Jugement commercial XV N° /2015

Audience publique du mercredi, vingt-trois décembre deux mille quinze.

Numéros 145 724 et 145 725 du rôle

Composition :

Jean-Paul HOFFMANN ; Premier Vice-Président ;
Robert WORRÉ, Premier juge ;
Jacqueline KINTZELÉ, juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

I (rôle 145 724)

E n t r e :

la société en commandite simple par actions **SOC1.) (LUXEMBOURG) II S.C.A.**, ayant été établie à L-(…), (…), actuellement établie à L-(…), (…), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), inscrite au *Companies House* anglais comme une *overseas company* sous le numéro (…),

sous procédure de liquidation judiciaire en Angleterre, et placée en liquidation judiciaire sous le Insolvency Act anglais de 1986, par ordre du 1er décembre 2011 de l'honorable Mr. Justice SALES de la *Chancery Division, Companies Court, in the High Court of Justice* (no 10471 de 2011), à titre de procédure principale sous l'article 3 du Règlement européen en matière de procédures d'insolvabilité du 29 mai 2000,

avec siège d'activité principal actuel à (…) (Royaume-Uni), (…),

représentée par ses deux liquidateurs actuellement en fonctions,

à savoir

Monsieur Andrew Lawrence HOSKING, né le 15 juin 1966, demeurant professionnellement à Londres W1T 5HP (Royaume-Uni), 10, Fitzroy Square (c/o QUANTUMA LLP),

ayant été nommé par décision en date du 5 décembre 2011 du *Secretary of State for Business Innovation and Skills* sur demande de Monsieur Philip Ralph AMATT, né le 19 septembre 1966, ce dernier agissant légalement en vertu de sa fonction de *« assistant official receiver »* demeurant à *Public Interest Unit*, 21, Bloomsbury Street, Londres WC1B 3SS, comme étant le liquidateur officiel de la société en commandite par actions **SOC1.)** (LUXEMBOURG) II S.C.A.,

et Monsieur Bruce Alexander MACKAY, né le 28 mai 1958, demeurant professionnellement à Londres EC4A 4AB (Royaume-Uni) 25, Farringdon Street, (p.a. BAKER TILLY RESTRUCTURING AND RECOVERY LLP),

ayant été nommé par décision (Draft Order) de la High Court of Justice de Londres, rendue en date du 7 mai 2014, en remplacement de Monsieur Simon James BONNEY, né le 2 octobre 1977, demeurant professionnellement à Londres W1U 4JT (Royaume-Uni), 66, Chiltern Street (c/o RSM TENON RECOVERY),

élisant domicile en l'étude de Maître Nico SCHAEFFER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, aux termes de l'exploit de l'Huissier de Justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette, en date du 15 décembre 2011,

comparant par Maître Claude GEIBEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Nico SCHAEFFER, avocat susdit,

e t :

1. la société à responsabilité limitée **SOC1.) s.à r.l.**, ayant été établie à L-(…), (…), actuellement établie à L-(…), (…), représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), qui a eu la qualité de commandité de la partie requérante, depuis un acte dressé par feu Me André Jean Joseph SCHWACHTGEN, de ce temps notaire de résidence à Luxembourg, en date du 18 décembre 2006,

défenderesse, aux fins du prédit exploit Yves TAPELLA,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. la société à responsabilité limitée **SOC1.) I s.à r.l.**, en faillite, ayant été établie à L-(…), (…), actuellement établie à L-(…), (…), représentée par son curateur actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), qui a eu la qualité de commanditaire de la partie requérante, depuis un acte dressé par feu Me André Jean Joseph SCHWACHTGEN, de ce temps notaire de résidence à Luxembourg, en date du 18 décembre 2006,

défenderesse, aux fins du prédit exploit Yves TAPELLA,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange, pris en sa qualité de curateur de la société susdite,

3. Monsieur **A.)**, né le (…), demeurant à (…) (Royaume-Uni), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie A de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

4. Monsieur **B.)**, né le (…), demeurant à l-(…), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie A de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

demandeurs en intervention, aux fins du prédit exploit Yves TAPELLA,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, assisté de Maître Alain STEICHEN, avocat à la Cour, demeurant tous les deux à Howald,

5. Monsieur **C.)**, né le (…), demeurant à (…) (Royaume-Uni), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie B de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

6. Dr. **D.)**, né le (…), demeurant à (…) (Royaume-Uni), (…) ou à (…) (Royaume-Uni), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie B de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

demandeurs en intervention, aux fins du prédit exploit Yves TAPELLA,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, société d'avocats, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, 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 B 186.371, représentée par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

7. Maître **E.)**, avocat à la Cour, demeurant à L-(…), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie C de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

8. Maître **F.)**, avocat à la Cour, demeurant à L-(…), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie C de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

demandeurs en intervention, aux fins du prédit exploit Yves TAPELLA,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, société d'avocats, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, 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 B 186.371, représentée par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II (rôle 145 725)

E n t r e :

la société en commandite simple par actions **SOC1.) (LUXEMBOURG) II S.C.A.**, ayant été établie à L-(…), (…), actuellement établie à L-(…), (…), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), inscrite au *Companies House* anglais comme une *overseas company* sous le numéro (…),

sous procédure de liquidation judiciaire en Angleterre, et placée en liquidation judiciaire sous le Insolvency Act anglais de 1986, par ordre du 1er décembre 2011 de

l'honorable Mr. Justice SALES de la *Chancery Division, Companies Court, in the High Court of Justice* (no 10471 de 2011), à titre de procédure principale sous l'article 3 du Règlement européen en matière de procédures d'insolvabilité du 29 mai 2000,

avec siège d'activité principal actuel à (…) (Royaume-Uni), (…),

représentée par ses liquidateurs actuellement en fonctions,

à savoir

Monsieur Andrew Lawrence HOSKING, né le 15 juin 1966, demeurant professionnellement à Londres W1T 5HP (Royaume-Uni), 10, Fitzroy Square (c/o QUANTUMA LLP),

ayant été nommé par décision en date du 5 décembre 2011 du *Secretary of State for Business Innovation and Skills* sur demande de Monsieur Philip Ralph AMATT, né le 19 septembre 1966, ce dernier agissant légalement en vertu de sa fonction de *« assistant official receiver »* demeurant à *Public Interest Unit*, 21, Bloomsbury Street, Londres WC1B 3SS, comme étant le liquidateur officiel de la société en commandite par actions **SOC1.)** (LUXEMBOURG) II S.C.A.,

et Monsieur Bruce Alexander MACKAY, né le 28 mai 1958, demeurant professionnellement à 25, Farringdon Street, Londres (Royaume-Uni) EC4A 4AB (p.a. BAKER TILLY RESTRUCTURING AND RECOVERY LLP),

ayant été nommé par décision (Draft Order) de la High Court of Justice de Londres, rendue en date du 7 mai 2014, en remplacement de Monsieur Simon James BONNEY, né le 2 octobre 1977, demeurant professionnellement à Londres W1U 4JT (Royaume-Uni), 66, Chiltern Street (c/o RSM TENON RECOVERY),

élisant domicile en l'étude de Maître Nico SCHAEFFER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, aux termes de l'exploit de l'Huissier de Justice suppléant Nadine dite Nanou TAPELLA, en remplacement de l'Huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette, en date du 16 décembre 2011,

comparant par Maître Claude GEIBEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Nico SCHAEFFER, avocat susdit,

e t :

1. la société à responsabilité limitée **SOC1.) s.à r.l.**, ayant été établie à L-(…), (…), actuellement établie à L-(…), (…), représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), qui a eu la qualité de commandité de la partie requérante, depuis un acte dressé par feu Me André Jean Joseph SCHWACHTGEN, de ce temps notaire de résidence à Luxembourg, en date du 18 décembre 2006,

<u>défenderesse</u>, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. la société à responsabilité limitée **SOC1.) I s.à r.l.**, en faillite, ayant été établie à L-(…), (…), actuellement établie à L-(…), (…), représentée par son curateur actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), qui a eu la qualité de commanditaire de la partie requérante, depuis un acte dressé par feu Me André Jean Joseph SCHWACHTGEN, de ce temps notaire de résidence à Luxembourg, en date du 18 décembre 2006,

<u>défenderesse</u>, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange, pris en sa qualité de curateur de la société susdite,

3. Monsieur **A.)**, né le (…), demeurant à (…) (Royaume-Uni), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie A de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

4. Monsieur **B.)**, né le (…), demeurant à I-(…) (Italie), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie A de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

<u>défendeurs</u>, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, assisté de Maître Alain STEICHEN, avocat à la Cour, demeurant tous les deux à Howald,

5. Monsieur **C.)**, né le (…), demeurant à (…) (Royaume-Uni), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie B de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

6. Dr. **D.)**, né le (…), demeurant à (…) (Royaume-Uni), (…) ou à (…) (Royaume-Uni), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie B de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

<u>défendeurs</u>, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, société d'avocats, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, 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 B 186.371, représentée par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

7. Maître **E.)**, avocat à la Cour, demeurant à L-(…), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie C de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

8. Maître **F.)**, avocat à la Cour, demeurant à L-(…), (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie C de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

<u>défendeurs</u>, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, société d'avocats, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, 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 B 186.371, représentée par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Claude GEIBEN, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Nico SCHAEFFER, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse **SOC1.)** s.à r.l. par l'organe de son mandataire Maître Marc KLEYR, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse **SOC1.)** I s.à r.l., en faillite, par l'organe de son curateur Maître Yann BADEN, avocat constitué, demeurant à Gondrange.

Ouï les parties défenderesses **A.)** et **B.)** par l'organe de leur mandataire Maître Fabio TREVISAN, avocat constitué, assisté de Maître Alain STEICHEN, avocat à la Cour, demeurant tous les deux à Howald.

Ouï les parties défenderesses **C.)** et **D.)** par l'organe de leur mandataire la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, avocat constitué, représentée par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï les parties défenderesses **E.)** et **F.)** par l'organe de leur mandataire la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, avocat constitué, représentée par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Revu le jugement commercial n° 1648/13 rendu par le tribunal de céans en date du 11 décembre 2013 dans le rôle numéro 145.725.

Revu les ordonnances de clôture de l'instruction dans les affaires inscrites sous les numéros 145.724 et 145.725 du rôle rendues à l'audience publique du 17 juin 2015.

Madame le juge rapporteur Jacqueline KINTZELÉ entendu en son rapport oral à l'audience du 28 octobre 2015.

Par exploit d'huissier de justice du 15 décembre 2011, la société en commandite par actions **SOC1.)** (LUXEMBOURG) II S.C.A., sous procédure de liquidation judiciaire en Angleterre, (ci-après **SOC1.)** II) a donné assignation aux sociétés à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. (ci-après **SOC1.)**) et **SOC1.)** I s.à r.l. (ci-après **SOC1.)** I) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour :

– l
es entendre condamner solidairement à lui payer le montant de 978.659.712.- EUR avec les intérêts conventionnels, sinon légaux à partir du 18 décembre 2006, sinon à partir du 21 décembre 2006, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde,

– e
t, voir annuler les résolutions adoptées en date du 18 décembre 2006 par **SOC1.)** pour compte de la requérante pour le rachat des 27.321.600 instruments financiers appelés *Convertible Preferred Equity Certificates* (ci-après «CPECs»)

à **SOC1.)** I à une valeur nominale de 35,82 EUR par CPEC, et voir annuler la transaction de rachat intervenue aux fins du remboursement des CPECs conclue en date du 21 décembre 2006, sinon quelques jours plus tard, et dire que le prix est par conséquent remboursable entre les mains de la requérante.

Elle sollicite encore de chacune des parties assignées une indemnité de 15.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que leur condamnation à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son mandataire.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 145.724 du rôle.

SOC1.) II base ses demandes en condamnation sur les règles de la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle et invoque notamment à l'appui de ses demandes en nullité une fraude à la loi, une cause illicite et immorale du rachat, une violation de dispositions impératives de la loi, des statuts et des dispositions contractuelles, ainsi que des agissements contraires à l'intérêt social de la requérante.

En date du 22 janvier 2014, une première ordonnance de clôture de l'instruction a été révoquée de l'accord des parties et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Suivant requêtes en intervention volontaire notifiées le 11 février 2014, **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)**, **E.)** et **F.)** ont demandé acte de leur intervention volontaire dans la présente instance, sous réserve expresse du droit d'interjeter appel contre le jugement commercial n° 1648/13 rendu le 11 décembre 2013 par le tribunal de céans dans l'instance se mouvant entre les mêmes parties et inscrite sous le numéro 145.725 du rôle.

Par jugement commercial du 17 décembre 2014, la société **SOC1.)** I a été déclarée en faillite et Maître Yann BADEN a été nommé curateur, lequel se rapporte aux conclusions antérieurement prises, à savoir celles notifiées par **SOC1.)** et **SOC1.)** I en date du 21 novembre 2014, tandis que la société **SOC1.)** a notifié des conclusions récapitulatives en date du 12 juin 2015.

Aux termes de leurs écrits, les sociétés **SOC1.)** et **SOC1.)** I concluent à l'irrecevabilité, sinon au caractère non fondé de l'assignation du 15 décembre 2011 et de l'intégralité des demandes formulées à leur encontre, soulignant l'absence de relation causale entre le rachat des CPECs opéré par **SOC1.)** II au mois de décembre 2006 et le dommage allégué, qui reste contesté tant en son principe qu'en son quantum. La requérante devrait également être déboutée de sa demande en annulation pour cause illicite, immorale ou contraire à l'ordre public, sinon la restitution des sommes payées au titre du rachat des CPECs devrait lui être refusée par application de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

A.) et **B.)** soulèvent l'irrecevabilité des demandes des liquidateurs présentées à leur encontre basées sur une prétendue gérance de fait pour constituer des demandes nouvelles, ainsi que l'irrecevabilité des demandes des liquidateurs en ce qu'ils agissent au nom de la masse des créanciers. Ils concluent au rejet comme non fondées des demandes de toute nature et en tout point des liquidateurs lorsqu'ils agissent en tant que représentants de **SOC1.)** II. Ils sollicitent enfin la condamnation des liquidateurs au paiement de la somme de 20.000.- EUR, ou de toute autre

somme même supérieure à arbitrer *ex aequo et bono* par le tribunal, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux frais et dépens avec distraction au profit de leur mandataire.

C.), **D.)**, **E.)** et **F.)** concluent à l'irrecevabilité des demandes formulées sur la base délictuelle en l'absence de pouvoir des liquidateurs pour représenter la masse des créanciers de **SOC1.)** II. Ils estiment que tant la décharge accordée au gérant commandité pour son mandat en 2006 que la clause exclusive de responsabilité figurant dans le pacte d'actionnaires seraient pleinement opposables à la requérante et que leur responsabilité ne saurait être engagée sur aucune des bases légales invoquées par cette dernière, contestant tant le préjudice allégué que la relation causale entre les fautes reprochées et le préjudice invoqué par la requérante, de sorte que les demandes formulées devraient être rejetées dans leur intégralité.

Dans le rôle numéro 145.725, la demande émanant de **SOC1.)** II tend à la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon de chacun pour le tout, de **A.)**, de **B.)**, de **C.)**, de **D.)**, de **E.)** et de **F.)** au paiement du montant de 978.659.712.- EUR avec les intérêts conventionnels, sinon légaux à partir du 18 décembre 2006, sinon à partir du 21 décembre 2006, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde, les sociétés **SOC1.)** et **SOC1.)** I étant assignées en déclaration de jugement commun.

La responsabilité des personnes physiques assignées est principalement recherchée sur la base contractuelle en leur qualité de membres du conseil de gérance de l'actionnaire commandité au moment de la décision de rachat litigieuse «*pour avoir pris part aux décisions litigieuses et à leur mise en œuvre*» et s'être rendues coupables de violations de la loi concernant les sociétés commerciales.

En ordre subsidiaire, leur responsabilité est recherchée sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil en conjonction avec les articles 72-1, 167 et 201 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la « Loi modifiée de 1915 »).

Suivant jugement commercial n° 1648/13 du 11 décembre 2013, le tribunal de céans a d'ores et déjà déclaré la demande dirigée contre les six défendeurs personnes physiques recevable et a dit que l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915 a vocation à s'appliquer aux sociétés en commandite par actions, tout en réservant tous les autres moyens, demandes et droit des parties, ainsi que les frais et dépens.

Sous réserve d'appel contre le jugement interlocutoire précité, **C.)**, **D.)**, **E.)** et **F.)** concluent à l'irrecevabilité, sinon au caractère non fondé des demandes formulées sur la base contractuelle en l'absence de contrat conclu avec la requérante. Dans la mesure où ils auraient agi dans le cadre de leurs fonctions, ils estiment que les demandes formulées sur la base délictuelle devraient également être déclarées irrecevables, sinon non fondées. Ils renvoient encore à la clause exclusive de responsabilité figurant dans le pacte d'actionnaires et font valoir que leur responsabilité ne saurait être engagée sur aucune des bases légales invoquées par la requérante, contestant tant le préjudice allégué que la relation causale entre les fautes reprochées et le préjudice invoqué par la requérante, de sorte que les demandes formulées devraient être rejetées dans leur intégralité.

Également sous réserve d'appel contre le jugement interlocutoire du 11 décembre 2013, **A.)** et **B.)** soulèvent l'irrecevabilité tant des demandes des liquidateurs présentées à leur encontre basées sur une prétendue gérance de fait que leurs demandes en annulation des résolutions pour violation de l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915, au motif que celles-ci constitueraient des demandes nouvelles, ainsi que l'irrecevabilité des demandes des liquidateurs en ce qu'ils agissent au nom de la masse des créanciers. Ils concluent au rejet comme non fondées des demandes des liquidateurs de toute nature et en tout point lorsqu'ils agissent en tant que représentants de **SOC1.)** II. Ils sollicitent enfin la condamnation des liquidateurs au paiement de la somme de 20.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux frais et dépens avec distraction au profit de leur mandataire.

Faisant valoir que l'assignation dirigée à son encontre dans le rôle numéro 145.724 basée sur sa prétendue responsabilité contractuelle ou délictuelle serait à déclarer irrecevable, sinon non fondée, la société **SOC1.)** conclut en conséquence à l'irrecevabilité, sinon au caractère non fondé de l'action en responsabilité contractuelle sinon délictuelle dirigée contre ses anciens gérants.

La société **SOC1.)** I se rapporte aux conclusions antérieurement déduites en cause.

La société **SOC1.)** II fait valoir que ses liquidateurs judiciaires auraient bien capacité et qualité à agir en application du droit anglais et conclut au caractère fondé de sa demande dirigée contre les six défendeurs en faisant notamment état d'une fraude à la loi, d'une fraude aux droits des créanciers, d'une violation des statuts, d'agissements contraires à l'intérêt social de la requérante, ainsi que d'une violation des *terms & conditions* des CPECs et des dispositions de l'article 51bis précité qui, outre de constituer des causes de nullité du rachat litigieux, seraient de nature à engager la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle des anciens gérants de **SOC1.)**.

1) Quant à la jonction des rôles

En l'occurrence, les parties ne se sont pas prononcées quant à une éventuelle jonction des deux instances, mais l'ordonnance de clôture rendue le 26 juin 2013 dans le rôle numéro 145.724 a été révoquée en date du 22 janvier 2014 de l'accord de toutes les parties et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, notamment afin de permettre aux parties défenderesses personnes physiques d'intervenir volontairement dans ce rôle et d'y présenter leurs conclusions quant au fond de l'affaire, alors que la décision que le tribunal serait amené à prendre dans le rôle numéro 145.724 risquerait d'influer sur l'issue du litige inscrit sous le numéro 145.725 du rôle.

La décision de joindre deux instances est laissée à l'appréciation souveraine des juges qui devront examiner si les différentes actions se trouvent l'une vis-à-vis de l'autre dans des rapports de sérieuse affinité, d'étroite corrélation.

La jonction des causes est un acte de pure instruction qui laisse à chacune son individualité propre, n'en préjuge pas plus la recevabilité que le fondement et ne les fond pas dans une instance unique.

La jonction des causes du chef de connexité a pour but tantôt de faciliter les débats en justice, tantôt d'éviter les décisions contradictoires, tantôt d'épargner des frais aux parties au litige.

Les demandes inscrites au rôle sous les numéros 145.724 et 145.725 se rapportent à un point de départ unique et commun, à savoir les résolutions adoptées en date du 18 décembre 2006 par **SOC1.)** pour compte de la requérante pour le rachat des CPECs, suivies de la conclusion du contrat de rachat de CPECs litigieux en date du 21 décembre 2006, et reposent par ailleurs sur les mêmes faits.

La solution qui sera donnée au litige inscrit sous le numéro de rôle 145.724 a en outre vocation à influer sur la solution à apporter à la demande inscrite sous le numéro 145.725 du rôle.

Il y a partant lieu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de joindre les deux rôles et de statuer par un seul et même jugement.

2) Quant aux faits constants en cause

Les faits constants en cause, tels qu'ils se dégagent des conclusions des parties et des pièces versées en cause, peuvent être résumés comme suit :

Fin mars 2005, la société **SOC1.)** I (anciennement dénommée **SOC1'.)** I) est devenue l'actionnaire unique de la société **SOC1.)** II, qui était alors une société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois au capital social minimum de 12.500.- EUR et portant la dénomination « **SOC1'.)** II s.à r.l. ».

A cette époque, un consortium d'investisseurs, composé de plusieurs fonds d'investissement affiliés à ou conseillés et gérés par **SOC2.)** et **SOC3.)** (ci-après les « Investisseurs ») ont décidé d'investir dans le groupe de télécommunications grec **T- SOC1.)**, alors troisième opérateur de téléphonie mobile en Grèce, à travers notamment la société **SOC1.)** II et ses filiales.

En date du 3 avril 2005, une filiale de **SOC1.)** II, la société anonyme de droit grec « **SOC1'.)** GAC Telecommunications S.A. », a acquis 80,87% des actions de **T-SOC1.)** pour un prix d'acquisition de 1.114,1 millions d'euros.

Cette acquisition a été financée en partie par la conclusion en date du 3 avril 2005 par différentes entités du groupe **SOC1.)** et **T- SOC1.)** d'une *Revolving Credit Facility* et par l'émission en date du 15 juin 2005 par la société **SOC1.)** II de 490.000 CPECs d'une valeur nominale de 100.- EUR chacun et souscrits par la société **SOC1.)** I.

A la même date, la société **SOC1.)** I a également émis 490.000 CPECs d'une valeur nominale de 100.- EUR chacun en faveur de son associé unique, la société **SOC1.)**, tandis que la société **SOC1.)** (anciennement dénommée **SOC1'.)**) a émis le même nombre de CPECs en faveur de ses propres associés.

En date du 27 octobre 2005, **T- SOC1.)** (à travers une filiale) a acheté **SOC4.)**, qui était à l'époque le quatrième opérateur grec de téléphonie mobile, pour un prix total d'acquisition d'environ 367,1 millions d'euros.

Le solde de 19,13% des actions de **T- SOC1.)** a été acquis par la même filiale de droit grec de **SOC1.)** II en date du 3 novembre 2005 pour un prix de 263,5 millions d'euros ce qui a porté le prix d'acquisition total de **T- SOC1.)** à environ 1.613,6 millions d'euros, en tenant compte du refinancement de la dette de **T- SOC1.)** à hauteur de 166 millions d'euros et des frais de transaction d'environ 70 millions d'euros.

Au cours de l'année 2005, le capital social de **SOC1.)** II a été porté au montant d'un million d'euros.

En date du 31 janvier 2006, la société **SOC1.)** II a émis 282.681 CPECs supplémentaires d'une valeur nominale de 100.- EUR chacun et souscrits par la société **SOC1.)** I, son capital social ayant entretemps été augmenté jusqu'à concurrence du montant de 1.576.900.- EUR.

A la même date, la société **SOC1.)** I a également émis 282.681 CPECs supplémentaires d'une valeur nominale de 100.- EUR en faveur de son associé unique, la société **SOC1.)**, tandis que la société **SOC1.)** a émis le même nombre de CPECs en faveur de ses propres associés.

Le coût total des acquisitions de **T- SOC1.)** et de **SOC4.)**, qui ont été finalisées au 31 janvier 2006, s'est élevé à environ 1.980,7 millions d'euros.

Ces acquisitions ont été financées à hauteur de 390,1 millions d'euros par les Investisseurs, dont environ 1,6 millions d'euros sous forme de capital social, environ 311,2 millions d'euros sous forme de souscription d'instruments financiers appelés *Preferred Equity Certificates* (ci-après «PECs») et environ 77,3 millions d'euros sous forme de souscription de CPECs, le surplus du prix d'acquisition ayant été financé par des banques au niveau des filiales de **SOC1.)** II.

En avril 2006, **SOC1.)** II a racheté à la société **SOC1.)** I 43.500.000 CPECs à leur valeur nominale, soit pour un prix d'acquisition total de 43.500.000.- EUR.

Les mêmes rachats ont eu lieu entre **SOC1.)** I et **SOC1.)**, puis entre **SOC1.)** et ses propres associés afin de faire remonter le prix de rachat vers les Investisseurs.

Le 12 avril 2006, la valeur nominale des CPECs a été portée de 100.- EUR à 1.- EUR par CPEC (cf. *notes to the consolidated financial statements as of 31 December 2006*, page F-31).

En juin 2006, les Investisseurs ont envisagé une vente du groupe **SOC1.)** pour la fin de l'année 2006 et ont mandaté **SOC5.)** avec la réalisation d'un *vendor due diligence report*, lequel a été présenté le 19 octobre 2006.

En juillet 2006, les Investisseurs ont reçu les propositions d'une dizaine de banques d'investissement, à savoir de la part de Crédit Suisse, Citigroup, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, Lazard, Lehman Brothers, Merrill Lynch, Morgan Stanley et UBS, manifestant leur intérêt à conduire le processus de vente du groupe **T- SOC1.)** et évaluant celui-ci en moyenne à une *entreprise value* située entre 3,3 et 4 milliards d'euros.

Les Investisseurs ont retenu les banques Lehman Brothers et Morgan Stanley en tant que conseillers financiers pour la vente du groupe, lesquelles ont préparé un ***SOC1.)*** *Group Information Memorandum* destiné aux acquéreurs potentiels et comportant tant des informations sur les performances financières du groupe sur une période de 18 mois (depuis début 2005 à fin juin 2006), que des projections pour les années 2006 à 2011 reprises du *business plan* préparé par le management de **T-SOC1.)**, ainsi que des informations plus générales sur l'historique du groupe et les évolutions passées et projections futures des secteurs des télécommunications grecs et européens.

Sur base du ***SOC1.)*** *Group Information Memorandum* préparé par les banques précitées, le groupe **T- SOC1.)** a été proposé à la vente dans le cadre d'un appel au plus offrant et, lors de la première étape de l'enchère au mois d'octobre 2006, cinq sociétés ont soumis des offres (non contraignantes) comprises entre 2,5 à 3 milliards et 3,8 milliards d'euros.

En novembre 2006 et suite à des due diligences plus approfondies, deux des trois sociétés ayant été admises à la deuxième étape de l'enchère ont soumis des offres à hauteur respectivement de 2,7 milliards d'euros (**SOC6.)**) et de 3,2 milliards d'euros (**SOC7.)**).

Les Investisseurs n'étant pas disposés à céder le groupe pour une *entreprise value* inférieure à 3,4 milliards d'euros, aucun accord n'a pu être trouvé avec les acquéreurs potentiels ayant soumis les offres précitées.

En décembre 2006, les Investisseurs ont alors décidé de retarder la vente et de procéder à une restructuration du financement et partant de la dette du groupe avec émission de nouvelles obligations dans le public et rachat partiel de CPECs (ci-après le « Refinancement »), scénario alternatif suggéré par les banques.

Ce Refinancement devait notamment être réalisé moyennant les trois émissions obligataires suivantes :

- une émission par **SOC1.)** Finance (une filiale de **SOC1.)** I) de *Floating Rate Senior PIK Notes* à hauteur de 200 millions d'euros,
- une émission par **SOC1.)** V (une filiale de **SOC1.)** II) de *Senior Secured Notes* à hauteur de 97,250 millions d'euros,
- une émission par **SOC1.)** II de *Floating Rate Subordinated Notes* à hauteur de 960 millions d'euros et de 275 millions de dollars US.

Dans la mesure où ce Refinancement supposait l'émission d'un emprunt dans le public (interdite aux sociétés à responsabilité limitée en application de l'article 188 de la Loi modifiée de 1915), la société **SOC1.)** II a, suivant acte notarié du 18 décembre 2006, été transformée de société à responsabilité limitée en société en commandite par actions, la société **SOC1.)** a été nommée actionnaire commandité et gérant de la requérante, tandis que la société **SOC1.)** I est devenue son actionnaire commanditaire.

A cette date et depuis le 25 septembre 2006, **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)**, **E.)** et **F.)** étaient les membres du conseil de gérance de la société **SOC1.)**.

La société **SOC1.)** était en outre toujours l'associé unique de la société **SOC1.)** I.

Suivant résolutions de son gérant commandité **SOC1.)** prises en date du 18 décembre 2006, la société **SOC1.)** II a décidé de participer, ensemble avec d'autres entités du groupe, au refinancement de la dette existante de **T- SOC1.)** dont les revenus (*proceeds*) seraient utilisés pour le remboursement de prêts d'actionnaires largement subordonnés de **SOC1.)** I, les revenus de ce remboursement devant être utilisés par **SOC1.)** I afin de rembourser et racheter les prêts de son propre associé (page 1 desdites résolutions).

En vue de ce Refinancement, **SOC1.)** II a fait notamment part de son intention d'émettre des *Subordinated Floating Rate Notes* pour un montant total de 1,1 milliards d'euros et de racheter des CPECs détenus par **SOC1.)** I pour un montant total de 978.659.712.- EUR et a décidé, par conséquent, de fixer le prix de rachat optionnel des 27.321.600 CPECs à 35,82 EUR par CPEC « *based on the equity value of the Company and its Subsidiairies on an arm's length basis* » (cf. *first resolution*, page 4) et d'exécuter un certain nombre de *Transaction Documents* (tels que définis à la page 4, cf. *second resolution*).

Également en date du 18 décembre 2006 a été émis le prospectus dénommé *Offering Memorandum* en vue notamment de l'émission par **SOC1.)** II de *960.000.000.- EUR Floating Rate Subordinated Notes due 2015* et de *275.000.000.- USD Floating Rate Subordinated Notes due 2015.*

Suivant *Redemption Agreement* daté du 21 décembre 2006, la société **SOC1.)** II a racheté 27.321.600 CPECs, sur un total de 33.808.736 CPECs émis, à la société **SOC1.)** I à une valeur de rachat optionnelle de 35,82 EUR par CPEC, de sorte qu'elle a payé entre les mains de son commanditaire la somme totale de 978.659.712.- EUR.

A la même date, la société **SOC1.)** I a racheté 27.373.000 CPECs à son associé unique, la société **SOC1.)**, à une valeur de rachat optionnelle de 35,57 EUR par CPEC, soit pour un prix de rachat global de 973.657.610.- EUR, tandis que la société **SOC1.)** a racheté un nombre équivalent de CPECs à ses propres huit associés à la même valeur de rachat optionnelle de 35,57 EUR par CPEC, soit également pour un prix de rachat global de 973.657.610.- EUR.

Suivant *Indenture* conclue en date du 21 décembre 2006 entre **SOC1.)** II, en tant que *Issuer*, et, notamment, The Bank of New York, en tant que *Trustee, Registrar, Transfer Agent et Paying Agent* (tels que définis dans *l'Indenture*), **SOC1.)** II a émis les *960.000.000.- EUR Floating Rate Subordinated Notes due 2015* et *275.000.000.- USD Floating Rate Subordinated Notes due 2015* (ci-après les « *Subordinated Notes* »).

Suite à ce Refinancement, **SOC7.)** Investments S.p.A. (ci-après « **SOC7.)** ») a fait part aux Investisseurs de son intention d'acquérir le groupe **T- SOC1.)**.

Cette acquisition a été concrétisée par la conclusion en date du 6 février 2007 entre les Investisseurs et **SOC7.)** d'un *Securities Purchase Agreement* par lequel cette dernière a acquis l'intégralité des *Securities* de **SOC1.)** (en tant qu'entité détenant indirectement l'intégralité du « *equity interest* » de **T- SOC1.)**), comprenant tant ses 15.769 parts sociales d'une valeur nominale de 100.- EUR chacune, que ses 6.435.736 CPECs d'une valeur nominale de 1.- EUR chacun et ses 2 B-CPECs

d'une valeur nominale de 100.- EUR chacun, moyennant un prix d'acquisition de 500 millions d'euros.

Suite à cette acquisition, **T- SOC1.)** a changé sa dénomination en **W- SOC1.)**.

Dans la mesure où *l'Indenture* prévoyait qu'en cas de changement de contrôle (tel que c'était le cas suite à la vente du groupe à **SOC7.)**) l'émetteur **SOC1.)** Il devait soumettre aux détenteurs des *Subordinated Notes* une offre de rachat pour un prix équivalent à 101% du montant principal des *Notes* détenues, augmenté d'éventuels intérêts (cf. section 4.15 de *l'Indenture),* **SOC1.)** Il a, en date du 20 février 2007, informé les détenteurs des *Subordinated Notes* de l'applicabilité de ces dispositions et a sollicité leur accord à renoncer à l'option de rachat immédiat qui leur était ainsi ouverte, moyennant paiement d'une indemnité de 0,1% du montant principal détenu (cf. *Consent Solicitation Statement*, pièce n° 19 de la farde 2/5 de Maître Trevisan).

Une très large majorité des détenteurs des *Subordinated Notes* a accepté de renoncer à leur faculté de rachat immédiat et partant de conserver leurs titres de créance (cf. pièce n° 20 de la farde 2/5 de Maître Trevisan), de sorte que **SOC1.)** Il n'avait plus l'obligation de leur proposer une offre de rachat au sens de la section 4.15 précitée.

En date du 27 juillet 2007 a eu lieu l'assemblée générale annuelle des actionnaires de **SOC1.)** II, à laquelle ont assisté **SOC1.)** I, en tant que propriétaire de 15.768 actions ordinaires, et **SOC1.)**, en tant que propriétaire d'une action de gérance.

Lors de cette assemblée, les actionnaires ont notamment décidé d'approuver les comptes annuels de **SOC1.)** II pour l'exercice clôturé au 31 décembre 2006, constaté l'existence d'une perte excédant 100% du capital social, décidé de poursuivre l'activité de la société en application de l'article 100 de Loi modifiée de 1915 et donné décharge au gérant unique, aux membres du conseil de surveillance et au réviseur d'entreprise *(independant auditor)*.

En date du 1er octobre 2007, **W- SOC1.)** a acquis de manière indirecte une participation de 51% dans la société anonyme de droit grec **SOC8.)** S.A. Telecommunications (ci-après « **SOC8.)** »), société opérationnelle dans le domaine de la téléphonie fixe et des services d'accès internet, moyennant un prix d'acquisition de 180 millions d'euros financé par le recours à une *Revolving Credit Facility*.

Les 49% restants de la participation dans **SOC8.)** ont été acquis en septembre 2008 pour un prix de 179 millions d'euros.

Suivant résolution des actionnaires de **SOC1.)** II prise en date du 25 août 2009, il a été notamment décidé de transférer le centre des intérêts principaux de ladite société du Luxembourg vers le Royaume-Uni.

En date du 26 novembre 2009, le juge Lewinson du High Court of Justice, Chancery Division à Londres, a décidé de placer la société **SOC1.)** II sous *Administration*, conformément à sa demande en ce sens, et d'approuver le vente de ses actifs, dont sa participation dans **W- SOC1.)**, à une filiale de **SOC7.)** dans le cadre d'un *pre-pack sale*.

Cette vente a eu lieu le 27 novembre 2009 moyennant un prix de 10.000.- EUR.

Suivant décision rendue le 1er décembre 2011 par le juge Sales du High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court à Londres, la société **SOC1.)** II, dont l'insolvabilité a été constatée, a été mise en liquidation selon une procédure principale telle que définie à l'article 3 du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après le Règlement Insolvabilité).

3) Quant aux moyens d'irrecevabilité à portée générale

– *Quant à l'irrecevabilité des demandes sur base de l'article 22 de la loi modifiée du 19 décembre 2002*

Les sociétés **SOC1.)** et **SOC1.)** I soulèvent en premier lieu, dans le cadre de leurs conclusions notifiées le 21 novembre 2014, l'irrecevabilité des demandes introduites par l'assignation du 15 décembre 2011 sur base de l'article 22 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 (ci-après « la Loi modifiée de 2002 ») pour violation des articles 1, 6, 13 et 75 de cette même loi. **SOC1.)** a par la suite précisé ce moyen dans le cadre de ses conclusions récapitulatives notifiées le 12 juin 2015.

Les sociétés **SOC1.)** et **SOC1.)** I font valoir que cette obligation d'inscription au registre de commerce et des sociétés s'appliquerait non seulement à l'existence de la personne morale, mais également à toutes les informations requises par les articles 3, 16 et 13 de ladite Loi de 2002, ainsi que les modifications affectant ces informations, dont notamment la publication des « *décisions judiciaires émanant d'autorités judiciaires en matière de faillite, concordat ou autre procédure analogue conformément au Règlement (Insolvabilité)* » telle que requise par l'article 13§13, information qui n'aurait pas été publiée dans le délai d'un mois de l'évènement tel qu'exigé par l'article 15 de la Loi de 2002.

Elles font le parallèle avec l'article 21 (2) du Règlement Insolvabilité aux termes duquel « *la publication obligatoire (de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité) peut être prévue par tout Etat membre sur le territoire duquel le débiteur a un établissement* », indiquant qu'une telle publication serait précisément rendue obligatoire au Luxembourg par l'article 13§13 de la Loi modifiée de 2002, avant de conclure à l'irrecevabilité des demandes au vu de la tardiveté des publications effectuées par les liquidateurs, en l'occurrence en date du 10 avril 2012 et partant bien au-delà du délai d'un mois.

Aux termes de l'article 22, paragraphe (1), de la Loi modifiée de 2002 *« Est irrecevable toute action principale, reconventionnelle ou en intervention qui trouve sa cause dans une activité commerciale pour laquelle le requérant n'était pas immatriculé lors de l'introduction de l'action. (…) Cette irrecevabilité est couverte si elle n'est pas proposée avant toute autre exception ou toute défense ».*

SOC1.) II fait en premier lieu valoir que les sociétés défenderesses seraient forcloses à soulever ce moyen qui n'aurait pas été soulevé *in limine litis*.

Une forclusion laisse d'être établie, alors que seules les conclusions notifiées en date du 21 novembre 2014 au nom des sociétés **SOC1.)** et **SOC1.)** l peuvent être prises en considération par le tribunal.

Or, dans le cadre de ces conclusions, ce moyen d'irrecevabilité a bien été soulevé après la présentation des faits, mais avant toute défense au fond, partant *in limine litis*.

SOC1.) Il reproche ensuite aux défenderesses de ne justifier d'aucun grief du fait de la publication du jugement d'ouverture de la liquidation postérieurement à la signification de l'assignation du 15 décembre 2011.

Or, il est de jurisprudence constante que l'irrecevabilité prévue par l'article 22 (1) de la Loi modifiée de 2002 constitue une fin de non-recevoir générale de l'action ; elle n'est pas conditionnée par l'existence d'un grief dans le chef de la partie qui l'invoque (cf. Cass., 22 décembre 2011, pourvoi n° 72/11, n° 2885 du registre).

Faisant valoir qu'elle aurait été régulièrement inscrite au registre de commerce et des sociétés dès 2003, **SOC1.)** Il critique ensuite l'interprétation de l'article 22 précité faite par les sociétés défenderesses et renvoie au jugement interlocutoire du 11 décembre 2013 qui confirmerait que le défaut de publication de la décision d'ouverture et de nomination des liquidateurs n'entraîne pas l'irrecevabilité de la demande.

De prime abord, il convient de souligner que l'article 21 (2) du Règlement Insolvabilité invoqué par les défenderesses ne s'applique pas en l'espèce, alors que ce texte vise la publication obligatoire uniquement pour les Etats membres sur le territoire duquel le débiteur a un établissement, ce qui ne saurait en l'occurrence viser le Luxembourg, qui est l'Etat membre du seul siège statutaire, le centre des intérêts principaux ayant été transféré au Royaume-Uni.

Il convient à cet égard de renvoyer aux développements effectués dans le jugement du 11 décembre 2013 relatifs au principe de reconnaissance de plein droit des procédures impliquant l'absence de nécessité d'une quelconque publicité (pages 13 et 14 du jugement, cf. également François Mélin y cité, page 342, n° 278).

Par ailleurs, si les articles 1, 3 à 11, 13 et 20 de la Loi modifiée de 2002 imposent aux commerçants personnes physiques et aux personnes morales un certain nombre d'immatriculations et d'inscriptions à opérer, dont les « *décisions judiciaires émanant d'autorités judiciaires en matière de faillite, concordat ou autre procédure analogue conformément au Règlement (Insolvabilité)* » telle que requise par l'article 13§13, leur omission, si elle est sanctionnée pénalement par l'article 21 (5) de la Loi modifiée de 2002, n'entraîne pas nécessairement et systématiquement une irrecevabilité au sens de l'article 22 (1) de ladite Loi.

En effet, cet article frappe uniquement d'irrecevabilité les actions qui trouvent leur « *cause dans une activité commerciale* » pour laquelle le demandeur n'était pas immatriculé au moment de l'introduction de l'action.

Ainsi, a-t-il été jugé que les dispositions relatives au registre du commerce font obligation aux commerçants non seulement de s'inscrire, mais d'inscrire toute

activité commerciale qu'ils exercent et d'inscrire toute activité additionnelle qu'ils ajoutent à leur activité après la première inscription (Cour, 15 juillet 2010, n°s 34118 et 34925 du rôle).

L'obligation d'inscription au registre de commerce et des sociétés, telle que sanctionnée par l'irrecevabilité de l'article 22 (1), vise partant plus particulièrement les informations et modifications affectant l'objet social de l'entreprise.

En effet, tirant argument du principe de la spécialité de la personnalité morale, la personne morale ne pouvant agir que dans le cadre strictement circonscrit de l'objet social pour lequel elle a été constituée, il a été décidé qu'il ne suffit pas que la personne morale soit inscrite au registre de commerce et des sociétés, mais qu'il faut que l'acte dont elle poursuit la sanction dans le cadre de son action en justice rentre dans son objet social tel que publié à ce registre. A défaut, cette action est déclarée irrecevable (cf. T. Hoscheit, Le droit judiciaire privé, éditions Bauler 2012, pages 488 et 489).

En l'occurrence, il n'est pas établi, ni même allégué que l'action en justice de **SOC1.)** II se rapporte à une activité commerciale dépassant son objet social et pour laquelle elle n'aurait pas été immatriculée au registre de commerce et des sociétés.

De la même manière, le grief tenant à une absence de publication des comptes annuels et partant à un non-respect de l'article 75 de la Loi modifiée de 2002 ne saurait justifier une irrecevabilité des demandes sur base de l'article 22 (1) précité, alors qu'une telle omission, même à la supposer établie, n'affecte en rien l'objet social de **SOC1.)** II.

Ce moyen d'irrecevabilité doit dès lors être rejeté.

– *Quant à l'irrecevabilité des demandes basées sur une prétendue violation des articles 51 et 55 de la Loi modifiée de 2002 et de l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915*

La société **SOC1.)** reproche à la requérante d'invoquer nouvellement dans le cadre de ses conclusions récapitulatives notifiées le 29 janvier 2015 (aux pages 85 et suivants) à l'appui de ses demandes une violation des articles 51 et 55 de la Loi modifiée de 2002, laquelle n'aurait pas été comprise dans l'assignation en justice et devrait dès lors être déclarée irrecevable pour constituer une demande nouvelle.

A.), **B.)**, **E.)**, **F.)**, **C.)** et **D.)** soulèvent l'irrecevabilité des demandes tirées d'une éventuelle violation de l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915 également au motif qu'il s'agirait d'une demande nouvelle, non contenue dans l'assignation du 16 décembre 2011, et invoquée pour la première fois par la requérante dans ses écritures notifiées postérieurement au jugement interlocutoire.

La partie demanderesse conteste avoir formulé des demandes nouvelles, alors qu'elle se serait contentée d'avancer des moyens nouveaux qui n'auraient pas modifié l'objet des demandes et la description des faits et reproches faites aux défenderesses.

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. Cour, 19 décembre 2000, n°24212 du rôle).

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, additionnelles, sont recevables dès lors qu'elles ont avec la demande principale un lien suffisamment étroit (Encyclopédie Dalloz, Procédure Civile, v° demande nouvelle, n° 3 et 4).

La cause de la demande est constituée par les éléments de fait invoqués par le demandeur pour fonder sa prétention (H. Motulsky, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964, Chronique, p. 235).

Outre la possibilité d'introduire des demandes incidentes par application de l'article 53 du Nouveau Code de procédure civile, le domaine de la demande nouvelle se trouve encore réduit par l'influence opérée par l'article 61 du même code sur le second élément constitutif de la demande, à savoir la cause. Il résulte de cet article que le tribunal doit appliquer au litige qui lui est soumis la règle de droit qui convient en opérant les qualifications juridiques appropriées.

Il faut logiquement déduire de cette disposition que si la juridiction n'est pas liée par les qualifications juridiques données par le demandeur à son action et peut y substituer un autre cadre, le demandeur doit de même pouvoir changer de base légale, à condition bien entendu de ne pas modifier l'objet et les faits à la base de la demande, et pouvoir fournir ultérieurement des précisions sur les moyens invoqués (cf. T. Hoscheit, op. cit., n° 321 et 1008).

En l'espèce, dans les exploits d'assignation des 15 et 16 décembre 2011, la requérante critique le rachat de CPECs litigieux au prix opéré notamment en raison d'une « *grave violation de la loi sur les sociétés commerciales* » indiquant (aux pages 8 et 9 des assignations respectives) « *qu'il y a eu en l'occurrence pour le moins violation (…) des articles 72-1 et 167, et de toutes autres dispositions identiquement pertinentes de la même loi sur les sociétés commerciales* ».

Si la requérante avait initialement invoqué à l'appui de ses demandes uniquement des violations (au sens large) de la Loi modifiée de 1915, sans invoquer spécifiquement une violation des dispositions de la Loi modifiée de 2002, il ressort néanmoins de l'exposé des faits qu'elle critiquait déjà le prix de rachat opéré au regard des mentions (et notamment l'absence de bénéfices) figurant dans les bilans au 31 décembre 2005 et au 31 décembre 2006.

L'analyse des bilans et la discussion sur les prétendues violations de normes comptables ne saurait partant s'analyser en une modification de la cause de la demande, les faits invoqués à la base du litige et l'objet des demandes restant par ailleurs identiques.

Il en va de même de la prétendue violation de l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915, dont l'applicabilité au présent litige a fait l'objet d'un débat entre parties suite à la demande formulée en ce sens par le juge de la mise en état.

Là encore, la violation invoquée par la requérante ne modifie en rien la cause et l'objet des demandes, celle-ci s'emparant uniquement du prétendu non-respect de ce texte afin d'illustrer une « *violation supplémentaire de la loi* », le caractère éventuellement illicite ou frauduleux du rachat de CPECs litigieux dans le cadre du rôle n° 145.724 devant nécessairement s'apprécier au regard des reproches concrets formulés dans le cadre des assignations.

Par ailleurs, le tribunal ne s'étant pas prononcé dans le cadre de son jugement interlocutoire quant aux éventuelles conséquences de l'applicabilité de l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915 aux sociétés en commandite par actions et de l'absence de nomination d'un représentant permanent, afin de permettre aux parties de prendre des conclusions à cet égard, il n'y a pas lieu de déclarer d'office irrecevables les développements de la requérante effectués à cette fin dans le rôle n° 145.725, y compris ceux ayant trait à l'éventuelle qualité de représentant permanent dans le chef des parties défenderesses du fait de cette applicabilité, leur pertinence éventuelle devant s'apprécier dans le cadre de l'examen du fond du litige.

Les développements de **SOC1.)** Il ayant trait à des prétendues violations des articles 51 et 55 de la Loi modifiée de 2002 et de l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915 ne sauraient dès lors être qualifiés de demandes nouvelles prohibées et les demandes sont à déclarer recevables dans tous leurs chefs.

– *Quant à l'irrecevabilité de la demande basée sur une prétendue gérance de droit ou de fait de **SOC1.)** Il*

A.), **B.)**, **E.)**, **F.)**, **C.)** et **D.)** soulèvent l'irrecevabilité de toute demande dirigée à leur encontre basée sur une prétendue gérance de droit ou de fait de **SOC1.)** Il, alors que l'assignation du 16 décembre 2011 les aurait visés en tant que seuls gérants de droit de **SOC1.)**, ce qui constituerait une modification de la qualité au titre de laquelle ils seraient poursuivis et s'analyserait en une demande nouvelle prohibée.

La partie demanderesse, si elle admet avoir assigné les parties défenderesses pour « *certains actes qu'ils ont accomplis d'un temps où ils étaient les gérants de **SOC1.)** (…)* » estime que *« cela ne veut pas dire qu'ils aient été assignés en raison de leur qualité de gérants de **SOC1.)** (…)* » et que « *devant cette structuration de la société en commandite par actions (s.à r.l. interposée comme commandité-gérant) le Tribunal tirera la conséquence juridique que les assignés sub (3) à (8) étaient les dirigeants, sinon de droit, du moins les dirigeants de fait de la concluante, et qu'ils étaient partant responsables des actes de gestion de cette dernière (…)* » (pages 65 et 62 des conclusions récapitulatives notifiées le 19 février 2015).

Il a été décidé que la cause de la demande change si on recherche le défendeur en cours de procédure en une autre qualité que celle en laquelle il a été assigné au départ. Dans ce cas, on est en présence d'une demande nouvelle irrecevable (cf. T. Hoscheit, op. cit., n° 1014 et jurisprudences y citées).

En l'espèce, dans l'exploit d'assignation du 16 décembre 2011, les parties défenderesses ont été assignées en leur qualité de « *membres du conseil de gérance de la société **SOC1.)** s.à r.l. (dont) ils en étaient l'incarnation* » et qu'ils « *encourent la responsabilité du fait de leur mission de mandataire à l'égard de la*

requérante » (page 8), chaque défendeur ayant d'ailleurs été expressément assigné en page 2 de l'exploit en qualité de « *gérant A (ou B ou C selon le cas) de la société à responsabilité limitée* ***SOC1.)*** *(…), l'assignée sub (1)* ».

Il y est encore précisé que les « *assignés sub 3) à 8) au titre de la présente assignation encourent une responsabilité civile contractuelle sinon délictuelle ou quasi-délictuelle envers la requérante (…) en ce qu'ils ont, en leur qualité de membres du conseil de gérance de l'assignée sub 1)* ***SOC1.)*** *(…) pris part aux décisions, et à leur mise en œuvre, dans le cadre des faits et actes décrits dans la présente assignation* » (page 5).

Les six parties défenderesses personnes physiques ont par conséquent été clairement assignées en leur qualité de gérant de droit de **SOC1.)**, sans que la requérante ne leur impute à aucun moment une gérance de fait ou de droit de **SOC1.)** II, le gérant de droit de celle-ci étant clairement identifié comme étant la société **SOC1.)**.

Dans ces conditions, le fait de reprocher actuellement aux défendeurs d'avoir été les gérants de fait ou de droit de **SOC1.)** II, partant d'une autre personne morale que celle visée dans l'assignation, en faisant abstraction totale de l'existence de la personne morale de **SOC1.)**, équivaut à une modification de la qualité au titre de laquelle leur responsabilité est recherchée et partant de la cause de la demande.

Tous les développements effectués par la requérante à ce titre doivent partant être déclarés irrecevables pour constituer une demande nouvelle prohibée.

– *Quant au défaut de qualité à agir au nom de la masse des créanciers et à invoquer une fraude aux droits des créanciers*

Les parties défenderesses font valoir qu'en application des dispositions du *Insolvency Act* de 1986, les liquidateurs auraient uniquement le pouvoir d'intenter des actions en justice au nom et pour le compte de la société en liquidation, mais ne pourraient pas agir au nom de la masse des créanciers (contrairement aux curateurs luxembourgeois auxquels la loi conférerait expressément cette « *double casquette* »), de sorte qu'ils n'auraient pas qualité à invoquer une fraude aux droits des créanciers, qu'ils soient pris individuellement ou collectivement.

E.), **F.)**, **C.)** et **D.)** réitèrent en outre que toute demande résultant d'une fraude serait irrecevable pour constituer une demande nouvelle prohibée.

Les liquidateurs de **SOC1.)** II ont longtemps soutenu, avis juridique anglais à l'appui, que « *en droit anglais des liquidations judiciaires, les liquidateurs ont la qualité et la légitimité pour faire valoir tant les droits de la société placée sous liquidation judiciaire, qu'ils ont aussi le pouvoir de faire valoir les droits de la collectivité (masse entière des créanciers), tandis qu'ils n'ont pas le droit de faire valoir les droits de créanciers particuliers, individuels* » (cf. notamment conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer notifiées le 29 janvier 2015, page 23).

Il est constant en cause que la loi anglaise de manière générale, en tant que loi de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et *l'Insolvency Act* de 1986 en

particulier, déterminent l'étendue des pouvoirs du syndic, en l'espèce des liquidateurs (cf. articles 4, alinéa 2, point c) et 18 du Règlement Insolvabilité).

Il y a lieu de renvoyer à cet égard aux développements consacrés dans le jugement du 11 décembre 2013 à la question de la représentation valable de **SOC1.)** II par les actuels liquidateurs dans le cadre des présentes demandes en justice (pages 12 à 14).

Quant à l'étendue de ces pouvoirs, il y a lieu de constater que les liquidateurs de **SOC1.)** II admettent finalement dans leurs dernières écritures, dans des termes exprès et non équivoques, ne pas disposer de la qualité à agir au nom de la masse des créanciers (nonobstant le fait d'avoir affirmé le contraire quelques lignes auparavant, contradiction qui pourrait s'expliquer par un raisonnement global visant tant les actions judiciaires intentées au Luxembourg que celles intentées aux Etats-Unis).

En effet, les liquidateurs affirment ce qui suit : « *que QC (…) démontre, de nombreuses sources solides du droit anglais (y compris récentes) à l'appui, que les liquidateurs judiciaires ont la possibilité, et la capacité, pour agir comme représentants légaux (ce qui se traduit par le concept anglais d' « agents ») de la société ;*

qu'ils agissent alors comme mandataires de la personne morale de la société en liquidation judiciaire (en quelque sorte comme successeur du gérant) ;

que c'est la qualité dans laquelle ils agissent dans le cadre des présentes actions judiciaires au Luxembourg ;

que, d'un autre côté, ces mêmes liquidateurs, lorsqu'ils le jugent nécessaire et opportun, peuvent agir pour faire valoir les droits de la collectivité des créanciers, ce qui est autre chose, un autre type d'action ;

que ce dernier type d'action correspond à l'action judiciaire qu'entreprennent actuellement les liquidateurs aux Etats-Unis (…) (cf. conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer notifiées le 29 janvier 2015, page 24).

Les liquidateurs admettant par conséquent disposer dans le présent litige uniquement de la qualité à agir au nom de la société **SOC1.)** II (et non de la masse de ses créanciers), ce qui se trouve confirmé par le libellé de l'assignation faite à la requête de la société en liquidation « *représentée par ses deux liquidateurs actuellement en fonctions* », il devient superflu d'examiner plus en avant les différents avis juridiques versés en cause.

Dans la mesure où la qualité à agir des liquidateurs se trouve cantonnée aux actions intentées au nom et pour le compte de la société **SOC1.)** II, tous les développements des liquidateurs à l'appui de leurs demandes pour autant qu'ils ont trait à une prétendue fraude aux droits des créanciers de la société **SOC1.)** II doivent être déclarés irrecevables en l'absence de qualité à agir au nom de la masse des créanciers.

En revanche, les développements de la requérante ayant trait à une fraude à ses propres droits, voire à une fraude à la loi ne constituent pas une demande nouvelle

prohibée et ont d'ores et déjà été déclarés recevables (cf. jugement interlocutoire du 11 décembre 2013, pages 15 et 16).

4) Quant à la décharge

Compte tenu de l'argumentaire récent des parties quant à l'étendue exacte des pouvoirs des liquidateurs en droit anglais et la constatation que ceux-ci ne disposent pas, en l'occurrence, de la qualité à agir au nom de la masse des créanciers, il convient de réexaminer le moyen des parties défenderesses quant à l'existence d'une décharge, écarté par le tribunal dans son jugement interlocutoire suite à un raisonnement par analogie à la situation du curateur en droit luxembourgeois qui s'avère, à la lumière des développements effectués ci-avant, inapplicable en l'espèce.

Les parties défenderesses font valoir que l'assemblée générale de **SOC1.)** Il aurait, par vote spécial et en pleine connaissance de cause des pertes réalisées, donné décharge à son gérant commandité **SOC1.)**, ce qui empêcherait tout exercice ultérieur de *l'actio mandati* et, selon la société **SOC1.)**, également l'annulation des résolutions adoptées par les gérants de **SOC1.)** en date du 18 décembre 2006 pour avoir également fait l'objet d'une ratification par le quitus.

SOC1.) Il conteste que la décharge invoquée puisse sortir ses effets, alors qu'une décharge pour des actes illicites et illégaux, voire contraire aux lois impératives et d'ordre public ne serait pas valable et ne saurait couvrir une nullité d'ordre public ou pour fraude.

Aux termes de l'article 74, alinéa 2, de la Loi modifiée de 1915, applicable aux sociétés en commandite par actions en raison du renvoi général opéré par l'article 103 de ladite Loi, « *après l'approbation des comptes annuels, l'assemblée générale se prononce par un vote spécial sur la décharge des administrateurs, des membres du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, ainsi que des commissaires. Cette décharge n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indication fausse dissimulant la situation réelle de la société et, quant aux actes faits en dehors des statuts, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation* ».

Il est admis que le vote de la décharge, qui vaut ratification par l'assemblée générale de la gestion des administrateurs, a pour effet d'empêcher l'exercice de *l'actio mandati* à l'égard de ces derniers, que l'action en responsabilité soit basée sur l'article 59, alinéa 1er, de la Loi modifiée de 1915 pour fautes de gestion ou sur l'article 59, alinéa 2, de ladite Loi pour fautes de régularité consistant en une violation de la loi ou des statuts.

Tel que prévu par l'article 74, alinéa 2, précité, cette décharge doit faire l'objet d'un vote spécial après l'adoption des comptes annuels.

L'assemblée peut soit accorder, soit refuser la décharge, soit la soumettre à des réserves ou à des conditions, c'est-à-dire, en somme l'ajourner (Pascale HAINAUT-HAMENDE et Gilberte RAUCQ, Les Sociétés Anonymes, Constitution et Fonctionnement n° 531).

Cette décharge n'est cependant valable que si les actionnaires ont pu effectivement se rendre compte de la gestion des dirigeants, de sorte que le bilan ne doit contenir ni omission ni indication fausse dissimulant la situation réelle de la société. En d'autres termes, l'assemblée ne peut valablement décharger les dirigeants sociaux de leurs fautes de gestion que si elle se prononce en pleine connaissance de cause.

Lorsqu'il s'agit de la violation de la loi ou des statuts, il en est de même en principe (J-P Winandy, Manuel de droit des sociétés, édition 2011, page 542).

En date du 27 juillet 2007, partant suite à la vente par les Investisseurs du groupe à **SOC7.)**, l'assemblée générale de la société **SOC1.)** Il a approuvé les comptes annuels au 31 décembre 2006, après avoir pris connaissance des rapports établis par le gérant commandité **SOC1.)**, par les membres du conseil de surveillance et par le réviseur indépendant.

Cette même assemblée a constaté une perte pour l'exercice 2006 d'un montant de 998.513.912,14 EUR, telle qu'elle est reflétée dans les comptes annuels tant au niveau du passif (cf. page 3 « *loss for the financial year* ») qu'au niveau du compte de résultat (cf page 4, « *profit and loss account, loss for the financial year* ») (pièce n° 27 de la farde 2/5 de Maître Trevisan).

L'assemblée n'a pas non plus pu ignorer les causes de ces pertes qui sont clairement indiquées dans les « *notes to the annual accounts* » sous le point 8 (page 9 des comptes annuels), où l'on peut lire ce qui suit : « *on January 31, 2006 the Company issued EUR 28.268.100 additional CPECs and redeemend on April 12, 2006 EUR 28.268.100 of the CPECs issued. On December 21, 2006, the Company redeemed further (EUR) 27.321.600. The Company realized a loss of EUR 951.338.112 on December 2006 redemption ».*

Après avoir décidé de reporter les pertes constatées, l'assemblée a décidé, en application de l'article 100 de la Loi modifiée de 1915, de poursuivre les activités de la société **SOC1.)** Il nonobstant la constatation de pertes excédant 100% du capital social de cette dernière.

Par la suite, en pleine connaissance de cause tant de l'ampleur des pertes que de leur origine, l'assemblée a, par vote spécial, accordé décharge au gérant unique, aux membres du conseil de surveillance et au réviseur indépendant pour l'exécution de leurs mandats au cours de l'exercice social ayant pris fin au 31 décembre 2006.

L'opération de rachat de CPECs litigieuse relevant de l'administration de la société, cette décharge, donnée en connaissance de cause de la situation réelle de la société et des actes de gestion accomplis par **SOC1.)**, est pleinement opposable à la requérante **SOC1.)** Il et a, en principe, pour effet d'empêcher l'exercice par cette dernière de *l'actio mandati* contre son gérant.

L'argument des liquidateurs de **SOC1.)** Il qu'une décharge ne serait pas valable en présence d'une violation de lois impératives et d'ordre public, sanctionnées pénalement, prend appui sur les développements suivants effectués par Jean Corbiau : « *l'approbation éventuellement donnée au fait délictueux par l'assemblée générale des associés ne pourrait être invoquée par les gérants ou administrateurs auteurs de ce fait comme élisive dans leur chef de l'existence du délit* » (J. Corbiau,

Des Sociétés Commerciales, Avant-Projet de loi élaboré pour le G-D de Luxembourg, édition 1905, page 417, pièce n° 22 de Maître Schaeffer).

Ce passage doit cependant être replacé dans le contexte de l'examen de l'actuel article 167 de la Loi modifiée de 1915, disposition pénale.

A cet égard, il est évident qu'un gérant ou administrateur, poursuivi sur cette base, ne saurait échapper à sa responsabilité pénale en invoquant la décharge.

L'actio mandati est cependant une action en responsabilité civile, et plus précisément une action en responsabilité contractuelle dirigée par le mandant contre son mandataire.

Tel que relevé par **A.)** et **B.)**, la décharge ne vise pas à ratifier des actes illégaux (à supposer une telle illégalité établie), mais à « *décider du sort à réserver aux conséquences de ces actes, en termes de demandes éventuelles en réparation pécuniaire à diriger contre la gérance* » (cf. conclusions récapitulatives de Maître Trevisan, page 176).

Ainsi un auteur a-t-il pu préciser que sans doute il ne peut appartenir à personne d'autoriser les administrateurs à commettre des fautes de gestion ou des violations à la loi ou aux statuts. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit. Il s'agit de renoncer à poursuivre la réparation d'un dommage causé. Quelle que soit la cause du préjudice, la personne lésée peut toujours renoncer à réclamer réparation et, par le fait même, à exercer toute action dans ce but (P. Wauwermans, Manuel pratique des sociétés anonymes, 3e éd., Bruxelles, 1921, n° 719, p. 381).

Par conséquent, peu importe la gravité ou la nature de la faute commise par le gérant (faute de gestion ou de régularité) et même en présence de la violation d'une loi d'ordre public sanctionnée pénalement, l'assemblée, si elle agit en connaissance de cause, peut valablement renoncer à rechercher la responsabilité de son organe de gestion en lui accordant décharge.

5) Quant aux nullités

Concernant les demandes en annulation des résolutions du gérant et de la convention de rachat, il faut distinguer entre les nullités relatives et les nullités absolues.

Alors que les premières ont pour objet la protection d'intérêts particuliers et peuvent faire l'objet d'une confirmation éteignant le droit d'action en nullité, les nullités absolues peuvent être invoquées par toute personne y trouvant un intérêt et ne peuvent être couvertes par une confirmation ou décharge (A. Steichen, Précis de Droit des Sociétés, 4e édition, page 266).

Il convient d'apprécier, dans le cadre de l'examen des différents moyens de nullité invoqués par les liquidateurs de **SOC1.)** Il, la nature exacte de la nullité invoquée afin de déterminer si elle se trouve ou non couverte par la décharge accordée.

– *Quant à la demande en annulation des résolutions adoptées par le gérant*

*commandité **SOC1.)** (respectivement par son conseil de gérance) en date du 18 décembre 2006 et de la convention de rachat signée le 21 décembre 2006*

SOC1.) Il fait valoir que le rachat litigieux des CPECs opéré en décembre 2006 serait illégal et contraire à l'ordre public au motif qu'il y aurait eu violation des articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915, ce qui serait sanctionné par une nullité absolue tant des résolutions adoptées en date du 18 décembre 2006 par le gérant commandité **SOC1.)** (respectivement par son conseil de gérance) que de la convention de rachat conclue en date du 21 décembre 2006 avec **SOC1.)** I.

Il y aurait de plus « *cause illicite à ces agissements au sens des articles 1131 et 1133 du Code civil* » alors qu'une convention de rachat de CPECs ne pourrait « *valablement s'appuyer sur une cause illicite et contraire aux principes les plus élémentaires du droit des sociétés, et en particulier des principes gouvernant la protection des créanciers dans notre droit des sociétés commerciales* » (cf. assignation du 15 décembre 2011, page 8).

La nullité des résolutions et du contrat de rachat se trouverait encore justifiée en raison de la maxime « *fraus omnia corrumpit* », sinon d'une fraude à la loi, alors que la « *manière dont le rachat des CPECs a été opéré, fait apparaître de manière complètement évidente qu'il a été tenté d'éluder la loi, par un acte apparemment valable, mais fondamentalement et foncièrement contraire à l'essence même des lois prohibitives déjà citées* » (cf. conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer notifiées le 29 janvier 2015, notamment pages 53 et 67).

SOC1.) et **SOC1.)** I font valoir que résolutions adoptées par les représentants de **SOC1.)** en date du 18 décembre 2006 auraient été définitivement ratifiées par le quitus, ce qui empêcherait à présent toute demande en annulation. Elles contestent encore que le rachat litigieux de CPECs puisse être qualifié de distribution de dividendes au sens des articles 72-1 et 167 de de la Loi modifiée de 1915, de sorte que l'illicéité de la cause laisserait d'être établie.

E.), **F.)**, **C.)** et **D.)** estiment que les allégations des liquidateurs quant à une prétendue cause illicite du contrat de rachat seraient manifestement non fondées, alors qu'il ne serait pas établi que la cause impulsive et déterminante de l'une des parties au contrat serait contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, les articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915 étant inapplicables à des CPECs constituant des titres de créance et non des actions représentatives du capital social. Ils réfutent encore le reproche tenant à l'existence d'une fraude à la loi qui serait sans fondement, alors que la requérante se contenterait d'alléguer une prétendue fraude sans identifier quelle règle de droit aurait été efficacement et volontairement éludée. La qualification de fraude d'une seule étape d'une opération juridique beaucoup plus vaste manquerait en outre de crédibilité et serait indéfendable au vu du nombre et de la qualité des protagonistes impliqués, la seule différence entre la valeur nominale des CPECs et le montant payé étant en tout état de cause insuffisant pour démontrer l'existence d'une fraude.

A.) et **B.)** font également valoir que le rachat des CPECs ne constituerait pas un versement de dividendes fictifs au sens des articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915, tout en soulignant que ces dispositions visant à protéger les créanciers de la société seraient simplement impératives et non d'ordre public et partant sanctionnées par une nullité relative, couverte en l'occurrence par la décharge. Ils

estiment que l'argument « *fourre-tout* » de la fraude serait dénué de toute pertinence, alors qu'aucune fraude à la loi dans le sens d'une volonté d'échapper à une loi impérative au moyen d'une technique juridique efficace en droit ne serait établie, ni même une quelconque volonté de frauder qui que ce soit, aucun dol spécial n'étant établi en l'espèce. Ils soulignent la transparence totale de l'opération litigieuse et l'absence de caractère frauduleux du prix de rachat des CPECs.

– *Quant à la nullité pour infraction à une loi d'ordre public*

Concernant l'annulation de la résolution prise par son gérant commandité **SOC1.)** en date du 18 décembre 2006, respectivement par son conseil de gérance, il convient de relever que la Loi modifiée de 1915 ne prévoit pas de réglementation spécifique des nullités applicable aux décisions prises par le gérant d'une société à responsabilité limitée, mais on peut faire le parallèle avec le régime des nullités applicable au niveau des délibérations des assemblées générales des actionnaires.

La sanction des irrégularités commises au niveau des assemblées générales se traduit, soit par une nullité conditionnelle en cas de vice de forme, qui présuppose l'existence d'un grief et donc la preuve que l'irrégularité commise a pu avoir une influence effective sur la décision prise, soit par une nullité absolue et inconditionnelle en cas de violation des règles de forme substantielles ou des règles impératives.

En cas de violation de règles d'ordre public, l'irrégularité est sanctionnée par une nullité pouvant être invoquée par tout intéressé et même être soulevée d'office par le juge (cf. J-P Winandy, op. cit., page 250) ; il s'agit alors d'une nullité absolue qui n'est pas susceptible d'être couverte par une décharge.

Les défendeurs **A.)** et **B.)** contestant que les articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915 puissent être qualifiés de règles d'ordre public sanctionnées par une nullité absolue, il convient d'examiner en premier lieu si ces dispositions peuvent réellement être qualifiées de dispositions d'ordre public ou s'il s'agit de dispositions simplement impératives censées protéger certaines catégories de personnes lesquelles ont pu renoncer à cette protection en accordant décharge.

Les dispositions litigieuses de la Loi modifiée de 1915 ont la teneur suivante :

« *Article 72-1 : (1) Sauf les cas de réduction du capital souscrit, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque, à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.*
(2) Le montant du capital souscrit visé sous (1) est diminué du montant du capital souscrit non appelé lorsque ce dernier n'est pas comptabilisé à l'actif du bilan.
(3) Le montant d'une distribution faite aux actionnaires ne peut excéder le montant des résultats du dernier exercice clos augmenté des bénéfices reportés ainsi que des prélèvements effectués sur des réserves disponibles à cet effet et diminué des pertes reportées ainsi que des sommes à porter en réserve conformément à la loi ou aux statuts.

(4) Le terme «distribution», tel qu'il figure dans les dispositions qui précèdent, englobe notamment le versement des dividendes et celui d'intérêts relatifs aux actions. (Loi du 24 avril 1983)

Article 167 (Loi du 11 juillet 1988) : Sont punis de la même peine, les gérants ou administrateurs qui, en l'absence d'inventaires, malgré les inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré la répartition aux actionnaires de dividendes ou d'intérêts non prélevés sur les bénéfices réels ainsi que les administrateurs qui contreviennent aux dispositions de l'article 72-2 ».

Ces dispositions visent, d'une part, à encadrer la distribution de dividendes aux actionnaires pouvant intervenir uniquement en présence de bénéfices distribuables et, d'autre part, à sanctionner pénalement toute distribution de dividendes fictifs, c'est-à-dire intervenue en l'absence de tels bénéfices distribuables tels que définis à l'article 72-1.

La distribution de dividendes fictifs est non seulement sanctionnée sur le plan de la responsabilité civile du gérant par *l'actio mandati* pour faute de régularité (violation de la loi), mais également sur le plan pénal par l'application de peines sévères (un emprisonnement d'un mois à deux ans et une amende de 5.000.- à 125.000.- EUR ou une de ces peines seulement), ce qui plaide à première vue en faveur d'une qualification de disposition d'ordre public.

Pour les défendeurs, le simple fait que la violation de la loi soit pénalement sanctionnée ne changerait pas la nature de l'obligation légale (en l'occurrence une simple disposition impérative visant à préserver l'intangibilité du capital social et partant à protéger les créanciers de la société) pour la transformer en une disposition d'ordre public.

Ils citent à cet égard l'auteur Henri de Page précisant notamment que « *(…) nombre d'infractions pénales sanctionnent la violation de règles simplement impératives destinées à assurer la protection d'intérêts privés (…) Les nullités absolues doivent être appliquées lorsque la règle violée est d'intérêt public* » (Henri DE PAGE, Traité de droit civil belge, t. 2, Les Obligations, Vol. 2, éd. 2013, n° 628 et 630).

Ces considérations rejoignent la distinction classique en droit des sociétés entre *ordre public de protection* visant à protéger certaines catégories de personnes, tels les tiers en relation contractuelle avec la société et les associés en leur assurant un équilibre minimal entre eux, lesquels peuvent renoncer à cette protection, et *ordre public de direction* visant à préserver l'intérêt propre de la société, c'est-à-dire son fonctionnement, auquel le législateur ne permet pas de déroger (cf. A. Steichen, op. cit., pages 22-23).

Le caractère d'ordre public de direction d'une disposition légale ne pouvant être déduit de la seule existence d'une sanction pénale, il faut s'attacher au but poursuivi par le législateur au moment de l'introduction de cette loi.

On peut à cet égard se référer aux développements effectués par Jean Corbiau dans l'avant-projet de Loi de 1915 au sujet de l'article 167, alors que l'article 72-1 a uniquement été introduit en notre droit par une loi du 24 avril 1983 dans le cadre de la transposition de la 2ème directive 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976.

« *La répartition entre les actionnaires de dividendes non prélevés sur des bénéfices réels est un fait dont les conséquences apparaissent tout particulièrement graves et pernicieuses. Comme le disait M. P. dans son rapport, cet acte « porte atteinte à la vérité » en allant à l'encontre du but essentiel et fondamental du contrat de société, qui est de partager des bénéfices (art. 1832, C. civ.) ; il mène la société à la ruine, en la dépouillant des ressources nécessaires à la réalisation de son objet ; il prive les créanciers d'une partie de leur gage, en diminuant subrepticement le capital qui, patrimoine de l'être moral, forme la garantie commune et même, dans les sociétés anonymes, la seule garantie des tiers ; enfin, il induit le public en erreur et peut servir à des spéculations frauduleuses sur les actions, en faisant briller devant les capitaux en quête de placement le mirage d'une prospérité trompeuse et en les incitant à acheter des titres sociaux à un taux supérieur à leur valeur véritable. Il y a là plus de motifs qu'il n'en faut pour justifier l'interdiction du fait dont s'agit et sa répression par voie de sanction pénale* » (cf. J. Corbiau, op. cit., pages 411-412).

La préservation du gage des créanciers n'est partant qu'un but parmi d'autres de portée plus générale ayant incité le législateur à interdire la distribution de dividendes fictifs, de sorte que les dispositions litigieuses doivent être considérées comme relevant de l'ordre public de direction sanctionné par une nullité absolue.

L'existence d'une décharge valable par l'assemblée générale est partant sans effet sur le droit de **SOC1.)** Il d'agir en nullité des résolutions litigieuses pour violation des articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915.

Si les parties défenderesses soutiennent que la prohibition de la distribution de dividendes fictifs édictée par ces textes serait cantonnée aux distributions faites aux actionnaires en rapport avec leurs actions représentant le capital social de la société, **SOC1.)** Il fait valoir que ces textes devraient recevoir une interprétation large pour s'appliquer à toute distribution de rémunérations aux actionnaires au sens large et non seulement aux « *distributions en rémunération de titres d'actions stricto sensu* ».

Tel que souligné par les parties défenderesses, l'interdépendance des articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915 ressort clairement des travaux parlementaires de la loi précitée du 24 avril 1983 ayant introduit l'article 72-1 dans notre droit, le Conseil d'Etat ayant notamment rappelé que « *cet article énonce un principe déjà acquis en droit national, (article 167), à savoir l'interdiction de procéder à des distributions aux actionnaires ayant pour effet de réduire l'actif net de la société à un montant inférieur au capital souscrit augmenté des réserves que la loi ou les statuts interdisent de distribuer* » (Doc. parlem. n° 2774, avis du Conseil d'Etat du 19 décembre 1980, page 45).

Or, l'article 167 étant une disposition pénale, son interprétation doit être restrictive, ce qui implique une interprétation stricte de l'article 72-1 qui ne fait que confirmer et préciser les contours de la législation antérieure.

Si tant l'article 72-1 que l'article 167 visent les distributions ou répartitions faites « *aux actionnaires* », l'alinéa (4) de l'article 72-1 précise que le terme distribution au sens de ce texte englobe notamment le versement de dividendes et celui d'intérêts « *relatifs aux actions* ».

Or, les actions sont définies par la Loi modifiée de 1915 à travers ses articles 23 (*La société anonyme est celle dont le capital est divisé en actions (…)*), 26 (*La*

constitution d'une société anonyme requiert (…) que 3) le capital soit intégralement souscrit; 4) que chaque action soit libérée d'un quart au moins (…)) et 37 (*Le capital des sociétés anonymes se divise en actions d'égale valeur, avec ou sans mention de valeur*), ces dispositions étant applicables aux sociétés en commandite par actions du fait du renvoi général opéré par l'article 103 de ladite Loi.

Le capital social d'un minimum de 31.000.- EUR est obligatoirement fixé dans les statuts de la société et chaque augmentation ou réduction de capital doit se faire dans les formes et selon les majorités requises pour la modification des statuts, sous réserve du respect des dispositions spécifiques édictées pour ces opérations par la Loi modifiée de 1915.

Les actions, qui confèrent des droits politiques et financiers dans les assemblées des actionnaires, constituent une « *créance sui generis* » des actionnaires sur la société (cf. J-P Winandy, op. cit., page 460), ce qui est reflétée, d'un point de vue comptable, par leur inscription en tant que « *capital souscrit* » au passif du bilan de la société.

En l'espèce, le capital social statutaire de **SOC1.)** Il s'élevait fin 2006 à 1.576.900.- EUR divisé en 15.769 actions d'une valeur nominale de 100.- EUR chacune.

Ce capital social de **SOC1.)** Il n'incluait de toute évidence pas les CPECs, qui n'en font pas partie pour la simple raison qu'ils diffèrent des actions tant du point de vue de leur nature juridique, que du point de vue de leur traitement comptable.

En effet, les CPECs soumis à la loi luxembourgeoise sont des titres de dette (cf. -P Winandy, op. cit., page 516) de nature purement contractuelle, consacrés en dehors de toute disposition statutaire, qui ne confèrent ni droits de vote au sein des assemblées des actionnaires, ni droit à une quote-part des bénéfices distribué par la société à ses actionnaires, mais dans la mesure où ils peuvent, sous certaines conditions, être convertis en actions, ils sont souvent désignés comme titres « *hybrides* »

D'un point de vue comptable et fiscal luxembourgeois, ils sont également considérés comme dettes et inscrites comme telles au passif du bilan.

Les liquidateurs font valoir que les CPECs devraient au contraire être qualifiés de titres de capital, leur appellation faisant expressément référence au terme « *equity* » signifiant « *capital* » ou « *fonds propres* » et ils renvoient aux annexes aux comptes consolidés de **SOC1.)** Il pour l'exercice 2006 mentionnant à la page F-15 qu'à la lumière de « *IAS 32* », les CPECS devraient être classés comme « *equity* ».

Il serait réducteur de conclure que l'utilisation du terme « *equity* » dans la dénomination « *convertible equity preferred certificates* » permettrait à elle seule d'assimiler les CPECs à des actions en tant que titres représentatifs du capital à défaut de réunir toute autre caractéristique de tels titres.

L'utilisation du terme « *equity* » doit plutôt être comprise ensemble avec les autres termes employés, dont « *convertible* », les deux faisant ensemble référence au caractère hybride des CPECs pouvant être, à terme, convertis en actions.

Le renvoi aux annexes des comptes consolidés n'est pas davantage pertinent.

En effet, il est constant en cause que les *terms & conditions* des CPECs renvoient à l'application des normes comptables luxembourgeoises appelées « Lux GAAP » qui, en l'occurrence, ont été utilisées pour la confection des comptes sociaux de **SOC1.)** II (pages 5 et 6 des comptes annuels 2006).

Par conséquent, une classification des CPECs en titres de capital, sur base d'autres normes comptables telles les normes IFRS, est indifférente, alors qu'elle n'influe pas sur la nature juridique des CPECs au regard des normes luxembourgeoises seules applicables en l'espèce.

Par ailleurs, le simple fait que les CPECs aient été souscrits par l'actionnaire commanditaire **SOC1.)** I n'a pas non plus pour effet de modifier leur nature juridique et de les transformer en actions, alors qu'elles ne réunissent par ailleurs aucune des nombreuses caractéristiques précitées des actions.

SOC1.) Il s'empare encore du terme « *notamment* » figurant à l'alinéa (4) de l'article 72-1 et des développements de Jean Corbiau pour conclure à une extension de l'interdiction à « *tous mécanismes qui produiraient le résultat qui est celui de servir les actionnaires en dividendes, ou en intérêts, non prélevés sur des bénéfices réels* » réfutant toute restriction de la portée dudit texte « *aux intérêts fixes stipulés dans les statuts en faveur des actionnaires* » (cf. conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer notifiées le 29 janvier 2015, page 36).

Ainsi, selon Corbiau, « *le caractère général et absolu de la disposition que nous commentons doit évidemment conclure à l'illicéité et au caractère délictueux de toute combinaison qui, de façon indirecte et sous le couvert de l'un ou l'autre subterfuge, aurait pour but de tourner la rigueur de son interdiction impérative* » (cf. J. Corbiau, op. cit., page 419).

Ces développements et l'utilisation du terme « *notamment* » confirment le caractère général de la prohibition édictée par les articles 72-1 et 167 censé couvrir tout type de distribution « *de quelque façon que ce soit* » (cf. J. Corbiau, op. cit., page 421) aux actionnaires, mais uniquement dans la limite de distributions sous forme de dividendes ou d'intérêts « *relatifs aux actions ».*

Contrairement à ce que laissent entendre les liquidateurs, le terme « *intérêts* » ne permet pas d'étendre la portée des articles 72-1 et 167 à tout type de rémunération provenant de titres, tels les CPECs, au motif que ceux-ci seraient « *des titres de capital, similaires aux actions* ».

Tel que relevé ci-avant, les CPECs ne constituent pas des titres de capital en droit luxembourgeois et l'utilisation du terme « *intérêts* » par le législateur vise la prohibition d'une répartition aux actionnaires qui « *s'effectuerait dans la forme et sous le nom d'une attribution d'intérêts statutairement stipulés payables aux associés en dépit d'absence de bénéfices* » (cf. J. Corbiau, op. cit., page 414), c'est-à-dire sous forme de clauses d'intérêts fixes.

La prohibition de la distribution de dividendes fictifs est partant clairement liée aux distributions faites aux actionnaires en leur qualité de souscripteur d'actions représentatives du capital social et ne s'appliquent pas aux CPECs qui sont de simples titres de dettes.

Dans ces conditions, la demande en nullité des résolutions litigieuses pour violation des articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915 n'est pas fondée.

SOC1.) Il fait encore valoir que le non-respect de l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915, c'est-à-dire l'absence de désignation d'un représentant permanent par **SOC1.)**, aurait pour conséquence que **SOC1.)** ne serait pas « *régulièrement, ni valablement intervenue dans la gestion de la partie demanderesse à partir du 18 décembre 2006 (…) pour cette même raison, les résolutions prises en date du 18 décembre 2006, et les actes d'exécution de ces résolutions, notamment la convention de rachat des CPECs, et les paiements effectués pour son exécution, sont irréguliers, et non valables (les dispositions de l'article 51bis étant d'ordre public)* » (cf. conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer notifiées le 19 février 2015, page 103).

Ce raisonnement est dépourvu de pertinence.

En effet, l'article 51bis de la Loi modifiée ne prévoit pas une telle sanction en cas d'absence de désignation d'un représentant permanent.

Par ailleurs, l'absence de désignation d'un tel mandataire par la personne morale **SOC1.)** n'a pas pour effet d'invalider les décisions valablement prises par cette dernière à travers ses organes, en l'occurrence par ses gérants nommés conformément à l'article 191 de la Loi modifiée de 1915, tel qu'en l'espèce.

A cela s'ajoute que les dispositions de l'article 51bis ne relèvent pas de l'ordre public de direction, contrairement aux articles 72-1 et 167 précités, alors que ce texte n'est assorti d'aucune sanction spécifique.

La demande en nullité des résolutions sur cette base doit partant être rejetée.

– *Quant à la nullité pour contrariété de l'opération à l'intérêt social*

Les liquidateurs estiment que l'opération de rachat aurait été totalement contraire à son intérêt social, argument réfuté par les parties défenderesses qui estiment que, dans le cadre d'une holding, l'intérêt de la société se confond avec l'intérêt de ses actionnaires.

L'assemblée générale et le conseil d'administration doivent exercer leurs pouvoirs dans l'intérêt de la société elle-même : la méconnaissance délibérée de l'intérêt de la société peut entraîner la nullité de la décision de l'organe (cf. J-P Winandy, op. cit., page 154).

L'intérêt social n'a pas été défini par le législateur, alors qu'il s'agit d'une notion souple pouvant à la fois s'identifier avec l'intérêt des associés, selon la conception patrimoniale (ou étroite), qu'avec l'intérêt de la personne morale dans son ensemble, selon la conception entrepreneuriale (ou large), incluant les intérêts des associés, mais également ceux des salariés et créanciers. Selon l'entreprise concernée et la nature de ses activités, l'une ou l'autre approche paraît la plus appropriée (cf. A. Steichen, op. cit., pages 157-159).

Lorsqu'il s'agit d'une société de type financier, telle une société holding, ce qui est le cas en l'espèce, l'approche patrimoniale paraît seule digne d'intérêt, car toute l'activité sociale est nécessairement centrée sur la rentabilisation des investissements (cf. A. Steichen, mêmes réf.).

En l'occurrence, les actionnaires de **SOC1.)** Il ont agi de concert et aucun abus de biens sociaux ou de majorité n'est allégué (situations classiques dans lesquelles on a recours a la notion d'intérêt social pour annuler des décisions prises par les organes).

A cela s'ajoute que le juge est uniquement juge de la légalité des décisions soumises et non de leur opportunité.

Or, en l'espèce, les actionnaires, ultimes juges de l'intérêt social dans une société holding, ont ratifié l'opération en accordant décharge au gérant commandité, chargé au quotidien de veiller au respect de l'intérêt social de la requérante.

Dans ces conditions, la demande en nullité basée sur une prétendue contrariété de l'intérêt social est à déclarer non fondée.

– *Quant à la nullité pour cause illicite et immorale*

Concernant la demande en annulation de la convention de rachat pour cause illicite et immorale, l'article 1131 du Code Civil prévoit que l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.

D'après l'article 1133 du même code, la cause est illicite lorsqu'elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

La doctrine dominante contemporaine se caractérise par le choix de la cause finale et par l'opposition entre la cause « objective » et « subjective ». Ainsi pour le contrôle de l'existence de la cause, il y a lieu de retenir une définition objective et abstraite, toujours la même pour un même contrat, que certains qualifient de cause objective, et, pour le contrôle de la licéité de la cause, une définition subjective, les motifs déterminants, que certains qualifient de cause subjective (Cause de l'engagement et validité du contrat, Jacques GHESTIN, LGDJ, n°128 et 129, page 90).

La cause objective est le but immédiat qui a déterminé le contractant à s'obliger. Elle est, dans le contrat synallagmatique, la contre-prestation escomptée.

La cause subjective est la cause déterminante, c'est-à-dire le mobile qui a décidé l'une des parties à s'engager (Cause de l'engagement et validité du contrat, Jacques GHESTIN, LGDJ, n°135, page 96). Il ne s'agit donc plus du pourquoi de l'obligation souscrite par chacune des parties, mais du pourquoi de l'opération juridique dans l'intention de celles-ci. Ainsi la définition de la cause subjective du contrat est concrète puisqu'elle réside dans l'objectif pratique que les cocontractants ou l'un d'eux veulent atteindre et pour la réalisation duquel le contrat n'a été que l'instrument (Jurisclasseur, civil, Fasc. 1131 à 1333, n°41, page 10).

La sanction d'une cause illicite ou immorale ne peut être qu'une nullité absolue (cf. Jurisclasseur Civil Code, article 1131 à 113 ; Fasc. 30, n°44 et ss. et les références y citées).

La cause étant présumée licite et morale, la charge de la preuve de l'illicéité ou de l'immoralité de la cause pèse sur celui qui l'invoque, la preuve pouvant se faire par tous moyens (François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil - Les obligations, Précis Dalloz, 8ème éd., n° 368)

Au vu de ce qui précède, il appartient à **SOC1.)** Il de prouver que la cause subjective de conclure le contrat de rachat des CPECs résidait dans le fait d'éluder la législation interdisant la distribution d'un dividende fictif aux actionnaires.

Or, dans la mesure où les articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915 ne sont pas applicables à des instruments de dettes, tels les CPECs, et qu'il ne ressort d'aucun élément soumis à l'appréciation du tribunal que les parties à ce rachat aient envisagé au moment de l'opération litigieuse que ces textes puissent s'appliquer à des CPECs, on ne saurait raisonnablement soutenir que la cause subjective de l'opération juridique résidait dans le fait de contourner une législation inapplicable.

Hormis la prétendue violation de diverses règles d'évaluation (articles 51 et 55 de la Loi modifiée de 2002) qui sera examinée dans le cadre de la demande en nullité pour fraude à la loi, **SOC1.)** Il reste en défaut d'invoquer la moindre disposition légale impérative violée par le « montage financier » litigieux.

La simple affirmation de **SOC1.)** Il selon laquelle il serait « *contraire aux bonnes mœurs de vider une société de près d'un milliard d'euros en l'absence de tout profit et en l'absence de toute dette ab initio justifiant le paiement* » n'est pas suffisante pour justifier la nullité du contrat de rachat des CPECs pour cause immorale.

En effet, si les liquidateurs semblent faire référence aux bonnes mœurs dans le sens de la morale des affaires qui s'emploie à restaurer la légitimité de l'économie du marché en ne l'abandonnant pas à ses pires déviations, il convient de relever que la notion de bonnes mœurs connait un recul manifeste en droit civil et, si elle a pu justifier la nullité de certains types de contrats pour cause immorale, il s'agissait de contrats dont la cause subjective était manifestement contraire à la moralité des affaires, notamment en raison de l'existence de sanctions pénales, tels les contrats de corruption ou de trafic d'influence (cf. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit., n° 388).

En l'absence de preuve de l'existence d'un délit ou d'une contrariété manifeste à des dispositions légales impératives censées sauvegarder la moralité des affaires, cette jurisprudence ne saurait être transposée au cas d'espèce.

L'illicéité ou l'immoralité de la cause alléguée par **SOC1.)** Il n'étant ni établie, ni offerte en preuve, sa demande en nullité du contrat de rachat litigieux pour cause illicite ou immorale n'est pas fondée.

– *Quant à la nullité pour fraude ou fraude à la loi*

Constitue une fraude à la loi, un contrat qui, sans contrevenir formellement à une loi d'ordre public, tend à la tourner, à en éluder l'application (Jean Carbonnier, Droit civil, Volume 2, Les biens et les obligations, p.390).

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).

Elle suppose par conséquent une intention frauduleuse, qui peut notamment résulter du caractère exceptionnellement anormal de la structure juridique utilisée par les parties à l'opération. En revanche, le fait pour des parties de choisir, entre différents mécanismes existants, celui qu'elles jugent le plus favorable dès lors que la voie choisie n'est pas défendue par la loi, et cela même si le contrat qui est conclu ou la structure qui est mise en place va s'avérer défavorable à l'une d'entre elles, ou à des tiers, ne constitue pas une fraude et n'entraînera pas la nullité de l'acte (cf. en ce sens, Cour, 9 mai 2001, Pas. 32, page 75, Olivier Poelmans, Droit des obligations au Luxembourg, Principes généraux et examen de jurisprudence, Larcier, n° 124).

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, 1er Vol., Obligations – théorie générale, 9e édition, n° 306).

A l'appui de sa demande en nullité des résolutions prises par son gérant et du contrat de rachat de CPECs pour fraude à la loi, **SOC1.)** Il se contente d'indiquer que les dispositions des articles 72-1 et 167 de la Loi modifiée de 1915 auraient « *été tournées, si tant était vrai qu'elles n'ont pas été ouvertement violées* » (cf. conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer notifiées le 29 janvier 2015, page 60).

Or, il résulte des développements qui précèdent que les dispositions interdisant la distribution de dividendes fictifs ne sont pas applicables aux CPECs.

Dans ces conditions, aucune intention de tourner ou d'éluder l'application des dispositions interdisant la distribution de dividendes fictifs dans le chef des parties au contrat de rachat ou dans le chef du gérant commandité n'est concevable.

SOC1.) Il ne cite par ailleurs aucune autre disposition d'ordre public qui aurait été tournée ou dont l'application aurait été éludée par le rachat litigieux.

Il n'est pas non plus établi, ni même allégué par les liquidateurs, que le choix d'émettre des CPECs plutôt que du capital social dans le but de financer **SOC1.)** Il aurait été critiquable d'un point de vue juridique, l'obligation du capital social minimum étant par ailleurs largement respectée.

La mise en place de cette structure de financement, tout comme la décision de procéder au rachat des CPECs, n'étaient partant pas contraires à une loi d'ordre public, mais relevaient de la liberté contractuelle des parties.

Les conditions d'une fraude à la loi ne sont partant pas données en l'espèce.

A côté de l'argumentaire d'une fraude à la loi, **SOC1.)** II invoque également de manière plus générale le caractère frauduleux de l'opération de rachat « *contractée dans le seul but de nuire à la société concluante* » et elle énonce toute une série d'éléments factuels et diverses considérations de nature juridique, économique et comptables censés rapporter cette preuve.

Ces moyens sont réfutés en tous points par les parties défenderesses.

Il convient dès lors d'examiner, au vu des différents reproches adressés par les liquidateurs, si l'opération de rachat litigieuse 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.

Une première critique tient à l'absence d'obligation de procéder au rachat litigieux.

Or, la possibilité du rachat optionnel des CPECs étant expressément prévue par l'article 3.2. des *terms & conditions* « *on a Conversion Event* », l'exercice effectif d'une telle option n'est pas critiquable en soi.

D'après les liquidateurs, les *terms & conditions* auraient cependant déjà été violés sur ce point fondamental, alors qu'aucun *Conversion Event* n'aurait eu lieu dans la mesure où les conditions d'un tel cas d'ouverture n'auraient pas été remplies.

Selon la définition figurant à l'article II 1. des *terms & conditions*, « *Conversion Event means after payment of or provision for other obligations of the Company having priority to the CPECs, the Company disposes of funds resulting from (i) payments made by the Company's Subsidiaries to the Company or (ii) sales of shares of Subsidiaries to an unaffiliated party (iii) and the Company will not be insolvent after payment of aggregate Optional redemption Price of the CPECs* ».

En l'espèce, ces conditions ont été globalement respectées.

En effet, tel qu'exigé sous le point (i), **SOC1.)** II avait bien reçu de la part sa filiale **SOC1.)** IV un paiement de 200 millions d'euros, le surplus du prix de rachat étant financé par l'émission des *Subordinated Notes*, ce qui n'était pas exclu par la lettre des *terms & conditions* qui n'exigeaient pas un financement exclusif provenant de paiements des filiales.

Concernant la condition tenant au *« payment of or provision for other obligations of the Company »,* il n'est pas contesté que **SOC1.)** II n'avait pas d'autres créanciers notables au moment du rachat litigieux et que les *Subordinated Notes* émises dans le cadre du Refinancement avaient une date de remboursement du montant principal fixée uniquement en 2015.

Or, selon les conclusions d'un rapport d'expertise unilatéral, la dette résultant de l'émission de ces Notes était soutenable, l'expert concluant au point 1.17 que « *it was reasonably foreseeable that **SOC1.)** II would have the resources necessary to pay its obligations as they became due. The economic outlook and **T- SOC1.)**'s performance both suggested scope for further profit growth, a view supported by McKinsey in its review of management forecasts. Credit analysts, investors in the bonds, and **SOC7.)** Investments must all have been satisfied that **SOC1.)** II could*

meet its liabilities and that the probability of default was low » (rapport de Chris Osborne de FTI Consulting du 11 juillet 2014, pièce n° 13 d'Arendt & Medernach).

Aucune pièce produite par les liquidateurs ne remet en cause cette conclusion.

La dernière condition sous (iii) a également été respectée, alors que **SOC1.)** Il n'était pas devenue *insolvent* au sens du droit luxembourgeois, c'est-à-dire ne s'est pas trouvée en état de cessation des paiements et d'ébranlement du crédit dans la suite du rachat de CPECs litigieux, alors que son insolvabilité n'est apparue que plusieurs années plus tard en 2009, ce qui n'est pas pertinent pour l'appréciation du respect de ce texte.

Contrairement à ce que soutiennent les liquidateurs, aucune violation contractuelle n'est établie, tout au plus une interprétation extensive du contrat au sujet de la condition (i) qui n'est pas pour autant révélatrice d'une quelconque intention frauduleuse.

Les liquidateurs dénoncent ensuite la fixation de la valeur de rachat à hauteur de 35,82 EUR par CPEC aboutissant au paiement d'une « *prime de 24,82 EUR pour chaque titre* », alors « *qu'un CPEC ne valait cependant qu'1.- EUR* ». Cette valeur de rachat aurait été fixée « *dans le plus parfait arbitraire (…) sans fondement ni économique, ni comptable, ni juridique, ni même en concordance avec les conditions générales des CPECs en cause »* (cf. conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer du 29 janvier 2015, pages 49 et 51)

Le calcul du prix de rachat optionnel des CPECs doit s'effectuer en conformité avec sa définition figurant à l'article II 1. des *terms & conditions* : « *Optional Redemption Price means the price applicable for the redemption under Clauses 3.1 and 3.2 for any CPEC, which shall be, at any time, the greater of (i) the Par Value of a CPEC and (ii) the market value, on a fully diluted basis (i.e. number of outstanding Ordinary Shares and outstanding CPECs) of the Conversion Shares into which the CPEC would have been convertible or converted pursuant to Clause 4, reduced by 0,5%. The Optional Redemption Price shall be determined by the Board of Managers on the basis of the equity value of the Company and its Subsidiaries on an arm's length basis »* (cf. pièce n° 1 de la farde de 9 pièces de Maître Schaeffer).

De prime abord, il convient d'écarter la critique des liquidateurs relative au paiement d'un prix de rachat supérieur à la valeur nominale des CPECs, alors que les *terms & conditions* prévoient expressément que ce prix sera fixé à la valeur la plus importante (« *the greater of* ») entre la valeur nominale et la valeur de marché des *Conversion Shares* dans lesquelles les CPECs auraient été converties.

Il ressort encore de cette définition que cette valeur du prix de rachat doit correspondre à la valeur de marché (et non comptable) des *Conversion Shares* et que le gérant doit se baser pour la détermination dudit prix de rachat sur l'*equity value* de **SOC1.)** Il et de ses filiales *on an arm's length basis.*

Les notions *de market value et d'equity value* sont de toute évidence des notions financières, lesquelles ont pu être librement choisies par les parties en application du principe de l'autonomie de la volonté posé par l'article 1134 du Code civil, et ne doivent pas être confondues avec les principes luxembourgeois d'évaluation des postes figurant dans les comptes annuels marqués par le principe de prudence

(article 51 de la Loi modifiée de 2002) et la prise en compte des avoirs à leur seul coût d'acquisition, sans prise en compte d'éventuelles plus-values (cf. comptes annuels pour l'exercice 2006, page 6, *accounting policies*, point 2.2.2. *financial assets*, pièce n° 7 de la farde de 9 pièces de Maître Schaeffer).

Une évaluation comptable en accord avec ces principes ne reflète dès lors pas forcément la valeur de marché d'une entreprise, c'est-à-dire la valeur que des acquéreurs seraient prêts à débourser pour son acquisition.

Or, il ne ressort pas de la définition précitée du *Optional Redemption* Price que les parties aient voulu déterminer celui-ci sur une base purement comptable, auquel cas ils n'auraient certainement pas fait référence à une *market value,* mais plutôt à une évaluation sur base du Luxembourg GAAP, ce qui n'a pas été fait.

Dans ces conditions, tous les développements des liquidateurs tenant à une prétendue violation des normes comptables luxembourgeoises, et plus particulièrement des articles 51 et 55 de la Loi modifiée de 2002, dans le cadre de la détermination du prix de rachat optionnel manquent de pertinence et doivent être écartés.

Les liquidateurs s'emparent encore de la définition « *available distributable amount* » figurant parmi les définitions dans les *terms & conditions* pour conclure que le rachat de CPECs aurait été subordonné à l'existence de bénéfices distribuables au sens des normes comptables luxembourgeoises.

Ce raisonnement des liquidateurs ne saurait pas non plus être suivi, alors qu'aucune référence à ladite définition ne se retrouve dans les dispositions des *terms & conditions* consacrées au rachat des CPECs.

Il est par ailleurs constant en cause que la valeur de rachat de 35,82 EUR par CPEC, aboutissant à un prix de rachat global de 978.659.712.- EUR pour 27.321.600 CPECs rachetés résulte d'un calcul opéré sous forme de tableau par **SOC5.)** prenant comme point de départ *l'enterprise value* du groupe **T- SOC1.)** de 3,2 milliards d'euros (cf. pièce n° 27 de la farde de 5 pièces de Maître Schaeffer et pièce n° 23 de la farde 2/5 de Maître Trevisan).

Ces calculs ne sont pas critiqués en tant que tels par les liquidateurs de **SOC1.)** II.

Leurs critiques visent essentiellement l'utilisation de la notion de *l'enterprise value* comme point de départ de ces calculs, notion « *qui n'aurait rien à voir avec la valeur en fonds propres d'une société, calculée en conformité avec le droit comptable luxembourgeois* », alors que cette notion compterait artificiellement les dettes du groupe comme valeur et que « *personne ne pourrait appeler cela de la valeur* » ou de *l'equity value* (cf. conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer du 29 janvier 2015, page 89).

L'enterprise value ou, en français, la valeur (de marché) de l'actif économique peut être définie comme étant la somme de la valeur de marché des capitaux propres (capitalisation boursière si l'entreprise est cotée) et de la valeur de marché de l'endettement net. (…) Alors que la comptabilité appréhende l'entreprise en se fondant sur son passé et en centrant sa démarche sur les coûts, la finance est essentiellement une projection de l'entreprise dans l'avenir. Elle intègre non

seulement le risque, mais aussi et surtout la valeur qui résulte de la perception du risque et de la rentabilité de demain (cf. P. Vernimmen, Finance d'entreprise 2012, éd. Dalloz, p. 773, pièce n° 18 d'Arendt & Medernach).

L'intérêt de la notion de *l'enterprise value* (ou EV) est de donner la valeur que l'ensemble des investisseurs sont prêts à payer pour avoir accès aux cash flow libres de l'entreprise. Elle indique quelles performances le marché dans son ensemble attend de l'entreprise. (…) Dans la mesure où elle ne dépend que faiblement de la structure du capital, elle permet de comparer des entreprises dont le niveau d'endettement est très différent. (…) Elle est couramment utilisée dans trois ratios qui permettent de faire des comparaisons entre entreprises d'un même secteur : EV/chiffre d'affaires, EV/EBITDA et EV/EBIT (cf. définition Wikipédia, pièce n° 18 d'Arendt & Medernach).

Les liquidateurs ne produisent ni article de doctrine, ni expertise permettant de conclure que l'utilisation de la notion de *l'enterprise value* serait un concept condamnable en matière d'évaluation financière d'une entreprise ou, tel le cas en l'espèce, d'un groupe de sociétés.

A l'inverse, les parties défenderesses produisent un rapport unilatéral dans lequel un expert en analyse financière, Chris Osborne de FTI Consulting (Londres), explique en détail la différence entre les notions *d'enterprise value* et *d'equity value* et répond à la critique des liquidateurs comme suit « *the Claimant's suggestion that "the enterprise value is an algebric sum of values of assets and debts (the group's debts being artificially couted as value by the opposing parties) is likewise wrong. For reasons discussed above, the Enterprise Value is better understood as the value of the business. It is not that "the group's debts are artificially counted as value"; rather it is that in determining an Equity Value, the group's debts would be deducted from the value of the business, while in determining an Enterprise Value, they would not* » (rapport de Chris Osborne du 8 juin 2015, point 6.18, pièce n° 17 d'Arendt & Medernach).

Or, si l'on examine de près les calculs de **SOC5.)**, c'est précisément ce qui a été fait: de *l'enterprise value* de 3,2 milliards d'euros ont été déduites les dettes du groupe **T-SOC1.)** pour aboutir à *l'equity value* qui, après divers ajustements, dont la déduction des frais de transaction, a abouti à la « *fair market value* » ayant servi de base de calcul pour la détermination de la valeur de marché par action/CPEC.

Les critiques des liquidateurs à cet égard sont par conséquent sans fondement.

SOC1.) Il remet ensuite en cause la pertinence du montant de 3,2 milliards d'euros retenu à titre *d'enterprise value*, alors que l'évaluation du groupe n'émanerait pas de **SOC5.)**, mais d'un des Investisseurs, en l'occurrence de **SOC3.)**, et que les représentants du gérant commandité auraient « *aveuglément travaillé* » avec ces chiffres et décidé sur cette base, sans disposer du moindre document comptable ou évaluation d'expert justifiant ce montant.

Cette critique rejoint celle de la fixation arbitraire du prix de rachat.

Il n'est pas contesté que **SOC5.)** a seulement procédé au calcul de prix de rachat par CPEC sur base d'une *enterprise value* fournie par l'un des Investisseurs.

Dans la mesure où cette *enterprise value* était celle du groupe **T- SOC1.)** dans son ensemble, il n'est pas en soi choquant que cette évaluation soit fournie par les actionnaires finaux ayant une vision d'ensemble du groupe, à condition bien évidemment que cette évaluation puisse être justifiée objectivement.

Or, cette *enterprise value de 3,2* milliards d'euros*,* loin d'être purement arbitraire, a été confirmée par différentes sources concordantes :

- l'un des Investisseurs, **SOC2.)**, a évalué dans le cadre de son rapport semestriel à ses propres investisseurs le groupe **T- SOC1.)** à une EV de 3,3 milliards d'euros au 31 décembre 2006 en appliquant un multiple de 8 à l'EBITDA normalisé de 412 millions d'euros (cf. pièce n° 36.24 de la farde 4/5 de Maître Trevisan) ;
- une dizaine de banques d'investissement ont évalué le groupe **T- SOC1.)** à une EV située entre 3,3 et 4 milliards d'euros (cf. point 4.3 du 1er rapport de Chris Osborne du 11 juillet 2014, pièce n° 13 d'Arendt & Medernach) ;
- en novembre 2006, **SOC7.)** Equity a soumis une « *non-binding offer* » pour l'acquisition du groupe **T- SOC1.)** pour une EV de 3,2 milliards d'euros (cf. pièce n° 9 de la farde 1/5 de Maître Trevisan).

Cette évaluation n'était par ailleurs pas « *fantaisiste* », alors qu'elle s'est vérifiée lors de la vente du groupe à **SOC7.)** en février 2006 pour une *equity value* de 500 millions d'euros, à laquelle il convient d'ajouter le montant de 2,9 milliards d'euros à titre de l'endettement net du groupe (**SOC7.)** ayant acquis le groupe avec l'endettement restant dans les sociétés du groupe) pour aboutir à une *enterprise value* de 3,4 milliards d'euros.

Aucune fraude ne peut dès lors être décelée dans cette évaluation du groupe.

Les liquidateurs s'emparent encore comme preuve de l'existence d'une fraude de deux emails envoyés par **SOC5.)** à **F.)** en date du 19 décembre 2006, soit au lendemain des résolutions prises par le gérant commandité **SOC1.)** fixant le prix de rachat à 35,82 EUR par CPEC, qui établiraient que ces résolutions auraient été prises avant la communication des chiffres finaux concernant notamment le prix de rachat global (cf. pièce n° 24 de la farde V de 5 pièces de Maître Schaeffer).

Ces emails reprennent effectivement les chiffres finaux de l'ensemble des contrats (*CPECs redemption agreements*, *PECs redemption agreements*, *PEC subscription agreements* et *intercompany loans*) qui seront conclus par les différentes entités du groupe **SOC1.)** (**SOC1.)** II, **SOC1.)** I, **SOC1.)**, **SOC1.)** IV et **SOC1.)** Finance) dans le cadre du Refinancement.

Dans la mesure où ces contrats n'ont été signés qu'en date du 21 décembre 2006, il n'est pas anormal que l'intégralité des chiffres ne soit confirmée par **SOC5.)** qu'au lendemain des résolutions prises par le gérant, dans le cadre desquelles la plupart des chiffres sont restés approximatifs, à l'exception de ceux relatifs au rachat des CPECs litigieux faisant l'objet d'une résolution spéciale.

Ces emails ne prouvent d'ailleurs pas que les chiffres relatifs au rachat des CPECs aient été inconnus avant cette date, mais prouvent uniquement que l'intégralité des

chiffres n'a été confirmée qu'à cette date, la correction de chiffres opérée dans le second email étant d'ailleurs relative à un *PEC subscription agreement*.

Les liquidateurs dénoncent enfin les mentions « *proceeds to be extracted by way of CPEC redemption* » et « *number of CPECs to be redeemed to exit required funds* » figurant dans le tableau de calcul fourni par **SOC5.)** (cf. pièce n° 27 de la farde de 5 pièces de Maître Schaeffer), qui établiraient que c'était l'exigence des bénéficiaires de l'argent du rachat des CPECs, qui aurait dicté d'autres valeurs et variables de cette « *équation à l'envers* », dont le prix de rachat.

Il n'est pas contesté en cause que le rachat des CPECs, dans le cadre du Refinancement de l'endettement du groupe, a servi à faire remonter des fonds aux Investisseurs.

Aucune violation d'une loi impérative ou des *terms & conditions* des CPECs n'a été établie.

Les différents chiffres utilisés dans ce tableau établi par **SOC5.)** (à savoir *l'enterprise value,* l'endettement, les frais, le nombre d'actions et de CPECs émis) sont objectivement vérifiables, respectivement n'ont pas été critiqués, et les calculs opérés visaient justement à déterminer le nombre de CPECs à racheter sur le total de CPECs émis (alors que seule une partie des CPECs émis a été rachetée), ainsi que leur prix de rachat.

Dans ces conditions, même à supposer que le montant de rachat total des CPECs ait été réclamé (« *required funds* ») par les Investisseurs, cela ne remet pas en cause la licéité de l'opération en l'absence de toute autre élément de nature à conforter l'existence d'une fraude.

A cela s'ajoute la circonstance que l'élément essentiel de la fraude, à savoir la ruse, la tromperie ou la manœuvre déloyale fait totalement défaut, alors que l'opération de rachat litigieuse a été conduite en toute transparence, *l'Offering Memorandum* des *Subordinated Notes* ayant clairement indiqué que le produit de l'émission servirait au remboursement des « *deeply subordinated shareholder loans* » à hauteur de 973,7 millions d'euros (pages 59-60, pièce 15 de la farde 1/5 de Maître Trevisan).

La critique tenant à une insuffisance de cette information en raison du prétendu caractère « *obscur* » de *l'Offering Memorandum* ne saurait valoir, alors que celui-ci était destiné à des investisseurs professionnels ou du moins avertis au vu des risques inhérents à ce type d'investissement (cf. pages 29-52).

Les liquidateurs critiquent également le placement très massif de titres de dettes dans le marché afin de « *servir* » les Investisseurs.

Or, ni l'émission de *Subordinated Notes* dans le marché, ni le financement d'une entreprise auprès de tiers afin de rembourser une dette vis-à-vis des actionnaires ne sont des opérations illicites en soi et aucune fraude dans le déroulement de ces opérations n'a été rapportée.

Il y a partant lieu de rejeter le moyen déduit de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », étant donné que **SOC1.)** Il reste en défaut d'établir ou d'offrir en preuve les éléments constitutifs de la fraude alléguée.

Il se dégage des développements qui précèdent que l'action en nullité des résolutions prises par le gérant commandité et de la convention de rachat de CPECs est à rejeter sur toutes les bases invoquées.

6) Quant à la demande en condamnation dirigée contre **SOC1.)**

Le vote de la décharge en date du 27 juillet 2007 ayant pour effet d'empêcher l'exercice de *l'actio mandati* contre le gérant, la demande de **SOC1.)** Il basée sur les règles de la responsabilité contractuelle est à déclarer irrecevable.

SOC1.) Il entend en ordre subsidiaire engager la responsabilité civile de son gérant sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil « *pour avoir pris l'initiative d'un tel rachat* » « *complètement contraire à l'intérêt social de la demanderesse* » (cf. assignation du 15 décembre 2011, page 8).

Les parties défenderesses concluent à l'irrecevabilité de cette demande en raison du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

En application de cette règle, l'action en responsabilité délictuelle ne saurait être admise dès lors qu'une autre action a été ou est à la disposition du plaideur (cf. Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action 2004/2005, n° 1022, p. 274).

En l'occurrence, **SOC1.)** Il disposait justement de *l'actio mandati* contre son gérant, action en responsabilité contractuelle à laquelle elle a renoncé en lui accordant décharge.

Dans ces conditions, elle ne saurait à présent contourner sa décharge en invoquant les règles de la responsabilité délictuelle, nonobstant l'existence d'un contrat liant les parties.

En effet, **SOC1.)** Il pourrait fonder son action sur les dispositions du droit commun (article 1382 du Code civil) uniquement pour autant que le faute alléguée ne consiste pas en une violation d'obligations purement contractuelles et constitue une faute indépendamment du mandat qui lie les administrateurs à la société ; ce serait notamment le cas pour des infractions pénales. Dans ce cas, la décharge donnée par l'assemblée générale serait sans effet sur l'exercice d'une action basée sur l'article 1382 (cf. Ch. Resteau, Traité des sociétés anonymes, 3ème édition, Tome II, n°967bis, p. 211).

Or, en l'occurrence, les fautes alléguées par la requérante se rattachent précisément à l'exécution du mandat par son gérant **SOC1.)** et aucune infraction pénale dans le chef de ce dernier n'a été établie.

Dans ces conditions et en application de la règle du non-cumul des responsabilités, la demande de **SOC1.)** Il, en tant que fondée sur la responsabilité délictuelle, est également à déclarer irrecevable.

SOC1.) Il fait encore valoir dans le cadre de l'assignation que son gérant commandité encourt également « *une obligation légale (solidaire) au concours de*

toutes dettes de la société en commandite » sur base de l'article 102 de la Loi modifiée de 1915.

SOC1.) fait valoir que la requérante ne saurait invoquer l'engagement solidaire de son actionnaire commandité à son profit et, qu'en application de l'article 152 de la Loi modifiée de 1915, aucune condamnation du commandité ne pourrait intervenir avant celle de la société. Or, une telle condamnation antérieure de **SOC1.)** II pour le montant réclamé à son commandité ferait défaut.

Dans la mesure où il ressort des conclusions récapitulatives de **SOC1.)** II (page 97 et 98) que celle-ci ne fait que rappeler l'existence de cette obligation légale dans le chef de son gérant commandité qui « *ne fait pas obstacle* » à l'obligation dudit gérant « *de réparer le préjudice survenu* » à la requérante pour fautes commises dans sa gestion, tout en affirmant l'actionner en responsabilité contractuelle, sinon délictuelle, il n'y a pas lieu de tirer des conséquences juridiques de cette question.

7) Quant à la demande en condamnation dirigée contre **SOC1.)** I

SOC1.) II entend engager la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle de son actionnaire commanditaire pour violation des *terms & conditions*, pour violation grave de la loi sur les sociétés commerciales et pour participation délibérée à une opération engageant sa responsabilité, alors que le rachat aurait été contraire à l'intérêt social de la requérante.

Il résulte des développements qui précèdent que **SOC1.)** II n'a pas apporté la preuve d'une violation des *terms & conditions* ou d'une quelconque disposition impérative de la Loi modifiée de 1915.

Seul le troisième reproche a dès lors vocation à être analysé.

En l'espèce, **SOC1.)** II et son commanditaire **SOC1.)** I sont liés contractuellement par les *terms & conditions* des CPECs et par la convention de rachat des CPECs conclue en date du 21 décembre 2006.

Concernant la demande basée sur les règles de la responsabilité contractuelle, il convient de relever que, pour qu'une telle responsabilité puisse être engagée, il ne suffit pas que le dommage ait été causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat. Il faut encore qu'il résulte de l'inexécution d'une obligation principale ou accessoire engendrée par le contrat à charge de l'un des contractants (Cour 16 juin 1982, 25, 344).

En l'occurrence, il n'est pas contesté que toutes les obligations des parties en relation avec la convention de rachat (paiement du prix et rachat et annulation subséquente des CPECs) ont été exécutées en conformité avec les stipulations contractuelles.

Tel que précisé ci-avant, la participation délibérée à une opération de rachat de CPECs, dont l'initiative émanait d'ailleurs de **SOC1.)** II qui a adressé une *Notice of Redemption* à son commanditaire, dans le cadre d'une option offerte aux cocontractants n'est pas un comportement fautif.

Le reproche de la prétendue contrariété de l'opération à l'intérêt social de **SOC1.)** II n'est pas davantage fondé dans le cadre de l'examen d'une demande fondée sur les règles de la responsabilité contractuelle, alors que la requérante ne saurait transférer à son cocontractant une obligation incombant à son gérant commandité, seul ce dernier devant veiller au respect de l'intérêt social de **SOC1.)** II dans le cadre de l'exécution d'une convention.

La demande basée sur la responsabilité contractuelle n'est partant pas fondée.

Les liquidateurs précisent que la responsabilité de **SOC1.)** I serait « *recherchée pour avoir pris part à la conclusion, et dans la genèse, de ladite convention de rachat, et non pas pour avoir été en défaut de l'exécuter (ou pour l'avoir mal exécutée). Attendu que dans la mesure où, de cette façon-là, (**SOC1.)** I) a pris part à ces actes dommageables, sa responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle est engagée* » (cf. conclusions récapitulatives de Maître Schaeffer notifiées le 29 janvier 2015, page 31).

Ce moyen manque particulièrement de clarté.

SOC1.) II restant en défaut de préciser quel comportement exact (de nature précontractuelle ?) elle vise, alors que tous les reproches adressés à **SOC1.)** I s'attachent soit au contrat de rachat, soit au contrat d'émission des CPECS, il convient de faire application du principe du non-cumul des responsabilités et la demande de **SOC1.)** II, en tant que fondée sur la responsabilité délictuelle, doit être déclarée irrecevable.

8) Quant à la demande en condamnation dirigée contre **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)**, **E.)** et **F.)**

SOC1.) II estime que **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)**, **E.)** et **F.)** encourent, en raison de leurs qualités de membres du conseil de gérance de la société **SOC1.)**, une responsabilité contractuelle, sinon délictuelle, du fait de leurs fonctions.

De prime abord, il y a lieu de déclarer la demande basée sur les règles de la responsabilité contractuelle non fondée, alors que **SOC1.)** II est restée en défaut de justifier d'un contrat la liant directement aux six défendeurs, la requérante étant uniquement liée contractuellement à **SOC1.)** et non pas aux gérants de cette dernière.

Dans le cadre du jugement interlocutoire du 11 décembre 2013, il avait été jugé que l'article 51bis de la Loi modifiée de 1915 avait vocation à s'appliquer aux sociétés en commandite par action.

Dans la mesure où il résulte des développements qui précèdent qu'aucune responsabilité n'a été retenue dans le chef de la société **SOC1.)**, aucune responsabilité solidaire dans le chef des parties défenderesses sur base de ce texte n'est envisageable.

Dans ces conditions, il convient de revenir sur la théorie de l'organe.

En effet, dans le cadre du jugement précité, le tribunal, après avoir relevé que cette théorie était susceptible de s'appliquer à la présente espèce dans laquelle est

recherchée la responsabilité des personnes physiques ayant qualité de membres du conseil de gérance d'une société à responsabilité limitée, ayant elle-même la qualité d'associé commandité et gérant d'une société en commandite par actions, avait réservée cette question au motif que l'applicabilité de l'article 51bis pourrait faire échec à cette théorie de l'organe.

Selon la théorie de l'organe telle que consacrée par l'article 12 de la Loi modifiée de 1915, les membres des organes d'une personne morale n'assument aucune responsabilité personnelle pour les actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs fonctions sociales en engageant directement la personne morale (cf. J-P Winandy, op. cit., page 397-398).

L'organe de la société étant l'incarnation légale de la société à laquelle il s'identifie, la personne morale est engagée directement par les actes accomplis par son organe, ce dernier exprimant directement et immédiatement la volonté du premier. (cf. De Page, Traité élémentaire de droit civil belge, Les Personnes, Tome 2, vol. 1, 1990, page 402).

En application de cette théorie de l'organe, la décharge accordée au gérant commandité **SOC1.)** doit nécessairement profiter aux membres de son organe pour autant que ceux-ci ont agi dans le cadre de leurs fonctions, alors qu'en agissant en tant qu'organe de **SOC1.)**, les actes matériellement posés par eux sont les actes accomplis par **SOC1.)** et, en tant que tels, engagent uniquement cette dernière.

L'ensemble des actes posés par les six défendeurs en leur qualité de gérants de **SOC1.)** « *du fait de leurs fonctions* » sont partant couverts par la décharge, sachant que, même en l'absence d'une telle décharge, ces actes, à les supposer fautifs, auraient tout au plus permis d'engager la responsabilité de **SOC1.)**.

SOC1.) Il n'ayant par ailleurs pas établi, ni même allégué une faute détachable de leurs fonctions dans le chef des six défendeurs, seule susceptible d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants d'une personne morale, la demande basée sur les règles de la responsabilité délictuelle doit également être déclarée non fondée.

9) <u>Quant aux indemnités sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile</u>

Tant la demanderesse **SOC1.)** Il que les parties défenderesses **A.)** et **B.)** sollicitent des indemnités de 15.000.- EUR et de 20.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

La demande en obtention d'une telle indemnité 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.

Les parties défenderesses sont également à débouter de leur demande, alors que la condition de l'iniquité requise par la loi fait défaut.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

revu le jugement commercial n° 1648/13 du 11 décembre 2013 ;

donne acte à **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)**, **E.)** et **F.)** de leur intervention volontaire dans le rôle numéro 145.724 ;

ordonne la jonction des demandes inscrites au rôle sous les numéros 145.724 et 145.725 ;

dit irrecevables les demandes dirigées contre **A.)**, **B.)**, **E.)**, **F.)**, **C.)** et **D.)** basées sur une prétendue gérance de droit ou de fait de la société en commandite par actions **SOC1.)** (LUXEMBOURG) II S.C.A. ;

dit irrecevables les demandes basées sur une prétendue fraude aux droits des créanciers de la société en commandite par actions **SOC1.)** (LUXEMBOURG) II S.C.A. ;

dit recevable la demande en annulation des résolutions adoptées en date du 18 décembre 2006 et de la convention de rachat signée le 21 décembre 2006 ;

la **dit** non fondée et en **déboute**,

dit irrecevable la demande dirigée contre la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. ;

dit irrecevable la demande dirigée contre la société à responsabilité limitée **SOC1.)** I s.à r.l., en faillite, sur la base délictuelle ;

dit recevable la demande dirigée contre la société à responsabilité limitée **SOC1.)** I s.à r.l., en faillite, sur la base contractuelle ;

la **dit** non fondée et en **déboute**,

dit non fondées les demandes dirigées contre **A.)**, **B.)**, **E.)**, **F.)**, **C.)** et **D.)** et en **déboute ;**

dit non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et en **déboute**,

condamne la société en commandite par actions **SOC1.)** (LUXEMBOURG) II S.C.A., en liquidation judicaire, aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Fabio TREVISAN, de Maître Yann BADEN et de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH S.A., qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.