sa demande principale en nullité des réalisations des nantissements pour être infondées, sinon abusives, sinon frauduleuses et en nullité consécutive de la tenue de l'assemblée générale extraordinaire de CTP le 7 avril 2015 et de celle de l'ensemble des résolutions prises par CTP à partir du 7 avril 2015, FCPI ne maintient plus sa demande initiale en indemnisation d'un préjudice matériel chiffre à 30.000.000.- EUR et se réserve le droit de réclamer ultérieurement l'indemnisation

du préjudice matériel subi en raison de la dévalorisation éventuelle des actions entre la date de la réalisation des gages et celle de leur restitution et se réserve le droit de solliciter une expertise aux fins de déterminer son préjudice. Elle demande encore à CTP de modifier le registre des parts sociales et le registre des obligations en y mentionnant le jugement d'annulation à intervenir et, pour autant que de besoin, de procéder au dépôt des réquisitions modificatives conformes au jugement à intervenir auprès du RCSL.

Dans sa demande subsidiaire, à défaut d'annulation de la réalisation des nantissements, elle réclame, sur le fondement de la responsabilité civile, au titre de la réparation du préjudice matériel lui accru et résultant de la fraude manifeste dans la réalisation des gages, la condamnation des parties assignées sub 1. à 13. au paiement du montant de 40.100.000.- EUR. Elle se réserve le droit de réclamer ultérieurement, au moyen d'une expertise, l'indemnisation du préjudice matériel résultant de la perte de chance de ne pas avoir pu mener à terme le business plan sur la période de 2015-2018 et ne pas avoir pu bénéficier du résultat escompté.

En tout état de cause, elle demande parallèlement à l'indemnité de procédure réclamée dans l'assignation, la somme de 3.000.000.- EUR au titre de la réparation du préjudice matériel découlant des frais d'avocat ainsi que la somme de 5.000.000.- EUR au titre de la réparation du préjudice moral subi.

FCPI demande encore le rejet des indemnités de procédure sollicitées par les parties assignées sub 1. à 13. Elle conteste que la loi de 2005 permettrait la réalisation du gage même en l'absence d'exigibilité de la créance garantie. Concernant l'abus de droit, elle fait valoir que la réalisation des gages aurait été dictée par une volonté du groupe ICG de s'approprier les actifs nantis tout en conservant l'intégralité de la dette. Elle conteste le rapport EY du 18 novembre 2015 relatif à la valorisation des parts sociales et obligations émises par CTP et se prévaut du rapport d'expertise KPMG du 9 mars 2016 ayant valorisé les actifs nantis de CTP à 40.100.000.- EUR.

Par conclusions notifiées le 19 septembre 2016, les parties assignées sub 1. à 13. et 15. contestent le mandat de Maître C.G. pour représenter CTP dans la mesure où, d'après les publications faites au RCSL, seule A. peut se prévaloir de la qualité de gérant de CTP et ainsi mandater un avocat pour assurer sa défense, de sorte que les conclusions de Maître C.G. devraient être rejetées. Elles réitèrent leurs conclusions antérieurement prises et concluent à la validité de l'exercice des nantissements au motif que le droit luxembourgeois permettrait la réalisation du gage même si la dette garantie n'était pas encore exigible en raison du fait que le contrat de nantissement conclu entre parties définirait librement les cas de réalisation, non nécessairement liés à un défaut de paiement et à l'exigibilité de la dette, et que le bris du Levier Financier Réel constituerait pareil cas de réalisation. Elles estiment que le rapport EA du 25 mars 2015 ayant conclu au bris du Levier Financier Réel selon les normes comptables françaises, serait valable et ferait foi entre les parties conformément à l'article 2.5. de l'Avenant du 21 décembre 2012. Elles demandent le rejet du rapport unilatéral KPMG du 9 mars 2016 pour avoir été réalisé en-dehors du cadre contractuel convenu entre les parties et sans concertation avec le management du groupe C. Elles contestent toute responsabilité dans la situation économique du groupe C., toute

manœuvre frauduleuse et toute mauvaise foi dans la réalisation des nantissements. Elles contestent encore tout abus de droit reproché au groupe ICG selon lequel ce dernier aurait détourné l'objet même des nantissements accordés sur les titres de CTP afin de s'octroyer « *sans bourse délier* » le contrôle du groupe C. Pour contrecarrer l'abus de droit, elles expliquent les mesures prises par ICG depuis sa prise de gouvernance du groupe C en début septembre 2015 et s'appuient sur le rapport d'évaluation du cabinet EY du 18 novembre 2015, confirmé par un rapport du même cabinet le 2 septembre 2016. Par ailleurs, les valeurs présentées dans ces deux rapports auraient été corroborées par les commissaires aux comptes (PWC et CA) ayant certifié les comptes consolidés de GPA C et les comptes statutaires de CTP de 2014. Elles donnent à considérer qu'en aucun cas, la détermination du prix d'appropriation des avoirs nantis ne saurait avoir un impact sur la validité même de la réalisation des nantissements au motif que les contrats de nantissement et la loi permettraient un calcul du prix d'appropriation des avoirs nantis après leur appropriation.

Les parties assignées sub 1. à 13. et 15. arguent encore que la loi « *collateral* » ne permettrait pas l'annulation d'un gage en se fondant sur le commentaire des articles du projet de loi relatif à l'article 20 (4) ainsi que sur un jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 16 novembre 2012 (TAL 2ème, rôle n° 143752), tout en faisant valoir que la jurisprudence du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 10 juillet 2013 (TAL 15ème, rôles n° 120206, 121127 et 122468) invoquée par FCPI à l'appui de sa demande en annulation de l'exercice des gages, serait frappée d'un appel toujours pendant, et ne saurait être transposée à la présente affaire en l'absence de toute fraude manifeste. En se basant sur un jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 16 novembre 2012 (TAL 2ème, rôle n° 143752), elles estiment qu'une exécution fautive des gages se résoudrait tout au plus en l'allocation de dommages et intérêts et non en l'annulation de la procédure d'exécution des gages.

Elles demandent le débouté de FCPI de l'intégralité de ses demandes en dommages et intérêts. Elles contestent le montant de 40.100.000.- EUR réclame à titre de préjudice matériel en son principe et en son quantum et contestent toute faute dans leur chef. Elles soulèvent l'irrecevabilité de la demande de FCPI à se voir réserver le droit de réclamer des dommages et intérêts résultant de la perte de chance de ne pas avoir pu mener à terme son business plan pour constituer une demande nouvelle. Elles contestent encore le paiement de frais d'avocat à hauteur de 3.000.000.- EUR ainsi que le préjudice moral chiffré à 5.000.000.- EUR.

Par conclusions notifiées le 8 novembre 2016, FCPI fait valoir que les ratios financiers R1, R 2 et R3 devraient être calculés sur base des normes françaises French GAAP, tandis que le Levier Financier Réel devrait l'être sur base des normes IFRS. Elle sollicite le rejet du rapport du cabinet EA en s'appuyant sur une jurisprudence de la Cour de cassation française d'après laquelle le mandataire commun ne peut pas faire loi commune entre parties en cas d'erreur grossière de l'expert, estimant que l'erreur grossière de ce cabinet résiderait dans le calcul du Levier Financier Réel selon les normes comptables françaises au lieu des normes internationales. Concernant la valorisation des actifs nantis de CTP, FCPI conteste les rapports EY des 18 novembre

2015 et 2 septembre 2016 et demande l'adjudication des rapports d'expertise KPMG des 9 mars 2016 et 7 novembre 2016 ayant évalué la valeur de marche des fonds et quasi fonds propres de CTP au 7 avril 2015 à 40.100.000.- EUR. Sa demande à se voir réserver le droit de réclamer indemnisation résultant de la perte de chance de mener à terme son business plan ne saurait constituer une demande nouvelle au motif qu'elle se serait, dans l'assignation, expressément réservée le droit de modifier sa demande en cours d'instance.

Par conclusions notifiées le 12 janvier 2017, les parties assignées sub. 1 à 13. et 15. font valoir que tous les ratios financiers, y compris le Levier Financier Réel, devraient être calculés sur la base des normes françaises French GAAP et que l'intention des parties était de neutraliser l'effet de passage en normes comptables internationales IFRS pour tous les ratios. Elles estiment que la décision prise par le groupe C en 2012 de passer pour l'établissement de ses comptes annuels des normes French GAAP aux normes IFRS ne saurait préjudicier les droits des tiers et partant ne pas avoir pour effet de diminuer ou de modifier les garanties des créanciers gagistes. L'application des normes comptables françaises à tous les ratios, y compris au Levier Financier Réel, ressortirait de la documentation contractuelle relative à la dette obligataire senior et plus particulièrement de l'Avenant n° 1 du 21 décembre 2012 ainsi que du rapport EA du 25 mars 2015, dont la validité et pertinence aurait été confirmée par une ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Paris du 23 juin 2015, ce rapport faisant foi entre les parties pour le calcul de tout ratio financier à défaut d'être entaché d'une prétendue erreur grossière. L'application des normes comptables françaises à tous les ratios financiers résulterait également de l'échange de correspondance entre les parties et notamment de la signature du projet de Protocole d'accord du 30 mars 2015 par FCPI laquelle constituerait un aveu tant de l'existence du bris du ratio Levier Financier Réel que de celle d'un cas de réalisation au titre de la dette obligataire senior. A titre superfétatoire, elles indiquent que le Levier Financier Réel aurait également été brisé selon les normes IFRS depuis janvier 2015.

Par conclusions du 8 février 2017, FCPI conteste la validité de la réalisation des nantissements en l'absence d'un bris avéré du Levier Financier Réel au 31 décembre 2014. Elle méconnaît la compétence du juge des référés français pour porter une appréciation sur le fond d'un contrat et sur la validité du rapport d'expertise EA et ce d'autant plus que le juge des référés n'avait pas à sa disposition le rapport établi par KPMG. Elle conteste que les discussions entre parties aient porté sur une quelconque reconnaissance ou un quelconque calcul de ce bris. Elle reconnaît toutefois que devant l'existence au cours de l'année 2014 d'un potentiel bris du Levier Financier Réel, des négociations auraient été engagées relativement aux mesures à prendre dans l'hypothèse ou un tel bris serait avéré. Elle conteste que le Levier Financier Réel ait également été brisé depuis 2015 selon les normes IFRS à défaut pour le cabinet EA de l'avoir calculé en normes IFRS et se prévaut du rapport KPMG du 13 mai 2015 d'après lequel le Levier Financier Réel s'établirait à 6,41 au 31 décembre 2014, soit en-dessous du seuil limite contractuel fixe à 6,50. Au niveau de la fraude, FCPI estime qu'ICG ne pouvait pas exercer les garanties consenties sans s'être assurée que le Levier Financier Réel était effectivement brisé tout en conservant sa dette. Au

niveau de l'abus de droit, FCPI rétorque que le fait que les commissaires aux comptes aient corroboré les conclusions d'EY ne signifierait pas qu'ils aient accepté ou validé la valeur de marché des actifs retenus dans le rapport d'évaluation.

Par conclusions notifiées le 27 mars 2017, les parties assignées sub. 1 à 13. et 15. font valoir que la documentation contractuelle se référerait aux normes françaises et que l'absence d'un tableau de passage pour effectuer la conversion du Levier Financier Réel n'aurait pas d'incidence dans la mesure ou la conversion pourrait être réalisée sans tableau de passage. Elles insistent sur le fait que ni la méthode de conversion elle-même, ni le bris du Levier Financier Réel en application desdites normes ne serait pas contesté par FCPI.

### **Quant aux faits constants en cause**

Au courant de l'année 2011, le fonds d'investissement luxembourgeois FCPI est devenu, par l'intermédiaire de sa filiale CTP, domiciliée auprès AD, actionnaire majoritaire du groupe C, actif dans le secteur de la restauration commerciale française.

FCPI détient 100% des parts sociales de CTP laquelle détient 53,07% des actions de la holding de droit français GPA C, laquelle a acquis, le 3 mars 2011, 100% de la société française F GP, cette dernière détenant 100% des parts de la société française F C.

Ainsi, FCPI est devenu actionnaire majoritaire de la holding de tête du groupe C, la société F GP, laquelle détient directement et indirectement la totalité du capital social et des droits des diverses entités du groupe C.

Lors du rachat du groupe C, l'endettement du groupe C a été refinancé :

- par trois émissions obligataires senior, émises respectivement par GPA C, F CP et FC pour un montant nominal total en principal de 160.000.000.- EUR. Il s'agit d'une dette obligataire unitranche, c'est-à-dire non amortissable et venant à échéance au 8<sup>e</sup> anniversaire de leur date d'émission, à savoir en mars 2019. Ces obligations ont été souscrites par un même pool d'obligataires, essentiellement constituées d'entités affiliées au groupe ICG, les parties assignées sub 1 et sub 4. à 13., lesquelles sont représentées par ICG SAS ;
- par l'octroi de prêts d'associés par CM-CIC I (actionnaire à hauteur de 21,94 % de la holding GPA C) et CTP à hauteur de 45.000.000.- EUR environ ; et
- par l'émission d'obligations simples subordonnées et souscrites par des dirigeants du groupe C et par des actionnaires ICG (détenant 9,87 % de la holding GPA C).

Afin de garantir le paiement complet de ces obligations senior, FCPI a octroyé à ICG PLC, en qualité d'agent des sûretés, deux nantissements: un contrat de nantissement de parts sociales portant sur 100% des parts sociales de CTP détenues par elle et un contrat de nantissement d'obligations portant sur 100 % des obligations subordonnées

émises par CTP et souscrites par elle dans le cadre de l'opération de refinancement. Ces nantissements font référence aux termes et conditions datées du 3 mars 2011 relatifs à l'emprunt obligataire senior et sont soumis à la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière à laquelle les contrats renvoient expressément.

Les termes et conditions datés du 3 mars 2011 relatifs à l'emprunt obligataire senior font obligation au groupe C de respecter un certain nombre de ratios financiers définis au regard d'un business plan arrêté en mars 2011 et portant sur la période de 2011-2019.

Par courrier du 21 novembre 2014, le groupe ICG a renoncé à réaliser les sûretés dans l'hypothèse d'un dépassement du Levier Financier Réel au 31 décembre 2014 jusqu'à une date butoir du 15 mars 2015.

Début janvier 2015, des démarches en vue du refinancement de la dette du Groupe C ont été entamées parallèlement à des négociations afin de formaliser une renonciation à la réalisation des sûretés.

Ces négociations ont abouti à la signature d'un protocole d'accord en date du 30 mars 2015 stipulant au profit du groupe C un moratoire de 10 mois pour réaliser son business plan et trouver une solution de refinancement avec apport de capitaux propres. Ce protocole recense notamment parmi les soussignés, CM- CIC I, un ensemble de personnes physiques dénommés « managers » et les émetteurs et conditionne, en son point 17, sa finalisation à l'adhésion de tous les soussignés, dont les émetteurs, managers, et CM-CIC I avant le 31 mars 2015 à 12.00 heures (cf. pièce n° 19 de Maître D.G., point 17, p. 30)

Par lettre collective du 31 mars 2015, les émetteurs et managers ont informé, parmi d'autres, FCPI de leur position unanime de refus de signer le protocole d'accord en faisant valoir diverses raisons. (cf. pièce n° 20 de Maître D.G.).

Par courrier recommandé du 31 mars 2015, CM-CIC I a, à son tour, informé FCPI de son refus de signer le protocole d'accord. (cf. pièce n° 21 de Maître D.G.).

Par courriel du 2 avril 2015, le Groupe ICG a adressé aux différents intervenants un courrier réitérant son souhait de trouver une solution à brève échéance dans un but de stabilité et pérennité du groupe. (cf. pièce n° 22 de Maître D.G.).

Par courriers recommandés des 7 avril 2015, l'agent des sûretés ICG PLC a notifié à CTP et à FCPI la réalisation des deux contrats de nantissements, par appropriation avec effet immédiat par A de l'intégralité des obligations émises par CTP et souscrites par FCPI et de l'intégralité des parts sociales détenues par FCPI dans CTP. (cf. pièces n° 25 et 26 de Maître D.G.).

Le procès-verbal d'une assemblée générale extraordinaire de CTP tenue le 7 avril 2015 par A en sa qualité d'associé unique de CTP renseigne les résolutions prises par A et consistant notamment dans la révocation du gérant de CTP et dans la nomination d'A comme gérant unique. (cf. pièce n° 27 de Maître D.G.).

## **MOTIFS DE LA DECISION ;**

### **1. Quant à la détermination du mandataire de CTP**

A titre liminaire, le tribunal constate l'existence de deux constitutions d'avoué pour CTP, l'une de Maître C.G. notifiée le 14 juillet 2015 et l'autre de la société anonyme AM SA notifiée postérieurement le 24 septembre 2015.

Si, en principe, l'avocat est cru sur parole en ce qui concerne le mandat conféré, le tribunal se trouve confronté à la coexistence de deux constitutions d'avoué pour une seule partie, de sorte qu'il y a préalablement lieu de trancher la question quant à la personne de mandataire de CTP.

CTP étant une société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois, elle est représentée par son gérant. Il ressort de l'exposé des faits que suite à la réalisation des deux gages le 7 avril 2015, A s'est notamment appropriée avec effet immédiat l'intégralité des parts sociales détenues par FCPI dans CTP. A cette même date, A en sa qualité d'associé unique a, par résolution prise lors d'une assemblée générale extraordinaire de la même date, révoqué le gérant unique alors en place et s'est nommée gérant unique de CTP à compter du 7 avril 2015.

Il ressort d'ailleurs des publications du RCSL qu'A est gérant et actionnaire unique de CTP depuis le 7 avril 2015 et est dès lors seule titulaire du droit de mandater un avocat pour représenter sa filiale en justice, à l'exclusion de Maître G.

### **2. Quant à la recevabilité des demandes principales**

#### **2.1 Quant à l'impossibilité d'annuler la réalisation des nantissements en droit luxembourgeois**

Les parties assignées sub 1. à 13. et 15. se prévalent de l'impossibilité d'annuler l'exercice des gages en vertu de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière pour conclure à l'irrecevabilité de la demande en nullité de la réalisation des gages.

Pour justifier la possibilité d'annuler la réalisation des gages, FCPI se fonde sur un jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 10 juillet 2013 (TAL 15ème, rôles n° 120206, 121127 et 122468).

Les parties assignées sub 1. à 13. et 15. relativisent l'apport de ce jugement pour être frappé d'un appel toujours pendant et pour ne pas leur être transposable en l'absence de fraude manifeste de leur part.

La question de savoir si les contrats de réalisation de gage sont susceptibles d'être annulés exige de prime abord de replacer les demandes en nullité dans le contexte spécifique des contrats de garantie financière et de la Loi de 2005.

La loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après « la Loi de 2005 ») a transposé dans notre droit la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière (ci-après la « Directive »), laquelle 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, qui est allé au-delà du régime minimum requis par la Directive, 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 (cf. l'exposé des motifs doc. parl. n° 5251 p. 2 et 3).

Ainsi, l'article 20(4) de la Loi de 2005 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 ».

Lors du dépôt du projet de loi, le Gouvernement a explicitement marqué son intention de donner à cet article le caractère d'une loi de police (cf. doc. parl., n°5251, p. 20).

Ainsi, on peut lire dans les commentaires dudit article ce qui suit « *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, doit se lire dans le contexte du récent règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce règlement, qui prévoit un système aménagé de l'effet universel de la lex concursus, dispose en son article 5.1 que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel dont bénéficie un créancier sur certains biens de son débiteur failli, si les biens en question se trouvent dans un pays autre que celui de l'ouverture de la faillite. Cette exception est limitée par l'article 5.4 du même règlement qui dispose que les actions particulières en nullité ou inopposabilité restent néanmoins réglées par la lex concursus, sauf si l'acte constitutif du droit réel est soumis à une loi autre que celle de l'Etat d'ouverture de la faillite et si cette autre loi ne permet aucun moyen d'attaquer l'acte (article 13). 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 » (cf.doc. parl., n°5251, p. 21).*

Il découle dès lors très 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 (cf. P. Schleimer, Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires, J.T.L., n°7, p. 15, n°30).

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 Etats 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.

Toutefois, conformément à la position défendue par FCPI, le jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 10 juillet 2013 (TAL 15ème, rôles n° 120206, 121127 et 122468) a prononcé l'annulation de la réalisation des gages pour fraude manifeste et la restitution des biens abusivement appropriés dans le cadre des gages.

Pour mesurer l'exacte portée de ce jugement, il y a lieu de mettre en exergue les faits quelque peu particuliers de cette affaire. La banque prêteuse avait consenti le 19 décembre 2008 un nouveau prêt à IC destiné à refinancer le prêt initial venu à échéance et qui n'était assorti d'aucune garantie. Ce prêt de refinancement n'entraînait pas de nouvelle sortie de fonds des mains de la banque, mais était assorti de garanties réelles et personnelles. Ce prêt prévoyait certaines conditions et stipulait une période d'utilisation jusqu'au 30 janvier 2009. Par fax du 3 février, la banque informa l'emprunteur de la mise à disposition des fonds avec effet au 30 janvier 2009 pour 48 minutes plus tard, notifier à l'emprunteur et au garant RC la résiliation du contrat avec demande de remboursement immédiat. Par la suite, la banque a réalisé les gages constitués sur les actions détenues par R C dans le capital de l'emprunteur.

Le tribunal estime utile de reproduire quelques passages de ce jugement.

*« Ayant forcément accordé le prêt en connaissance de cause, elle [la banque] ne pouvait 48 minutes plus tard le dénoncer en raison du non-accomplissement de conditions déjà non remplies au moment de la mise à disposition (théorique) des fonds. En effet, la banque a en quelque sorte elle-même créé un cas de défaut afin de pouvoir profiter des garanties ce que démontre la résiliation opérée si peu de temps*

*après la confirmation de la mise à disposition des fonds. L'octroi et la dénonciation du contrat de prêt dans les conditions de l'espèce, dictés par le seul intérêt du prêteur, sont fautifs. La manière d'agir de la banque est contraire aux obligations contractuelles de bonne foi et de loyauté que chaque cocontractant se doit de respecter. » (Page 14).*

*« Cependant, le contractant de mauvaise foi ne peut se prévaloir d'un certain nombre de droits que lui confère le contrat. La mauvaise foi du créancier paralyse les droits qu'il tient du contrat. Le comportement du créancier peut exercer une influence sur l'existence, ou du moins sur la substance, de sa créance (cf. Encyclopédie Juridique Dalloz, répertoire de droit civil, rubrique « bonne foi », Edition janvier 2009, n°102 et ss.). Ainsi, exercées de mauvaise foi les clauses résolutoires et les appels aux garanties perdent toute efficacité. Par ailleurs, l'usage abusif de certains droits justifie l'octroi de dommages et intérêts à l'autre partie. La rigueur de la garantie autonome ne saurait autoriser un contractant malveillant à s'en servir comme instrument de spoliation. L'appel de la garantie doit donc être rejeté s'il est manifestement frauduleux ou abusif (cf. Jurisclasseur civil code, art. 2321, fasc. 15 (1,2008), n° 73 et ss.). Il résulte des développements qui précèdent que l'octroi et la dénonciation subséquente du contrat de prêt sont intervenus contrairement aux obligations contractuelles de bonne foi et de loyauté. Le contrat de base ayant été délibérément rompu par le bénéficiaire de la garantie, l'appel à la garantie est à considérer comme manifestement abusif. » (Page 15).*

*« La société à responsabilité limitée RC réclame principalement la restitution, sous peine d'une astreinte de 100.000.- euros par jour de retard, de la totalité des actions de la société IC que la banque détient suite à la réalisation des contrats de gage. La banque estime que cette demande serait irrecevable alors qu'elle mettrait à néant les dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. L'apport de cette loi se situe au niveau de l'automatisme de l'exécution de la garantie. Dès que le bénéficiaire de la garantie constate que les conditions de la mise en œuvre de sa sureté sont réunies, il peut procéder à la réalisation de la façon convenue avec son client ou à défaut selon l'une des procédures légales (cf. Bulletin Droit et Banque, n°37, page 12 et ss.). Si cette loi permet donc la réalisation du gage dans des conditions de régularité apparentes sans intervention du Juge et si en principe le débiteur gagiste ne peut invoquer aucune exception mettant en échec la réalisation des suretés, elle ne fait pas obstacle, sous peine d'ôter au créancier gagiste tout recours, à ce que le Juge du fond, après avoir constaté une fraude manifeste, ordonne la restitution des biens dont l'appropriation s'est révélée abusive. Au vu des circonstances de l'espèce, décrites ci-dessus, la restitution des actions de la société IC à la société à responsabilité limitée RC est à ordonner. La banque ne conteste par ailleurs pas être toujours en possession de celles-ci. Afin de garantir l'efficacité de cette mesure, une astreinte de 10.000.- euros par jour de retard est à prononcer. L'astreinte est à plafonner à la somme de 13 millions d'euros. » (page 16).*

S'il est exact qu'un appel a été interjeté contre le prêt jugement qui n'est pas encore vidé, le tribunal tient à relever 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 remises en cause quant à leur validité ou celle de leur évaluation ou exécution convenues.

Au vu de cette jurisprudence du 10 juillet 2013 (TAL 15ème, rôles n° 120206, 121127 et 122468), le moyen d'irrecevabilité est à rejeter

## **2.2 Quant au défaut de qualité à demander l'annulation des décisions prises par les organes sociaux de CTP**

FCPI sollicite l'annulation des décisions prises par les organes sociaux de CTP à compter du 7 avril 2015.

CTP soulève l'irrecevabilité de cette demande pour défaut de qualité à agir dans le chef de FCPI en mettant en exergue la validité de la réalisation des nantissements ainsi que la validité subséquente de la tenue d'une assemblée générale extraordinaire de CTP.

A qualité pour agir celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice et a donc qualité à agir. La qualité pour agir constitue ainsi pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée.

La qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, l'existence effective du droit invoqué n'étant pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond ou en d'autres termes de son bien-fondé. (Cour d'appel, 20 mars 2002, n° 25592 du rôle).

Au vu de ce que FCPI sollicite l'annulation des gages avec comme corollaire l'annulation de l'appropriation de ses parts dans CTP par A, ainsi que l'annulation des décisions prises lors d'une assemblée générale extraordinaire de CTP du 7 avril 2015, elle a donc qualité pour agir, par voie d'assignation, pour réclamer, es qualité, l'annulation des résolutions prises par les organes sociaux de CTP depuis le 7 avril 2015 en conséquence de l'annulation des gages.

Le moyen d'irrecevabilité soulevé par CTP doit partant être rejeté.

## **2.3 Quant à l'irrecevabilité de la demande à se réserver le droit de réclamer ultérieurement l'indemnisation de la perte de la chance de mener à terme son business plan**

Les parties assignées sub 1. à 13. et 15., en s'appuyant sur un arrêt de la Cour d'appel du 19 décembre 2001 (n° 18127 du rôle) (Th. Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, ed. Sauler 2012, n° 1011, p. 508), soulèvent l'irrecevabilité de la demande nouvellement formulée par la requérante dans ses

conclusions notifiées le 21 juin 2016, consistant à se réserver le droit de réclamer ultérieurement l'indemnisation résultant de la perte de chance de mener à terme son business plan et ne pas avoir bénéficié du résultat escompté, au motif qu'une telle demande résultant d'une perte de chance n'aurait pas été comprise dans l'assignation en justice et constituerait une demande nouvelle prohibée.

La partie demanderesse conteste avoir formulé une demande nouvelle, alors qu'elle se serait formellement réservée dans l'assignation le droit de modifier sa demande en cours d'instance.

L'article 53 du Nouveau Code de procédure civile dispose que « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.* »

Il est généralement admis que c'est l'acte introductif d'instance qui circonscrit le lien d'instance en ses éléments constitutifs à savoir les parties, l'objet et la cause, qui se caractérisent par leur caractère immuable (cf. Gour, 19 décembre 2000, n°24212 du rôle).

Si le principe de l'immutabilité du litige interdit l'introduction de demandes nouvelles aussi bien en première instance qu'au cours d'instances nées à la suite de l'exercice des voies de recours, il est cependant admis qu'en première instance, les diverses demandes incidentes, sont recevables dès lors qu'elles ont avec la demande principale un lien suffisamment étroit (Encyclopédie Dalloz, Procédure Civile, v0 demande nouvelle, n° 3 et 4).

Toutefois, on ne peut changer radicalement la cause, l'objet, la base juridique de la demande. Mais cette règle n'exclut pas la possibilité d'apporter à la demande, par voie de conclusions, de nombreuses modifications. De même peut-on par des conclusions nouvelles demander tout ce qui est virtuellement compris dans la demande originaire, pourvu qu'on ne change pas ainsi la base juridique ou la nature de l'action (Rep. prat. droit beige, verbo demande nouvelle no 54, 99; Cour, 18 juin 2008, numéro 33579 du rôle, confirmé par la Cour de cassation le 23 avril 2009 numéro 2634 du registre).

Ainsi, dans son arrêt du 23 avril 2009, la Cour de cassation a retenu que « *la demande de remise en l'état antérieur était virtuellement comprise dans la demande en cessation des travaux et qu'elle n'est qu'une suite logique et nécessaire de la demande initiale* ».

En l'espèce, si aux termes de son acte d'assignation du 28 mai 2015, FCPI a réclamé au titre de sa demande subsidiaire, à défaut d'annulation de la réalisation des gages, l'indemnisation du préjudice matériel prétendument subi à concurrence de 100.000.000.- EUR, elle ne réclamé désormais plus ce montant de 100.000.000.- EUR, mais par conclusions du 21 juin 2016, celui de 40.100.000.- EUR tout en se réservant le droit de réclamer l'indemnisation résultant de la perte de chance de mener à terme son business plan et de bénéficier du résultat escompté.

Outre le fait que dans son acte d'assignation, FCPI s'est expressément réservée le droit de modifier sa demande en cours d'instance, il y a lieu de conclure que, conformément à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, le fait de se réserver le droit de formuler une demande en indemnisation pour perte d'une chance constitue une demande additionnelle de FCPI connexe à la demande initiale en indemnisation du préjudice matériel dont elle n'est qu'une suite logique.

Au vu de ces développements, la demande basée sur la perte d'une chance ne constitue, par rapport aux prétentions de la demande initiale, pas une demande nouvelle prohibée pour porter violation du contrat judiciaire.

Le moyen d'irrecevabilité doit dès lors être rejeté.

Dans un souci d'être complet, le tribunal relève que l'arrêt de la Cour d'appel du 19 décembre 2001 (n° 18127 du rôle), dont se prévalent les parties assignées sub 1. à 13. et 15., a retenu qu'en présence d'une demande originaire formulée en première instance tirée de l'existence d'un préjudice certain, une demande en vue de l'indemnisation de la perte d'une chance formulée pour la première fois en instance d'appel constitue une demande nouvelle prohibée.

Or, cet arrêt n'est pas transposable au présent cas d'espèce, dans la mesure où l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile prohibant la formation de demande nouvelle en instance d'appel, à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle soit la défense à l'action principale, ne saurait s'appliquer à une demande additionnelle présentée en première instance laquelle est régie spécifiquement par l'article 53 précité.

Les demandes, régulièrement introduites dans les formes et délais légaux, sont partant à déclarer recevables.

### **3. Quant au bien-fondé des demandes**

#### **3.1 Quant à la demande en nullité de la réalisation des gages.**

Si FCPI demande, à titre principal, au tribunal de déclarer nulles et de nul effet les réalisations des nantissements intervenues en date du 7 avril 2015 ainsi que l'ensemble des résolutions prises par l'assemblée générale extraordinaire de CTP le 7 avril 2015, de même que les résolutions subséquentes, elle inverse l'ordre des fondements invoqués à l'appui de sa demande au dispositif et dans le corps même de l'assignation.

Dans le dispositif de l'assignation, la nullité des réalisations des gages est demandée pour être non fondées, sinon abusives, sinon frauduleuses, alors que dans le corps même de l'assignation, la nullité des réalisations des nantissements est sollicitée, principalement, pour absence de dette échue et absence d'indication du cas de réalisation, subsidiairement, en raison du caractère infondé du cas de réalisation au motif que le bris du levier financier réel n'aurait pas été avéré au 31 décembre 2014 à défaut pour le cabinet EA de l'avoir calculé sur base des normes IFRS au lieu des normes françaises dites French GAAP et, plus subsidiairement, en application de

l'adage *fraus omnia corrumpit* fondée sur la mauvaise foi du représentant du pool des titulaires des obligations senior, et, en dernier ordre de subsidiarité, sur le fondement de l'abus de droit au motif que la réalisation des gages n'aurait pas été dictée par une volonté de rembourser la dette principale, mais uniquement par une volonté de s'approprier les actifs nantis.

Le tribunal examinera des lors les nullités dans l'ordre de subsidiarité tel qu'indiqué dans le dispositif de l'assignation et reprises dans les dispositifs des conclusions ultérieures.

### **3.1.1 Quant à l'existence d'un cas de réalisation en l'absence de dette échue**

#### **- Quant à la possibilité d'existence d'un tel cas en droit luxembourgeois**

En se basant sur l'article 11 des contrats de nantissements et les articles 1-6 et 11 de la Loi de 2005, les parties assignées sub 1. à 13. et 15., font valoir que le droit luxembourgeois permettrait l'exercice du gage même si la dette garantie n'était pas encore exigible, le contrat de nantissement définissant librement les cas de réalisation.

De son côté, FCPI estime que d'après les articles 18.1 et 20.24 desdits termes, le non-respect du ratio Levier Financier Réel constituerait un cas de réalisation pouvant impliquer la déchéance du terme et l'exigibilité anticipée des obligations seniors, cette dernière n'opérant pas de façon automatique en cas de survenance d'un cas de réalisation, mais devrait résulter d'une décision de ICG SAS.

En l'espèce, les parties ont convenu à l'article 11.1 et 11.2 du contrat de nantissement des parts du 3 mars 2011 que :

*« 11.1 Si un Cas de Réalisation survient, le Bénéficiaire pourra exercer tous les droits, actions et privilèges que la loi reconnaît au créancier nanti, et notamment procéder à la réalisation du Nantissement conformément aux dispositions légales et réglementaires en vigueur.*

*Le Bénéficiaire sera autorisé à faire réaliser le présent Nantissement de la manière la plus favorable prévue par la loi et notamment: (a) s'approprier les Actifs Nantis à leur valeur de marché telle que déterminée par un expert nommé par le Bénéficiaire parmi, dans l'ordre suivant de priorité, DTT, EY, KPMG et PWC. Cet expert utilisera une approche standard sur le marché pour des sociétés dans le même secteur d'activité que le Groupe et, agissant de façon raisonnable établira la valeur des Actifs Nantis en prenant en compte toutes les obligations de la Société et des membres du Groupe, en ce compris, sans limitation les Obligations Garanties telles qu'existant immédiatement avant cette appropriation y compris celles devant être éteintes à l'occasion de cette appropriation. Cette valeur de marché pourra être inférieure à la valeur nominale des Parts. Le Bénéficiaire pourra, à sa convenance, déterminer la date à laquelle l'appropriation devient effective, y compris une date antérieure à la date à laquelle cette évaluation est déterminée, auquel cas cette évaluation devra être faite par référence à la situation de la Société à cette date. Le Bénéficiaire peut choisir, à sa seule discrétion, de désigner ou nommer une autre personne à laquelle la*

*propriété des Actifs Nantis sera transférée en lieu et place du Bénéficiaire, étant entendu que cette désignation ou nomination n'affectera en rien les droits et obligations du Bénéficiaire vis-à-vis du Constituant. »*

L'article 11.1 et 11.2 du contrat de nantissement des obligations conclu à la même date à un contenu identique sauf que le terme de « Parts » est remplacé par celui d'« Obligations ».

Au titres des deux contrats de nantissements sur parts et obligations, le « Cas de Réalisation » est défini à l'article 1.1 comme suit :

*« Cas de Réalisation désigné chacun des évènements et circonstances suivants sachant que (i) les termes et expressions commençant par une majuscule dans cette définition, auront, aux fins de la présente définition le sens qui leur est donné dans les Termes et Conditions des Titres Obligataires et (ii) toute référence à un Article dans cette définition renvoie à cet Article dans l'un quelconque des Termes et Conditions des Titres Obligataires :*

*(a) Le Levier Financier Réel est supérieur a (i) 7,50: 1,00 à tout moment jusqu'au troisième anniversaire (inclus) de la Date d'Emission puis a (ii) 6,50: 1,00 à tout moment après cette date ; ou*

*(b) Tout Cas de Défaut au titre:*

*(i) De l'Article 20.1 (Défaut de paiement) ; [. ..]. »*

L'article 1er (6) de la Loi de 2005 définit le « fait entraînant l'exécution de la garantie » comme « une défaillance ou tout autre évènement convenu entre les parties, dont la survenance, en vertu du contrat de garantie financière ou du contrat de garantie financière du contrat contenant l'obligation financière couverte ou en application de la loi habilite le preneur de la garantie à réaliser ou à s'approprier la garantie financière ou déclenche une compensation avec déchéance du terme ».

L'article 11 de la Loi de 2005, transposant l'article 4 de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, dispose que :

*« (1) En cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie, le créancier gagiste peut, sauf convention contraire, sans mise en demeure préalable, soit:*

*« a) s'approprier ou faire approprier par un tiers ces avoirs au prix déterminé, avant ou après leur appropriation, suivant le mode d'évaluation convenu entre les parties; soit*

*b) céder ou faire céder les avoirs nantis par vente de gré à gré à des conditions commerciales normales, par une vente en bourse ou par vente publique ; soit*

*c) faire ordonner en justice que les avoirs nantis lui demeureront en paiement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par expert; soit*

*d) procéder à une compensation conformément à la partie V ci-après ; soit*

- e) *s'agissant d'instruments financiers, s'approprier ces instruments financiers au prix en cours, s'ils sont admis à la cote officielle d'une bourse située à Luxembourg ou à l'étranger ou négociés sur un marché réglementé en fonctionnement régulier, reconnu et ouvert au public ou au prix de la dernière valeur nette d'inventaire publiée, s'il s'agit de parts ou d'actions d'un organisme de placement collectif calculant et publiant régulièrement une valeur nette d'inventaire.*
- (2) *Si les parties sont convenues d'une vente publique, celle-ci sera, sauf convention contraire, effectuée à et par la Bourse de Luxembourg à la date et à l'heure publiées par cette dernière.*
- (3) *Si le gage est constitué par des instruments financiers tenus auprès d'un tiers convenu, ce tiers remettra ces instruments financiers au créancier gagiste sur simple déclaration de la survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie et sans avoir à solliciter l'accord du constituant du gage ou à l'informer préalablement. Si le gage est constitué par une créance de somme d'argent due par un tiers, le créancier gagiste peut, dans les mêmes conditions, exiger de ce tiers le paiement entre ses mains à due concurrence de sa créance, le tout sans préjudice de l'article 1295 du Code civil.*
- (4) *Le droit accorde par le créancier gagiste au constituant du gage de disposer des avoirs nantis n'affecte pas la dépossession des avoirs nantis dont le constituant du gage ne dispose pas. »*

Le concept de « *tout autre événement convenu entre les parties* » constitue un cas de réalisation autonome rompant avec l'exigence traditionnelle de l'exigibilité de la dette garantie. (cf. Patrick Geortay, *Le caractère accessoire du gage et la loi sur les contrats de garantie financière*, in Droit bancaire et financier au Luxembourg, 204, volume III, ed. Antemis-Larcier, sous n° 15, p. 1284).

Le droit luxembourgeois admet donc la réalisation d'un gage en l'absence d'exigibilité de la dette garantie.

En l'occurrence, un éventuel non-respect du Levier Financier Réel constitue, au même titre qu'une défaillance équivalente à une non-satisfaction de l'obligation garantie, un cas de réalisation valable même en l'absence d'exigibilité de la créance principale.

Le tribunal tient encore à relever que contrairement à la position défendue par FCPI, un bris du Levier Financier Réel n'implique aucunement la déchéance du terme et l'exigibilité anticipée des obligations seniors sur décision préalable de ICG SAS et que l'article 11 précité qui prévoit cinq modes de réalisation ne nécessite ni mise en demeure préalable, ni indication du cas de réalisation.

- Quant à la réalité du bris du Levier Financier Réel : quant aux normes applicables au Levier Financier Réel et quant à la validité du rapport EA du 25 mars 2015.

Les parties assignées sub 1. à 13. et 15. se prévalent d'un dépassement du Levier Financier Réel qui aurait été confirmé par un audit financier établi par EA en date du 25 mars 2015. Ce rapport, ayant calculé le Levier Financier Réel sur la base des normes françaises French GAAP, ferait foi entre les parties et s'imposerait à elles. Sa

validité et pertinence auraient en outre été reconnues dans une ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Paris du 23 juin 2015.

FCPI conteste que le rapport EA ne puisse plus être remis en cause pour avoir été validé par cette ordonnance de référé et en sollicite le rejet en s'appuyant sur une jurisprudence de la Cour de cassation française d'après laquelle le mandataire commun ne peut pas faire loi commune entre parties en cas d'erreur grossière de l'expert. Elle estime que l'erreur grossière de ce cabinet réside dans le calcul du Levier Financier Réel selon les normes comptables françaises au lieu des normes IFRS. Selon elle, le Levier Financier Réel devrait être calculé sur base des normes IFRS, tandis que les trois autres ratios financiers R1, R2 et R3 devraient être calculés sur la base des normes French GAAP.

En l'espèce, une ordonnance de référé du 23 juin 2015 du Tribunal de commerce de Paris, a retenu page 7, que « *Pour l'appréciation du bris du ratio de levier financier réel, les défenderesses peuvent utilement se prévaloir de l'application par EA des normes French GAAP, qui avaient été utilisées pour l'établissement du business plan lors de la souscription de l'emprunt obligataire, ce qu'ont rappelé les parties dans l'avenant n° 1 qu'elles ont signé le 21 décembre 2012, relatif aux termes et conditions de l'emprunt obligataire senior.* » (cf. pièce n° 76 d'AM).

« *Quelle que soit la mesure ordonnée ou le juge qui statue, l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée (CPC, art. 488, al. 1er). Cela signifie donc que le juge du fond, saisi du litige, n'est pas lié par le dispositif de l'ordonnance de référé (Cass. civ., 28 juin 1892: DP 1892, 1, p. 378. - Cass. civ., 10 janv. 1939: S. 1939, 1, p. 93; RTD civ. 1939, p. 807, obs. Vizioz. - Cass. 3e civ., 2 fevr. 1982: JCP G 1982, IV, 138. - Cass. 2e civ., 6 fevr. 1991: JCP G 1992, II, 21842, note Levy)* ». (cf. JCL civil code, art. 1349 a 1353, fasc. 20 : Autorité de la chose jugée au civil sur le civil, nos 91 et 92).

Il s'ensuit qu'à défaut d'autorité de chose jugée au principal attachée à la prédite ordonnance de référé du 23 juin 2015, la validité et la pertinence du rapport EA n'est pas d'ores et déjà établie par un jugement ayant autorité de chose jugée, et ce d'autant moins que sa validité et pertinence n'ont pas été reconnues dans le dispositif de l'ordonnance.

Les parties sont en désaccord quant aux normes comptables applicables au calcul du ratio Levier Financier Réel suite au passage pour l'exercice 2012 du groupe C des normes françaises French GAAP aux normes internationales IFRS.

Il ressort d'un compte-rendu du comité d'audit de GPA C du 18 avril 2012 (page 3) que « *Par ailleurs, le passage aux IFRS a un impact sur les ratios financiers initialement contractualisés avec ICG sur la base des informations financières consolidées en normes françaises et nécessitera l'établissement d'un avenant à la documentation bancaire.* » (cf. pièce n° 59 d'AM)

*Par ailleurs, il ressort d'un courriel du 10 septembre 2012 adressé par FCPI à P. D. d'ICG que les discussions portaient sur l'adoption des normes IFRS pour les comptes*

annuels à partir du 31 décembre 2011, sur le maintien des normes françaises French GAAP pour le calcul des agrégats de référence et sur l'établissement d'un tableau de passage pour passer des agrégats en IFRS en agrégats French GAAP. (cf pièce n° 60 d'AM).

Ces discussions ont mené à la signature de l'avenant n°1 conclu entre GPA C et ICG SAS le 21 décembre 2012. Cet avenant a modifié les termes et conditions de l'emprunt obligataire senior émis par GPA C le 3 mars 2011 en supprimant le paragraphe (a) de l'article 18.3 (Règles particulières) et en le remplaçant par les paragraphes suivants (cf. pièce n° 3 d'AM) :

« (a) [...] Nonobstant toute autre stipulation des Termes et Conditions, le Représentant de la Masse pourra faire procéder aux frais de l'Emetteur (lesdits frais devant être raisonnables pour ce type de services) par un cabinet d'audit financier de premier plan satisfaisant pour le Représentant de la Masse (lesdits cabinets comprenant notamment EY, KPMG et EA) et désigné par le Représentant de la Masse (après consultation par ce dernier d'au moins trois cabinets) au calcul de tout ratio financier visé à l'Article 18 (Engagements Financiers) et à la détermination de tout élément, poste ou agrégat comptable ou financier relatif audit calcul afin de déterminer la situation financière de l'Emetteur et du Groupe conformément aux Principes Comptables et autres principes retenus pour l'élaboration du Business Plan de Référence, les conclusions dudit cabinet d'audit financier faisant foi pour le calcul de tout ratio financier visé à l'Article 18 (Engagements Financiers). Il est par ailleurs précisé que :

- (i) La mission dudit cabinet financier consiste à procéder au calcul des ratios financiers visés à l'Article 18 (Engagements Financiers) et à la détermination de tout élément, poste ou agrégat comptable ou financier relatif audit calcul afin de déterminer la situation financière de l'Emetteur et du Groupe conformément aux Principes Comptables et autres principes retenus pour l'élaboration du Business Plan de Référence. [ . . ] )

L'article 18 intitulé « Engagements financiers » des termes et conditions de l'emprunt obligataire senior apporte sous l'article 18.1 « Définitions Financières » des définitions notamment aux notions suivantes : « Couverture du Service de la Dette », « Couverture des Frais Financiers », « Levier Financier Pro Forma » et « Levier Financier Réel ». L'article 18.2 « Ratios financiers » traite uniquement des ratios « Couverture du Service de la Dette », « Couverture des Frais Financiers » et du « Levier Financier Pro Forma ».

En l'occurrence, la formulation de l'article 18.3 précité englobe donc nécessairement le Levier Financier Réel en qu'il constitue un ratio financier visé à l'article 18.

Il s'ensuit que, conformément aux conclusions des parties assignées sub 1. à 13. et 15., les normes comptables françaises retenues lors de l'élaboration du business plan de référence 2011 s'appliquent à l'ensemble des ratios financiers, dont le Levier Financier Réel, nonobstant l'adoption par le groupe C des normes IFRS pour l'établissement de ses comptes annuels à compter de l'exercice 2012.

En ce qui concerne le bris du Levier Financier Réel, il ressort du procès-verbal des délibérations du conseil de surveillance de GPA C du 28 janvier 2015 présidé par X. M., Président de FCPI que « [...] Monsieur P. G. indique que la trésorerie finale, impactée par le coût du refinancement, s'élève à environ 7,4 m€ et que les chiffres provisoires pour le calcul du levier financier pro-forma et du levier financier réel sont respectivement de 6,69 et 7,00. L'audit des comptes sociaux sera réalisé jusqu'au 6 février 2015 de sorte que la certification de ces comptes est prévue le 20 avril 2015. [...] »(cf. Pièce n° 27 d'AM).

Pour obtenir certitude quant au dépassement du Levier Financier Réel, ICG SAS a, par courrier du 11 février 2015, notifié à GPA C son intention de faire procéder à un audit financier conformément à l'article 18.3 (a) des termes et conditions de la dette obligataire. (cf. pièce n° 29 d'AM).

Le rapport EA du 25 mars 2015 renseigne page 13 que « le levier financier réel est calculé dans la mesure où le levier financier Pro Forma est supérieur au ratio maximum tel que défini dans la documentation bancaire, ce qui est le cas au 31 décembre 2014. Au 31 décembre 2014, le levier financier réel est également supérieur au ratio maximum établi dans la documentation bancaire. » Ce rapport indique page 5 un Levier Financier Pro Forma de 6,60 pour un covenant maximum de 4,94 et un Levier Financier Réel de 9,97 pour un covenant maximum de 6,50. Le rapport renseigne encore à la même page que « nos travaux ont consisté en la revue de la méthode de calcul des différents ratios à fin décembre 2014, tels que définis dans le contrat d'émission d'obligations Senior du Groupe C » et que le calcul des covenants est basé sur des comptes en normes françaises en ligne avec le contrat bancaire signé en mars 2011. (cf. pièce n° 49 de Maître D. G.).

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le rapport EA du 25 mars 2015 a calculé le levier Financier Réel conformément au référentiel comptable français.

Aucune erreur grossière n'affectant ce rapport, il fait foi entre les parties pour le calcul du levier Financier Réel et s'impose partant au tribunal. Il y a dès lors lieu de rejeter le rapport KPMG du 13 mai 2015 (cf. pièce n° 49 de Maître D. G.) pour avoir été réalisé en-dehors du cadre contractuel fixe entre les parties, sans concertation avec le management du Groupe C et, pour le surplus, établi sur base du référentiel comptable international en lieu et place du référentiel français.

Il s'ensuit que le bris du ratio Levier Financier Réel au 31 décembre 2014 est donc établi par le rapport EA du 25 mars 2015 et constitue un cas de réalisation au titre de la dette obligataire senior.

Il est d'ailleurs significatif que FCPI n'ait jamais contesté le bris du Levier Financier Réel avant l'introduction de l'assignation du 28 mai 2015.

### **3.1.2 Quant à l'existence d'un abus de droit**

FCPI fait valoir que la réalisation des nantissements serait abusive pour être détournée de sa finalité, pour être disproportionnée et contraire à l'intention des parties. Ainsi, la réalisation des suretés aurait été dictée par une volonté de « *s'approprier sans bourse délier le contrôle du Groupe C* » consistant à s'approprier les actifs nantis tout en conservant l'intégralité de la dette principale en ce que la réalisation des gages ne serait pas imputée sur la créance.

Elle conteste le rapport EY et sollicite l'adjudication du rapport KPMG. En se fondant sur le rapport de KPMG du 9 mars 2016 évaluant la valeur des fonds propres de CTP à 40.100.000.- EUR, FCPI fait valoir que « *ces chiffres permettent de mesurer l'ampleur de l'abus de droit opéré par les parties défenderesses qui, sous couvert du bris allégué du Levier Financier Réel, à raison d'une insuffisance de l'EBITDA de 2 millions d'euros, mettent la main sur des actions dont la valeur s'élève à 40,1 m€.* » (cf. conclusions notifiées le 21 juin 2016, page 16.)

Les parties assignées sub 1. à 13. et 15. contestent tout abus de droit dans la réalisation anticipée des nantissements en mettant en exergue leur patience pendant deux années face à l'absence de progrès de FCPI dans la recapitalisation du groupe C. Elles réfutent l'argument tiré d'une prétendue volonté de s'approprier les avoirs nantis en conservant l'intégralité de la dette et font valoir que conformément à l'article 11.3 des contrats de gage, le produit de réalisation des actifs nantis sera affecté au remboursement des obligations garanties, de sorte que la valorisation retenue au titre du rapport EY du 18 novembre 2015 réduira d'autant la créance des souscripteurs d'obligations.

Elles contestent encore tout abus dans la valorisation des actifs nantis laquelle aurait été réalisée conformément aux modalités de calcul contractuellement retenues à l'article 11.2 des contrats de gage et chiffrée dans un rapport EY du 18 novembre 2015, lequel aurait été validé en France par deux commissaires aux comptes.

Dans son article de doctrine précité, P.G., tout en pointant la difficulté de dresser une typologie exhaustive de l'abus de droit, énumère au titre de comportements susceptibles d'exposer son auteur au reproche d'un abus de droit, quatre cas :

- L'intention de nuire,
- une disproportion manifeste entre l'avantage retiré de l'exercice du droit de réalisation anticipée par le créancier gagiste et le dommage ainsi accru au constituant du gage,
- le détournement du gage de sa fonction visant le paiement de sa créance, et
- toute conduite excédant manifestement la norme de comportement du créancier honnête, diligent et prudent.

D'après P.G., « le remède à l'abus de droit devrait consister en la réduction du droit à son usage normal ou la réparation par équivalent du dommage causé par l'exercice abusif du droit ». (cf. P.G., précité, sous n° 25 et 26).

Conformément à l'article 11.2 des contrats de nantissement des parts et des obligations, dont le contenu est reproduit sous le point 3.1.1. ci-dessus, ICG PLC a fait usage de la faculté lui réservée de s'approprier les actifs nantis pour les transférer à A.

Selon FCPI, l'abus imputable à ICG PLC consisterait dans la volonté de cette dernière de détourner le gage de sa fonction primaire, laquelle doit tendre au paiement d'une créance garantie, pour s'approprier les actifs nantis.

En l'espèce, ICG PLC a fait usage, conformément à la faculté lui réservée tant contractuellement que légalement, de réaliser le gage par appropriation des parts sociales de CTP afin de restructurer et de recapitaliser le groupe C dans l'optique précisément de voir sa créance remboursée à terme.

Ainsi, l'appropriation des parts sociales n'est dès lors pas détournée de sa finalité et ne saurait encourir le reproche d'être abusif.

Les parties aux contrats de nantissement ont contractuellement convenu d'une formule d'évaluation des avoirs nantis de CTP à l'article 11.2 desdits contrats d'après laquelle un expert sera nommé par le bénéficiaire des gages parmi, dans l'ordre suivant de priorité, DTT, EY, KPMG et PWC.

En l'espèce, le cabinet DTT, contacté en premier, ayant décliné la mission pour cause de conflit d'intérêt par courrier du 10 avril 2015 adressé à ICG PLC (cf. pièce n° 86 d'AM), l'estimation des actifs nantis a été valablement confiée à EY, figurant en seconde position de priorité après DTT.

EY a établi son rapport unilatéral le 18 novembre 2015 et a valorisé les actifs nantis de CTP à la date du 7 avril 2015 à 300.000.- EUR, montant correspondant à la situation de trésorerie positive de CTP à cette même date. (cf. pièce n° 80 d'AM).

De son côté, FCPI a unilatéralement mandaté le cabinet KPMG de faire une analyse du rapport d'EY et de faire sa propre analyse de la valeur des actifs nantis. Dans son rapport d'expertise du 9 mars 2016, KPMG a chiffré la valeur des fonds propres et quasi-fonds propres de CTP au montant de 40.100.000.- EUR. (cf. pièce n° 56 de BSP).

Par note du 2 septembre 2016, EY a répondu aux critiques adressées dans le rapport KPMG du 9 mars 2016. (cf. pièce n° 85 d'AM)

Enfin, par note du 7 novembre 2016, KPMG a pris position par rapport à la note d'EY du 2 septembre 2016. (cf. pièce n° 58 de BSP)

L'expertise unilatérale ou officieuse, qu'une partie se fait dresser à l'appui de ses prétentions ou contestations, n'est par définition pas contradictoire. Toutefois, une telle expertise constitue un élément de preuve au sens de l'article 64 du Nouveau Code de procédure civile si elle est régulièrement communiquée et soumise à la libre discussion des parties, elle est à prendre en considération en tant qu'élément de preuve et ne peut être écartée en raison de son seul caractère unilatéral (Cour 3 mai 2007, 9<sup>e</sup> chambre, n° 31.186 du rôle; Cass. 7.11.2002, P.32, p. 363; T.M., Expertise en matière civile et commerciale, 2<sup>e</sup> ed., p. 166).

Les rapports d'expertise de EY et de KPMG constituant tous des rapports d'expertise unilatéraux, régulièrement communiqués et soumis à la libre discussion des parties, ils peuvent être invoqués comme élément de preuve et doivent partant être maintenus aux débats (Cass. 7 juillet 2002, numéro 44/02).

Le tribunal se trouve dès lors confronté à des rapports d'expertise unilatéraux émanant de cabinets d'audit de renommée mondiale, mais reprenant au titre de la valorisation des actifs nantis de CTP des montants très différents.

Au regard de la technicité pointue de ces rapports, le tribunal se trouve dans l'incapacité matérielle de se prononcer sur la pertinence de leur contenu respectif.

Toutefois, le fait même que les rapports d'expertise EY et KPMG aient fait l'objet de rapports complémentaires, prouve bien que la question de la valorisation des avoirs nantis de CTP est des plus délicate.

Dans le cadre d'une transaction financière de plus de 160.000.000.- EUR mettant en présence des professionnels qualifiés ayant pu librement négocier leurs clauses contractuelles, celles-ci obligent nécessairement toutes les parties contractantes en application des principes tant de la force obligatoire des contrats que de la sécurité juridique des transactions.

Il y a lieu de constater qu'ICG PLC a agi dans le strict respect des stipulations contractuelles en chargeant EY de la valorisation des fonds propres et quasi-fonds propres de CTP.

Il n'y a en l'espèce aucun abus imputable à ICG dans l'évaluation des parts sociales de CTP lors de la réalisation des gages, alors que cette évaluation a été faite, conformément à la documentation contractuelle librement choisie par les parties, par le cabinet EY du 18 novembre 2015 et valorisant à 300.000.- EUR les parts sociales et obligations émises par CTP.

A titre superfétatoire et pour être complet, le tribunal tient encore à relever que le rapport EY du 18 novembre 2015 présente davantage de légitimité que celui de KPMG du 9 mars 2016 pour avoir été établi dans le strict respect du cadre contractuel posé par l'article 11.2 des contrats de gage et que FCPI ne sollicite pas d'expertise judiciaire aux fins d'évaluer les actifs nantis à leur date d'appropriation le 7 avril 2015.

Il se dégage des développements qui précèdent que tant la réalisation des nantissements que la valorisation des actifs nantis de CTP se sont effectuées dans le strict respect des dispositions tant contractuelles (articles 11.2 et 11.3) que légales (article 11 de la Loi de 2005), de sorte qu'aucun abus imputable à ICG PLC ne saurait dès lors être décelé de ces chefs.

Le tribunal tient à relever que conformément à la position défendue par les parties assignées sub 1. à 13. et 15 ainsi que l'auteur G. précité, un abus dans la valorisation des actifs nantis ne saurait en aucun cas affecter la validité de l'exercice des nantissements étant donné que l'article 11-1 de la loi de 2005 ainsi que l'article

11-2 des contrats de gage permettent un calcul du prix d'appropriation des avoirs nantis après leur appropriation et ne saurait tout au plus se résoudre qu'en l'allocation de dommages et intérêts.

### **3.1.3 Quant à l'existence d'une fraude**

FCPI estime que la fraude dans l'appropriation des parts de CTP par A ressortirait des éléments chronologiques suivants :

- la prise de contrôle progressive d'A par ICG à compter du 19 février 2015;
- le bref laps de temps laisse à FCPI pour obtenir l'adhésion au Protocole d'accord du 30 mars 2015 des autres actionnaires prêteurs avant le 31 mars 2015 à 12 heures;
- la notification le 1er avril 2015 à l'Autorité de la Concurrence française de la prise de contrôle exclusif de GPA C ; et
- la procuration donnée par A à son avocat le 1er avril 2015 pour procéder à la modification des statuts de CTP.

Les parties assignées sub 1. à 13. insistent encore sur l'absence de fraude dans la réalisation des nantissements laquelle aurait été exercée dans le strict respect de la documentation contractuelle librement négociée et ayant force de loi entre parties conformément à l'article 1134 du Code civil et après de longues discussions exclusives de toute déloyauté. Le mécanisme contractuel ne pourrait être qualifié de frauduleux et serait parfaitement conforme à la loi modifiée du 5 août 2005 laquelle permettrait la réalisation du nantissement même si la dette garantie n'était pas encore exigible ou même si le remboursement de la dette principale n'était pas exigé, le contrat de nantissement définissant librement les cas de réalisation. Elles contestent toute responsabilité dans la situation économique du groupe C.

Il convient dès lors d'examiner si la réalisation des gages revêt ou non un caractère frauduleux, sachant qu'une nullité pour fraude n'est envisageable que si la prétendue intention frauduleuse ressort de manière non équivoque.

La notion de fraude au sens large, telle que reflétée par la maxime "*fraus omnia corrumpit*", est synonyme de ruse, tromperie ou manœuvre déloyale (cf. Cour, 14 juin 2000, n° 23.551 du rôle).

La fraude est sanctionnée par la nullité absolue à l'égard du fraudeur et de son complice et, en application de l'article 1353 du Code civil, la preuve est libre chaque fois qu'il s'agit d'établir la fraude qui vicie un acte (Mazeaud et Chabas, Leçons de droit civil, Tome II, 1<sup>er</sup> Vol., Obligations - théorie générale, 9<sup>e</sup> Edition, n° 306).

En l'espèce, l'élément essentiel de la fraude, à savoir la ruse, la tromperie ou la manœuvre déloyale fait totalement défaut dans la réalisation des nantissements. En effet, au vu des demandes répétées sur une période de près de deux ans du groupe ICG à FCPI, de recapitaliser le groupe C par un renforcement de fonds propres, restées sans suite, en considération du bris du Levier Financier Réel confirmé par le rapport EA du 15 mars 2015, face à l'échec des négociations tendant à l'octroi d'un moratoire de dix mois stipulé au Protocole d'accord du 30 mars 2015 du fait du

blocage d'actionnaires minoritaires disposant d'un droit de veto, blocage indépendant de la volonté d'ICG et face à une dette obligataire nominale en principal de 160.000.000.- EUR non-amortissable, l'opération de réalisation des nantissements est tout à fait légitime et exclusive de toute fraude dans le chef du groupe ICG, et plus particulièrement d'ICG PLC.

Ainsi, la chronologie minutieuse des faits telle que décrite par FCPI pour établir une fraude et notamment la prise de contrôle progressive d'A par ICG à compter du 19 février 2015, le bref délai pour recueillir l'adhésion de l'ensemble des prêteurs au Protocole d'accord du 30 mars 2015, la procuration donnée par A à son avocat le 1er avril 2015 pour procéder à la modification des statuts de CTP ainsi que la demande de dérogation adressée à l'Autorité de la Concurrence française le 1<sup>er</sup> avril 2015, ne sont pas de nature à relever une quelconque fraude imputable à ICG dans la mesure où il paraît pour le moins normal qu'au regard tant des enjeux financiers importants en jeu, que de la pérennité du groupe C, le groupe ICG ait, comme tout créancier normalement prudent et diligent, commence à entamer, en amont, toutes les options concevables par la préparation des documents et autorisations nécessaires à l'exercice des nantissements. FCPI reste, par ailleurs, en défaut de prouver qu'un délai plus long aurait permis une adhésion des actionnaires minoritaires audit protocole.

Il ressort des pièces du dossier qu'ICG avait dûment informé FCPI qu'à défaut de l'adhésion unanime de l'ensemble des prêteurs sur le Protocole d'accord, les nantissements seraient réalisés. (cf. pièce n° 41, 45 et 48 76 d'AM).

Cet avertissement préalable est exclusif de toute manœuvre déloyale reprochée à ICG dans la mise en œuvre des nantissements jugée abrupte.

Il y a partant lieu de rejeter le moyen déduit de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », étant donné que FCPI reste en défaut d'établir les éléments constitutifs de la fraude alléguée dans l'exercice des nantissements.

Le tribunal ne constate par ailleurs, au vu des développements faits sous le point 3.1.2. ci-dessus, aucune fraude imputable à ICG dans la valorisation des actifs nantis de CTP.

\* \* \*

Pour conclure, le tribunal tient à relever que les circonstances tout à fait particulières de l'affaire ayant mené au jugement du 10 juillet 2013 (développées sous le point 2.1. ci-dessus) ne sauraient être transposées au présent litige dans la mesure où ICG PLC a exercé ses droits quatre ans après la mise à disposition (réelle) des fonds et après deux ans de discussions pour permettre au groupe C de se recapitaliser.

Aucune fraude manifeste ou abus n'ayant accompagné la réalisation des gages, FCPI ne saurait prospérer dans sa demande en nullité de la réalisation des gages.

FCPI est partant à débouter de sa demande en nullité de la réalisation des gages et en nullité de la tenue de l'assemblée générale extraordinaire du 7 avril 2015, de même que des résolutions y prises et des résolutions subséquentes.

### **3.2 Quant aux autres demandes de nullité et d'injonction**

Comme corollaire de l'absence de nullité de la résiliation des deux gages par appropriation par A de l'ensemble des parts sociales détenues par FCPI dans CTP, il s'ensuit que les demandes en nullité de l'assemblée générale extraordinaire du 7 avril 2015, des résolutions y prises et des résolutions subséquentes par les organes sociaux de CTP sont également à rejeter.

Pareillement, les demandes d'injonction formulées à l'égard de CTP de modifier le registre des parts sociales et le registre des obligations, sinon de procéder au dépôt de réquisitions modificatives sont à rejeter. Il en va de même de la demande d'injonction à l'égard du RCSL d'annuler et de modifier tous les dépôts faits par CTP depuis le 7 avril 2015.

Concernant la demande de production forcée de la « *lettre adressée par le groupe ICG aux sociétés du Groupe C contenant sa renonciation à demander le remboursement de sa dette obligataire, sous peine d'une astreinte (...)* », les parties assignées sub 1. à 13. et 15. font valoir que cette pièce, non autrement précisée, devrait correspondre à leur pièce n° 83 déjà versée en cause.

Conformément aux règles relatives à la production de pièces détenues par une partie au procès telles qu'établies aux articles 284, 285 et 288 du Nouveau Code de procédure civile, la jurisprudence a identifié parmi les conditions pour qu'il puisse être fait droit à la demande d'injonction en production forcée de pièces, que la pièce sollicitée doit être déterminée avec précision. (cf. Th. Hoscheit, ouvrage précité, n°669, p. 353 et 354).

En l'espèce, à défaut d'avoir identifié précisément la pièce demandée, ne serait-ce que par l'indication de sa date, il y a lieu de rejeter la demande en production forcée.

### **3.3 Quant à la demande en indemnisation dirigée contre les parties sub 1 à 13.**

A défaut d'annulation de la réalisation des gages, FCPI réclame la réparation du préjudice matériel lui accru chiffré à 40.100.000.- EUR résultant de la fraude manifeste dans la réalisation des nantissements et engageant la responsabilité civile des parties assignées sub 1. à 13.

Aucune fraude ou abus dans l'exercice des nantissements n'ayant été retenue dans le chef des parties assignées sub 1. à 13. (cf. ci-dessus sous les points 3.3.1. et 3.3.2.), FCPI est à débouter purement et simplement de sa demande en indemnisation du prétendu préjudice matériel subi de 40.100.000.- EUR.

En tout état de cause, FCPI réclame encore indemnisation du préjudice moral subi à concurrence de 5.000.000.- EUR au titre de la réparation du préjudice moral pour atteinte à sa réputation.

En l'absence de la preuve d'une quelconque inexécution contractuelle ou d'une quelconque faute imputable aux parties assignées sub 1. à 13., en l'absence de toute mauvaise foi, fraude ou abus de droit dans le chef de ces dernières dans la réalisation des gages y compris la valorisation des actifs nantis, et en l'absence de toute pièce de nature à étayer le prétendu préjudice moral et matériel (frais d'avocat), FCPI est à débouter de l'intégralité de ses demandes d'indemnisation.

### **3.4 Quant aux autres demandes**

FCPI réclame encore une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile d'un montant de 40.000.- EUR.

La demande en obtention d'une indemnité de procédure de la part de la partie demanderesse est à rejeter au vu de l'issue du litige, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions, et qui de ce fait est à condamner aux frais et dépens de l'instance, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Il en est de même de la demande en paiement de la somme de 3.000.000.- EUR au titre de la réparation du préjudice matériel découlant des frais d'avocat exposés, qui est à rejeter.

Les parties défenderesses sub 1. à 13. et 15. sollicitent encore chacune une indemnité de procédure de 25.000.- EUR en application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Eu égard à l'issue du litige, il apparaît équitable d'allouer à chacune des parties assignées sub 1. à 13. et 15. une indemnité de procédure à hauteur de 500.- EUR.

La demande du RSCL en obtention d'une indemnité de procédure de 1.000.- EUR à l'égard de toute partie succombante est à déclarer fondée pour le montant réclamé.

### **Par ces motifs**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale suivant la procédure civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu Monsieur le vice-président G. H. en son rapport,

**reçoit** les demandes en la forme,

**dit** que Maître C. G. est sans mandat pour représenter la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois CTPI,

**dit** la demande de la société en commandite par actions de droit luxembourgeois FCPI en nullité de la réalisation des gages du 7 avril 2015 portant sur les parts sociales de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois CTPI et les obligations émises par cette dernière non fondée et en **déboute**,

**dit** la demande de la société en commandite par actions de droit luxembourgeois FCPI en nullité de la tenue de l'assemblée générale extraordinaire de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois CTPI du 7 avril 2015 et des résolutions prises par cette dernière depuis le 7 avril 2015 non fondée et en **déboute**,

**dit** les demandes en indemnisation formulées par la société en commandite par actions de droit luxembourgeois FCPI non fondées et en **déboute**,

**dit** les demandes d'injonction formulées à l'égard de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois CTPI et du groupement d'intérêt économique de droit luxembourgeois RCSL GIE non fondées et en **déboute**,

**dit** la demande en production forcée d'une pièce formulée à l'égard du groupe ICG non fondée et en **déboute**,

**déclare** le jugement commun à la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois AD,

**dit** la demande de la société en commandite par actions de droit luxembourgeois FCPI en obtention d'une indemnité de procédure non fondée et en **déboute**,

**dit** les demandes de la société de droit anglais ICG PLC, de la société par actions simplifiées de droit français ICG SAS, de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois A, de la société de droit anglais I08, de la société de droit anglais I06, de la société de droit anglais IF II PLC, de la société de droit irlandais E V PLC, de la société de droit irlandais E VI PLC, de la société de droit irlandais E VII PLC, de la société de droit irlandais E VIII LTD, de la société de droit irlandais ICG LTD, de la société de droit irlandais SP III LTD, de la société civile de droit français O et de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois CTPI en obtention d'une indemnité de procédure fondées jusqu'à concurrence de 500.- EUR pour chacune d'elles sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et en déboute pour le surplus,

**condamne** la société en commandite par actions de droit luxembourgeois FCPI à payer à la société de droit anglais ICG PLC, à la société par actions simplifiées de droit français ICG SAS, à la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois A, à la société de droit anglais I08, à la société de droit anglais I06, à la société de droit anglais IF II PLC, à la société de droit irlandais E V PLC, à la société de droit irlandais E VI PLC, à la société de droit irlandais E VII PLC, à la société de droit irlandais E VIII LTD, à la société de droit irlandais ICG LTD, à la société de droit irlandais SP III LTD, à la société civile de droit français O et à la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois CTPI chacune une indemnité de procédure de 500.- EUR,

**dit** la demande du groupement d'intérêt économique de droit luxembourgeois RCSL GIE en obtention d'une indemnité de procédure fondée à concurrence de 1.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et en **déboute** pour le surplus,

**condamne** la société en commandite par actions de droit luxembourgeois FCPI à payer au groupement d'intérêt économique de droit luxembourgeois RCSL GIE une indemnité de procédure de 1.000.- EUR,

**condamne** la société en commandite par actions de droit luxembourgeois FCPI à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de la société anonyme AM qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.