

Arrêt N° 75/22 IV-COM

Audience publique du vingt-six avril deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2020-00977 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Michèle HORNICK, conseiller;
Carole BESCH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) la société à responsabilité limitée A, établie et ayant son siège social à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, représentée par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme B, établie et ayant eu son siège social à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, déclarée en faillite le 8 janvier 2016,

2) la société anonyme B, en faillite, établie et ayant eu son siège social à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, déclarée en faillite le 8 janvier 2016 et représentée par la société à responsabilité limitée E2M, inscrite au Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 210821, représentée par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur,

appelantes aux termes d'un acte de l'huissier de justice Carlos Calvo de Luxembourg du 5 octobre 2020,

comparant par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

- 1) **C**, administrateur de sociétés, demeurant à,
- 2) **D**, administrateur de sociétés, demeurant professionnellement à,
pris en leurs qualités d'administrateurs de la société anonyme B,
- 3) **la société de droit suédois E**, établie et ayant son siège social à, immatriculée au registre de commerce et des sociétés suédois (Bolagsverket) sous le numéro, représentée par son représentant légal,
- 4) **la société de droit suédois F**, établie et ayant son siège social à, immatriculée au registre de commerce et des sociétés suédois (Bolagsverket) sous le numéro, représentée par son représentant légal,
- 5) **la société de droit suédois G**, établie et ayant son siège social à, immatriculée au registre de commerce et des sociétés suédois (Bolagsverket) sous le numéro, représentée par son représentant légal,

intimés aux fins du prédit acte Calvo,

comparant par Maître Pierre Reuter, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

- Les faits :

La société anonyme de droit luxembourgeois B (ci-après B) a été constituée le 26 octobre 2011. Selon les informations données à la Cour, B était détenue par plusieurs investisseurs dont les plus importants étaient les sociétés de droit estonien H OU et I OU ainsi que la société de droit suédois FB (ci-après F).

En vertu d'un *purchase agreement* du 22 décembre 2011, B a acquis l'ensemble du portefeuille des propriétés intellectuelles¹ appartenant à la société de droit suédois B in Sweden AB pour un prix de 36.800.000 SEK (cf. pièces n° 1 et 15 Me Reuter).

Il résulte de ses comptes sociaux de 2013 et 2014 que B détenait des brevets (*patents*), à hauteur de leur valeur d'acquisition (*gross aquisition value*) de 4.129.263,91 euros (cf. débit du compte 2121210).

¹ all existing IP under [the]control [of the seller] including Patents and Patent applications

Par contrat de cession d'actions (*sale and purchase agreement*) du 31 octobre 2014 (ci-après le SPA du 31 octobre 2014), B a acquis auprès de la société de droit suédois J (ci-après J) 999 actions de la société de droit suédois G (ci-après G) et 510 actions de la société de droit suédois K (ci-après K) pour un prix de 16.000.000 SEK. Selon le SPA du 31 octobre 2014, ce prix comprenait le paiement de 3.500.000 SEK, déjà effectué par l'acheteur avant la signature du SPA (cf. pièce n°9, Me Mailliet).

Conformément au pacte d'actionnaires (*shareholders agreement regarding G*), conclu en date du 31 octobre 2014 entre B et J et concernant les actions détenues par les parties contractantes dans G, il était convenu que J gardait une action dans G qui lui donnait droit à un dividende préférentiel de 4 millions SEK (*The preferential share retained by SIAB² following the transaction referred to in Section 2.2 shall have a preferential right to receive dividends ahead of ordinary shares up to a total amount of four million (4,000,000)SEK*) (cf. pièce n° 11 Me Mailliet).

De plus, et conformément aux articles 5.2 et 5.3 du pacte d'actionnaires³, B s'engageait à ce que le paiement du dividende préférentiel soit effectué au profit de J pour le 15 janvier 2015.

L'article 5.4 du pacte d'actionnaires prévoit qu'en cas de non-paiement en date du 15 janvier 2015 du dividende préférentiel de 4.000.000 SEK, du solde du prix de vente de 12.500.000 SEK et de la Promissory Note, telle que définie à l'article 6.3 du contrat de cession d'actions du 31 octobre 2014, J a le droit d'annuler avec effet immédiat le *share purchase agreement* et de garder à titre d'indemnité tous les montants déjà payés en exécution de ce contrat.

Il résulte des pièces que l'échéance fixée initialement au 15 janvier 2015 a été reportée au 18 juin 2015, G n'ayant pas été en mesure de payer.

B et J ont encore conclu un *pledge agreement* en date du 31 octobre 2014 (cf. pièce n° 4 Me Reuter) conformément auquel J avait le droit, en cas de non-exécution par B de ses obligations découlant du contrat de cession d'actions, de réaliser le gage en procédant à la vente des

² « SIAB » étant défini comme étant

³ 5.2. B undertakes to procure:

a) (...)

b) that the general meeting resolves to pay out dividends to SIAB in an amount equal to the Preferential Amount and that the payment shall be made on January 15, 2015 ; and

c) that the Preferential Amount payment is made to SIAB on January 15, 2015.

5.3. B warrants that the Company will pay and have available funds in order to pay the Preferential Amount dividend to SIAB on January 15, 2015. B furthermore warrants that such payment will be made by wire transfer of immediately available funds to SIAB's Account and that such payment will be valid and lawful under applicable law.

actions qu'elle venait de céder à B et d'affecter le produit de cette vente à l'apurement de la dette de B à son égard.

En date du 26 mai 2015, B céda ses 999 actions dans G et ses 51 actions dans K à la société de droit suédois E (ci-après E) au prix de 250.000 SEK (ci-après le SPA du 26 mai 2015).

Le 12 août 2015, B a cédé à titre gratuit à G la demande de brevet chinois (*chinese patent application*) n° 201080054040.4 relative au « *Traction Control-PC-CN* » (ci-après le Contrat de cession du 12 août 2015) (cf. pièce n° 30, Me Mailliet).

Le 31 mars 2015, B avait déjà cédé à titre gratuit à la société de droit suédois B R&D AB les demandes de brevets (*patent applications*) suivantes :

- *Battery pack with safety device, control device and control method*
- *Current diverting device, a method and a computer program product* (cf. pièce n° 31 Me Mailliet).

Par jugement du 8 janvier 2016 rendu par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, B a été déclarée en état de faillite et la société à responsabilité limitée E2M (ci-après E2M), représentée par Maître Max MAILLET, a été nommée curateur.

- Les rétroactes:

Par acte d'huissier de justice du 22 mai 2018, les parties (i) E2M, agissant en sa qualité de curateur de B en faillite et (ii) B en faillite, représentée par E2M, en qualité de curateur, ont fait donner assignation à C et à D, pris en leurs qualités d'administrateurs de B, à M, pris en sa qualité d'administrateur de fait d'B, à E, à F et à G à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour :

principalement

voir prononcer la nullité du contrat de cession d'actions de G à ... du 26 mai 2015,

partant voir ordonner la restitution de ces actions et tous autres devoirs nécessaires ou utiles en la matière,

voir prononcer la nullité des contrats de transferts de demandes de brevet du 21 août 2015 de B à G, (la Cour note au vu des pièces qu'il y a lieu de lire 12 août)

partant voir ordonner la restitution de ces demandes de brevets et tous autres devoirs nécessaires ou utiles en la matière,

subsidiairement: sur base de l'article 441-9 (ancien article 59) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la Loi de 1915) :

voir condamner solidairement, in solidum, sinon chacun pour sa part C et M au paiement de la somme de 1.696.338,18 euros et de la somme de 4.129.263,91 euros, avec les intérêts au taux légal applicable à partir du 26 mai 2015, date de la cession litigieuse, sinon à partir de toute date à arbitrer par le tribunal, sinon à partir de l'assignation,

voir condamner solidairement, in solidum, sinon chacun pour sa part C, D et M au paiement de la somme totale de 4.129.263,91 euros avec les intérêts au taux légal applicable à partir du 21 août 2015, date de la cession litigieuse, sinon à partir de toute date à arbitrer par le tribunal, sinon à partir de l'assignation,

plus subsidiairement, sur base de l'action en comblement de passif (article 495-1 du Code de commerce) :

voir condamner solidairement, in solidum, sinon chacun pour sa part C, D et M au paiement de la somme 3.802.628,47 euros, sous réserve d'augmentation, avec les intérêts au taux légal applicable à partir du 8 janvier 2016, date du jugement de faillite, sinon à partir de toute date à arbitrer par le tribunal, sinon à partir de l'assignation,

en tout état de cause

voir condamner F au paiement de la somme de 5.825.602,09 euros avec les intérêts au taux légal applicable sur la somme de 1.696.338,18 euros à partir du 26 mai 2015 et sur la somme de 4.129.263,91 euros à partir du 21 août 2015 dates des cessions litigieuses, sinon à partir de toute date à arbitrer par le tribunal, sinon à partir de l'assignation.

Les demanderesses sollicitaient de même l'exécution provisoire, sans caution, du jugement à intervenir et l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Elles expliquaient qu'elles réclamaient des dommages et intérêts de la part des défendeurs pour avoir orchestré (i) la vente à vil prix par B de sa participation dans G, acquise en octobre 2014 pour 1.700.000 euros et vendue en mai 2015 pour la somme modique de 25.000 euros et (ii) la cession à titre gratuit de demandes de brevets détenues par B et qui avaient une valeur comptable dépassant les 4.000.000 euros.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 24 avril 2020, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en annulation du contrat de cession d'actions du 26 mai 2015 conclu entre B et E ; s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en annulation du contrat de cession de la demande de brevet du 12 août 2015 conclu entre B et G et s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de F.

Le tribunal a déclaré recevable la demande pour le surplus, mais non fondée.

Il a de même dit non fondées les demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et a mis les frais et dépens à charge de la faillie.

Pour statuer ainsi, le tribunal a constaté que les demandes en annulation du SPA du 26 mai 2015 et du Contrat de cession du 12 août 2015 étaient basées sur les différentes bases et moyens suivants :

- a) un vice de consentement
- b) une représentation irrégulière du cocontractant
- c) un conflit d'intérêts dans le chef du représentant du cocontractant
- d) un défaut d'autorisation du conseil d'administration du cocontractant pour passer la transaction,
- e) l'article 448 du Code de commerce.

Il a conclu que l'annulation d'un contrat sur base des points a) à d) n'est pas à qualifier d'action née de la faillite au sens de l'article 635 du Code de commerce de sorte que la compétence du tribunal devait s'apprécier conformément aux règles ordinaires.

Concernant la demande sous e), le tribunal a rappelé que l'article 448 du Code de commerce édicte le même principe que celui prévu en droit commun par l'article 1167 du Code civil (action paulienne) et que la nullité qui en résulte n'est pas propre à la faillite.

Au vu de ces développements, le tribunal a dit que les bases légales et moyens invoqués par le curateur pour justifier l'annulation des contrats litigieux ne donnaient pas ipso facto compétence du tribunal mais que sa compétence devait être analysée selon les règles de droit commun.

Au vu de la clause compromissoire contenue dans les contrats litigieux et attribuant compétence exclusive à un tribunal arbitral en Suède pour connaître des litiges qui s'y rapportent et au vu de la clause de médiation insérée en plus dans le Contrat de cession du 12 août 2015, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes en annulation.

L'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants et d'F sur base de l'article 441-9 de la Loi de 1915 et de l'article 1382 du Code civil a été qualifiée d'action de droit commun, soumise aux règles ordinaires de compétence matérielle et territoriale.

En application des articles 7 et 4 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant

la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le Règlement n°1215/2012) le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître des demandes dirigées contre C, D et M motif pris que les fautes de gestion leur reprochées par le curateur étaient « des fautes qui se rattachent directement à l'exécution du mandat leur conféré » de sorte qu'il y avait « lieu d'admettre que le lieu d'exécution de ce mandat se situe nécessairement au lieu du siège social de la société, à savoir au Luxembourg ».

Etant donné que le curateur n'avait toutefois pas établi que la cession des actions dans G et dans K avait causé un préjudice à B, le tribunal a retenu que la preuve d'une gestion contraire aux intérêts financiers de B ne saurait découler du SPA du 26 mai 2015. Comme les dirigeants C et ELDH ne faisaient en plus pas partie du conseil d'administration d'B au moment de la prise de décision d'acquérir une participation dans G et dans K, le tribunal a retenu qu'il n'était pas établi qu'ils avaient commis une faute de gestion dans la conclusion du SPA du 26 mai 2015.

Concernant la cession à titre gratuit de la demande de brevet relative au « Traction Control-PC-CN » le tribunal a constaté que le curateur n'avait pas établi que cette demande de brevet avait en date du 12 août 2012 une valeur commerciale et si, dans l'affirmative, quel aurait été le prix auquel la demande aurait pu être cédée.

La demande du curateur a dès lors été déclarée non fondée.

A défaut de précisions par le curateur tant quant à l'article 7 2) du Règlement n°1215/2012, invoqué par F, que quant au lieu où le fait dommageable se serait produit, le tribunal s'est, conformément à l'article 4 du Règlement n°1215/2012, déclaré incompétent pour connaître de la demande en responsabilité dirigée contre F.

Le tribunal s'est déclaré compétent, en application de l'article 635 du Code de commerce, pour connaître de la demande en comblement du passif.

A défaut par le curateur d'établir l'existence d'une faute grave, caractérisée, voisine au dol et incontestable dans le chef de C, de D et de M, sa demande à leur encontre, sur base de l'article 495-1 alinéa 1 du Code de commerce, a été déclarée non fondée.

L'instance d'appel

Par acte d'huissier de justice du 5 octobre 2020, E2M et B en faillite ont interjeté appel contre le jugement du 24 avril 2020.

Les appelantes demandent à la Cour, par réformation du jugement, de :

principalement

prononcer la nullité du Contrat de cession du 26 mai 2015,

partant ordonner la restitution de ces actions et tous autres devoirs nécessaires ou utiles en la matière,

prononcer la nullité des contrats de transferts des demandes de brevet du 21 août 2015 et du 31 mars 2015 de B à G (par l'intermédiaire d'une cession à B R&D AB),

partant ordonner la restitution de ces demandes de brevets et tous autres devoirs nécessaires ou utiles en la matière,

subsidiatement: sur base de l'article 441-9 (ancien article 59) de la Loi de 1915

condamner C au paiement de la somme de 1.696.338,18 euros avec les intérêts au taux légal applicable à partir du 26 mai 2015, date de la cession litigieuse, sinon à partir de toute date à arbitrer par la Cour, sinon à partir de l'assignation,

condamner « *solidairement in solidum* » C et D au paiement de la somme totale de 4.129.263,91 euros avec les intérêts au taux légal applicable à partir de l'assignation, sinon à partir de toute date à arbitrer par la Cour,

plus subsidiairement, sur base de l'action en comblement du passif (article 495-1 du Code de commerce) :

condamner « *solidairement in solidum* », sinon chacun pour sa part C et D au paiement de la somme 2.769.633,42 euros, sous réserve d'augmentation, avec les intérêts au taux légal applicable à partir du 8 janvier 2016, date du jugement de faillite, sinon à partir de toute date à arbitrer par la Cour, sinon à partir de l'assignation,

en tout état de cause, par réformation

condamner F au paiement de la somme de 5.825.602,09 euros avec les intérêts au taux légal applicable sur la somme de 1.696.338,18 euros à partir du 26 mai 2015 et sur la somme de 4.129.263,91 euros à partir du 21 août 2015 dates des cessions litigieuses, sinon à partir de toute date à arbitrer par la Cour, sinon à partir de l'assignation.

Les appelantes sollicitent encore par réformation du jugement, l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 euros au titre de la première instance.

Elles concluent, en tout état de cause, à l'exécution provisoire, sans caution, de l'arrêt à intervenir et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

➤ Les développements des appelantes

Les appelantes exposent qu'elles agissent en vue d'obtenir des dommages et intérêts de la part des personnes qui ont orchestré la

vente à vil prix par B de sa participation dans G (acquise pour 1.700.000 euros en octobre 2014 et vendue en mai 2015 pour la somme modique de 25.000 euros) ainsi que la cession à titre gratuit de demandes de brevets détenues par B d'une valeur comptable dépassant les 4.000.000 euros.

Après un rappel des faits, les appelantes reprochent d'abord au tribunal de s'être, sur base d'une clause compromissoire, déclaré incompetent pour connaître des demandes en annulation du SPA du 26 mai 2015 et du Contrat de cession du 12 août 2015.

Elles font grief au tribunal d'avoir retenu que leurs demandes constituaient des actions de droit commun de sorte que la clause compromissoire invoquée par les parties défenderesses pouvait sortir ses effets.

Le curateur fait valoir que depuis un revirement jurisprudentiel opéré par un arrêt de la Cour de cassation belge du 3 mai 1973, ce ne sont pas seulement les litiges « nés » d'une disposition légale propre à la faillite qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal de faillite, mais tout litige survenu « à l'occasion de la faillite et dont le jugement est nécessaire pour parvenir à la liquidation ». Il souligne encore que l'accès à la justice arbitrale pose problème en l'occurrence pour les parties n'ayant pas les capacités financières suffisantes (i.e. la faillie respectivement le curateur étant dans l'impossibilité financière d'avancer les provisions d'un arbitrage) et il donne à considérer que ces parties se retrouvent face à un réel risque de déni de justice « puisque son action devra nécessairement s'éteindre faute de pouvoir poursuivre devant un tribunal arbitral ».

Finalement, le curateur explique que l'action en nullité intentée l'est au nom de la masse des créanciers et qu'en sa qualité de représentant de la masse il agit en tant que tiers aux contrats litigieux de sorte qu'il ne saurait être tenu par la clause d'arbitrage.

Au vu de ces développements, le curateur conclut que c'est à tort que le tribunal s'est déclaré incompetent pour connaître des demandes en annulation des contrats litigieux.

➤ Les observations des parties intimées

Les intimés soulèvent l'irrecevabilité de l'acte d'appel introduit par B en faillite et ils se rapportent à prudence de justice respectivement à sagesse de la Cour en ce qui concerne la recevabilité de cet acte en la pure forme.

Ils soulèvent ensuite l'irrecevabilité, sur base de l'article 952 du Nouveau Code de procédure civile, de la demande en annulation du contrat de transfert des demandes de brevet du 31 mars 2015 pour être nouvelle en instance d'appel.

Les intimés concluent à la confirmation du jugement en ce qu'il s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en annulation du SPA du 26 mai 2015, de la demande en annulation du Contrat de cession du 12 août 2015 et pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de F. Ils expliquent que contrairement aux motifs d'appel invoqués la clause compromissoire est valable.

Ils concluent de même à la confirmation du jugement en ce qu'il a dit la demande des appelantes non fondée et en ce qu'il a rejeté leur demande en indemnité de procédure.

Les intimés interjettent appel incident « en ce qui concerne les demandes en paiement dirigées contre C et D » et demandent à ce que, par réformation du jugement, il soit déclaré que les juridictions luxembourgeoises sont territorialement incompétentes pour connaître des demandes sur base de l'article 441-9 de la Loi de 1915 à l'encontre de ces personnes.

Finalement, ils réclament une indemnité de procédure de 20.000 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation

➤ Remarques préliminaires

Comme il ne ressort d'aucun acte de procédure soumis à l'appréciation de la Cour que M ait été intimé, l'indication contenue tant aux conclusions récapitulatives des appelantes que de celles des intimés, que ces conclusions sont prises:

« en présence de :

Monsieur M, sans état connu, demeurant à;

partie intimée aux termes du prédit exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO du 5 octobre 2020 ;

n'ayant pas constitué avocat »

n'est correcte, ni en fait, ni en droit. Il y a partant lieu de faire abstraction de cette indication dans les qualités du présent arrêt.

➤ Quant à la recevabilité de l'acte d'appel

Les intimés font d'abord valoir que l'acte d'appel est irrecevable alors que depuis le jugement déclaratif de faillite, le failli est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens et que seul le curateur a pouvoir pour agir tant au nom du failli que des créanciers de celui-ci ; ils concluent que B n'aurait dès lors pas qualité à agir de sorte que son appel serait à déclarer irrecevable.

Ce moyen procède d'une lecture erronée de l'acte d'appel qui indique qu'il est fait à la requête de 1) E2M représentée par Maître Max Mailliet, agissant en sa qualité de curateur de B en faillite et, pour

autant que de besoin, à la requête de 2) B en faillite, représentée par E2M, représentée par Maître Max Mailliet, agissant en tant que curateur.

L'acte d'appel est donc introduit par le curateur et le moyen d'irrecevabilité soulevé par les intimés n'est pas fondé.

Pour le surplus les intimés se rapportent à prudence de justice respectivement à sagesse de la Cour en ce qui concerne la recevabilité de l'acte d'appel du 5 octobre 2020 en la pure forme.

« La partie appelante » se rapporte également à prudence de justice quant à la recevabilité de son acte d'appel du 5 octobre en la pure forme.

S'il est exact que le fait, pour une partie de se rapporter à prudence de justice équivaut à une contestation, il n'en reste pas moins qu'une contestation non autrement étayée est à écarter, étant donné qu'il n'appartient pas au juge de suppléer la carence des parties au litige et de rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

Dès lors, étant donné que les intimés et « la partie appelante » sont restés en défaut de préciser dans quelle mesure la forme de l'acte d'appel n'aurait pas été respectée, le moyen d'irrecevabilité afférent encourt le rejet, étant relevé que la Cour n'entrevoit pas non plus de cause d'irrecevabilité d'ordre public qui serait à soulever d'office.

➤ Quant aux demandes nouvelles

Aux termes du dispositif de l'acte d'appel, les appelantes demandent à la Cour de :

« prononcer la nullité des contrats de transferts des demandes de brevet du 21 août 2015 et du 31 mars 2015 de B S.A. à G (par l'intermédiaire d'une cession à B R&D AB) ».

Les intimés soulèvent, en application de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, l'irrecevabilité de la demande en nullité du Contrat de cession du 31 mars 2015 pour être nouvelle en instance d'appel.

Les appelantes opposent à ce moyen que la demande de nullité du contrat de cession des demandes de brevets relatives à un « *Battery Pack with safety device, control device and control method* » et « *Current diverting device, a method and a computer program product* » ne différerait pas totalement de la demande originaire par l'objet, par le fondement et par le but auquel elle tend et qu'elle serait virtuellement comprise dans la demande originaire dont elle ne serait que la suite ou la conséquence. Leur demande serait partant recevable.

Il ressort du dispositif de l'assignation du 22 mai 2018, qu'en première instance le curateur n'avait demandé que la nullité du Contrat de cession du 12 août 2015 qui avait pour objet le transfert par B à G de la demande de brevet chinois (*chinese patent application*) n° 201080054040.4 relative au « *Traction Control-PC-CN* ».

La nullité des transferts des demandes de brevets concernant le « *Battery Pack with safety device, control device and control method* » et le « *Current diverting device, a method and a computer program product* » par B à B R&D en date du 31 mars 2015 et les transferts de ces mêmes demandes de brevets par B R&D à G en date du 2 juin 2015 n'ont pas été formulées en première instance.

Etant donné que le Contrat de cession du 31 mars 2015 a été conclu avec B R&D, qui n'est pas partie au présent litige et qu'il concerne des demandes de brevets différentes de celle faisant l'objet de la demande formulée en première instance, les moyens développés par les appelantes pour s'opposer à l'irrecevabilité de leur demande ne sont pas concluants.

Contrairement aux affirmations du curateur, ces demandes ne constituent pas des demandes additionnelles, connexes à la demande en nullité du Contrat de cession du 12 août 2015.

Il s'ensuit que les revendications supplémentaires formulées pour la première fois dans l'acte d'appel ne sont pas à qualifier de demande additionnelle, qui se définit comme demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures tout en la dirigeant contre le même défendeur, en la fondant sur la même cause et en poursuivant le même objet (cf. Thierry Hoscheit, L'évolution du litige en cours d'instance judiciaire, n°80, Bulletin du cercle François Laurent II/2004).

Il s'agit de demandes nouvelles en instance d'appel qui sont irrecevables en application de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile.

La fin de non-recevoir soulevée par les intimés est dès lors fondée et il y a lieu d'y faire droit et de déclarer irrecevable la demande des appelantes en nullité des contrats de transferts des demandes de brevet du 31 mars 2015 de B S.A. à G (par l'intermédiaire d'une cession à B R&D AB).

Quant à la compétence des juridictions luxembourgeoises

Avant d'exposer et d'analyser les moyens des parties quant à la compétence respectivement l'incompétence des juridictions luxembourgeoises et notamment du tribunal de commerce pour connaître 1) des demandes en annulation des contrats et 2) de l'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants, il convient de rappeler cette compétence est recherchée par les appelantes en application :

- de l'article 635 du Code de commerce ; elles font valoir que le tribunal saisi en première instance était compétent en tant que tribunal de la

faillite alors que les actions des appelantes seraient des actions nées de la faillite,

- du droit commun et en raison soit de l'absence de validité soit de l'inopposabilité de la clause compromissoire au curateur.

1) les demandes en annulation des contrats

Les parties défenderesses initiales avaient, en première instance, soulevé l'incompétence territoriale du tribunal saisi pour connaître des demandes du curateur au motif que tant le SPA du 26 mai 2015 que le Contrat de cession du 12 août 2015 comportent une clause compromissoire attribuant compétence à un tribunal arbitral suédois pour connaître de tous les litiges naissants entre parties à l'occasion de ces contrats ou qui ont une incidence sur ces derniers.

En plus, elles faisaient valoir que les demandes en annulation tout comme l'action en responsabilité des dirigeants, dirigées à leur encontre, ne seraient pas à qualifier d'actions nées de la faillite.

Les appelantes concluent à la réformation du jugement en ce que le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes en annulation du SPA du 26 mai 2015 et du Contrat de cession du 12 août 2015 et elles affirment que la clause compromissoire insérée dans les contrats litigieux ne serait pas applicable en l'espèce respectivement serait inopposable au curateur.

Etant donné que la faillite ne modifie en rien la règle que la juridiction saisie d'une action doit vérifier sa propre compétence, c'est à juste titre que le tribunal a d'abord analysé à propos des actions introduites par le curateur, quelle est la juridiction compétente pour en connaître.

En matière de faillite les règles de compétence sont d'ordre public même au point de vue territorial de sorte que les clauses attributives de juridiction ne sont pas opposables aux actions « nées » de la faillite qui sont définies comme étant celles qui ne sont nées que par le fait de la déclaration de faillite et trouvent les éléments de leur solution dans les textes propres à cette institution et celles qui trouvent leur source dans l'état de faillite et n'auraient pas pu se produire autrement (cf. Nouvelles T. IV, n° 2652 et s.). Sont de même considérés comme étant nés de la faillite, les litiges trouvant leur source dans la loi sur les faillites ou dans les dispositions d'autres lois établissant des règles particulières pour le cas de faillite (cf. Nouvelles, n° 2652, p. 763).

Seules les actions de droit commun, c'est-à-dire celles dont la faillite n'a été que l'occasion, celles qui eussent pu naître en dehors de l'état de faillite et celles qui s'appuient sur un droit qui n'est pas instauré ou organisé spécialement par la loi des faillites, continuent d'être régies par les règles ordinaires de compétence, tant au point de vue de la compétence matérielle que de la compétence territoriale (cf. Nouvelles, précité, n° 2652) et ne relèvent pas impérativement du tribunal de la faillite.

A titre d'exemples d'actions qui ne sont pas nées de la faillite on peut signaler l'action du curateur en résolution d'un contrat ou une revendication qui eut pu se produire de même façon si la faillite n'avait pas été prononcée.

La distinction entre les actions nées de la faillite et celle qui en sont indépendantes s'applique également en droit international privé.

Les demandes du curateur en annulation du SPA du 26 mai 2015 et du Contrat de cession du 12 août 2015 sont basées sur les moyens suivants :

- un vice de consentement,
- une représentation irrégulière du cocontractant,
- un conflit d'intérêts dans le chef du représentant du cocontractant, et
- un défaut d'autorisation du conseil d'administration du cocontractant pour passer la transaction.

A l'instar du tribunal, la Cour constate que ces demandes sont basées sur le droit commun ; qu'elles peuvent être exercées à tout moment en dehors de l'état de faillite et qu'elles ne sont pas à qualifier d'actions nées de la faillite.

Le curateur a encore basé ses demandes sur l'article 448 du Code de commerce.

En vertu de cet article, tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu.

L'article 448 du Code de commerce est l'application en matière de faillite de l'action paulienne classique prévue par l'article 1167 du Code civil (cf. Cour d'appel, 17 décembre 2008, n°30708 du rôle) et la nullité qui en résulte n'est pas propre à la faillite de sorte que la compétence suit les règles ordinaires (cf. Nouvelles, précité, n° 2665).

C'est partant à bon droit que le tribunal a décidé qu'il n'est pas compétent pour connaître de la demande en annulation sur base de l'article 448 du Code de commerce.

Il convient encore de noter que l'arrêt de la Cour de cassation belge du 3 mai 1973, cité par les appelantes, n'est pas pertinent en l'espèce dans la mesure où (i) les modifications du Code judiciaire belge à la suite desquelles il a été rendu n'ont pas impacté les textes légaux luxembourgeois et (ii) la jurisprudence luxembourgeoise était déjà antérieurement fixée dans le sens qu'une action est considérée comme née de la faillite, soit parce qu'elle est née de l'état de la faillite, soit parce qu'elle a trouvé sa source, son principe ou son fondement dans la législation de la faillite, soit parce qu'elle se rattache directement à la procédure qui en est la conséquence (Cour d'appel, 12 juillet 1965, Pas. 20, p.30).

Le tribunal de la faillite est donc compétent pour les actions nées de la faillite et à l'occasion de celle-ci.

En plus, la jurisprudence belge retient qu' « un jugement rendu en matière de faillite doit s'entendre de tout jugement qui statue sur des actions et contestations qui découlent directement des faillites et dont les éléments de solution résident dans le droit particulier qui concerne le régime des faillites » et « l'article 465 n'est pas applicable aux jugements qui, même partiellement, statuent sur des contestations fondées principalement sur une cause indépendante de la faillite, de telle sorte que celle-ci n'exerce aucune incidence juridique sur la solution du litige » (Cour de cassation belge, (1re ch.), 27 février 1997, J.T. 1997, p. 409; Cour de cassation belge, (1re ch.), 11 juin 1993; Cour de cassation belge, (1re ch.), 18 juin 1992).

Comme l'action à la base du litige n'est pas à qualifier d'action née de la faillite et ne relève dès lors pas de la compétence exclusive du tribunal de faillite, le moyen soulevé par le curateur n'est pas fondé.

Il convient ensuite de déterminer si les juridictions luxembourgeoises saisies sont compétentes pour connaître des demandes en annulation des contrats litigieux selon les règles ordinaires de compétence tant matérielle que territoriale.

Contrairement aux appelantes, les intimés donnent à considérer que la clause compromissoire est valable.

Il convient de rappeler que la clause compromissoire est prévue tant à l'article 6 du SPA du 26 mai 2015 qu'à l'article 3 du Contrat de cession du 12 août 2015 dans les termes suivants :

« [A]ny dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be finally settled by arbitration administered by the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the "SCC"). » (article 6)

et

« This Agreement shall be governed by the law of Sweden in all respects, including matters of construction, validity and performance. The Parties hereto agree that any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement, or the breach, termination or invalidity thereof, shall first be referred to Mediation in accordance with the Mediation Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, unless one of the parties objects.

If one of the parties objects to Mediation or if the Mediation is terminated, the dispute shall be finally resolved by arbitration in accordance with the Rules for Expedited Arbitrations of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. The language to be used in the arbitral proceedings shall be Swedish and this Agreement shall be governed by the substantive law of Sweden. »

Les appelantes se basent sur la doctrine belge et la jurisprudence française pour contester la validité de la clause compromissoire et le curateur expose en plus que l'application de cette clause conduirait à un déni de justice. Finalement, il affirme que cette clause lui est inopposable alors qu'elle est incluse dans des contrats auxquels il n'est pas partie.

Les appelantes invoquent l'ouvrage de M. Cloquet qui traite des actes défendus au curateur dont celui de transiger. Cette interdiction s'appliquerait depuis l'arrêt de la Cour de cassation belge du 3 mai 1973 non seulement aux litiges nés de la faillite mais encore à ceux survenu durant la faillite et intéressant la liquidation.

Tel qu'indiqué ci-dessus, l'arrêt de la Cour de cassation belge n'est pas pertinent en l'occurrence. Il ne l'est pas davantage en ce qui concerne l'appréciation de la validité d'une clause compromissoire conclue avant la faillite. La doctrine et jurisprudence belges sont en effet unanimes pour confirmer que le curateur d'une société déclarée en faillite reste tenu par une clause d'arbitrage valablement conclue par cette société avant la faillite, lorsque les termes de la convention et les règlements d'arbitrage sont, comme en l'espèce, suffisamment détaillés et complets pour lui permettre de mettre en œuvre l'arbitrage, notamment en ce qui concerne l'objet du litige et la désignation des arbitres (cf. Cass. belge, 29 mai 2009, RG. n° C.06.0264.N ; Cass. belge, 8 mai 1998, RG. n° C.96.0400.F). Or, les appelantes ne contestent pas la validité intrinsèque de la clause compromissoire.

Au vu des clauses compromissoires, contenues aux contrats litigieux, c'est à bon droit que le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes en annulation.

Le jugement a quo est partant à confirmer sur ce point.

Il convient également de rappeler qu'au vu du fait que ces actions ne sont pas nées de la faillite et ne relèvent pas du domaine d'application de l'article 635 du Code de commerce, les développements du curateur quant à l'application du règlement n°2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité et non pas du Règlement n°1215/2012, qui exclut de son application les faillites, concordats et autres procédures analogues, ne sont pas pertinents.

Le curateur invoque encore l'existence d'un déni de justice motif pris qu'au vu des moyens financiers limités tant de la faillie que du curateur, il serait empêché de recourir effectivement à l'arbitrage.

La Cour constate qu'il n'existe en l'espèce pas de risque de déni de justice tel que défini à l'article 640⁴ du Nouveau Code de procédure civile.

La Cour admet au vu des conclusions du curateur que celui-ci a plutôt entendu invoquer un risque d'entrave à la justice.

La jurisprudence retient que la convention d'arbitrage valablement conclue avant la faillite ne peut être écartée par le curateur et le fait que la partie adverse pousse à l'arbitrage ne constitue pas un abus de droit. Cette circonstance ne viole pas davantage l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme lorsque la partie adverse demande l'arbitrage contre la volonté du curateur (cf. Keutgen et Goessens, L'arbitrage, chronique de jurisprudence 2003-2013, J.T., 2014/42, n° 38, p. 826). S'il est évident que le failli lui-même ne peut exécuter une clause compromissoire relativement au patrimoine dont il est dessaisi, il en est autrement pour le curateur et la doctrine et la jurisprudence belges admettent que le curateur devrait respecter une convention d'arbitrage conclue *in tempore non suspecto* (moyennant l'autorisation du juge commissaire). Il est de même retenu que les conventions d'arbitrage conclues avant la faillite sont opposables à la masse (cf. note sous l'arrêt du 8 mai 1998 précité)⁵.

Les jurisprudences et doctrines françaises citées par le curateur à l'appui de son moyen d'inopposabilité de la clause compromissoire ne sont pas transposables en l'espèce alors que ces décisions et textes ont été prises dans le cadre du droit français de la faillite qui diffère fondamentalement du droit de la faillite luxembourgeois.

L'argument tiré de difficultés financières empêchant le curateur d'avoir accès à l'arbitrage reste non seulement en l'état de pure allégation mais est même contredit par le fait que le curateur a fait réaliser un rapport par la société d'audit Grant Thornton.

Il découle de ce qui précède que la clause d'arbitrage, insérée dans les contrats litigieux est opposable au curateur et entraîne que les juridictions étatiques luxembourgeoises ne sont territorialement pas compétentes pour connaître des demandes en annulation du SPA du 26 mai 2015 et du Contrat de cession du 12 août 2015.

2) l'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants

⁴ Cet article dispose qu'il y a déni de justice, lorsque les juges refusent de répondre les requêtes, ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées.

⁵ - Bankruptcy, Arbitration Agreements and the Access to Justice, Eric Dirix, in (2015) 3 NIBLeJ 6, p. 96: In a majority of examined jurisdictions it is accepted that an arbitration clause entered into by the debtor prior to the opening of the insolvency proceedings and that does not impede on the core aspects of the insolvency proceedings is binding to the administrator.

- Cass. 29 mai 2009, R.G. n° C.06.0264.N.

Conformément à l'acte d'appel, le curateur a basé sa demande contre les dirigeants C et D principalement sur l'article 441-9 de la Loi de 1915 et subsidiairement sur l'article 495-1 du Code de commerce.

La demande à l'encontre de F est basée, comme en première instance, sur l'article 1382 du Code civil.

Le tribunal a retenu à bon droit que la demande sur base de l'article 441-9 de la Loi de 1915 et celle sur base de l'article 1382 du Code civil, constituent des actions de droit commun qui sont régies par les règles ordinaires de compétence.

Il a rejeté le moyen des défendeurs basés sur l'article 4 du Règlement n° 1215/2012 en rappelant que l'action en responsabilité de l'article 441-9 de la Loi de 1915 est de nature contractuelle à l'égard des dirigeants et qu'en cette matière, l'article 7 du Règlement n° 1215/2012 prévoit des dispositions dérogatoires à son article 4. Le tribunal a ensuite dit qu'il « y a lieu d'admettre que le lieu d'exécution de ce mandat se situe nécessairement au lieu du siège social de la société, à savoir au Luxembourg » et il s'est dès lors déclaré compétent pour connaître des demandes en paiement dirigées contre C, D et M.

Les appelantes font valoir que c'est à bon droit que le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de l'action en responsabilité de droit commun à l'encontre des dirigeants mais elles soulèvent que c'est à tort que cette demande a été déclarée non fondée.

Elles exposent avoir renoncé, en instance d'appel, à rechercher la responsabilité de M au vu des explications fournies par ce dernier et du fait qu'il n'a de toute façon pas les moyens financiers suffisants pour supporter une éventuelle condamnation.

Par contre la responsabilité de C est recherchée pour avoir commis une faute de gestion en cédant à vil prix la participation de B dans G. Les appelantes recherchent de même la responsabilité de C et de D pour avoir transféré à titre gratuit à G les demandes de brevets.

Les intimés concluent, par réformation du jugement, à l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître des demandes dirigées contre MM. C et D, ayant tous les deux leur domicile en Suède. Ils basent leur demande sur les dispositions de l'article 4 sinon sur celles de l'article 7 du Règlement n°1215/2012 et font grief aux juges de première instance d'avoir retenu qu' « il y a lieu d'admettre que le lieu d'exécution de ce mandat se situe nécessairement au lieu du siège social de la société, à savoir au Luxembourg ».

MM.C et D font valoir qu'ils ont exercé leur mandat à partir de la Suède alors que les différentes réunions du conseil d'administration de B et l'assemblée générale des actionnaires du 24 juin 2015 y ont toutes eu lieu.

Il se dégage de l'économie des dispositions du Règlement n°1215/2012 que la compétence du domicile du défendeur est la règle et que les autres fors de compétence sont l'exception.

L'article 4 du Règlement dispose que les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat.

L'article 7 concerne les cas où une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être attirée dans un autre Etat membre. Ainsi, en matière contractuelle, elle peut l'être devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande.

Il est admis qu'en matière de prestations de services, ce lieu d'exécution est celui de l'Etat membre où les services ont été ou auraient dû être fournis.

Or, il résulte de la description des faits ci-dessus ainsi que des pièces soumises en cause que les contrats litigieux ont été signés en Suède, que les neuf conseils d'administration au cours de la période du 13 octobre 2014 au 25 mai 2015 ont tous été tenus en Suède à l'instar de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de B du 24 juin 2015. Tous les contrats litigieux, soumis expressément au droit suédois, comportent une clause d'arbitrage en faveur d'une juridiction d'arbitrage suédoise, et les parties intimées de même que les contractants de B qui n'ont pas été intimés, ont leur domicile respectivement leur siège social en Suède.

Au vu de ces éléments la Cour constate que la vie sociale de B s'exerçait pendant la période litigieuse essentiellement en Suède.

Comme il ne résulte en plus d'aucun élément du dossier que C et D aient accompli, au cours de la période de temps concernant la prise de décisions relatives aux contrats litigieux, le moindre acte au Luxembourg, il y a lieu de retenir que MM. C et D ont exécuté leur mandat de dirigeant en Suède et que si faute il y a, elle aura été commise en Suède.

Il en découle que contrairement à ce qu'ont admis les juges de première instance, il n'y a pas lieu d'admettre que le lieu d'exécution du mandat des dirigeants C et D, « se situe nécessairement au lieu du siège social de la société, à savoir au Luxembourg ».

Les juridictions luxembourgeoises ne sont dès lors pas compétentes pour connaître de la demande en responsabilité dirigée à l'encontre de C et D sur base de l'article 441-9 de la Loi de 1915.

Au vu de ce qui précède, l'appel incident est fondé et le jugement est dès lors à réformer.

A titre subsidiaire, le curateur recherche encore la responsabilité des intimés C et D sur base de l'article 495-1 du Code de commerce. A l'appui de sa demande il affirme que ces personnes, en leurs qualités

d'administrateurs de B, ont commis des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.

L'article 495-1 du Code de commerce, qui prévoit l'action en comblement de passif, dispose que :

« Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.

L'action se prescrit par trois ans à partir de la vérification définitive des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir, sans toutefois que le délai pour exercer l'action puisse être inférieure à un an. »

Cette action, étant une action née de la faillite, relève de la compétence du tribunal de la faillite. Le tribunal de première instance s'est dès lors à bon droit déclaré compétent pour en connaître.

Le tribunal a toutefois rejeté cette demande comme non fondée, une faute grave, caractérisée n'ayant pas été rapportée par le curateur qui n'avait pas spécialement motivée sa demande.

Dans leurs conclusions récapitulatives les appelantes rappellent que le montant total des déclarations de créances admises se chiffre à 2.769.633,42 euros. Elles font valoir que le tribunal a, à tort, déclaré leur demande en comblement de passif non fondée et elles expliquent que « l'orchestration des faits dans le seul et unique but de vider B de sa substance décrite dans la partie en Faits est pourtant manifeste et ne saurait échapper à quiconque. Il est indéniable que MM. C et D ont clairement mis tout en œuvre aux fins d'arriver à leurs fins, à savoir vendre à vil prix les actifs de B, notamment à une société qui se trouvait être la filiale d'un des actionnaires d'B. »

Les intimés donnent à considérer que la demande en comblement de passif n'est pas fondée dans la mesure où les conditions de l'article 495-1 du Code de commerce ne sont pas réunies et qu'il n'est pas démontré que les engagements envers les créanciers de B ont été pris à un moment où l'activité de celle-ci était déjà largement déficitaire.

L'article 495-1 du Code de commerce exige, pour que la sanction y prévue soit applicable, que le curateur établisse la preuve de fautes graves et caractérisées dans le chef des dirigeants de la société ayant contribué à la faillite.

La faute grave est celle qui est voisine du dol sans s'y identifier et qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise (cf. I. Verougstraete : Manuel de la faillite et du concordat, éd. 2003, n° 1062 et 1161). Il importe peu que ce soit une faute de

gestion, un délit, une faute contractuelle envers la société ou tout autre manquement. Elle est la légèreté ou l'insouciance impardonnable, c'est-à-dire, l'acte ou l'omission où l'auteur est conscient ou ne pouvait ne pas l'être de ce que son comportement contribuera à la faillite (cf. Revue critique des sociétés 1979, p. 2292, no 6049 par Jan Ronse p. 300).

Comme la faute doit être une faute caractérisée, le juge ne tiendra compte que de la faute incontestable. Il ne peut ignorer les difficiles appréciations de fait que devait faire le dirigeant au moment où il a accompli l'acte incriminé. La faute doit donc être nettement marquée ; il faut qu'elle soit telle que tout homme raisonnable, et pas seulement le juge, trouve la faute nécessairement établie (cf. Verougstraete n° 1062).

Les affirmations des appelantes à l'appui de leur demande sont restées en l'état de pure allégations et leurs développements afférents ne sont ni concluants, ni pertinents au regard de l'article 495-1 précité.

Ainsi les appelantes essaient de minimiser la crédibilité et le sérieux du rapport d'évaluation de la participation de B dans G produit par la société O au seul motif que cette société serait « un petit cabinet d'expertise situé à Östersund, petit village de Suède avec 50.000 habitants situé à 550k km d'Oslo en pleine campagne suédoise ». Le fait que le siège social de cette société se trouve à Östersund n'a toutefois aucune incidence sur la pertinence du rapport et il n'impacte pas la valorisation qui y est faite.

Le « tour de force », invoqué par le curateur, qui aurait été commis par la société H et F par la conclusion d'un « Ownership Agreement B SA » en date du 12 novembre 2014 n'est pas non plus établi, tout comme l'affirmation du curateur que ce contrat aurait eu comme conséquence la démission des représentants des petits actionnaires au conseil de B.

Il en est de même de l'affirmation du curateur que « MM. C et D ont été les instigateurs de ce subtil stratagème consistant à vider B de ses actifs sans contrepartie pour B ».

Il résulte par contre des pièces versées en cause que la décision de vendre les actions G a été prise par le conseil d'administration de B en date du 25 mai 2015, donc à un moment où B ne disposait pas des fonds nécessaires pour payer le solde du prix d'acquisition, le dividende préférentiel ou la Promissory Note, telle que définie à l'article 6.3 du contrat de cession du 31 octobre 2014.

Les procès-verbaux des conseils d'administration du 26 novembre 2014 et du 14 janvier 2015 établissent ainsi que B ne disposait pas

des fonds nécessaires pour financer l'acquisition des actions du 31 octobre 2014⁶.

⁶ The board unanimously decided to urgently send out information to all shareholders. This shall contain information (...) that the financing of ... acquisition is not fully in place and that we probably will not receive money from the government in Luxembourg (PV conseil d'administration du 26 nov. 2014)

Minutes of the Meeting of the Board of Directors held on January , 2015:

First Resolution.

The Board suspect that information provided from the previous CEO ...could have been misleading. Liquidity forecasts, information to the shareholders and potential investors about the short-term cash need to acquire ... and SLAB, claimed business agreements etc presented by the CEO to the Board and external investors have not been in line with the actual circumstances. Already by the end of October 2014 this became obvious when the CEO informed that 600,000 EUR was needed as emergency financing to be able to keep the ...-transaction alive. All Luxembourg members of the board resigned midNovember, and the CEO ...as well resigned a few days after.

The Board decided at December 5, 2014 to appoint Hubert Johansson to be the new CEO of the Company. The findings the new CEO have so far presented to the Board about the previous management of the Company is very concerning. The CEO has informed that ... and ... have from October and forward raised complaints with regards to misleading information and facts provided in relation to the capital increase during the summer of 2014. In addition, the Board was informed that the CEO suspect that the previous CEO has claimed that an agreement was in place with Husqvarna regarding BMS business before ... decided to provide additional financing in October 2014. The Board is still looking for new financing but the large deviation between previous communication about trading and standing and the actual realities makes it challenging.

The Board has concluded that funds needed to complete the acquisition of ... Servo Motors AB and Stridsberg Licensing AB ("HOD") is not available. To be able to limit the damage the Board has initiated negotiations with the principal owners. In case a solution cannot be found all of the shares in ... will immediately have to be returned to the seller.

Danske Bank offers loans to ... Servo Motors AB of SEK 7 million against commercial mortgage in The purpose of this loan is to replace existing credits to ... and to partly pay acquired IP from ... AB. A prerequisite for such loan is that the principal Shareholders post bond for the total loan amount of SEK 7 million.

UTN provides loans of SEK 5.2 million, to ... Sen,'0 Motors AB to make part payment for IP acquired from ... AB, against a collateral/pledge in all shares in UTN provides a loan of SEK 600,000 to EE R&D for current expenses in EE R&D against a collateral/pledge in all shares in EE R&D.

The previously emergency loans from (JTN and ... (October 2014) cannot be refunded accordance with applicable agreements. Therefore, these loans are renegotiated with the lenders and changes in the form of additional collateral has been agreed. The lenders stress that the extension shall not be interpreted as any acceptance of the previously misleading information. The only reason for the extension is to try to limit the damage.

Second Resolution.

The board currently has insufficient information regarding the Company's financial status, and whether the Company is obliged to convene an extraordinary general meeting to ask the question if the shareholders approve the continued operation of the Company. The Board has regardless decided to convene such meeting after the ongoing process to get a fair view on the Company's actual standing and trading has been completed.

Third Resolution.

See paragraph above. In addition, the Board decided to investigate whether the Company may have ended up in this situation (lack of funds). The Board of Directors overall impression is that the earlier completion of the share issue and the ongoing information provided by the previous CEO has given the impression that the Company could implement the approved investments and pay current expenses. Currently, the principal owners have taken responsibility for liquidity in the near future, see Resolution 1. Therefore, the Board believes that a decision on liquidation does not exist.

Fourth Resolution.

The Board decided that invoiced operating expenses incurred after 10 December 2014 will be handled by the CEO. This also applies to future operating costs. In cases questionable assemblies, shall also CEO attend to its validity, and if we have to pay.

Fifth Resolution.

C'est dans ce contexte, que le conseil d'administration de B a, en date du 25 mai 2015, pris la décision suivante :

« As the Company has no cash equivalents and other financial capacity as the Board sees no opportunities to complete the acquisition of the G (...) vs. J (SIAB). The board therefore conclude that it will sell the 999 shares that the Company acquired from the SIAB. Noted that these shares are pledged at the SIAB as security for a dividend of SEK 4 million that the ... will have to pay by 18 June. This also means that SIAB has to approve a buyer of the shares.

When the ... is not able to fulfil this commitment, the company has agreed to E purchases the preference shares from the SIAB. E has also offered the Company to purchase 999 shares from the G and 51 shares K for an amount of 250 000 SEK. As the basis for this is an external valuation.

SIAB will approve E as a buyer of the shares.

So the Board decided to sell the shares in the G and K to E.

It was noted that D did not participate in this decision. »

Compte tenu des obligations découlant pour B du SPA du 31 octobre 2014, du pacte d'actionnaires et du contrat de gage du même jour, les appelantes restent en défaut d'établir que C et/ou D ont commis une faute caractérisée en relation avec la décision du conseil d'administration de vendre les actions de G et de K.

Tel qu'indiqué ci-dessus, le contrat de cession du 12 août 2015, signé par C et D pour le compte de B, concerne uniquement la demande du brevet «Traction Control-PC-CN» (chinese patent application 201080054040.4).

Cette cession a eu lieu alors que depuis le mois de mars 2015 B ne disposait plus des fonds nécessaires pour payer les redevances pour maintenir sa demande de brevet (cf. pièce n° 7 Me Reuter).

Il a ainsi été décidé qu'elle cède la demande du brevet « Traction Control-PC-CN » à G ; le contrat précise que « *there are no financial resources in EE SA. The remaining patent applications in EE SA are*

The Board has negotiated with ... AB to postpone the payment (SEK 4 million) to the latest 18th June 2015. The preconditions for achieving this was that the principal owners agreed to provide bond for the full amount.

Sixth Resolution.

The Board notes that ... and ... on May 13, 2015 have demanded the immediate repayment of all transfers made by the companies to EE SA in relation to, and after, the capital increase was announced during May/June-2014.

considered to have no monetary value. If fees related to the remaining patent applications are not paid in time the application will terminate.»

Aucune des pièces n'établit que, conformément aux affirmations des appelantes, cette demande de brevet aurait eu une valeur de 4.129.263,91 euros ou qu'elle aurait été valorisée dans les comptes sociaux de B à hauteur de 4.129.263,91 euros.

Au vu de ce qui précède, les appelantes n'ont ni établi la valeur de la demande de brevet, ni un éventuel préjudice découlant pour B de cette cession. Le rapport de l'agence de brevets AWAPATENT du 10 mars 2015 (cf. pièce n° 9 Me Reuter), envoyé le 10 avril 2015 à B, et qui suggère à B de maintenir ses demandes de brevets pour « *the patent families entitled « Current diverting device, a method and a computer program product », « Traction control module, a vehicle and a method of aiding in controlling the motion of the vehicle » and « Battery pack with safety device, control device and control method »* et certaines demandes de brevets chinois, mentionne également la demande de brevet *Traction Control-PC-CN*, rappelle que déjà en date du 1^{er} avril 2014 des objections avaient été formulées contre cette demande pour manque de nouveauté et absence d'activité inventive.

Un deuxième rapport d'examen avait été émis le 5 décembre 2014 qui relève lui aussi le défaut de clarté et l'existence d'objections quant à la brevetabilité (« *raising lack of clarity and some formal objections* »).

La Cour note encore que le curateur s'est uniquement attaché à indiquer l'élément matériel des reproches formulés contre les dirigeants sans expliquer si l'élément moral, requis par l'article 495-1 était établi.

A ce sujet il y a lieu de renvoyer aux principes énoncés ci-dessus concernant la définition de la faute grave c'est-à-dire l'acte ou l'omission où l'auteur est conscient ou ne pouvait pas ignorer que son comportement contribuera à la faillite.

Finalement, la Cour constate que les appelantes n'ont pas détaillé les créances admises au passif. Au vu du tableau des créances, versé en pièce n° 35 par le curateur, il n'est pas possible de connaître la nature et la date de naissance de ces dettes. Il est dès lors impossible de savoir si les engagements de B envers ses créanciers ont été pris à un moment où l'activité de la société était déjà largement déficitaire.

Il n'appartient pas au juge de « réclamer » des pièces. Chaque partie au litige doit décider seule si elle entend faire état d'une pièce et la communiquer en cause (cf. article 58 du Nouveau Code de procédure civile). L'affirmation des appelantes que des pièces, non communiquées, sont « tenues à l'appréciation de la Cour » n'est partant pas pertinente.

Au vu des développements qui précèdent, le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré non fondée l'action en comblement de passif.

3) La demande en responsabilité délictuelle à l'encontre de F

Les appelantes concluent, par réformation du jugement, à la condamnation de F au paiement de la somme de 5.825.602,09 euros, outre les intérêts tels qu'indiqués au dispositif de leur acte d'appel. Elles basent leur demande sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil et reprochent à F d'avoir concouru à la dilapidation des principaux actifs de B par la vente de ses actifs à vil prix. Ce serait dès lors à tort que le tribunal aurait retenu que le curateur n'aurait pas clairement défini ni le lieu du fait dommageable, ni même le fait dommageable reproché à F.

Dans l'acte d'appel, le curateur « reproche encore aux actionnaires majoritaires d'B, à savoir la société de droit suédois H, représentée par Q et F HOLDING, représentée par D, d'avoir voulu reprendre l'entier contrôle d'B par la conclusion d'un « Ownership Agreement B SA and ... Motors AB du 12 novembre 2014 ».

Il reproche plus particulièrement à F d'avoir ainsi commis des fautes « en lien avec la vie sociale d'B et sa bonne gouvernance, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que le lieu de commission de ces fautes se situe nécessairement au lieu du siège social de la société, à savoir au Luxembourg ».

Il en découlerait que le tribunal saisi était territorialement compétent de sorte que le jugement serait à réformer sur ce point.

L'intimée F conteste, comme en première instance, la compétence des juridictions luxembourgeoise pour connaître de la demande du curateur à son encontre et elle fait valoir que cette action ne relève pas du domaine d'application de l'article 635 du Code de commerce. Il y aurait partant lieu d'appliquer les règles ordinaires de procédure et notamment l'article 4 point 1 sinon l'article 7 2) du Règlement n°1215/2012.

Rappelons que le tribunal s'est déclaré territorialement incompétent en application des articles 4 et 7 2) du Règlement du 12 décembre 2012 motif pris que le curateur n'avait pas clairement défini ni le fait dommageable qu'il reprochait à F, ni le lieu où ce fait se serait produit.

La demande en responsabilité délictuelle dirigée à l'encontre de F sur base de l'article 1382 du Code civil est une action qui n'implique pas la mise en œuvre des règles spécifiques de la faillite et ne relève partant pas du domaine de l'article 635 du Code de commerce. Il s'agit d'une action de droit commun à laquelle il y a lieu d'appliquer les règles de compétence ordinaire.

L'intimée F est une société de droit suédois qui a son siège social en Suède.

L'article 4 point 1 du Règlement n° 1215/2012 dispose que « Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le

territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. »

L'article 7 qui prévoit des compétences spéciales, dérogeant au principe consacré à l'article 4, dispose que « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée dans un autre État membre: (...) 2) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. »

Il ressort du jugement a quo que le curateur ne s'était, en première instance, pas prononcé sur la question de la compétence territoriale et qu'il n'avait clairement défini ni le fait dommageable, ni le lieu où ce fait se serait produit.

En appel, le curateur rappelle qu'il reproche à F d'avoir concouru à la dilapidation des actifs d'B par la vente à vil prix de ses actifs.

Dans ses conclusions récapitulatives il expose qu'il « reproche encore aux actionnaires majoritaires d'B, à savoir la société de droit suédois H, représentée par M. Johansson et F, représentée par M. D d'avoir pris l'entier contrôle d'B par la conclusion d'un « Ownership Agreement B SA and ... Motors AB » du 12 novembre 2014, ce contrat ayant vocation à régler le mode de nomination des membres du conseil d'administration d'B et d'évincer les représentants des actionnaires minoritaires ou en faisant en sorte que leurs voix ne soient entendues ».

Le fait dommageable est « précisé » par le curateur comme étant le fait pour F d'avoir concouru à la dilapidation des actifs de B ; l'intervention de F n'est pas autrement détaillée sauf que le curateur indique encore que F a signé le « Ownership Agreement B SA and ... Motors AB » en date du 12 novembre 2014.

La Cour note que ce contrat a été conclu en Suède ; le lieu où l'évènement causal aurait eu lieu se situe dès lors en Suède.

Le curateur ne prend cependant toujours pas position sur « le lieu où le fait dommageable s'est produit ».

A ce titre, il faut rappeler qu'en ce qui concerne les règles de compétences spéciales la jurisprudence retient qu'elles doivent être interprétées de manière autonome et stricte. Ainsi les termes de « lieu où le fait dommageable s'est produit » visent à la fois le lieu de la matérialisation du dommage et celui de l'évènement causal qui est à l'origine de ce dommage. En ce qui concerne la notion de « lieu de matérialisation du dommage » la CJUE a retenu que « ne saurait être considéré comme lieu où le fait dommageable s'est produit, en l'absence d'autres points de rattachement, le lieu situé dans l'Etat membre où un préjudice est survenu, lorsque ce préjudice consiste exclusivement en une perte financière qui se matérialise directement sur le compte bancaire du demandeur et qui résulte directement d'un

acte illicite commis dans un autre Etat membre. C'est uniquement dans la situation où les autres circonstances particulières de l'affaire concourent également à attribuer la compétence à la juridiction du lieu de matérialisation d'un préjudice purement financier qu'un tel préjudice pourrait, d'une manière justifiée, permettre au demandeur d'introduire l'action devant cette juridiction » (cf. CJUE, 16 juin 2016, C-12/15, EU :C :2016 :449).

Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Le curateur n'a dès lors pas établi que les juridictions luxembourgeoises seraient territorialement compétentes en application du Règlement n° 1215/2012.

Au vu de ces considérations et du fait qu'il n'est même pas allégué par les appelantes que F ait accompli un quelconque acte à Luxembourg, c'est à bon droit que le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande dirigée à son encontre.

L'appel n'est donc pas fondé sur ce point.

➤ Quant aux indemnités de procédure

Les appelantes requièrent une indemnité de procédure de 10.000 euros tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance n'est pas fondée au vu du fait que le jugement dont appel est à confirmer.

Au vu du sort réservé à son appel, la demande du curateur en allocation d'une indemnité de procédure pour la présente instance requiert un rejet. Il est en effet établi qu'une partie qui doit supporter l'entièreté des frais et dépens, n'a pas droit à une indemnité de procédure (Cass.Lux.1er déc. 2011, n° 66/11 ; Cour d'appel, 1e chambre, 24 oct. 2007 rôle 31065).

Chaque intimé réclame, conformément à la motivation des conclusions récapitulatives, une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel. Cette demande est augmentée, conformément au dispositif de ces mêmes conclusions à 20.000 euros par partie.

Etant donné toutefois que les intimés restent en défaut d'établir l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, leurs demandes sont à rejeter.

➤ Quant à la demande en exécution provisoire

Les appelantes ont conclu à l'exécution provisoire du présent arrêt.

Le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif, il n'y a pas lieu d'accéder à la demande visant à faire déclarer exécutoire par provision le présent arrêt.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

déclare irrecevable comme étant nouvelle en appel la demande en annulation du contrat de cession du 31 mars 2015,

dit non fondé l'appel principal,

déclare l'appel incident fondé,

par **réformation** du jugement

dit que le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg est territorialement incompétent pour connaître des demandes en responsabilité dirigées à l'encontre de C et de D,

dit non fondées les demandes respectives des parties en appel sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent arrêt,

laisse les frais et dépens à charge de la masse avec distraction au profit de Me Pierre Reuter sur ses affirmations de droit.