

Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2023TALCH06/01158

Audience publique du mardi, vingt-quatre octobre deux mille vingt-trois.

Numéro de rôle TAL-2022-05123

Composition:

Maria FARIA ALVES, vice-présidente ;
Muriel WANDERSCHIED, juge ;
Paula GAUB, juge;
Claude FEIT, greffière.

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.) SCA SICAV-FIS**, 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,

défendeur sur reconvention, comparant en personne,

et :

1) la société en commandite par actions **SOCIETE2.) SCA**, 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 en commandite spéciale **SOCIETE3.) S.C.sp.**, 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 NUMERO3.),

défenderesses,

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

FAITS :

Par exploit de l'huissier de justice Cathérine NILLES de Luxembourg, en date du 1^{er} juillet 2022, le demandeur a fait donner assignation aux défenderesses à comparaître le mardi, 19 juillet 2022 à 14.30 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, chambre de vacation, 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-2022-05123 du rôle pour l'audience publique du 19 juillet 2022 devant la chambre de vacation, siégeant en matière commerciale, et remise à celle du 20 septembre 2022 devant la sixième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire fut refixée et utilement retenue lors de l'audience publique du 19 septembre 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.) SCA SICAV-FIS (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 sur la liste officielle tenue par la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après, 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 a été nommé liquidateur (ci-après, le « **Liquidateur** »).

Le compartiment « SOCIETE4.) » (ci-après, SOCIETE4.) » détient 350.000 actions de la société en commandite par actions SOCIETE2.) SCA (ci-après, SOCIETE2.) »).

En avril 2014, SOCIETE1.) a acheté à la société SOCIETE5.) AG une créance, sous forme de *promissory notes*, d'un montant de 6.000.000.- euros que cette dernière détenait à l'encontre de SOCIETE2.) (ci-après, la « **Créance initiale** »).

En date du 7 décembre 2015, SOCIETE4.) a souscrit à une obligation, dénommée « *titre participatif* » d'un montant de 6.000.000.- euros (ci-après, le « **Titre participatif** »), émise par SOCIETE2.).

SOCIETE2.) détenait 4.393 actions de la société d'assurance-vie SOCIETE6.) AG (ci-après, « **SOCIETE6.) AG** »), établie et ayant son siège social au ADRESSE3.) (ci-après, les « **Actions** »).

En date du 25 février 2020, SOCIETE2.), ensemble avec six autres sociétés, a établi un *partnership* et conclu un *partnership agreement* en vue de la création de la société en commandite spéciale SOCIETE3.) SCS (ci-après, SOCIETE3.) »).

Dans le cadre de la création de SOCIETE3.), SOCIETE2.) a apporté en nature les Actions (ci-après, l' « **Apport** »).

Courant 2021, SOCIETE2.) a encore transféré ses liquidités, d'un montant de 79.017,55 euros à SOCIETE3.) (ci-après, le « **Transfert** »).

La société à responsabilité limitée SOCIETE7.) SARL (ci-après, SOCIETE7.) ») est l'associée commanditée de SOCIETE2.) et de SOCIETE3.).

Par acte introductif d'instance du 1^{er} février 2023, SOCIETE1.) a assigné SOCIETE2.) et SOCIETE7.) afin de les voir condamner solidairement à lui payer le montant de 6.000.000.- euros en remboursement du Titre participatif.

L'affaire a été inscrite au rôle sous le numéro TAL-2023-01344.

Par jugement n° 2023TALCH06/00940 du 6 juillet 2023, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître de l'interprétation et de l'exécution de l'article 12 des statuts de SOCIETE2.), s'est déclaré compétent pour connaître de la validité, de l'interprétation et de l'exécution du Titre participatif, a dit que la condition prévue à l'article 7.1 du Titre participatif n'est pas à qualifier de purement potestative et a sursis à statuer sur la demande principale pour le surplus et sur la demande reconventionnelle. Cette affaire est tenue en suspens en attendant l'issue de l'arbitrage.

Procédure

Par acte d'huissier de justice du 1^{er} juillet 2022, 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.) a initialement demandé l'annulation de l'Apport et du Transfert en application de l'article 1167 du Code civil, sinon de toute autre base légale applicable.

A l'audience de plaidoiries, SOCIETE1.) a modifié sa demande et sollicite à voir dire l'Apport et le Transfert inopposables à son égard.

La partie demanderesse sollicite encore l'exécution provisoire du jugement à intervenir sans caution, sur minute et avant enregistrement et la condamnation des parties défenderesses au frais et dépens de l'instance.

A l'appui de sa demande, SOCIETE1.) fait valoir qu'elle a qualité pour agir, en nom propre, pour attaquer les actes passés par son débiteur en fraude de ses droits.

La partie demanderesse conclut à l'antériorité de sa créance par rapport à l'Apport, celle-ci datant du 7 décembre 2015.

Elle fait valoir que la recevabilité de l'action paulienne ne requiert pas que la créance soit certaine, liquide et exigible au moment de l'acte frauduleux mais seul le principe de la créance doit avoir existé. Elle soutient que la créance est certaine en son principe depuis la souscription du Titre participatif.

La partie demanderesse fait valoir qu'une lecture stricte des conditions de recevabilité, risquerait d'avoir pour conséquence que l'action paulienne ne pourrait jamais être exercée.

Quant à la fraude, SOCIETE1.) soutient que l'Apport n'aurait été découvert par elle qu'en date du 18 juin 2021, lors de la communication du projet de comptes annuels de l'exercice 2020 de SOCIETE2.), en vue de l'assemblée générale de cette société.

SOCIETE1.) soutient encore que, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation française, l'apport en nature de tous ses biens en contrepartie d'actions constituerait en lui-même la preuve du caractère frauduleux de l'acte.

SOCIETE1.) rejette les explications adverses relatives aux exigences réglementaires en droit du ADRESSE3.). Il ne serait pas établi qu'un fonds d'investissement ne pourrait pas être actionnaire d'une entreprise d'assurance, d'autant que la situation aurait perduré pendant 10 ans. SOCIETE1.) ajoute que des alternatives auraient dû être envisagées, dont retirer les droits de vote aux actions de SOCIETE1.) dans SOCIETE2.) et soutient que la question aurait pu être posée aux actionnaires, ce qui n'aurait pas été fait. Les associés commanditaires de SOCIETE2.) n'auraient jamais approuvé l'Apport.

SOCIETE1.) soutient que l'Apport nuit gravement à ses intérêts en ce que celui-ci diluerait fortement ses droits. SOCIETE1.) aurait une participation majoritaire de 68,41% dans SOCIETE2.). SOCIETE2.) ne détiendrait plus directement les Actions mais indirectement à travers sa participation de 35,2 % dans SOCIETE3.). SOCIETE1.) ne pourrait plus faire valoir ses droits d'actionnaire majoritaire et elle ne percevrait plus le même pourcentage de dividendes de la part de SOCIETE6.) AG.

Le Transfert, qui n'aurait été fait sur base d'aucune justification objective, devrait également être considéré comme frauduleux.

SOCIETE1.) soutient que l'Apport constitue un acte d'appauvrissement du débiteur.

SOCIETE2.) détiendrait 4.393 actions de SOCIETE3.) d'une valeur de 11.431.200.- euros. Un autre actionnaire, PERSONNE1.), détiendrait 883.300 actions d'une valeur de 15.914.000.- euros alors qu'il aurait apporté des actions d'une société des îles Cayman SOCIETE8.) SPC, qui n'auraient aucune valeur réelle. Ces valeurs auraient été fixées unilatéralement et sans justification valable.

La partie demanderesse allègue que la forme de la société en commandite par actions aurait été choisie lors de la constitution de SOCIETE3.) afin d'éviter qu'un rapport d'évaluation d'un réviseur d'entreprise ne soit requis, arguant qu'un tel rapport n'aurait jamais confirmé la valeur retenue pour l'apport d'PERSONNE1.).

Les Actions, seul actif de SOCIETE2.), auraient été transférées dans SOCIETE3.) sans réelle contrepartie. Selon les comptes sociaux de SOCIETE2.), les Actions auraient eu une valeur de 11.000.000.- euros. Cette valeur aurait pu se vérifier au vu des comptes sociaux de SOCIETE6.) AG. Les actions obtenues en contrepartie de l'Apport auraient certes été évaluées à 11.431.200.- euros mais cette valeur ne serait pas vérifiable dès lors que les sociétés en commandite simple n'auraient pas d'obligation de publier leurs comptes sociaux.

De ce fait, SOCIETE1.) serait désormais dans l'impossibilité de recouvrer sa créance issue du Titre participatif.

Quant à la conscience du débiteur de nuire au créancier, il y aurait lieu de se baser sur un faisceau d'indices pour l'apprécier et notamment la proximité temporelle entre l'Apport et l'ouverture de la procédure de liquidation.

Le Transfert, sans autre raison donnée que l'existence de « *frais bancaires exorbitants* », serait également un acte d'appauvrissement. SOCIETE2.) ne détiendrait à ce jour plus aucune liquidité mais uniquement des actions diluées dans SOCIETE3.).

La partie demanderesse conclut à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle en nullité du Titre participatif pour défaut de connexité avec la demande principale. Ensuite, elle fait valoir qu'il ne saurait y avoir de nullité sans texte et qu'aucune base légale ne serait indiquée par les parties défenderesses à l'appui de leur demande.

Elle fait encore valoir que pour que sa créance ait disparu, il faudrait que SOCIETE2.) établisse une renonciation de SOCIETE1.) à sa créance. Une telle preuve ne serait pas rapportée.

Elle fait valoir que sa créance ne peut pas avoir disparu alors qu'elle n'a rien reçu en contrepartie de la soi-disant disparition de sa créance.

En ce qui concerne le rapport comptable sur lequel se basent les défenderesses, celui-ci serait unilatéral et aurait été établi par le même comptable qui a dressé les comptes sociaux des exercices 2014 et 2020.

De plus, à suivre l'argumentation adverse, si la créance de SOCIETE1.) pourrait disparaître par l'absence de mention dans les comptes sociaux, celle-ci revivrait par sa mention dans les comptes sociaux relatifs à l'exercice 2020.

Les parties défenderesses contestent que les conditions cumulatives pour l'introduction de l'action paulienne par SOCIETE1.) sont remplies, arguant que la créance alléguée ne serait ni certaine ni exigible.

Les parties défenderesses font valoir que la créance doit être certaine et exigible au moment où le créancier exerce l'action paulienne afin de pouvoir justifier d'un préjudice. Il ne serait en effet pas exclu que le débiteur redevienne solvable au moment où la créance deviendra exigible.

Elles soutiennent qu'en l'espèce, la prétendue créance reposant sur le Titre participatif est inexistante.

Par référence à un rapport de SOCIETE9.) du 19 janvier 2023, les parties défenderesses soutiennent que la Créance initiale a été effacée des comptes de SOCIETE2.) à la fin de l'année 2014 sur base d'un protocole d'accord du 21 décembre 2014 par le transfert d'actifs - des actions de SOCIETE6.) AG et des créances - de valeur égale. Ce transfert et le règlement intégral de la Créance initiale auraient été approuvés par le vote de SOCIETE1.) sur les comptes annuels de SOCIETE2.) de l'exercice 2014, dans lesquels la Créance initiale ne figurait plus.

Au vu de la disparition de la Créance initiale, celle-ci n'aurait pas pu être convertie en Titre participatif.

La souscription du Titre participatif ne correspondrait à aucun transfert d'espèces ou d'avoirs mais aurait été considérée indûment réalisée par « *des transactions créées artificiellement*

et par toute une suite de transactions et d'écritures comptables illégales, dépourvues de tout fondement juridique, comptable ou financier ».

La contrepartie financière théorique du Titre participatif consisterait en des plus-values créées indûment et illégalement par des corrections de valeur des actions de SOCIETE6.) AG alors que les actions détenues par une société, comme actif, ne pourraient pas faire l'objet d'un accroissement de valeur par des corrections de valeur mais devraient être inscrites à l'actif à leur valeur d'acquisition. Les parties défenderesses se réfèrent aux articles 55, 58 et suivants de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre du commerce et des sociétés ainsi que sur les standards IFRS et du règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales. Le Titre participatif serait dès lors dépourvu de substance financière, économique et légale.

Les parties défenderesses en concluent que le Titre participatif, dénué de contrepartie en avoirs, est invalide.

Ensuite, les parties défenderesses contestent l'exigibilité de la créance alléguée. Le remboursement anticipé du Titre participatif ne pourrait être effectué que dans les conditions spécifiques prévues à l'article 7.1 du Titre participatif, c'est-à-dire à l'initiative de l'émetteur, SOCIETE2.).

SOCIETE1.) aurait tenté abusivement de rendre exigible sa prétendue créance en convoquant une assemblée générale de SOCIETE2.) sur base de l'article 450-8 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, lors de laquelle SOCIETE7.) aurait émis son veto à un remboursement anticipé.

Quant à l'action en recouvrement lancée par SOCIETE1.) et inscrite au rôle sous le numéro TAL-2023-01344, le tribunal aurait tranché la question de l'exigibilité en suspendant l'instance en attendant la décision du tribunal arbitral.

Les parties défenderesses concluent que la créance alléguée n'est pas exigible, de sorte que l'action paulienne serait irrecevable.

Quant au fond, les parties défenderesses contestent que les conditions de fraude et d'appauvrissement soient remplies.

L'Apport serait motivé par des considérations purement réglementaires. Les parties défenderesses soutiennent que l'SOCIETE10.) (ci-après, la « **SOCIETE10.)** », en vertu de la réglementation et des normes en vigueur dans ce pays, n'autorise pas les fonds d'investissement à détenir, directement ou indirectement, une participation qualifiée de 10% ou plus dans une entreprise d'assurance relevant de sa supervision. Elles renvoient à une lettre de la SOCIETE10.) du 18 décembre 2014 et aux courriers envoyés à SOCIETE1.) et son gestionnaire pour les informer de cette situation.

Il aurait fallu remédier à ce problème. La solution retenue, après analyse équitable et réfléchie des circonstances, aurait été une dilution de la participation de SOCIETE2.) dans SOCIETE6.) AG. Malgré cette dilution de la participation, l'Apport n'aurait reçu l'approbation de la SOCIETE10.) qu'avec la condition supplémentaire que la participation de SOCIETE2.) dans SOCIETE3.) soit dénuée de droit de vote.

Les parties défenderesses font encore valoir qu'en investissant 3,5 millions dans sa contribution au capital social de SOCIETE2.) et soi-disant 6 millions d'euros dans un Titre participatif, soit 11 millions au total, SOCIETE1.) aurait dépassé les limites de diversification de portefeuille établies par la circulaire de la Commission de Surveillance du Secteur Financier n° 07/309 relative à la réparation des risques dans le contexte des fonds d'investissements spécialisés. La participation de SOCIETE2.) aurait dû être cédée dès sa création en 2014 par le gestionnaire sinon par le liquidateur lors de l'ouverture de la procédure de liquidation. Par référence à l'adage « *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* », les défenderesses en déduisent que SOCIETE1.) ne pourrait pas se prévaloir de sa propre violation des règles de diversification de portefeuille pour se procurer un avantage ou se défendre.

Au demeurant, SOCIETE2.) soutient que son objet social est de détenir des participations dans d'autres sociétés et qu'elle a, par l'Apport, remplacé une participation par une autre. Par ailleurs, SOCIETE3.) étant une société en commandite simple, ses actes et conséquences, notamment sur le plan fiscal, seraient attribués à ses associés.

Les défenderesses font encore valoir l'absence d'appauvrissement dès lors que l'Apport n'aurait pas eu lieu à titre gracieux mais en échange d'une participation correspondante dans SOCIETE3.) proportionnelle à la valeur de l'Apport. Un actif financier aurait été remplacé par un autre actif financier de même valeur. De plus, les autres actionnaires de SOCIETE2.) auraient financé l'activité de SOCIETE6.) AG de leur propre initiative sans aucune contribution supplémentaire de SOCIETE1.).

Elles concluent que la fraude et l'appauvrissement allégués n'existant pas, l'action paulienne est non fondée concernant l'Apport.

Concernant le Transfert, il s'agirait d'un simple transfert de comptes bancaires en raison « *d'une requête de la banque pour clôturer ses comptes* ». Celui-ci aurait été discuté au cours de l'assemblée des actionnaires de SOCIETE2.) du 18 janvier 2023 et aurait été motivé par des considérations bancaires et opérationnelles. Il n'y aurait eu ni intention malveillante ni volonté de causer un préjudice délibéré à SOCIETE1.) mais un simple acte de gestion raisonnée des ressources financières de SOCIETE2.).

A titre reconventionnel, SOCIETE2.) et SOCIETE3.) demandent à voir dire nul le Titre participatif sur base des développements ci-dessus relatifs à l'absence de substance financière, économique et légale du titre. Les parties défenderesses soutiennent encore que SOCIETE2.) a été lésée par la création de cette dette inexistante arguant que les objectifs d'investissement prévus à l'article 1.4 du Titre participatif n'ont jamais été atteints par SOCIETE2.). SOCIETE1.) serait demeurée l'actionnaire majoritaire de SOCIETE2.) sans aucune contrepartie réelle ni versement de contrepartie financière pouvant financer l'activité de SOCIETE2.) ou au moins les objectifs d'investissement de SOCIETE2.) établis conformément à l'article 1.4 du Titre participatif.

A titre subsidiaire, les parties défenderesses demandent à voir requalifier de Titre participatif en titre de capital (actions) et non en titre de créance. Elles arguent que le Titre participatif présente toutes les caractéristiques d'un titre hybride nonobstant sa qualification en « *obligation* » à la clause 1.2 du Titre participatif pour des « *raisons fiscales* ». Elles font valoir que SOCIETE1.) est l'actionnaire majoritaire de SOCIETE2.) et que, lors de l'émission du Titre participatif, elle détenait « *la même qualité d'actions en même proportion* ». Comme une action, le Titre participatif aurait fait l'objet d'une souscription, ne porterait pas d'intérêt mais serait lié au profit de SOCIETE2.), serait librement cessible et le remboursement

anticipé se ferait à l'initiative de la société sur décision expresse des associés ou en cas de liquidation.

Motifs de la décision

Quant à la demande reconventionnelle

Les parties défenderesses demandent reconventionnellement, à titre principal, la nullité du Titre participatif et, à titre subsidiaire, à voir qualifier celui-ci de titre de capital et non de titre de créance.

La partie demanderesse soulève l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle, d'abord, au motif que la demande en nullité du Titre participatif ne présenterait pas un lien de connexité avec la demande principale.

La recevabilité de la demande reconventionnelle en son volet subsidiaire n'est pas contestée.

La jurisprudence retient qu'entre la demande principale et la demande reconventionnelle, il n'y a besoin ni d'une identité de cause, ni d'un lien de connexité (Cour d'appel, 15 mars 1994, n° 14086 du rôle ; Cour d'appel, 16 mai 2000, n° 23585 du rôle), étant précisé qu'un lien de connexité peut évidemment justifier la recevabilité de la demande reconventionnelle. La jurisprudence retient qu'il suffit que la demande reconventionnelle tende en fin de compte à voir rejeter la demande principale, en pratique en produisant une compensation entre créances réciproques. Si cette condition est suffisante, elle est toutefois aussi nécessaire, alors que si la demande reconventionnelle ne présente pas de lien de connexité avec la demande principale et ne tend au moins à faire échec à la demande principale ou à produire une compensation entre créances réciproques, elle doit être déclarée irrecevable (Cour d'appel, 22 octobre 1997, n° 17918 du rôle, Cour d'appel, 16 juin 2004, n° 27652 du rôle).

En l'espèce, la demande en annulation du Titre participatif tend au rejet de la demande principale en ce que si le Titre participatif est déclaré nul, la partie demanderesse ne pourra plus se prévaloir de la qualité de créancier pour fonder son action paulienne.

Le moyen d'irrecevabilité est donc non fondé.

SOCIETE1.) conclut encore à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle, en son volet principal, sur base de l'adage « *pas de nullité sans texte* » et pour absence de base légale.

Le principe « *pas de nullité sans texte* », invoqué par SOCIETE1.) est prévu à l'article 1253 du Nouveau Code de procédure civile en rapport avec la nullité des actes de procédure pour irrégularité de forme. Il n'existe pas, en droit civil, de principe général qui subordonnerait dans tous les cas le prononcé de la nullité d'un acte à un texte édictant expressément cette nullité. (v. Cour de cassation 4 mai 2023, arrêt n° 50/2023, numéro CAS-2022-00050 du registre)

Quant au fait de ne pas indiquer la base légale de sa demande, conformément à l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Le juge est saisi des faits et non de la qualification juridique qui leur est donnée par les parties et il peut pallier à la carence du demandeur pour autant qu'il y ait une base légale

communément admise en jurisprudence et en doctrine pour ce type de demande (v. Cour de cassation, 10 mars 2011, numéro 2815 du registre).

En l'occurrence, les faits invoqués à l'appui de la demande reconventionnelle, en son volet principal, étant susceptibles de plusieurs qualifications juridiques, il n'appartient pas au tribunal de rechercher lui-même sur quelles règles de droit les parties demanderessees par reconvention ont entendu se baser pour solliciter la nullité du Titre participatif.

La demande reconventionnelle, en ce qu'elle tend principalement à la nullité du Titre participatif, est donc irrecevable.

A titre subsidiaire, les parties demanderessees par reconvention demandent à voir qualifier le Titre participatif de titre de capital au lieu de titre de créance.

A côté de ces deux catégories de titres, il existe les instruments hybrides, terme par lequel la pratique tend à désigner l'ensemble des valeurs mobilières composées donnant accès au capital, telles que les obligations convertibles en actions, échangeables ou remboursables en actions, ou encore les obligations à bons de souscriptions d'actions.

Les titres participatifs constituent un instrument hybride, créé en 1983 en droit français.

Il s'agit d'une forme alternative de financement pour la société émettrice qui a besoin de fonds propres pour un projet spécifique mais ne souhaite pas remettre en cause le pouvoir de contrôle de l'actionnariat.

Pour atteindre un tel objectif, les titres participatifs présentent deux caractéristiques : d'une part, ce sont des titres de créance, en principe, à durée indéterminée et, d'autre part, ce sont des titres participatifs en ce sens qu'ils bénéficient d'une double rémunération constituée d'une partie fixe et d'une partie variable calculée par rapport aux bénéfices, au chiffres d'affaires ou à d'autres éléments liés à l'activité de l'émetteur. (Régulation des instruments financiers hybrides par les accords de Bâle, n° 30 juin 2022, C. Feunteun, Bruyant, page 56-57).

En l'espèce, les parties ont soumis le Titre participatif au droit luxembourgeois.

En droit luxembourgeois, il n'y a pas de disposition spécifique régissant le titre participatif. Il y a donc lieu de se référer aux termes du Titre participatif, qui constitue la convention entre la société émettrice et le souscripteur, pour en déduire l'intention des parties.

Les conditions générales d'émission du Titre participatif prévoient une rémunération calculée sur une base annuelle, fonction du profit brut de l'exercice après amortissement des pertes reportées, payable à compter du 1^{er} jour du trimestre calendaire suivant la date de souscription.

De plus, ces conditions prévoient la possibilité d'un remboursement anticipé liquide c'est-à-dire que le souscripteur ne s'engage pas pour l'ensemble de la durée de vie de la Société.

Les conditions générales de l'émission indiquent encore que le régime fiscal applicable est celui des revenus de capitaux mobiliers applicables aux obligations.

Enfin, ces conditions indiquent que le Titre participatif n'a aucun droit de vote attaché. Par ailleurs, le Titre participatif ne donne pas accès au capital de SOCIETE2.) ni même une option d'accès au capital de ladite société.

Les termes du Titre participatif se rapprochent de ceux du titre participatif de droit français, de sorte qu'à l'instar du titre participatif de droit français, les parties ont entendu respectivement émettre et souscrire à un titre hybride, présentant en grande partie les caractéristiques d'un titre de créance.

C'est dès lors à tort que les parties défenderesses concluent à la qualification du Titre participatif en titre de capital.

La demande reconventionnelle, en son volet subsidiaire, n'est pas fondée.

Quant à l'action paulienne

L'article 1167, alinéa 1^{er}, du code civil dispose que les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. L'action paulienne, prévue par cet article, tend pour le créancier à voir remettre en cause, à son égard, tout acte conclu par le débiteur, aux fins de diminuer les chances de recouvrement de la créance.

L'action paulienne repose sur un fondement essentiellement moral, ce qui explique le caractère déterminant de la recherche de la volonté malicieuse ayant animé le débiteur et son cocontractant. Afin de se voir reconnaître la qualité pour exercer l'action paulienne, le créancier doit prouver que l'acte attaqué est un acte suspect. Il doit ensuite justifier que l'acte suspect lui a causé un dommage, c'est-à-dire qu'il a compromis le recouvrement de sa créance. La créance alléguée par le demandeur doit en outre préexister à l'acte. L'exigence de la certitude de la créance est renforcée au moment de l'exercice de l'action. La fraude du débiteur suppose un élément objectif, c'est-à-dire un acte d'appauvrissement de son patrimoine, dont l'effet est de créer ou d'aggraver son insolvabilité et un élément subjectif, le débiteur doit avoir eu sinon l'intention, du moins la conscience de nuire à son créancier.

Pour que l'action paulienne soit recevable, il faut qu'un principe de créance ait existé au moment de l'acte frauduleux invoqué, soit en l'espèce en date du 25 février 2020 pour l'Apport et en 2021 pour le Transfert. Il n'est pas nécessaire que la créance de la personne qui se prétend lésée revête les caractéristiques de certitude, de liquidité et d'exigibilité. Il n'est pas nécessaire que la créance soit consacrée par un jugement la rendant certaine, liquide et exigible à la date de la fraude alléguée, mais seulement à la date de l'introduction de la demande sur base de l'action paulienne. (Cour d'appel, 3 octobre 2018, numéro 44580 du rôle)

En l'espèce, l'action paulienne a été introduite par assignation du 1^{er} juillet 2022.

Or, il résulte de l'article 7.1 du Titre participatif qu'un remboursement anticipé n'est possible au plus tôt que sept ans après la date de la souscription. La souscription ayant eu lieu le 7 décembre 2015, un remboursement anticipé n'est possible qu'à partir du 7 décembre 2022.

D'ailleurs, l'assemblée générale de SOCIETE2.) censée statuer sur le remboursement anticipé du Titre participatif a été convoquée pour le 18 janvier 2023.

Il en résulte qu'à la date de l'introduction de l'action paulienne, la créance de remboursement du Titre participatif n'était pas exigible et l'action est donc irrecevable.

Quant aux frais et dépens

Au vu de l'issue du litige, le tribunal retient que chacune des parties supportera ses propres frais et dépens.

Par ces motifs :

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

dit la demande principale basée sur l'article 1167 du Code civil irrecevable pour être prématurée ;

dit la demande reconventionnelle, en son volet principal tendant à la nullité du titre participatif émis par la société en commandite par actions SOCIETE2.) SCA en date du 7 décembre 2015, irrecevable pour absence de base légale ;

dit la demande reconventionnelle, en son volet subsidiaire tendant à voir requalifier le prédit titre participatif en titre de capital, recevable mais non fondée ;

dit que chacune des parties supportera ses propres frais et dépens.