

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement commercial 2023TALCH06/00940

Audience publique du jeudi, six juillet deux mille vingt-trois.

Numéro de rôle TAL-2023-01344

Composition:

Maria FARIA ALVES, vice-présidente ;
Alix KAYSER, juge ;
Muriel WANDERSCHIED, juge ;
Claude ROSENFELD, greffier.

Entre :

Maître Cédric SCHIRRER, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2611 Luxembourg, 51, route de Thionville, agissant en sa qualité de liquidateur de la société **SOCIETE1.**), ayant eu son siège social à L-ADRESSE1.), société en commandite par actions sous la forme d'une SICAV – Fonds d'investissement spécialisé, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), déclarée en état de liquidation judiciaire par jugement rendu en date du 26 novembre 2020,

élisant domicile en l'étude de Maître Cédric SCHIRRER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demandeur, comparant par Maître Cédric SCHIRRER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

1) la société en commandite par actions **SOCIETE2.**), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son Associé Commandité actuellement en fonctions et immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

2) la société à responsabilité limitée **SOCIETE3.**), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son gérant unique actuellement en fonctions et

immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),

défenderesses, comparant par Maître Jean-Luc DASCOTTE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

FAITS :

Par exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg, en date du 1^{er} février 2023, le demandeur a fait donner assignation aux défenderesses à comparaître le vendredi, 24 février 2023 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, deuxième chambre, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, Bâtiment CO, 1^{er} étage, salle CO.1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro TAL-2023-01344 du rôle pour l'audience publique du 24 février 2023 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, et remise à celle du 28 février 2023 devant la sixième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire fut refixée et utilement retenue lors de l'audience publique du 16 mai 2023, audience lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Cédric SCHIRRER donna lecture de l'acte introductif d'instance et exposa les moyens de sa partie.

Maître Jean-Luc DASCOTTE répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

jugement qui suit :

Faits

La société d'investissement à capital variable sous forme de société en commandite par actions SOCIETE1.) (ci-après, « SOCIETE1. ») ou le « **Fonds** ») a été constituée le 14 octobre 2009 ; elle était inscrite en tant que fonds d'investissement spécialisé au sens de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés (la « **loi FIS** ») sur la liste officielle tenue par la Commission de surveillance du secteur financier (la « **CSSF** »), jusqu'à sa radiation de ladite liste en date du 1^{er} août 2019 et sa mise en liquidation judiciaire subséquente par jugement du 26 novembre 2020, Maître Cédric SCHIRRER ayant été nommé liquidateur (ci-après, le « **Liquidateur** »).

Le compartiment « COMPARTIMENT1.) » (ci-après, « **COMPARTIMENT1.)** ») détient 350.000 actions de la société en commandite par actions SOCIETE2.) (ci-après, « **SOCIETE2.)** »).

En date du 7 décembre 2014, COMPARTIMENT1.) a souscrit à une obligation, dénommée « *titre participatif* » d'un montant de 6.000.000.- euros (ci-après, le « **Titre participatif** »), émise par SOCIETE2.).

A l'origine, le Titre participatif avait la forme de plusieurs *promissory notes* détenues par la société SOCIETE4.) à l'encontre de SOCIETE2.) à hauteur du montant de 6.000.000.- euros (ci-après, les « **Promissory Notes** »). Ces Promissory Notes ont été cédées par la société SOCIETE4.) les 7 et 16 avril 2014 et ensuite converties entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) dans le Titre participatif.

En date du 18 janvier 2023, s'est tenue une assemblée générale de SOCIETE2.) afin de voter sur un remboursement anticipé du Titre participatif. A 493.737 voix sur 511.613 voix, les associés commanditaires ont voté en faveur de la résolution.

La société à responsabilité limitée SOCIETE3.) (ci-après, « **SOCIETE3.)** »), associé commandité de SOCIETE2.), a utilisé son veto pour s'opposer à la résolution.

Procédure

Par acte d'huissier de justice du 1^{er} février 2023, SOCIETE1.) a assigné SOCIETE2.) et SOCIETE3.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Prétentions et moyens

SOCIETE1.) demande à voir condamner SOCIETE2.) et SOCIETE3.) solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacune pour le tout à lui payer un montant de 6.000.000.- euros, augmenté des intérêts légaux majorés en application de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard à compter de la demande en justice, sinon à compter du jugement à intervenir.

Elle demande la condamnation des défenderesses aux frais et dépens de l'instance, ainsi que l'exécution provisoire sans caution et sur minute du jugement à intervenir.

SOCIETE1.) base sa demande sur la responsabilité contractuelle, arguant que les conditions de l'article 7.1 du Titre participatif sont remplies puisque lors de l'assemblée générale du 18 janvier 2023, un délai de 7 ans aurait été écoulé depuis la date de souscription et les associés commanditaires auraient majoritairement voté en faveur du remboursement du Titre participatif.

Elle conclut être en droit de demande le remboursement du montant de 6.000.000.- euros à SOCIETE2.).

SOCIETE1.) expose encore que, lors de l'assemblée générale du 18 janvier 2023, SOCIETE3.) a interdit aux associés commanditaires de voter.

Elle argue que le fait d'interdire aux associés commanditaires de voter et de délibérer sur une décision à prendre ne serait pas prévu par les statuts, plus particulièrement ne serait pas conforme à l'usage du droit de veto prévu à l'article 12 desdits statuts, et serait contraire au droit des actionnaires de se réunir et de délibérer librement et partant à l'article 450-1 (5) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après, la « **LSC** »).

Elle conclut que l'interdiction formulée par SOCIETE3.) serait dès lors nulle et non avenue.

Elle soutient que SOCIETE3.) aurait simplement bloqué la délibération sur la résolution et n'aurait pas exercé son droit de vote, de sorte que seuls les votes des associés commanditaires seraient à prendre en compte et la résolution serait approuvée.

En outre, SOCIETE1.) fait valoir qu'en l'espèce, SOCIETE3.) n'avait pas de vote bloquant sans la mesure où d'après l'article 7.1 du Titre participatif seuls les associés commanditaires seraient censés se prononcer sur la résolution.

SOCIETE1.) fait encore valoir que l'exigence de l'accord du débiteur prévue à la clause 7.1 du Titre participatif constitue une condition purement potestative et en tant que telle, cette condition serait nulle sur base des articles 1170 et 1174 du Code civil.

Elle argue que le seul terme prévu au Titre participatif est celui de l'article 7.1. Le fait de prévoir que le paiement à ce terme dépendrait de la seule volonté du débiteur en ferait une condition purement potestative.

La condition étant nulle, le montant serait pleinement remboursable.

Finalement, afin de justifier la condamnation solidaire des parties défenderesses, SOCIETE1.) se prévaut des articles 600-1 et 1400-1 de la LSC, arguant que l'associé commandité est indéfiniment et solidairement responsable des engagements sociaux et peut être condamné simultanément avec la société en commandite par actions.

Les parties défenderesses soulèvent l'incompétence du tribunal pour connaître de l'interprétation du droit de veto de SOCIETE3.) au motif que l'article 22 des statuts comporte une clause de saisine du tribunal arbitral pour connaître de l'interprétation des statuts. Elles concluent à ce qu'il soit sursis à statuer afin de pouvoir saisir un tribunal arbitral sur ce point.

Les parties défenderesses soutiennent que le titre sur lequel se base la demande adverse n'est pas exigible au vu du veto exercé par SOCIETE3.). A cet égard, elles précisent que l'associé commandité est le gardien de l'intérêt social de la société en commandite par actions.

En outre, elles s'interrogent sur la régularité de la conversion des Promissory notes en titre participatif alors qu'il résulterait des comptes annuels de l'exercice 2014 que les Promissory notes ont été annulées. Le fait que la créance réapparaisse par la suite serait contraire aux articles 55, 58 et suivants de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises (ci-après, le « **loi de 2002** ») « *qui ne permettrait pas une correction de la valeur à la hausse* ». Une procédure pénale aurait d'ailleurs été lancée contre l'ancien gérant de ce chef.

Loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales

Elles soutiennent qu'il n'y a pas eu de mouvements de fonds sous-jacents pour le Titre participatif et que celui-ci s'essayerait sur des écritures comptables illégales, de sorte que le Titre participatif serait nul.

Ensuite, elles soutiennent que la situation économique de SOCIETE1.) serait celle d'un actionnaire plutôt que celle d'un créancier par rapport au Titre participatif. Le montant de 6.000.000.- euros serait dès lors à considérer comme un apport et non comme un prêt.

Si le tribunal ne devait pas faire droit à l'exception de clause d'arbitrage, elles demandent subsidiairement et reconventionnellement à voir prononcer la nullité du Titre participatif aux motifs repris ci-dessus.

SOCIETE1.) conclut à la compétence du tribunal et s'oppose à une surséance à statuer.

La clause 22 des statuts ne régirait que les relations entre actionnaires. Elle soutient qu'en l'espèce, elle agirait comme créancier obligataire et non comme actionnaire. Elle conteste que le Titre participatif puisse être qualifié de titre hybride et que le paiement du prix de 6.000.000.- euros suive le régime des apports.

De plus, le Titre participatif comporterait sa propre clause de compétence à l'article 10 en faveur des juridictions de droit commun. La clause 22 des statuts ne serait donc pas applicable.

En ce qui concerne la prétendue absence de mouvement de fonds, SOCIETE1.) fait valoir que la société SOCIETE4.) a payé les Promissory Notes et que de son côté SOCIETE1.) a acheté les Promissory Notes à ladite société pour un prix de 6.000.000.- euros. Cette opération serait inscrite dans les comptes dépositaires tant de SOCIETE1.) que de SOCIETE2.).

Un an après cette « novation », SOCIETE1.) et SOCIETE2.) auraient converti les Promissory Notes en Titre participatif. SOCIETE1.) aurait ainsi accepté une conversion en un titre moins avantageux mais elle n'aurait jamais signé aucun accord pour annuler la dette. L'approbation des comptes annuels de l'exercice 2014 ne pourrait pas constituer un accord à voir annuler la dette.

Enfin, la dette se retrouvant dans les comptes annuels subséquents, il faudrait selon le raisonnement adverse admettre que la créance a réapparu par son inscription dans ces comptes. Dans tous les cas, la loi de 2002 ne serait pas de nature à confirmer ou infirmer l'existence d'une dette. En outre, le constat comptable n'aurait pas la valeur d'une expertise contradictoire.

Motifs de la décision

Quant à la compétence du tribunal de céans

Les parties défenderesses ont *in limine litis* soulevé l'exception de clause compromissoire.

La clause 22 des statuts prévoit ce qui suit :

« Toute question qui ne serait pas traitée par les présents statuts et/ou tous les litiges auxquels l'interprétation et/ou l'exécution des présents statuts pourront donner lieu seront déferés à la juridiction exclusive d'un tribunal arbitral qui statuera selon les modalités désignées ci-après et conformément aux articles 1224 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile luxembourgeois et qui sera composé de trois personnes physiques.

Chacune des Parties désignera son arbitre et les arbitres ainsi désignés en choisiront un autre, l'autre Partie de son arbitre ou à défaut de désignation du troisième arbitre dans huit jours de recours, du président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg saisi à la requête de la Partie ou de l'arbitre le plus diligent.

Les arbitres devront être choisis parmi les avocats à la cour de Luxembourg Ville.

Le tribunal arbitral siégera à Luxembourg. La sentence arbitrale sera rendue en langue française. Le Français sera la langue de travail et de procédure du tribunal arbitral, sauf exception dûment motivée dans la sentence arbitrale.

Les arbitres statueront conformément au droit, sauf si les Parties conviennent de leur attribuer des pouvoirs d'amiables compositeurs.

Le tribunal arbitral statuera en dernier ressort. »

Cette clause constitue une clause compromissoire et impose aux actionnaires de soumettre leurs litiges en relation avec l'interprétation et l'exécution des statuts à la juridiction exclusive d'un tribunal arbitral.

Le Titre participatif contient une clause de juridiction, rédigée comme suit : « *Tout litige entre les détenteurs de titres participatifs et la Société sera tranché par les juridictions compétentes. A cette fin, la Société élit domicile en son siège à Luxembourg* ».

Le tribunal constate que si l'action en condamnation au paiement de 6.000.000.- euros se base sur la prétendue qualité de créancier de COMPARTIMENT1.) à l'encontre de SOCIETE2.), en tant que souscripteur du Titre participatif, la partie demanderesse a aussi la qualité d'associé commanditaire de SOCIETE2.).

En effet, il résulte du procès-verbal de l'assemblée générale du 18 janvier 2023 que COMPARTIMENT1.) est détenteur de 350.000.- actions de commanditaire de SOCIETE2.) et que c'est en cette qualité d'associé commanditaire que le liquidateur a fait convoquer ladite assemblée générale sur base de l'article 450-8 de la LCS.

En tant qu'associé commanditaire, la clause compromissoire contenue dans les statuts est opposable à la partie requérante.

Le présent litige porte notamment sur la portée de l'article 12 des statuts et en particulier dans quelle mesure cet article est applicable à la décision à prendre par l'assemblée générale en application de l'article 7.1 du Titre participatif et comment le droit y conféré à l'associé commandité doit être exercé.

Or, ces questions relèvent du champ matériel de la clause compromissoire précitée.

Aussi, pour autant que le litige a trait à l'interprétation et à l'exécution de l'article 12 des statuts, le tribunal est incompétent pour en connaître.

Les autres points en litige, à savoir la qualification de clause purement potestative de l'article 7.1 du Titre participatif et la demande reconventionnelle en annulation du Titre participatif ne relèvent pas du champ matériel de la clause compromissoire précité.

Le tribunal est donc compétent pour en connaître.

Etant donné que l'éventuelle nullité de l'article 7.1 du Titre participatif reviendrait à rendre sans objet la question de la portée de l'article 12 des statuts, il y a lieu de trancher cette question avant d'envisager de décider sur la surséance à statuer.

Quant à la condition purement potestative

Une condition est purement potestative au sens de l'article 1174 du Code civil lorsqu'elle est libellée au pouvoir du débiteur et dépend de la seule volonté de celui qui s'oblige.

Par contre, une obligation est alternative lorsqu'elle permet au débiteur de se libérer par la délivrance de l'une ou de l'autre des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation. Dans le cadre de l'obligation alternative, ce n'est pas l'existence même du lien contractuel qui est soumise à une alternative, puisque le débiteur est engagé de façon ferme. Il est libre

seulement d'effectuer telle prestation ou telle autre. L'incertitude n'atteint pas l'obligation elle-même, mais seulement son objet (M.-J. Gebler : Les obligations alternatives, RTDC 1969, p.1). En présence d'une telle obligation, il ne saurait être question d'obligation potestative, car le choix laissé au débiteur fait partie de l'économie même de l'obligation (note Ph. Delebecque sous Cass. fr. com. 7 décembre 2004, dans : JCP 2005, p. 2392).

En l'espèce, la clause 7.1 du Titre participatif est rédigé comme suit :

« Les titres participatifs ne sont remboursables de manière anticipée qu'en cas de liquidation de la Société ou à l'initiative de la Société sur décision expresse de l'assemblée Générale des associés commanditaires, cette décision interviendra au plus tôt après un délai de sept ans après la date de souscription. A la liquidation de la Société ou à son initiative, le remboursement ou le rachat des titres se fera à la valeur nominale. »

Le tribunal note que l'obligation de remboursement fait partie des obligations de SOCIETE2.) et que son existence n'est pas remise en cause par les termes de l'article 7.1 précité.

La liberté laissée à SOCIETE2.) en vertu de cet article est de décider un remboursement anticipé sur décision expresse de l'assemblée générale des associés commanditaires ou de ne pas prendre cette décision, dans quel cas le remboursement se fera à la liquidation de SOCIETE2.). D'ailleurs, à défaut de prévoir la possibilité d'un remboursement anticipé liquide, le souscripteur d'un titre participatif est censé s'engager pour l'ensemble de la durée de vie de la société émettrice.

Aussi, le choix a trait au moment de l'exécution de l'obligation de remboursement mais non pas à l'existence de l'obligation de remboursement.

Au vu des principes repris ci-dessus, cette clause ne constitue partant pas une condition potestative, mais constitue une obligation alternative au sens de l'article 1189 du Code civil.

Le moyen est donc à rejeter.

La clause 7.1 étant valable et le tribunal n'étant pas compétent pour statuer sur l'interprétation et la portée de l'article 12 des statuts, il y a lieu de surseoir à statuer sur la demande principale.

La demande reconventionnelle n'étant formulée qu'à titre subsidiaire, il y a lieu de réserver également cette demande, ainsi que le surplus et les dépens et de tenir l'affaire en suspens.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sixième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

se déclare incompétent pour connaître de l'interprétation et de l'exécution de l'article 12 des statuts de la société en commandite par actions SOCIETE2.);

se déclare compétent pour connaître de la validité, de l'interprétation et de l'exécution du titre participatif émis par la société en commandite par actions SOCIETE2.) en date du 7 décembre 2014 ;

dit que la condition prévue à l'article 7.1 du titre participatif du 7 décembre 2014 n'est pas à qualifier de purement potestative ;

sursoit à statuer sur la demande principale pour le surplus et sur la demande reconventionnelle ;

réserve les droits des parties et les frais ;

tient l'affaire en suspens.