

Jugement commercial II No 941/2016

Audience publique du vendredi, dix juin deux mille seize.

Numéro 168 933 du rôle

Composition :

Jean-Paul HOFFMANN, 1^{er} vice-président ;
Nadine WALCH, 1^{er} juge ;
Nathalie HILGERT, 1^{er} juge ;
Claude FEIT, greffière.

Entre :

Monsieur **A.**), dirigeant de sociétés, demeurant à (...)

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Cathérine NILLES, en remplacement de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg, en date du 4 mars 2015,

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

1) la société de droit anglais **3I GROUP INVESTMENTS LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP006504 ;

2) la société de droit anglais **3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08A LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP011276 ;

3) la société de droit anglais **3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08B LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP011277 ;

4) la société de droit anglais **3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08C LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP011278 ;

5) la société de droit anglais **3I EUROPARTNERS VA LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP011419 ;

6) la société de droit anglais **3I EUROPARTNERS VB LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP011420 ;

7) la société de droit anglais **PAN EUROPEAN BUYOUTS CO-INVEST 2006-08 LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP011279 ;

8) la société de droit anglais **PAN EUROPEAN BUYOUTS (NORDIC) CO-INVEST 2006-08 LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP011553 ;

9) la société de droit anglais **PAN EUROPEAN BUYOUTS (DUTCH) A CO-INVEST 2006-08 LP**, établie et ayant son siège social à 16 Palace Street, SW1E 5JD Londres, Royaume-Uni, représentée par ses organes légaux ou statutaires actuellement en fonctions, inscrite auprès de la Companies House sous le numéro LP011874 ;

parties défenderesses, aux fins du prédit exploit Cathérine NILLES du 4 mars 2015,

comparant par Maître Albert MORO, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

10) la société anonyme **ATLAS HOLDING SA**, anciennement AZELIS HOLDING SA, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 9, rue Sainte Zithe, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 122 714 ;

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit Cathérine NILLES du 4 mars 2015,

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

Le Tribunal :

Faits.

A.) était *executive partner* dans la société ATLAS HOLDING SA (anciennement AZELIS HOLDING SA, ci-après « AZELIS »).

Le 16 décembre 2006, les *executive partners* d'AZELIS ainsi que ses *equity investors* (les parties assignées sub 1 à 9) ont conclu un Pacte d'actionnaires avec effet au 26 février 2007.

Ce Pacte d'actionnaires règle la faculté de rachat par AZELIS des actions détenues par un *executive partner* dans le cas où celui-ci cesse d'être un dirigeant (lorsqu'il devient « leaver »).

Le calcul du prix de rachat est réglé à l'article 6.2 du Pacte d'actionnaires.

Le chapitre *schedule* 6.2.1 du même Pacte dispose que si, en cas de désaccord des parties sur le prix de rachat, celles-ci ne se mettent pas d'accord sur le nom d'un *valuer* de réputation internationale, celui-ci sera désigné par le Président de l'Institut des réviseurs allemands.

Dans le cadre de la contestation du prix de rachat de 91.364 anciennes actions de **A.)**, ce Président désigna le 30 mars 2011 la société WARTH & KLEIN GRANT THORNTON en qualité de *valuer*. Celui-ci a remis son rapport le 13 février 2014, évaluant les anciennes actions de **A.)** au prix unitaire de 15,05 EUR alors que celles-ci avaient été évaluées au prix unitaire de 6,93 EUR par les *equity investors*.

A.) ayant perçu un montant de 633,152,52 EUR en paiement de ses anciennes actions sur base du prix unitaire de 6,93 EUR, celui-ci s'estime en droit de toucher un solde de 741.694,36 EUR sur base du prix unitaire de 15,05 EUR.

Procédure.

Par exploit d'huissier du 4 mars 2015, **A.)** a assigné les *equity investors* et AZELIS à comparaître devant le tribunal de ce siège.

L'ordonnance de clôture de l'instruction a été prononcée le 23 mars 2016.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 11 mai 2016.

Prétentions et moyens des parties.

A.) demande au tribunal de dire que le rapport d'évaluation du 13 février 2014, réalisé par la société WARTH & KLEIN GRANT THORNTON, a force obligatoire et lie les parties au Pacte d'actionnaires du 16 décembre 2006 en ce qu'il a fixé la valeur unitaire des anciennes actions à 15,05 EUR, et de dire par conséquent que l'option d'achat des *equity investors* devait s'exercer pour ce prix d'achat fixé au 27 août 2010 à 15,05 EUR.

Il demande acte qu'il a d'ores et déjà perçu le montant de 633,152,52 EUR pour les 91.364 anciennes actions au prix unitaire initial de souscription de 6,93 EUR.

Il sollicite la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part des *equity investors* au paiement du montant de 741.694,36 EUR avec les intérêts légaux tels que de droit à compter du 27 août 2010, sinon à partir du courrier du 20 juin 2014 valant mise en demeure, sinon à compter de la demande en justice jusqu'à solde.

Il requiert une indemnité de 15.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que la condamnation des *equity investors* aux frais avec distraction au profit de l'avocat du demandeur.

Il conclut encore à l'exécution provisoire du jugement, sans caution.

AZELIS est assignée en déclaration de jugement commun.

A l'appui de sa demande, **A.)** fait valoir à titre principal que le rapport d'expertise de l'expert-arbitre aurait valeur de sentence arbitrale. Celui-ci n'aurait pas la qualité d'un simple expert, mais, étant donné qu'il aurait eu comme mission de trancher un litige, sa décision devrait être considérée comme celle d'un arbitre ayant tranché le litige, cette sentence liant les parties.

Subsidiairement, il estime que les conclusions de l'expert s'imposent aux parties assignées, quelle que soit la qualification donnée à son rapport.

Plus subsidiairement, si on devait qualifier les conclusions de la société WARTH & KLEIN GRANT THORNTON comme rapport d'expertise contradictoire, celles-ci seraient encore opposables aux parties.

Face au moyen d'incompétence soulevé par les parties défenderesses, **A.)** estime que les prétentions de celles-ci seraient incohérentes en ce qu'elles contesteraient d'abord la compétence du tribunal sur base de l'affirmation qu'il existerait une sentence arbitrale, pour ensuite contester que le rapport ait la valeur d'une telle sentence.

Il ajoute que les développements concernant la fin de non-recevoir invoquée ne constitueraient pas un véritable moyen mais un simple argument.

Il demande au tribunal de statuer d'abord sur la qualification juridique du rapport alors que, s'il était vrai que les parties ont le droit et le devoir de proposer une qualification des faits, la qualification finale serait laissée à la maîtrise du juge.

Il estime encore que, même si le rapport en tant que sentence arbitrale avait autorité de chose jugée, celle-ci ne ferait pas obstacle à sa demande, en l'absence d'identité d'objet et de cause entre les litiges soumis à l'expert-arbitre et le litige soumis au tribunal.

Il rend encore attentif à la clause 15.9 du Pacte d'actionnaires qui soumet aux juridictions luxembourgeoises tous les litiges en rapport avec ce Pacte que les parties n'arrivent pas à résoudre à l'amiable.

Les parties défenderesses *equity investors* demandent au tribunal de déclarer l'action de **A.)** irrecevable pour défaut du droit d'agir découlant de l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale que le demandeur invoque (mais que ces défendeurs contestent).

Elles demandent une indemnité de 2.500,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et sollicitent la condamnation du demandeur aux frais et dépens avec distraction au profit de leur avocat.

A l'appui de leurs conclusions, elles rappellent que le demandeur qualifie le rapport du *valuer* de sentence arbitrale. Dans cette logique, le demandeur ne pourrait plus soumettre le même litige aux juridictions de l'ordre judiciaire.

En effet, la sentence arbitrale aurait autorité de chose jugée et s'opposerait à une nouvelle action en justice.

La demande de **A.)** sur base de l'affirmation de l'existence d'une sentence arbitrale créerait l'instance entre parties et fixerait le terrain des débats qui s'imposerait aux parties et au juge.

Dès lors le débat sur la qualification du rapport du *valuer* ne pourrait pas avoir lieu devant le tribunal saisi. S'agissant d'une sentence rendue en Allemagne, il reviendrait aux juridictions de cet Etat de décider si cet acte répond aux conditions prévues par sa loi pour être qualifiée de sentence arbitrale et le juge luxembourgeois ne saurait s'immiscer dans ce litige.

En ce qui concerne le fond du litige, les parties défenderesses contestent avoir trahi le Pacte d'actionnaires en refusant de payer le surplus alors que l'évaluation du *valuer* pourrait être contestée en cas d'erreur manifeste et que de telles erreurs seraient opposées par leur conseil allemand à ce rapport.

Elles estiment toutefois que le tribunal devrait d'abord trancher le moyen d'irrecevabilité lui soumis.

AZELIS conteste les prétentions du demandeur et demande également que son action soit déclarée irrecevable pour les mêmes motifs que ceux développés par les *equity investors*.

Appréciation.

L'article 61 du Nouveau code de Procédure civile est de la teneur suivante :

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. »

Qualifier, c'est identifier une situation de fait à une notion visée par la loi (J.Boré, note au D. 1986, p.121). Cette opération spécifiquement juridique relève, par principe, de l'office du juge. Celui-ci doit « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. » Donner, lorsque les parties ne l'ont pas fait, restituer, lorsqu'elles ont formulé une qualification, mais une qualification erronée. (V.H. Solus et R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, t.III, n°102).

En substituant une qualification à une autre, le juge ne fait que rectifier l'erreur commise par une partie dans la dénomination de l'acte, du fait ou de la situation sur lequel se fondait sa prétention. Ainsi, face à un contrat improprement qualifié recherche-t-il ce qu'ont, en réalité, voulu les parties et donne-t-il à cette volonté l'appellation juridique qui lui convient.

Les termes de l'article 12, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile (français) sont tout à fait clairs : le juge doit procéder à cette rectification. Il ne s'agit pas d'une simple faculté (Jurisclasseur- Procédure civile, Fasc.152, Principes directeurs du procès, Office du juge, n°59).

L'obligation de requalifier connaît quelques limites qui découlent du principe de l'immutabilité du litige, notamment, d'après l'alinéa 3 de l'article 61 précité, si en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties ont lié le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

En l'espèce, même si les parties défenderesses entendent voir déclarer irrecevable la demande sur base de la qualification d'arbitrage proposée par le demandeur en relation avec le rapport du *valuer*, il n'existe entre les parties aucun accord exprès tendant à limiter le débat à des qualifications et points de droit précis de sorte que les pouvoirs des juges du fond ne se trouvent pas limités par un tel accord.

Il convient par conséquent de constater que le litige se résout en une demande de condamnation à un supplément de prix de rachat sur base d'un rapport établi par la personne (morale) prévue à cet effet par le Pacte d'actionnaires.

En ce qui concerne la qualification de ce rapport, il résulte des termes mêmes du point 1.d du chapitre *schedule* 6.2.1 du même Pacte que « *the matter shall be referred to an independent valuation firm of international reputation which has a corporate finance capability (the valuer) who will act as an expert and not as an arbitrator.* »

Etant donné que le texte est on ne peut plus clair, le débat des parties sur un prétendu arbitrage relève d'une erreur de lecture manifeste que le tribunal se doit de redresser.

Il convient encore de constater que face à la réticence des parties défenderesses de payer le supplément réclamé, on est en présence d'une difficulté qui est de la compétence des juridictions luxembourgeoises en vertu du point 15.9 du Pacte d'actionnaires.

En ce qui concerne la valeur simplement indicative ou contraignante des conclusions du rapport d'expertise, le même article du *schedule* précise : *The Valuer's determination shall (save in the event of manifest error) be binding to the Parties.*

Le montant fixé par le *valuer* est donc contraignant et les parties défenderesses doivent faire valoir une erreur manifeste, telle une erreur de calcul, mais ne peuvent lui reprocher des erreurs d'appréciation.

Dans leurs conclusions, ces parties se limitent à renvoyer aux remarques de leurs conseils.

Or, il résulte du courrier de CLIFFORD CHANCE de Francfort sur le Main du 20 mai 2014 que les parties défenderesses reprochent au *valuer* d'avoir pris en compte un multiple d'EBITDA différent de celui déterminé par le Conseil d'administration d'AZELIS.

Un tel reproche ne saurait s'analyser comme rectification d'une erreur manifeste et il convient d'entériner les conclusions du *valuer*. En effet, le Pacte d'actionnaires lui avait donné comme mission *(to) determine the Fair Market Value of the Ordinary Shares and other Securities to be transferred in accordance with IdW S1, FN 8/2000, or a succeeding standard* et les parties défenderesses n'ont pas su établir que tel n'aurait pas été le cas et que l'appréciation de la *Fair Market Value* serait manifestement erronée.

Les parties sont d'accord que le prix (en l'espèce le supplément de prix) est à payer par les *equity investors*, assignés sub 1 à 9. En effet, les conseils allemands des parties défenderesses ont justement reproché au *valuer* d'avoir admis que le débiteur serait AZELIS, mais qu'en réalité il s'agirait des *equity investors*.

Il convient par conséquent de condamner ces parties solidairement au montant réclamé.

Le Pacte d'actionnaires ne précisant pas que des intérêts légaux seraient dus à partir de la date du transfert des parts, il convient d'allouer les intérêts légaux uniquement à partir de la mise en demeure du 20 juin 2014.

Les parties défenderesses succombent dans leurs prétentions et n'ont pas droit, à ce titre, à une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Etant donné qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la partie demanderesse les frais qui ne peuvent être répétés, il convient de condamner les *equity investors* solidairement à lui payer une indemnité de 2.000,- EUR sur base du même texte.

Il convient encore de déclarer le jugement commun à AZELIS.

Il n'y a par ailleurs pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution du présent jugement alors que les conditions de l'article 567 du Nouveau Code de Procédure Civile ne sont pas données.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, le juge de la mise en état entendu en son rapport,

reçoit la demande en la forme et se déclare compétent pour en connaître ;

la **déclare** fondée;

condamne les sociétés de droit anglais 3I GROUP INVESTMENTS LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08A LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08B LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08C LP, 3I EUROPARTNERS VA LP, 3I EUROPARTNERS VB LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS CO-INVEST 2006-08 LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS (NORDIC) CO-INVEST 2006-08 LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS (DUTCH) A CO-INVEST 2006-08 LP, solidairement à payer à **A.)** la somme de 741.694,36 EUR avec les intérêts légaux tels que de droit à compter du 20 juin 2014 jusqu'à solde ;

condamne les sociétés de droit anglais 3I GROUP INVESTMENTS LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08A LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08B LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08C LP, 3I EUROPARTNERS VA LP, 3I EUROPARTNERS VB LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS CO-INVEST 2006-08 LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS (NORDIC) CO-INVEST 2006-08 LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS (DUTCH) A CO-INVEST 2006-08 LP solidairement à payer à **A.**) la somme de 2.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

déboute les parties défenderesses de leur demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

déclare le présent jugement commun à la société anonyme ATLAS HOLDING SA ;

condamne les sociétés de droit anglais 3I GROUP INVESTMENTS LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08A LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08B LP, 3I PAN EUROPEAN BUYOUTS 2006-08C LP, 3I EUROPARTNERS VA LP, 3I EUROPARTNERS VB LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS CO-INVEST 2006-08 LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS (NORDIC) CO-INVEST 2006-08 LP, PAN EUROPEAN BUYOUTS (DUTCH) A CO-INVEST 2006-08 LP solidairement aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Michel MOLITOR affirmant en avoir fait l'avance.