Jugement commercial XV No. 1648 / 13

Audience publique du mercredi, onze décembre deux mille treize.

Numéro 145 725 du rôle

Composition :

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

E n t r e :

la société en commandite simple par actions **SOC.1.) 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 FC…,

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. **A.)** 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 Londres (…),

représentée par ses liquidateurs actuellement en fonctions,

à savoir

Monsieur **B.)**, sans état connu, né le (…), demeurant professionnellement à Londres (…),

ayant été nommé par décision en date du 5 décembre 2011 du *Secretary of State for Business Innovation and Skills* sur demande de Monsieur **C.)**, né le (…), ce dernier agissant légalement en vertu de sa fonction de *« assistant official receiver »* demeurant à *(…)*, comme étant le liquidateur officiel de la société en commandite par actions **SOC.1.)** S.C.A.,

et Monsieur **D.)**, né le (…), demeurant professionnellement à (…),

ayant été nommé par décision du 17 mai 2013 par la *High Court, Chancery Division* de Londres, en remplacement de Monsieur **E.)**, né le (…), demeurant professionnellement à (…),

élisant domicile en l'étude de Maître Nico SCHAEFFER, avocat, 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, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Nico SCHAEFFER, avocat susdit,

e t :

1. la société à responsabilité limitée **SOC.2.) 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,

2. la société à responsabilité limitée **SOC.3.) 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 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,

défenderesses, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par Maître Romain SABATIER, avocat, en remplacement de Maître Jean-Michel SCHMIT, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg,

3. Monsieur **F.)**, né le (…), sans état connu, demeurant à (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie A de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

4. Monsieur **G.)**, né le (…), sans état connu, demeurant actuellement à I-(…), pris en sa qualité de gérant de catégorie A de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

défendeurs, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat, demeurant à Howald,

5. Monsieur **H.)**, né le (…), sans état connu, demeurant à (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie B de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

6. **Dr. I.)**, né le (…), sans état connu, demeurant à (…), pris en sa qualité de gérant de catégorie B de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

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

comparant par Maître Clara MARA-MARHUENDA, avocate, en remplacement de Maître Paul MOUSEL, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg,

7. **Maître J.)**, avocat à la Cour, demeurant à L-(…), pris en sa qualité de gérant de catégorie C de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

8. **Maître K.)**, avocat à la Cour, demeurant à L-(…), pris en sa qualité de gérant de catégorie C de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** s.à r.l. à l'époque des faits,

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

comparant par Maître Christian POINT, avocat, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

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

Ouï les parties défenderesses sub 1) et 2) par l'organe de leur mandataire Maître Romain SABATIER, avocat, en remplacement de Maître Jean-Michel SCHMIT, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï les parties défenderesses sub 3) et 4) par l'organe de leur mandataire Maître Fabio TREVISAN, avocat constitué, demeurant à Howald.

Ouï les parties défenderesses sub 5) et 6) par l'organe de leur mandataire Maître Clara MARA-MARHUENDA, avocate, en remplacement de Maître Paul MOUSEL, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï les parties défenderesses sub 7) et 8) par l'organe de leur mandataire Maître Christian POINT, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Madame le juge rapporteur Jacqueline KINTZELÉ entendu en son rapport oral à l'audience du 16 octobre 2013.

<u>Faits et procédure</u>

Suivant acte notarié daté du 18 décembre 2006, la requérante **SOC.1.)** a été transformée de société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois en société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** a été nommée associé commandité et gérant de la requérante, tandis que la société à responsabilité limitée **SOC.3.)** est devenue son associé commanditaire.

A cette date et depuis le 25 septembre 2006, **F.)**, **G.)**, **H.)**, **I.)**, **J.)** et **K.)** étaient les membres du conseil de gérance de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)**.

La société à responsabilité limitée **SOC.2.)** était également l'associé unique de la société à responsabilité limitée **SOC.3.)**.

En date du 21 décembre 2006, la société en commandite par actions **SOC.1.)** a racheté 27.321.600 instruments financiers appelés (…) (ci-après «CPECs») à la société à responsabilité limitée **SOC.3.)** à une valeur nominale de 35,82 EUR chacun, de sorte qu'elle a payé entre les mains de son commanditaire la somme totale de 978.659.712.- EUR.

Suivant résolution des associés de la société en commandite par actions **SOC.1.)** 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.

Suivant décision rendue en date du 1er décembre 2011 par le juge Sales du High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court à Londres, la S.C.A. **SOC.1.)**, dont l'insolvabilité a été constatée, a été mise en liquidation selon une procédure principale telle que définie par l'article 3 du Règlement du Conseil (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures de faillite.

Par exploit de l'huissier de justice du 16 décembre 2011, la société en commandite par actions **SOC.1.)**, sous procédure de liquidation judiciaire au Royaume-Uni, a donné assignation à la société à responsabilité limitée **SOC.2.)**, à la société à responsabilité limitée **SOC.3.)**, à **F.)**, à **G.)**, à **H.)**, à **I.)**, à **J.)** et à **K.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour :

- voir dire que **F.)**, **G.)**, **H.)**, **I.)**, **J.)** et **K.)** encourent, en raison de leurs qualités de membres du conseil de gérance de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)**, une responsabilité contractuelle, sinon délictuelle, du fait de leurs fonctions,

- entendre condamner **F.)**, **G.)**, **H.)**, **I.)**, **J.)** et **K.)** solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour le tout, 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 toute autre date plus pertinente comme étant celle du décaissement à son préjudice, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde,

- voir déclarer le jugement à intervenir commun à la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** et à la société à responsabilité limitée **SOC.3.)**.

Elle sollicite encore de chacune des parties assignées une indemnité de procédure de 5.000.- EUR, ainsi que la condamnation des parties défenderesses à tous les frais et dépens de l'instance.

Prétentions et moyens des parties

A l'appui de sa demande, la S.C.A. **SOC.1.)** expose notamment :

- qu'en juin 2005, elle avait émis 490.000 CPECs d'une valeur nominale de 100.- EUR chacun à son commanditaire la société **SOC.3.)** et qu'en janvier 2006, cette émission a été augmentée de 282.681 CPECs supplémentaires,

- qu'au courant du mois d'avril 2006, la valeur nominale des CPECs a été portée à 1.- euro,

- que le 18 décembre 2006, sinon quelques jours plus tard, les actionnaires et gérants de la requérante fixaient le prix de rachat optionnel pour les CPECs à 35,82 EUR,

- que le 21 décembre 2006, elle a racheté les CPECs moyennant paiement entre les mains de son commanditaire de la somme totale de 978.659.712.- EUR correspondant à un multiple de leur valeur nominale, soit 35,82 EUR par CPEC,

- que le rachat des CPECs serait intervenu en violation du règlement d'émission, alors que celui disposerait notamment que le rachat ne devait pas la rendre, en tant que société émettrice, insolvable envers ses autres créanciers et qu'il serait au surplus illégal et sanctionné par les dispositions des articles 72-1 et 167 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; les bilans de clôture au 31 décembre 2005 et au 31 décembre 2006 feraient par ailleurs apparaître que la société ne disposait pas des bénéfices nécessaires pour permettre un tel rachat.

La requérante précise avoir assigné, par exploit distinct, la société **SOC.2.)** et la société **SOC.3.)** en annulation du rachat et en restitution des fonds perçus par suite du rachat.

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 rendus 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.

J.), **K.)**, **H.)** et **I.)** soulèvent en premier lieu la nullité de l'assignation pour libellé obscur.

Ils font encore valoir qu'à la date du 16 décembre 2011 où l'assignation a été lancée, les décisions anglaises des 1er et 5 décembre 2011 n'auraient pas encore été inscrites au registre de commerce et publiées au Mémorial C et que dès lors rien ne permettrait de conclure à l'existence légale d'une société en commandite par actions **SOC.1.)** en liquidation, ni au pouvoir de représentation des liquidateurs. Ils se réservent encore tous droits de contester la régularité de la décision anglaise.

Ils estiment que la demande se heurterait à la théorie de l'organe, alors que les griefs articulés contre le conseil de gérance du commandité s'identifieraient parfaitement

aux actes du commandité posés en sa qualité de gérant de la société en commandite par actions, lesquels ne seraient susceptibles que d'engager la responsabilité de ce dernier.

Ils invoquent dans ce contexte la décharge accordée par la S.C.A. **SOC.1.)** à son gérant commandité pour la période concernée, laquelle rendrait encore toute action irrecevable.

F.) et **G.)** invoquent eux aussi l'exception de libellé obscur, la mention erronée de l'organe ayant qualité pour représenter la requérante et la théorie de l'organe faisant obstacle à la demande. Ils soulèvent encore la confusion procédurale résultant de l'existence de deux procédures parallèles, ainsi que le défaut de qualité, sinon d'intérêt à agir de la requérante.

Ils réclament en outre une indemnité de 20.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.3.)** tout en déclarant, dans le corps de leurs conclusions, se référer à prudence de justice, concluent dans le dispositif de celles-ci au débouté des demandes.

Elles réclament chacune une indemnité de 5.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Pour répondre aux objections des défendeurs, la requérante verse le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation prononcée sur base du «*Insolvency Act*», de même que les extraits du registre de commerce portant inscription de la liquidation.

Elle conteste qu'une décharge ait été accordée par la S.C.A. **SOC.1.)** à son commandité gérant pour la période concernée et fait valoir que celle-ci ne saurait en tout état de cause couvrir des actes manifestement illégaux et contraires à l'ordre public.

Elle est encore d'avis que les défendeurs ne sauraient se retrancher derrière l'écran de la personnalité morale du commandité gérant pour échapper à leur responsabilité personnelle.

En ce qui concerne les faits reprochés aux assignés, elle précise que leur responsabilité est recherchée du fait qu'ils ont pris part à une opération fraudant les droits de la requérante et lui nuisant financièrement au seul profit des actionnaires dont ils auraient privilégié les intérêts.

Pour ce qui est de sa qualité à agir, la requérante invoque l'article 16 du règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui consacre la reconnaissance de plein droit de toute décision ouvrant une mesure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un Etat membre compétent en vertu de l'article 3 de ce règlement.

Dans les conclusions du 30 janvier 2013, **J.)**, **K.)**, **H.)** et **I.)** examinent notamment, sur base d'une décision du 7 novembre 1997 de la Cour de cassation belge, les conditions dans lesquelles une action délictuelle peut être engagée à l'encontre des

membres de l'organe d'une société, pour retenir que ces conditions ne seraient pas données en l'espèce.

Ils soulèvent encore l'irrecevabilité de toute prétention basée sur une prétendue fraude en tant que dirigée à leur encontre pour être nouvelle et non contenue dans l'assignation du 16 décembre 2011 et, en tout état de cause, pour avoir été prescrite au moment où elle fut formulée.

Dans leurs conclusions subséquentes, **F.)** et **G.)** estiment notamment que les gérants de la société **SOC.2.)** n'auraient pas contracté d'obligations personnelles relativement aux engagements de la S.C.A. **SOC.1.)**.

Par ordonnance du 23 mai 2013, le juge de la mise en état a prononcé la révocation de l'ordonnance de clôture pour permettre aux parties de conclure sur l'applicabilité de l'article 51bis de la loi modifiée sur les sociétés commerciales aux sociétés en commandites par actions au regard des dispositions de l'article 103 de la même loi.

La partie demanderesse conclut dans ses conclusions subséquentes à l'applicabilité de cet article au présent litige après avoir considéré l'applicabilité de cet article réservée aux sociétés anonymes dans le cadre de ses premières conclusions.

J.), **K.)**, **H.)** et **I.)**, en s'appuyant sur la genèse de cet article et les travaux parlementaires, arrivent à la conclusion inverse. Ils invoquent encore la pratique opérée par le registre de commerce et des sociétés luxembourgeois qui n'enregistrerait pas de représentant permanent de sociétés en commandite par actions.

F.) et **G.)** estiment notamment que les spécificités de gestion des sociétés en commandites par actions justifieraient l'inexistence d'un représentant permanent et donc l'inapplicabilité de l'article 51bis de la loi modifiée sur les sociétés commerciales aux sociétés en commandites par actions.

Les débats sont actuellement limités aux moyens tenant à la recevabilité de l'action, y compris la question de l'applicabilité de l'article 51bis de la loi modifiée sur les sociétés commerciales aux sociétés en commandites par actions.

Motifs de la décision

- *Quant à l'exception du libellé obscur*

Aux termes de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile, l'exploit d'ajournement contiendra l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens, le tout à peine de nullité.

Cette prescription doit être interprétée en ce sens que l'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés.

En effet, il faut, dans le souci des principes du contradictoire et du respect des droits de la défense, que l'assignation contienne une structure de faits claire ne prêtant pas à équivoque. Il ne saurait en effet être laissé au pouvoir discrétionnaire du juge, partant à l'arbitraire, de sélectionner dans un complexe de faits ceux qui formeront le support matériel de la demande et de la décision à rendre.

La partie assignée doit en effet, pour préparer sa réponse, savoir de façon précise, et ce dès l'assignation en justice, ce qu'on lui demande et sur quelle qualité, quel titre, quels motifs le demandeur se fonde.

L'inobservation des dispositions de l'article 154 est sanctionnée par la nullité de l'acte introductif d'instance. La nullité pour libellé obscur est une nullité de forme dont la mise en œuvre est soumise aux conditions de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile. La nullité pour vice de forme ne peut être prononcée que si l'inobservation de la formalité, même substantielle, a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse.

Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si un libellé est suffisamment explicite (Lux. 30 novembre 1979, Pas. 25 p. 69).

La finalité de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile est que le défendeur puisse savoir, avant de comparaître quel est l'objet de la demande et ceci d'une manière expresse. Dès lors l'exploit d'ajournement, qui ne contient aucune conclusion précise sur laquelle les juges puissent statuer, est frappé d'une nullité qui ne peut être couverte ni par des conclusions ultérieurement prises, ni par référence à des actes antérieurs et ceci en vertu du principe de l'immutabilité du litige (même référence précitée p.299).

Dans la mesure où l'assignation introductive d'instance ne saurait être repêchée par des conclusions ultérieures, il n'y a pas lieu de prendre en considération, en vue de l'appréciation du caractère suffisamment explicite de l'objet de la demande, les explications complémentaires fournies par Maître Nico SCHAEFFER dans le cadre de ses conclusions prises postérieurement à l'assignation.

En l'espèce, la partie demanderesse fait dans son assignation un exposé chronologique des antécédents de l'opération litigieuse de rachat des CPEC*s* intervenue les 18 et 21 décembre 2006 et décrit avec précision les circonstances ayant entouré cette opération de rachat (nombre de CPECs ayant fait l'objet du rachat, évolution de la valeur nominale des CPECs, prix de rachat optionnel des CPECs fixé au moment du rachat, désignation des parties impliquées dans ce rachat et précision tant de leur qualité que de leur rôle exact dans le cadre de ladite opération).

La partie demanderesse résume ainsi l'intervention des parties défenderesses dans le rachat litigieux comme suit : « *par ledit rachat la société requérante a, de l'approbation de son actionnaire commanditaire* [la société **SOC.3.)**] *et du consentement de son commandité* [la société **SOC.2.)**] *et du conseil de gérance de ce dernier* [**J.)**, **K.)**, **H.)**, **I.)**, **F.)** et **G.)**] *versé entre les mains de son actionnaire commanditaire (et détenteur de CPECs), le montant total de 978.659.712.- EUR* ».

Elle précise par la suite que les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.3.)** ont été assignées en déclaration de jugement commun dans la mesure où elles ont fait l'objet d'une

assignation séparée en annulation du rachat et en restitution des fonds indûment versés au titre du rachat, tandis que l'assignation des parties **J.)**, **K.)**, **H.)**, **I.)**, **F.)** et **G.)** est basée sur leur responsabilité contractuelle « *du fait de leurs fonctions pré-décrites* », sinon délictuelle ou quasi délictuelle envers la requérante, sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, « *pour les faits et actes illicites et illégaux décrits dans les présentes, savoir les résolutions passées et entreprises par le conseil de gérance de la société **SOC.2.)** »* étant précisé que la requérante leur reproche d'avoir *« pris part aux décisions [litigieuses], et à leur mise en œuvre, dans le cadre des faits et actes décrits dans la présente assignation »*.

Le caractère illicite et illégal de l'opération de rachat et du paiement du prix de rachat à la société **SOC.2.)** est par la suite examiné plus en détail par la demanderesse qui fait état d'une violation des *terms and conditions* des CPECs et des dispositions impératives de la loi modifiée sur les sociétés commerciales.

Les reproches formulés par la partie demanderesse à l'encontre des parties défenderesses sont dès lors libellés sans équivoque. Leur pertinence n'est évidemment pas à analyser sous l'angle du moyen invoqué et ce contrairement aux développements des parties défenderesses.

Il n'y a pas non plus lieu de déduire de la simple coexistence de deux procédures séparées une *« confusion procédurale »* de nature à désorganiser la défense des parties défenderesses, ce d'autant moins que la partie demanderesse a été transparente sur ce point dès l'assignation et y a indiqué l'objet de la demande dirigée par exploit séparé du 15 décembre 2011 contre les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.3.)**, à savoir une demande en annulation du rachat et en restitution des fonds indûment versés au titre du rachat, qui se distingue de par sa cause de la présente demande en indemnisation basée sur la responsabilité civile des parties défenderesses.

Au vu de ces éléments, il convient de relever que les circonstances de fait qui forment la base de la demande et les fondements juridiques des prétentions de la partie demanderesse (présentés dans un ordre de subsidiarité) résultent à suffisance de droit des mentions de l'exploit d'assignation litigieux, de sorte que chacune des parties défenderesses attraites au litige, prise isolément, n'a pas pu se méprendre sur les faits lui reprochés et partant de l'objet de la demande et a pu utilement préparer sa défense.

Par ailleurs, à la condition de ne pas modifier les faits de la cause et de ne pas introduire dans le débat de nouveaux éléments de fait, le juge n'excède pas ses pouvoirs lorsqu'il modifie la qualification qu'a choisie le plaideur. Il lui appartient d'examiner le litige, au besoin en attribuant aux faits leur véritable qualification juridique (Cour d'Appel 19 novembre 1997, 30, 294).

Il en découle que l'exception de libellé obscur soulevée par les parties défenderesses n'est pas fondée.

- *Quant à l'indication erronée de l'organe ayant pouvoir de représenter la partie demanderesse dans l'exploit d'assignation*

F.) et **G.)** estiment que l'indication dans l'assignation que la S.C.A. **SOC.1.)** est « *représentée par ses deux liquidateurs actuellement en fonctions* » serait une

indication erronée de l'organe ayant pouvoir de la représenter d'après les mentions figurant sur son extrait de registre de commerce et des sociétés et que cette erreur constituerait une nullité de fond à laquelle ne s'appliquerait pas l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile, de sorte que les défendeurs n'auraient pas à rapporter la preuve d'un grief.

Ni l'article 153 du Nouveau Code de procédure civile, ni aucune autre disposition légale ou réglementaire n'exige l'indication de l'organe qualifié pour représenter une personne morale en justice (cf. Cour d'appel 23 mai 2001, n°23.825 du rôle ; Cass. 2 avril 2009, n°2622 du registre) ni a fortiori n'impose aux personnes morales, demanderesses dans une action en justice, de prouver que les indications fournies relatives à leur représentation en justice sont correctes.

Il est vrai néanmoins que pour certaines formalités, d'une nature et d'une importance telle que leur défaut ne permettrait plus à l'acte de remplir sa fonction, leur omission peut être sanctionnée par la nullité, même si ces formalités ne sont imposées par aucun texte et même, a fortiori, sans qu'un texte légal n'édicte la sanction de la nullité à l'égard de leur omission.

Le projet de loi sur la mise en état en matière de procédure civile contentieuse et portant modification de certaines dispositions du Code de procédure civile prévoyait initialement également d'exiger l'indication par la partie demanderesse de l'organe qui la représente.

Cependant, adoptant une proposition en ce sens du Conseil d'Etat qui ne voyait aucune utilité pour que l'organe qui représente une société doive être indiqué dans les actes de procédure (cf. documents parlementaires n°3771-5 p.15 et 19), la commission juridique de la Chambre des députés a estimé qu'*«il n'y a pas lieu de mentionner l'organe qui représente la société dans un acte d'huissier»* (cf. le rapport de cette commission du 3 juillet 1996, documents parlementaires n°3771-9 p.18). Par la suite, cette exigence ne fut effectivement pas reprise dans la loi du 11 août 1996 ayant modifié profondément les dispositions légales applicables à la rédaction des exploits d'huissier, et notamment l'article 61 du Code de procédure civile devenu par la suite l'article 153 du Nouveau Code de procédure civile.

Il est vrai que dans le passé certaines décisions de justice ont cru pouvoir s'appuyer sur l'article 163 du même code, qui concerne cependant la question de savoir par quel organe sont assignées certaines parties défenderesses, pour justifier une nullité (de fond) de l'exploit introductif d'instance dans l'hypothèse d'un défaut ou d'une erreur dans l'indication de l'organe qualifié pour représenter une société en justice.

Cette position ne peut, au vu notamment des travaux préparatoires de ladite loi du 11 août 1996, écartant expressément l'exigence de l'indication du représentant légal, et des arrêts récents de la Cour de cassation, plus être soutenue aujourd'hui.

Ainsi, le défaut d'indication de l'organe représentant une société en justice ou une indication erronée de l'organe représentatif, ne peuvent aujourd'hui être qualifiés comme absence d'une formalité substantielle voire comme nullité et n'entraînent donc pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (cf. Cass. 2 avril 2009, n°2622 du registre ; Trib. d'arr. Lux. 1er décembre 2010, n°111.689 du rôle ; Cour d'appel 19 janvier 2011, n°36.147 du rôle), étant encore précisé que les exploits pour ou contre

une société sont valablement faits au nom de la société seule (cf. Cass. 15 novembre 2001, n°1826 du registre).

Il s'ensuit que ce moyen de nullité manque de substance et est à rejeter.

- *Quant au défaut de représentation valable au moment de l'assignation en justice*

F.) et **G.)** soulèvent le non-respect des règles de publication de la nomination des liquidateurs telles que prévues par les articles 9 et 11bis de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et concluent à l'inopposabilité de cette nomination aux tiers au jour de l'assignation en justice.

La représentation de la demanderesse par ses liquidateurs est également critiquée d'un point de vue de la recevabilité de la demande par **J.)**, **K.)**, **H.)**, **I.)** au motif que rien ne permettrait de conclure à l'existence légale d'une S.C.A. **SOC.1.)**, en liquidation, ou au pouvoir de représentation des prétendus liquidateurs eu égard notamment à l'absence de publication de leur nomination au jour de l'assignation en justice.

La partie demanderesse réfute ce moyen en renvoyant aux décisions anglaises versées en cause, ainsi qu'aux dispositions tant du Règlement (CE) du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité que du *Insolvency Act* de 1986.

En l'espèce, l'acte introductif d'instance contient l'indication que la partie demanderesse est représentée par « *ses deux liquidateurs actuellement en fonctions, à savoir **B.)** […] et **E.)** […], les deux ayant été nommés par décision en date du lundi 5 décembre 2011 du Secretary of State for Business Innovation and Skills […] comme étant les liquidateurs officiels de la société **SOC.1.)** S.C.A.* ».

Il convient de rappeler à ce stade que, préalablement à sa mise en liquidation, la S.C.A. **SOC.1.)** a bénéficié d'une procédure d'administration judiciaire au Royaume-Uni suite au transfert de son centre des intérêts principaux.

En effet, il résulte des termes de la décision rendue en date du 26 novembre 2009 par le juge Lewinson du High Court of Justice, Chancery Division, à Londres par laquelle ce dernier a fait droit à la demande d'administration judiciaire de la S.C.A. **SOC.1.)**, qu'il est établi que cette société, avec siège social à Luxembourg, a transféré son centre des intérêts principaux (« *center of main interests* ») depuis le Luxembourg vers le Royaume-Uni entraînant la compétence du juge anglais saisi.

Cette analyse se trouve confirmée dans la décision de mise en liquidation de la demanderesse rendue en date du 1er décembre 2011 par le juge Sales du High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court à Londres, dans laquelle la Cour constate que (1) le Règlement du Conseil (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité est applicable et qu'il s'agit d'une procédure principale telle que définie dans l'article 3 dudit Règlement et que (2) la société est insolvable au sens de la section 123 du *Insolvency Act* de 1986.

En effet, aux termes de l'article 3, §1, du Règlement précité ce sont « *les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur [qui] sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité* », en

l'occurrence les juridictions du Royaume-Uni qui ont procédé à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale.

Or, en application de l'article 16 dudit Règlement « *toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un Etat membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres Etats membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'Etat d'ouverture* ».

L'article 16 du Règlement pose ainsi le principe de la reconnaissance de plein droit des décisions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

En ce qui concerne les procédures principales, comme en l'espèce, l'article 17, §1, du Règlement précise les effets proprement dits de la reconnaissance, qui sont particulièrement puissants dans le cadre d'une procédure principale, dans les termes suivants : « *la décision d'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre Etat membre les effets que lui attribue la loi de l'Etat d'ouverture, sauf disposition contraire du (…) règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre Etat* ».

Concernant la nomination du syndic (cette notion, telle que définie à l'article 2, b, du Règlement qui renvoie à l'annexe C, comprend la fonction de « *liquidator* » selon le droit anglais), il convient de se référer aux termes de l'article 18 du Règlement disposant que « *le syndic désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, peut exercer sur le territoire d'un autre État membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture, aussi longtemps qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'y a été ouverte ou qu'aucune mesure conservatoire contraire n'y a été prise à la suite d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans cet État* ».

Or, aux termes du *Insolvency Act* de 1986, auquel renvoie la décision de mise en liquidation de la demanderesse, les pouvoirs du liquidateur comportent notamment la possibilité, avec l'accord de la Cour, d'intenter ou de défendre toute action judiciaire ou autre procédure légale au nom et pour le compte de la société mise en liquidation sur ordre de la Cour (voir article 167 du Insolvency Act et Part II de son Annexe 4).

En l'espèce, il résulte du certificat émis par le *Secretary of State*, qu'**B.)** et **E.)** ont été nommés en qualité de liquidateurs de la S.C.A. **SOC.1.)** avec effet au 5 décembre 2011.

Il résulte en outre d'une décision rendue an date du 13 décembre 2011 par Mrs **L.)**, agissant au nom du *Secretary of State* et en application du *Insolvency Act* de 1986, que les liquidateurs de la demanderesse ont été autorisés à introduire une action judiciaire ayant pour objet de poursuivre le recouvrement de la somme de 978.659.712.- EUR, avec les intérêts à partir de décembre 2006 et une indemnité de 15.000.- EUR pour les frais de justice, à l'encontre des actuelles parties défenderesses en raison de la violation des *terms and conditions* des CPECs et des dispositions de la loi luxembourgeoise sur les sociétés commerciales.

Au regard de la loi anglaise, les liquidateurs de la demanderesse, nommés avec effet au 5 décembre 2011, avaient dès lors pouvoir d'introduire la présente action en justice dès le 13 décembre 2011.

Or, le principe de reconnaissance des procédures, tel qu'édicté par l'article 16, a pour conséquence la reconnaissance automatique de la désignation du syndic et de ses pouvoirs, sans qu'il y ait à recourir à une procédure particulière ou à opérer une quelconque publicité (François Mélin, Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, 2008, p.199).

Par conséquent, eu égard à ce principe de reconnaissance automatique dans tous les Etats membres, la prise d'effet de la décision de nomination des liquidateurs de la demanderesse n'était pas subordonnée à l'accomplissement de mesures de publication supplémentaires au Luxembourg afin de devenir opposable aux tiers et les liquidateurs pouvaient en conséquence valablement représenter la S.C.A. **SOC.1.)** dans l'exploit d'assignation.

Ce moyen d'irrecevabilité doit dès lors être rejeté.

- *Quant au défaut d'intérêt ou de qualité à agir*

F.) et **G.)** contestent tant l'intérêt que la qualité à agir de la demanderesse notamment au regard de la théorie de l'organe qui empêcherait toute action dirigée à leur encontre, seul le commandité pouvant le cas échéant être poursuivi, et au regard de l'existence d'une procédure séparée dirigée contre le commandité et le commanditaire de la demanderesse qui aurait le même objet que la présente action. Au dernier état de leurs conclusions, ils se rapportent à prudence de justice concernant la validité de la représentation de la demanderesse par les liquidateurs et l'étendue de leurs pouvoirs.

Concernant ce dernier point, il y a lieu de renvoyer aux développements effectués ci-avant, confirmant tant la validité de la représentation de la demanderesse par ses liquidateurs que la reconnaissance de leur pouvoir d'intenter la présente action.

Par ailleurs, tel que précise ci-avant, l'action séparée intentée contre le commandité et le commanditaire, si elle repose sur les mêmes faits, se différencie de la présente action de par sa cause et de son objet, de sorte que la seule existence de cette action séparée n'est pas de nature à remettre en cause l'intérêt à agir de la demanderesse.

L'intérêt à agir peut se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur. Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique.

A qualité pour agir toute personne qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt à agir en justice et donc qualité pour le faire (cf. Juris-Classeur de procédure civile, fascicule 126-3, n°14 et ss.).

La qualité pour agir constitue ainsi pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation donnée (cf. Enc. Dalloz, Procédure civile et commerciale, v° Action, n° 61).

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, car, en principe le fait de se prétendre titulaire d'un droit confère nécessairement le pouvoir de saisir la justice afin d'en obtenir la sanction. (cf. Cour 23 octobre 1990, P.28, p.70).

En l'espèce, la partie demanderesse affirme que le rachat des CPECs effectué en décembre 2006 moyennant paiement entre les mains de son commanditaire de la somme totale de 978.659.712.- EUR aurait été effectué en violation de diverses dispositions contractuelles et légales et contrairement à son intérêt social, ce qui serait à l'origine d'un préjudice important dans son chef dont elle réclame actuellement réparation aux parties défenderesses «*pour avoir pris part aux décisions litigieuses et à leur mise en œuvre*».

La partie demanderesse a dès lors intérêt et qualité pour agir en justice.

Le fait de savoir si la partie demanderesse peut effectivement engager la responsabilité des personnes physiques ayant occupé la fonction de membres du conseil de gérance de la société **SOC.2.)**, ayant elle-même la qualité d'associé commandité et gérant de la requérante, donc l'existence effective du droit invoqué, est non pas une question de recevabilité de la demande, mais uniquement une des conditions de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien-fondé (cf. Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°221).

En effet, le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande.

Il s'ensuit que le moyen est à écarter.

- *Quant à l'irrecevabilité, sinon la prescription de toute prétention basée sur la fraude*

J.), **K.)**, **H.)** et **I.)** soulèvent l'irrecevabilité de toute prétention basée sur une prétendue fraude, 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 demanderesse dans ses conclusions du 18 octobre 2012.

La partie demanderesse réfute ce moyen alors que la description des faits et les reproches formulés à l'encontre des parties défenderesses dans le cadre de l'assignation suffiraient pour décrire une fraude, et plus particulièrement une fraude à la loi.

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

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).

En d'autres termes, une partie ne peut substituer à une demande consignée dans l'assignation une autre qui en diffère par son fondement, sa cause et son objet, ni changer le caractère, la base ou la nature juridique de l'action. Ne tombe cependant pas sous ces critères une demande ajoutée en cours d'instance qui était virtuellement comprise dans la demande initiale.

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).

En l'espèce, dans l'exploit d'assignation du 16 décembre 2011, il est reproché aux parties défenderesses d'avoir « *pris part à des actes illicites et illégaux* » ayant eu des effets financiers désastreux pour la partie demanderesse qui dénonce notamment une « *grave violation de la loi sur les sociétés commerciales* », une distribution de fonds « *illégale* », une contrariété à l'ordre public et une « *cause illicite* » aux agissements des défenderesses.

Si la partie demanderesse qualifie, dans le cadre de ses écritures du 18 octobre 2012, ces agissements pour la première fois comme étant constitutifs d'une « *participation à la conception et à la mise en œuvre d'une fraude* », il convient de relever qu'elle ne modifie en rien les éléments de fait invoqués à la base de sa prétention, de sorte que la cause de la demande reste inchangée.

Par ailleurs, et indépendamment de la qualification juridique proposée par la partie demanderesse, il est de principe que le juge a le droit et le devoir de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Les développements de la requérante ayant trait à une fraude ne sauraient dès lors être qualifiés de demande nouvelle prohibée et la demande est à déclarer recevable dans tous ses chefs.

Quant au moyen tenant à la prescription de l'action, l'article 157 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, sous réserve de son applicabilité au présent litige, dispose que «*sont prescrites par cinq ans, (…) toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits, ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits* ».

En l'espèce, l'opération litigieuse de rachat des CPECs, et partant les actes prétendument illicites reprochés aux parties défenderesses ont eu lieu en date des 18 et 21 décembre 2006.

Par conséquent, même à supposer que la connaissance de ces faits par la requérante soit opposable aux liquidateurs, la présente action en responsabilité

intentée le 16 décembre 2011 contre les membres du conseil de gérance de l'associé commandité de la requérante, donc moins de cinq ans après les faits litigieux, n'est pas prescrite et la demande à leur encontre est partant à déclarer recevable.

- *Quant à l'irrecevabilité de la demande en application de la théorie de l'organe*

Les parties défenderesses soulèvent encore l'irrecevabilité de la demande qui se heurterait à la théorie de l'organe. Dans la mesure où ils n'auraient jamais eu la qualité de gérants de la demanderesse au moment des faits litigieux, seul l'associé commandité et gérant de la demanderesse, à savoir la société **SOC.2.)** pourrait, le cas échéant, être poursuivi pour mauvaise gestion de la S.C.A. **SOC.1.)**.

Les parties défenderesses auraient, en tant que membres du conseil de gérance du commandité, agi uniquement en tant qu'organe de ce dernier et n'auraient contracté aucune obligation personnelle relativement aux engagements de cette société, de sorte qu'elles ne pourraient, en l'absence de constatation d'une faute séparable de leurs fonctions, encourir aucune responsabilité contractuelle ou délictuelle vis-à-vis de l'actuelle demanderesse.

Les parties défenderesses estiment que les actes qui leur seraient reprochés seraient rigoureusement les mêmes que ceux reprochés à la société **SOC.2.)** dont ils composaient l'organe, de sorte que ces actes seraient censé avoir été posés par cette dernière et lui seraient exclusivement imputables. Elles reprochent enfin à la demanderesse d'essayer de contourner les effets de la décharge accordée à son gérant commandité en recherchant de manière artificielle la responsabilité des gérants de ce dernier.

La partie demanderesse réfute l'argumentation adverse dont le but serait uniquement de permettre aux défenderesses de se retrancher derrière l'écran de la personnalité morale du gérant commandité pour échapper à leur responsabilité personnelle. Elle donne à considérer qu'aucune disposition législative n'énoncerait une telle exemption de responsabilité au profit des mandataires sociaux du commandité vis-à-vis d'une société en commandite par actions victime d'un tel préjudice.

De prime abord, il y a lieu d'écarter le moyen d'irrecevabilité tenant à la décharge accordée par la demanderesse à son gérant commandité dans la mesure où une telle décharge, à la supposer efficace, ne serait en tout état de cause pas opposable aux actuels liquidateurs de la S.C.A. **SOC.1.)** agissant dans le cadre de la présente instance en vue de la préservation des intérêts de la masse des créanciers de la liquidation de ladite S.C.A. qu'ils représentent.

Mise à part cette question, il convient de rappeler les contours exact du présent litige au regard de la défense centrée autour de la théorie de l'organe.

Il est constant en cause que la S.C.A. **SOC.1.)** recherche actuellement la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle des huit anciens membres du conseil de gérance de la société **SOC.2.)**, ayant elle-même eu au moment de l'opération litigieuse la qualité d'associé commandité et gérant de la requérante, pour leur participation aux « *faits et actes illicites et illégaux décrits [dans l'assignation], savoir les résolutions passées et entreprises par le conseil de gérance de la société **SOC.2.)*** ».

Au vu de cette constellation spécifique, la théorie de l'organe, telle que longuement exposée par les parties défenderesses, est à première vue susceptible de s'appliquer à la présente espèce dans laquelle 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, est recherchée.

Néanmoins, avant de s'attacher à l'éventuelle applicabilité de cette théorie au cas d'espèce, il convient de trancher préalablement la question de l'applicabilité de l'article 51bis de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales aux sociétés en commandites par actions au regard des dispositions de l'article 103 de la même loi, question qui avait été soulevée par le juge de la mise en état dans le cadre de son ordonnance de révocation de clôture rendue en date du 23 mai 2013, compte tenu du fait que l'applicabilité de cette disposition pourrait faire échec à la théorie de l'organe.

L'article 51bis précité, qui a été introduit par la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle et qui était applicable au moment des faits litigieux dont le tribunal est actuellement saisi, dispose ce qui suit :

« *Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, celle-ci est tenue de désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt la même responsabilité civile que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur. La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre* ».

L'article 103 de ladite loi prévoit quant à lui que « *les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions, sauf les modifications indiquées dans la présente section. Par ailleurs la société en commandite par actions n'est pas soumise aux dispositions régissant spécifiquement la société européenne (SE)* ».

Si l'objectif essentiel de la loi du 25 août 2006 était la mise en œuvre utile des dispositions du Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, le législateur a profité de cette occasion pour opérer une réforme plus large par l'introduction du système dualiste de gestion de la société anonyme et l'introduction de la société anonyme unipersonnelle en droit luxembourgeois.

Il s'agit dès lors de déterminer si le renvoi opéré par l'article 103 précité, inséré dans la Section V relative aux sociétés en commandite par actions, emporte application des dispositions de l'article 51bis précité aux sociétés en commandite par actions.

Il résulte des travaux parlementaires de la loi du 25 août 2006 modifiant la loi du 10 août 1915 qu' « *il apparaît clairement que la structure dualiste de gestion développée pour les sociétés anonymes par les art. 60bis-1 et suiv. proposés dans le cadre du*

présent projet n'est pas disponible pour les sociétés en commandite par actions puisque l'essentiel de la section dévolue aux commandites par actions (en particulier les art. 107 à 112 de la loi du 10 août 1915) est précisément consacré à la gestion et à la surveillance de la société » (cf. Projet de loi déposé le 09/06/2004, Doc. 5332/00, commentaire de l'article 103, page 62).

Si l'application des articles 60bis-1 et suivants aux sociétés en commandite par actions a été clairement exclue par le législateur, il faut en déduire, a contrario, que le renvoi général opéré par l'article 103 précité vise les dispositions des articles 50 à 60bis inclus (*Sous-§1.- Du conseil d'administration*) se rapportant à la structure moniste de gestion des sociétés anonymes, pour autant que ces dispositions ne fassent pas l'objet de modifications spécifiques figurant dans la section V consacrée aux sociétés en commandite par actions (articles 102 à 112de la loi modifiée de 1915).

Si le législateur, tel que le soulignent les défenderesses, indique que « *l'essentiel de la section dévolue aux commandites par actions (en particulier les art. 107 à 112 de la loi du 10 août 1915) est précisément consacré à la gestion et à la surveillance de la société »,* il n'en demeure pas moins que ces dispositions sont relativement succinctes et qu'aucun de ces articles n'aborde la problématique de la désignation d'une personne morale comme gérant de la société, ce qui plaide en faveur d'un renvoi à l'article 51bis.

En effet, l'article 107 se contente de l'indication générale suivante : « *la gérance de la société appartient à un ou plusieurs associés, commandités, désignés par les statuts. Ils sont responsables comme fondateurs de la société* ».

Ainsi, dans la mesure où le législateur a maintenu pour les sociétés en commandite par actions un renvoi général aux dispositions des articles 50 à 60bis inclus se rapportant tous à l'administration et à la surveillance des sociétés anonymes, l'argument des parties adverses consistant à dire que les articles 107 à 112 constituent « *un corps de règles autonomes gouvernant la matière* » aboutirait à vider l'article 103 de toute portée juridique, ce qui semble contraire à la volonté du législateur.

En effet, ce dernier a précisé dans le cadre des travaux parlementaires que « *l'article 103 de la loi du 10 août 1915 soumet en principe la société en commandite par actions aux dispositions relatives aux sociétés anonymes […]* » (cf. Projet de loi précité, commentaire de l'article 103, page 62).

Par ailleurs, le moyen selon lequel le renvoi opéré par l'article 103 à un « *régime de gestion collégiale parfaitement inconnu des sociétés en commandite par actions* » serait incohérent manque également de substance dans la mesure où la loi du 25 août 2006 a consacré dans l'article 51 de la loi modifiée de 1915, figurant partant dans le sous-paragraphe relatif à l'administration collégiale, la société anonyme unipersonnelle qui permet désormais la gestion d'une société anonyme par un administrateur unique sans que le législateur ait jugé nécessaire de mettre en place un corps de règles autonome pour les SA unipersonnelles.

Dans ces conditions, les dispositions des articles 50 à 60bis inclus sont parfaitement transposables aux sociétés en commandite par actions.

Les parties défenderesses font encore valoir que l'intention du législateur de limiter l'application de l'article 51bis aux sociétés anonymes et à la société européenne résulterait clairement des travaux parlementaires.

Sont visés les commentaires suivants : « *l'obligation érigée par le règlement [communautaire du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)] pour la personne morale administrateur de désigner une personne physique pour l'exercice des pouvoirs dans l'organe concerné ne prend de sens que sous la forme de la désignation d'un représentant permanent, telle qu'elle est organisée en droit français et en droit belge. La disposition proposée est inspirée de l'art. L-225-20 C.com français et de l'art. 61 Code belge des sociétés. La disposition proposée vaut tant pour la SA nationale que pour la SE, l'institution du représentant permanent valant déjà dans les pays voisins pour les SA nationales* » (cf. Projet précité, commentaire de l'article 51bis, page 40).

Or, si la dernière phrase de ce commentaire fait expressément référence aux SA et SE, il ne faut pas oublier qu'elle s'insère dans le contexte d'une réforme portant quasi exclusivement sur ces deux types de sociétés, de sorte qu'on ne saurait en déduire une volonté claire et non équivoque du législateur de limiter la portée de l'institution du représentant permanent à ces deux types de sociétés en présence du renvoi général opéré par l'article 103.

La limitation de la portée de cette affirmation au contexte de la réforme faisant l'objet du projet de loi se trouve encore confirmée par la deuxième partie de cette dernière phrase faisant référence aux législations voisines connaissant d'ores et déjà l'institution du représentant permanent pour « *les SA nationales* », alors qu'il est incontestable que dans les législations belge et française, cette institution n'est précisément pas limitée aux sociétés anonymes.

Les parties défenderesses s'emparent également des dispositions législatives belge et française desquelles s'est inspiré le législateur luxembourgeois en vue de la rédaction de l'article 51bis pour conclure à l'inapplicabilité dudit texte aux sociétés en commandite par actions.

Or, si l'article 61 du Code des sociétés belge a été inséré dans le livre IV relatif aux « *dispositions communes aux personnes morales régies par le présent Code* » affichant ainsi clairement la volonté du législateur belge d'appliquer l'institution du représentant permanent à toutes les formes de sociétés, le choix du législateur luxembourgeois d'insérer ladite institution dans un paragraphe dédié à l'administration des sociétés anonymes n'est pas révélateur d'une volonté non équivoque du législateur de limiter cette institution strictement aux sociétés anonymes et européennes eu égard à l'existence du renvoi général opéré par l'article 103.

Cette manière de procéder par renvoi n'est d'ailleurs pas inhabituelle et le législateur français y a également eu recours.

En effet, l'institution du représentant permanent, pourtant applicable en droit français aux sociétés en commandite par actions (Jurisclasseur Sociétés, 5^{e} vol., Fasc. 153-10, n° 13), n'est pas spécifiquement prévue par les articles L226-1 à L226-14 du Code de commerce français (Chapitre VI intitulé « *Des sociétés en commandite par actions* »), mais l'article L226-7 dudit chapitre comporte un renvoi général concernant

les obligations du gérant d'une SCA aux dispositions applicables au conseil d'administration des sociétés anonymes.

L'application de l'institution du représentant permanent aux sociétés en commandite par actions tant par les législations belge que française démontre d'ailleurs qu'il n'existe aucune incompatibilité de principe de cette institution avec cette forme de société.

Les parties défenderesses entendent encore tirer parti du dernier alinéa de l'article 61, §2, du Code des sociétés belges inspiré par la volonté du législateur belge d'éviter au représentant permanent d'une société en commandite par actions d'assumer la responsabilité incombant à la personne morale en sa qualité d'associé-commandité, pour déduire de l'absence de disposition similaire en droit luxembourgeois l'inopportunité du renvoi à l'article 51bis.

Cette disposition belge prévoit ce qui suit : « *le représentant permanent de la personne morale qui est administrateur ou gérant et associé dans une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société coopérative à responsabilité illimitée ou dans une société en commandite par actions, ne contracte toutefois aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société dans laquelle la personne morale est administrateur ou gérant et associé* ».

Or, du fait du renvoi général opéré par l'article 103 aux articles 50 à 60bis inclus, l'article 58 aux termes duquel « *les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société* », partant une disposition similaire à celle prévue par l'article 61 du Code des sociétés belge précité est applicable aux sociétés en commandite par actions.

Cette analyse se trouve à la fois confirmée et précisée par la doctrine luxembourgeoise : « *[Le représentant permanent] endosse la responsabilité d'administrateur solidairement avec la personne morale qu'elle représente. Cette responsabilité solidaire de la personne physique avec la personne morale qu'elle représente comme représentant permanent correspond à toutes les actions en responsabilité contre les administrateurs mais seulement à ces actions à l'exclusion de toutes autres. Ainsi, si une personne morale est nommée commandité d'une société en commandite par actions (en vertu de l'art. 103, les dispositions de l'art. 51 sont applicables aux sociétés en commandite par action), le représentant légal personne physique de cette personne morale n'est pas responsable d'une façon illimitée des engagements de la société en commandite par actions, il n'est responsable solidairement avec la société qu'il représente que des actions en responsabilité dirigées contre le commandité* » (Cours sur les sociétés commerciales, Cosita Delvaux avec la collaboration de Me Jacques Delvaux, page 311, n° 4.2.1.5.2.2.).

Les parties défenderesses invoquent enfin à l'appui de leur raisonnement la pratique opérée par le registre de commerce et des sociétés qui n'exigerait pas la désignation d'un représentant permanent pour les sociétés en commandite par actions et elles renvoient à cet égard aux dispositions de l'article 21 (2), alinéa 3, de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés attribuant au gestionnaire du registre de commerce une mission de contrôle légal sommaire des documents déposés et aux dispositions de la circulaire RCSL 09/003.

La partie demanderesse réfute cette analyse et renvoie aux travaux de doctrine luxembourgeois précités.

Si l'article 21 (2), alinéa 3, de la loi modifiée de 2002 prévoit que « *le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés dispose d'une mission de contrôle légal sommaire de tous les documents déposés qui porte sur les éléments à inscrire au registre de commerce et des sociétés et peut dans ce contexte refuser toute demande de dépôt* », il ne faut pas oublier que le gestionnaire du registre de commerce est uniquement tenu de procéder aux inscriptions prescrites légalement et que sa mission se limite à un simple contrôle légal « *sommaire* ».

Dans la mesure où les tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale connaissent de toute contestation d'ordre privé à naître de cette loi (article 21 (1)), il est évident que le contrôle légal « *sommaire* » ou encore la pratique opérés par les gestionnaires du registre du commerce et des sociétés ne sauraient s'imposer aux tribunaux ni servir de référence en matière d'interprétation des lois.

Par conséquent, le contenu de la circulaire RCSL 09/003 du 29 octobre 2009 aux termes de laquelle « *pour les autres formes de sociétés [autres que les sociétés anonymes et européennes], notamment les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée, la désignation d'un représentant permanent d'un mandataire personne morale n'est pas obligatoire de par la loi* » ne permet pas davantage de conclure à l'inapplication de l'article 51bis aux sociétés en commandite par actions, alors qu'il reflète une simple pratique du registre de commerce et des sociétés en l'absence de disposition législative expresse.

Dans ces conditions, le renvoi général opéré par l'article 103 vise également l'article 51bis et rend partant l'obligation de désigner un représentant permanent pour toute personne morale occupant la fonction de gérant applicable aux sociétés en commandite par actions.

Il devient dès lors superfétatoire d'examiner les moyens d'irrecevabilité basés sur la théorie de l'organe.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande est recevable et que l'article 51bis de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales a vocation à s'appliquer aux sociétés en commandite par actions.

Il convient de rouvrir les débats, de remettre l'affaire pour continuation des débats à une date ultérieure et de réserver tous demandes, droits et moyens des parties. Il en est de même en ce qui concerne les frais et dépens de l'instance.

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, statuant contradictoirement,

déclare la demande recevable ;

dit que l'article 51bis de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales a vocation à s'appliquer aux sociétés en commandite par actions ;

réserve tous autres moyens, demandes et droits des parties, ainsi que les frais et dépens de l'instance ;

rouvre les débats ;

fixe l'affaire à l'audience d'appel des causes du mercredi 22 janvier 2014 à 15.00 heures, salle d'audience n° CO 1.01, pour la fixation de nouveaux délais d'instruction.