

N° 18 / 2021
du 28.01.2021
Numéro CAS-2020-00013 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-huit janvier deux mille vingt-et-un.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,
Stéphane PISANI, conseiller à la Cour d'appel,
Jeannot NIES, procureur général d'Etat adjoint,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

la société anonyme SOC1), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), en liquidation volontaire depuis le 15 mai 2019, représentée par son liquidateur, la société anonyme de droit suisse Soc5), ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce du Tessin sous le numéro (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Rémi CHEVALIER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

1. la société anonyme SOC2), constituée sous forme d'une société d'investissement à capital variable (SICAV), fonds d'investissement spécialisé, ayant été établie et ayant eu son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), déclarée en état de faillite, représentée par son curateur Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim,

2. Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme SOC2), société d'investissement à capital variable, fonds d'investissement spécialisé, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro(...), déclarée en état de faillite,

défendeurs en cassation,

comparant par la société à responsabilité limitée E2M, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour,

3. la société anonyme SOC3, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

défenderesse en cassation,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître François KREMER, avocat à la Cour,

4. la société en commandite par actions SOC4, société d'investissement à capital variable (SICAV), fonds d'investissement spécialisé (FIS), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), mise en liquidation judiciaire, représentée par son liquidateur judiciaire, Maître Philippe THIEBAUD, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte Zithe,

5. Maître Philippe THIEBAUD, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte Zithe, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société en commandite par actions, SOC4), société d'investissement à capital variable (SICAV), fonds d'investissement spécialisé (FIS), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), mise en liquidation judiciaire,

défendeurs en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 132/19, rendu le 30 octobre 2019 sous le numéro CAL-2018-00293 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 13 janvier 2020 par la société anonyme SOC1) (ci-après « *la société SOC1* ») à la société anonyme SOC2), à Maître Max MAILLIET, agissant en sa qualité de curateur de la société SOC2), à la société anonyme SOC3), à la société en commandite par actions SOC4) (ci-après « *la société SOC4* ») et à Maître Philippe THIEBAUD, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société SOC4), déposé le 14 janvier 2020 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 29 janvier 2020 par la société à responsabilité limitée E2M, représentée par Maître Max MAILLIET, agissant en sa

qualité de curateur de la société SOC2) et par la société SOC2) à la société SOC1), à la société SOC4), à Maître Philippe THIEBAUD et à la société SOC3), déposé le 3 février 2020 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 10 mars 2020 par la société SOC3) à la société SOC1), à la société SOC2), à Maître Max MAILLIET, à la société SOC4) et à Maître Philippe THIEBAUD, déposé le 11 mars 2020 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Eliane EICHER et les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY ;

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le curateur de la société SOC2) en état de faillite avait saisi le tribunal d'arrondissement de Luxembourg d'une demande tendant à voir ordonner à la société en commandite par actions SOC4), représentée par sa gérante, la société SOC1), de procéder à la régularisation du registre des actionnaires aux fins d'y mentionner la société SOC2) comme propriétaire d'un certain nombre d'actions du sous-fonds I4BL SOC4), acquises par l'intermédiaire de la société SOC3).

Par un jugement du 31 mai 2017, le tribunal avait fait droit à la demande.

Par un jugement du 27 avril 2017, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait ordonné la liquidation judiciaire de la société SOC4).

Le curateur de la société SOC2) avait préalablement introduit une action en indemnisation contre, entre autres, la société SOC4) et la société SOC1).

Par un jugement du 24 janvier 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré irrecevable la tierce opposition formée par la société SOC1), gérante et associée commanditée de la société SOC4), contre le jugement du 31 mai 2017.

La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Sur les premier et troisième moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le premier, « *Tiré de la violation de l'article 612 du Nouveau Code de Procédure Civile,*

En ce que l'Arrêt attaqué a confirmé le jugement du Tribunal d'arrondissement et a entre autres déclaré irrecevable la tierce opposition formée par la Partie demanderesse en cassation,

Aux motifs que << le seul argument avancé par l'appelante, à savoir qu'étant solidairement et indéfiniment tenue des dettes de la société en commandite par actions, ne lui confère aucun intérêt propre, distinct de celui de la société initialement défenderesse >>

Alors que l'article 612 du NCPC dispose que << une partie peut former tierce-opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés >>, que même en admettant que cette disposition soit d'interprétation stricte, lorsqu'un associé-gérant commandité d'une société en commandite par actions est tenu de répondre personnellement, solidairement et indéfiniment des dettes sociales de ladite société avec son propre actif, la voie de la tierce opposition devrait lui être ouverte, que le simple fait de devoir payer les dettes sociales de la société avec son propre actif représente un intérêt propre et partant constitue un moyen valable pour lui permettre de former tierce opposition contre un jugement qui porte atteinte à ses droits et intérêts, et que même lorsque cet associé a défendu les intérêts de ladite société, en qualité de représentant légal dans une procédure contentieuse n'étant pas une procédure visant la condamnation de la société au paiement des dettes sociales, il doit pouvoir contester, par la voie de la tierce opposition, un jugement qui reconnaît un droit incompatible avec celui auquel prétend l'associé,

Que l'Arrêt attaqué, en retenant l'irrecevabilité de l'associé tenu personnellement, solidairement et indéfiniment responsable des dettes sociales de la société ne peut former tierce opposition au jugement, en invoquant cette responsabilité a violé l'article 612 du NCPC. »

et

le troisième, « Tiré de la violation de l'article 6 §1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (la << CEDH >>) au sens que l'irrecevabilité de la tierce opposition contre un jugement, retenue à l'égard d'un associé-gérant commandité d'une société en commandite par actions ne peut avoir pour conséquence de fermer toute voie de recours dudit associé lorsque ce même jugement lèse directement ses droits et intérêts, de manière à ce que l'associé en question ne puisse pas accéder au juge et défendre utilement ses droits et intérêts,

En ce que l'Arrêt attaqué pour justifier l'irrecevabilité du recours introduit par SOC1) SA a retenu en substance que, << ce n'est pas parce que le jugement du 31 mai 2017 dans lequel le tribunal a reconnu à la société SOC2) la qualité d'actionnaire de la société SOC4) n'a pas été entrepris par la voie de l'appel par le liquidateur de la sicav que l'appelante se voit privée de son droit d'accès à un tribunal, droit consacré par l'article 6 CEDH, puisque ce droit qui n'est pas absolu relève de conditions légales différentes selon la voie de recours choisie, l'appel présupposant que la partie appelante a figuré en première instance, tandis que la tierce opposition n'est ouverte qu'à celle qui n'était pas partie à l'instance ou n'y était pas valablement représentée.

Etant donné qu'SOC1) n'avait pas à faire valoir de droits distincts de ceux de la société SOC4) qu'elle représentait légalement à l'instance, elle doit être considérée comme avoir été représentée devant le tribunal. C'est la solution traditionnelle consacrée par la jurisprudence.

Cette solution a, cependant, en considération de la situation de l'associé qui est tenu indéfiniment des dettes sociales à proportion de ses parts dans le capital social, été assouplie par la Cour de cassation française notamment dans les arrêts du 13 juin 2006 (n° 05-12748) et 19 décembre 2006 (n° 05-14.816)

(...).

La solution dégagée par les arrêts a été étendue en ce que le droit effectif au juge implique que l'associé d'une SCI, qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, est également recevable à former tierce opposition au jugement qui a fixé une créance dans une instance en paiement engagée contre la SCI avant l'ouverture de sa liquidation judiciaire.

Les arrêts de 2006 et 2010 mettent en échec la théorie selon laquelle l'associé tenu indéfiniment et solidairement des dettes sociales est représenté par la société à l'instance en ce qu'en cas de prononcé de la liquidation judiciaire de la société et de décisions judiciaires fixant le passif social, la voie de la tierce opposition est ouverte à ceux qui répondent des dettes sociales. Cette solution est transposable aux associés commandités.

En l'espèce, la société (SOC1) aurait été en droit, agissant en sa qualité de représentante légale de la société (SOC4), de relever appel du jugement de liquidation de cette dernière, ce qu'elle n'a pas fait >>.

Alors que l'article 6§1 de la CEDH établit le droit fondamental que << toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle >> et que même en admettant que ce droit qui n'est pas absolu et relève de conditions légales différentes selon la voie de recours ouverte, ces conditions ne peuvent avoir pour effet de priver une personne de toute voie de recours effectif et un accès concret au juge, lorsqu'elle estime que ses droits et intérêts ont été lésés par une décision judiciaire ayant l'autorité de la chose jugée et produisant des effets préjudiciables à son égard et que l'irrecevabilité de la tierce opposition retenue par les juges d'appel ne peut avoir pour conséquence de fermer toute voie de recours à un associé tenu personnellement, solidairement et indéfiniment des dettes sociales d'une société en commandite par actions lorsqu'un jugement lèse directement ses droits et intérêts, notamment (i) le droit de s'opposer à une transaction illégale ayant pour finalité le transfert de propriété de titres litigieux et (ii) le droit de s'opposer et prémunir contre une action en paiement des dettes sociales dirigée contre la société, initiée par un actionnaire ayant obtenu cette qualité en fraude des règles applicables et à l'insu de la société dont il est devenu actionnaire par décision judiciaire,

Que l'Arrêt attaqué en retenant l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par l'associé-gérant commandité d'une société en commandite par actions, tenu personnellement, solidairement et indéfiniment responsable des dettes sociales de la société, a privé ledit associé de toute voie de recours en droit interne contre un jugement qui portait atteinte à ses droits et intérêts et a violé l'article 6§1 de la CEDH. ».

Réponse de la Cour

Vu l'article 612 du Nouveau code de procédure civile.

Vu l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il résulte des éléments soumis à la Cour que le liquidateur de la société SOC4) n'avait pas interjeté appel contre le jugement du 31 mai 2017 qui avait reconnu la qualité d'actionnaire de la société SOC4) dans le chef de la société SOC2).

Il en résulte encore que le 24 septembre 2015, le curateur de la société SOC2) avait introduit une action en indemnisation contre, entre autres, la société SOC4) et la société SOC1), en sa qualité d'associée commanditée de la société SOC4), en relation avec la souscription par la société SOC2) d'un certain montant dans le sous-fonds I4BL d'SOC4) par rapport auquel le curateur revendiquait la propriété de parts dans sa demande toisée par le jugement du 31 mai 2017 et que cette action est encore pendante.

La demanderesse en cassation, en sa qualité de gérante, partant de représentant légal, de la société SOC4), n'était pas partie en nom personnel à l'action introduite par le curateur de la société SOC2) contre la société SOC4) et la société SOC3) ayant donné lieu au jugement du 31 mai 2017. Elle n'avait, suite à la liquidation judiciaire de la société SOC4), plus qualité de représentant légal de ladite société et aucune obligation d'interjeter appel contre le jugement de liquidation, qui aurait pu faire recouvrer à la demanderesse en cassation sa qualité de représentant de la société SOC4), n'existait dans le chef de cette dernière.

La demanderesse en cassation était, dès lors, tant en nom personnel qu'au nom de la société SOC4), dépourvue de qualité pour relever appel du jugement du 31 mai 2017 que le liquidateur n'avait pas entrepris.

Tenue en sa qualité d'associée commanditée indéfiniment et solidairement des dettes de la société SOC4) et recherchée en indemnisation en cette qualité par le curateur de la société SOC2) en relation avec la souscription de parts d'SOC4) dont la société SOC2) en état de faillite avait été reconnue propriétaire par le jugement du 31 mai 2017, disposant, dès lors, d'un intérêt à agir propre en vue de la défense de ses intérêts patrimoniaux en jeu dans l'action en responsabilité qui ne se confondent pas avec ceux de la société SOC4) et étant privée du droit de relever appel du jugement du 31 mai 2017, la demanderesse en cassation peut, au regard du droit effectif au juge au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, se prévaloir de la qualité pour agir par tierce opposition contre ledit jugement.

Il en suit que l'arrêt encourt la cassation.

Sur la demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire

La décision de cassation à intervenir implique le rejet de la demande de la société SOC2) en allocation de dommages et intérêts.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure

Les dépens de l'instance en cassation étant mis à charge de la masse de la faillite de la société SOC2), la demande en allocation d'une indemnité de procédure de celle-ci est à rejeter.

La condition d'iniquité n'étant pas remplie dans le chef de la société SOC3), sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

PAR CES MOTIFS,

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le deuxième moyen de cassation,

la Cour de cassation :

casse et annule l'arrêt numéro 132/19, rendu le 30 octobre 2019 sous le numéro CAL-2018-00293 du rôle par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

rejette la demande de la société anonyme SOC2) en état de faillite en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire ;

rejette les demandes de la société anonyme SOC2) en état de faillite et de la société anonyme SOC3) en allocation d'une indemnité de procédure ;

met les dépens de l'instance en cassation à charge de la masse de la faillite de la société anonyme SOC2) avec distraction au profit de Maître Rémi CHEVALIER, sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt soit transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt soit consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du procureur général d'Etat adjoint Jeannot NIES et du greffier Viviane PROBST.

**Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
société anonyme SOC1), dite SOC1)**

c/

- 1) société anonyme SOC2),**
**2) Maître Max MAILLET, pris en sa qualité de curateur de la
faillite de la société anonyme SOC2),**
3) société anonyme SOC3),
4) société à commandite par actions SOC4) SIF,
**5) Maître Philippe THIEBAUD, pris en sa qualité de liquidateur
judiciaire de la société à commandite par actions SOC4) SIF**

(affaire n° CAS 2020-0001 du registre)

Le pourvoi de la demanderesse en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 14 janvier 2020, d'un mémoire en cassation, est dirigé contre un arrêt contradictoirement rendu en date du 30 octobre 2019 sous le numéro CAL-2018-00293 du rôle par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est recevable en ce qui concerne le délai¹ et la forme².

Le pourvoi est dirigé contre une décision contradictoire, donc non susceptible d'opposition, rendue en dernier ressort qui tranche tout le principal, de sorte qu'il est également recevable au regard des articles 1^{er} et 3 de la loi de 1885.

Le pourvoi est, partant, recevable.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, saisi par la société anonyme SOC1) (ci-après «*SOC1*») d'une tierce opposition contre un jugement ayant ordonné à la société en commandite par actions SOC4)

¹ L'arrêt attaqué a été signifié en date du 15 novembre 2019 par la défenderesse en cassation société anonyme SOC3) à la demanderesse en cassation (Pièce n° 6 annexée au mémoire en cassation). Le pourvoi ayant été formé le 14 janvier 2020, le délai de deux mois prévu par l'article 7 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation applicable en cause (et courant en tout état de cause pour ce qui est du pourvoi dirigé contre la partie ayant procédé à la notification, donc la société anonyme SOC3), sans préjudice du point de savoir si cette signification a également fait courir le délai à l'encontre des autres défenderesses en cassation), la demanderesse en cassation demeurant au Grand-Duché, a été respecté.

² La demanderesse en cassation a déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour signifié aux défenderesses en cassation antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que ces formalités imposées par l'article 10 de la loi précitée de 1885 ont été respectées.

(ci-après « SOC4 »), dont SOC1) a été associé commandité gérant et qui a été déclarée en liquidation judiciaire, de mentionner dans le registre de ses actionnaires Maître Max MAILLET, pris en sa qualité de curateur de la faillite de société anonyme SOC2) comme propriétaire d'actions acquises par l'intermédiaire de la société anonyme SOC3), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré la tierce opposition irrecevable. Sur appel du tiers opposant, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris.

Sur le premier et le troisième moyen de cassation réunis

Le premier moyen est tiré de la violation de l'article 612 du Nouveau Code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance ayant déclaré irrecevable la tierce opposition de la demanderesse en cassation, aux motifs que « *le seul argument avancé par l'appelante, à savoir qu'étant solidairement et indéfiniment tenue des dettes de la sicav en sa qualité d'associé commandité de la société en commandite par actions, ne lui confère aucun intérêt propre, distinct de celui de la société initialement défenderesse* »³, alors que la voie de la tierce opposition doit être ouverte à l'associé commandité gérant d'une société en commandite par actions lorsque ce dernier est tenu de répondre personnellement, solidairement et indéfiniment des dettes sociales de cette société avec son propre actif et ce même lorsque cet associé a défendu les intérêts de la société en qualité de représentant légal dans une procédure contentieuse ayant donné lieu au jugement contre lequel il entend former tierce opposition, dès lors que ce jugement reconnaît un droit incompatible avec celui auquel il prétend.

Le troisième moyen est tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance ayant déclaré irrecevable la tierce opposition de la demanderesse en cassation, aux motifs que « *ce n'est pas parce que le jugement du 31 mai 2017 dans lequel le tribunal a reconnu à la société SOC2) la qualité d'actionnaire de la société SOC4) n'a pas été entrepris par la voie de l'appel par le liquidateur de la sicav que l'appelante se voit privée de son droit d'accès à un tribunal, droit consacré par l'article 6 CEDH, puisque ce droit qui n'est pas absolu relève de conditions légales différentes selon la voie de recours choisie, l'appel présupposant que la partie appelante a figuré en première instance, tandis que la tierce opposition n'est ouverte qu'à celle qui n'était pas partie à l'instance ou n'y était pas valablement représentée* »⁴, que « *étant donné qu'SOC1) n'avait pas à faire valoir de droits distincts de ceux de la société SOC4) qu'elle représentait légalement à l'instance, elle doit être considérée comme avoir été représentée devant le tribunal* »⁵, que si certains arrêts de la Cour de cassation française ont remis en cause cette solution, celle-ci doit être maintenue dans un cas, comme celui de l'espèce, dans lequel « *la société SOC1) aurait été en droit, agissant en sa qualité de représentante légale de la société SOC4), de relever appel du jugement de liquidation de cette dernière, ce qu'elle n'a pas fait* »⁶, que « *l'appelante n'entend pas, en l'espèce, invoquer [...] des moyens non invoqués par la société* »⁷, que « *elle ne le saurait d'autant plus que c'est elle qui a représenté la société dans l'instance ayant mené au jugement [...]* »⁸ et que « *la Cour ne voit d'ailleurs pas non plus quels moyens, à supposer qu'ils dussent lui être propres, elle serait en droit d'invoquer, étant donné que le litige portait sur la qualité*

³ Arrêt attaqué, page 5, deuxième alinéa, deuxième phrase.

⁴ Arrêt attaqué, page 6, antépénultième alinéa.

⁵ Idem, même page, avant-dernier alinéa.

⁶ Idem, page 7, dernier alinéa.

⁷ Idem, page 8, deuxième alinéa.

⁸ Idem et loc.cit.

d'actionnaire de la société SOC2) de la société SOC4) et qu'il appartenait à l'appelante es qualités de défendre les intérêts de cette dernière »⁹, alors que même en admettant que le droit d'accès à un tribunal garanti par la disposition visée n'est pas absolu et relève de conditions légales différentes selon la voie de recours ouverte, ces conditions ne peuvent avoir pour effet de priver l'intéressé de toute voie de recours effectif et d'un accès concret au juge, que cette situation se présente en l'espèce, la demanderesse en cassation prise en sa qualité d'associé tenu personnellement, solidairement et indéfiniment des dettes sociales d'SOC4) se voyant par la décision d'irrecevabilité de sa tierce opposition directement lésée dans ses droits et intérêts, cette irrecevabilité la privant de son droit de s'opposer à l'inscription d'SOC2) comme propriétaire d'actions d'SOC4) et à se prémunir contre une action en paiement des dettes sociales initiée par SOC2) et dirigée contre SOC4), des dettes desquelles elle est tenue indéfiniment et solidairement.

Le pourvoi vous invite à vous prononcer sur les règles de recevabilité de la tierce opposition. Celle-ci est régie par les articles 612 à 616 du Nouveau Code de procédure civile. L'article 612, de la violation duquel le premier moyen est tiré, dispose que :

« Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés ».

Création tardive de l'ancien droit¹⁰, inconnue du droit romain¹¹, la tierce opposition remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit¹². Elle constitue une voie de recours extraordinaire destinée à protéger les intérêts légitimes des tiers à un jugement, ceux-ci n'ayant par hypothèse pas pu y défendre leurs droits¹³.

En l'espèce, la demanderesse en cassation, SOC1), était à la fois associée et gérant d'une autre société, SOC4)¹⁴. Cette dernière étant une société en commandite par actions, dont SOC1)est associé commandité, celle-ci est solidairement et indéfiniment tenue des dettes de celle-là¹⁵.

SOC4) a été visée par une demande introduite devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins d'inscrire sur son registre des actionnaires qu'une société SOC2), en faillite et agissant par son curateur, est propriétaire d'un certain nombre d'actions¹⁶. Dans le

⁹ Idem et loc.cit.

¹⁰ JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1000-45 : Tierce opposition – Nature – Conditions de recevabilité, par Arnaud LECOURT, juin 2018, n° 2 : la voie de recours trouverait son origine dans une ordonnance d'avril 1667.

¹¹ Idem et loc.cit.

¹² Cour de cassation française, deuxième chambre civile, 8 février 2007, Bull. Civ. II, n° 27, page 23, qui se réfère à l'article 582 du Code de procédure civile français, qui, contrairement au Nouveau Code de procédure civile luxembourgeois, définit les effets de la voie de recours (ce point étant seulement évoqué d'une façon incomplète par l'article 616 du Nouveau Code de procédure civile) et qui dispose que : « La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

¹³ JurisClasseur Procédure civile, Synthèse : Tierce opposition, par Xavier VUITTON, janvier 2020, partie introductive.

¹⁴ Arrêt attaqué, page 4, dernier alinéa.

¹⁵ Idem, page 5, deuxième alinéa. Voir l'article 600-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle qu'elle a été coordonnée par suite du Règlement grand-ducal du 5 décembre 2017 portant coordination de cette loi (Mémorial, A, 2017, n° 1066).

¹⁶ Idem, page 2, dernier alinéa.

cadre de l'instance précédent le jugement sur cette demande (SOC4) avait été représentée par son gérant (SOC1)¹⁷.

Dans le cadre de cette instance (SOC4) avait soutenu que l'acquisition par (SOC2) de la qualité d'actionnaire avait été la conséquence d'une fraude¹⁸.

Les débats sur la demande ont eu lieu le 24 avril 2017¹⁹. Trois jours plus tard, le 27 avril 2017, (SOC4) a été déclarée en état de liquidation judiciaire²⁰. Le 31 mai 2017 le tribunal fit droit à la demande²¹, partant, rejeta le moyen tiré de la fraude²².

Soutenant que suite à la liquidation judiciaire d'(SOC4) du 27 avril 2017, elle avait à partir de cette date perdu sa qualité de représentant légal de la société et était ainsi dépourvue de qualité pour former appel, le liquidateur judiciaire n'ayant pas non plus interjeté appel, (SOC1) a formé tierce opposition contre le jugement²³.

A l'appui de sa tierce opposition, visant à faire déclarer le jugement inopposable à son égard²⁴, (SOC1) fit valoir que le jugement risque de lui porter préjudice, en ce que, reconnaissant à (SOC2) la qualité d'actionnaire d'(SOC4), il confère à la première qualité pour agir en responsabilité civile contre la seconde et elle-même, prise en sa qualité d'associé commandité, ce risque s'étant déjà concrétisé par l'introduction, par le curateur d'(SOC2), d'une demande en dommages-intérêts actuellement pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dirigée contre (SOC4) et elle-même²⁵. Comme (SOC4) a été mise en liquidation judiciaire, la dette de celle-ci à l'égard d'(SOC2) susceptible d'être constatée par les juridictions à la suite de cette action en responsabilité civile aurait toutes les chances de ne pas être honorée, de sorte qu'elle devrait en définitive être supportée par (SOC1), en sa qualité d'associé commandité, tenue indéfiniment et solidairement des dettes d'(SOC4)²⁶.

La Cour d'appel déclara, par confirmation, la tierce opposition irrecevable aux motifs suivants :

- La demanderesse en cassation, (SOC1), était représentée dans le litige ayant donné lieu au jugement frappé de tierce opposition en sa double qualité d'associé et de gérant d'(SOC4)²⁷.
- Le litige ne portait sur aucun aspect qui concernait directement la demanderesse en cassation et qui aurait nécessité qu'elle dût y faire valoir ses propres moyens de défense²⁸. Son intérêt se confond avec celui d'(SOC4)²⁹.

¹⁷ Idem, page 4, dernier alinéa.

¹⁸ Idem, page 8, premier et deuxième alinéas.

¹⁹ Idem, même page, deuxième alinéa.

²⁰ Idem, page 2, qualités de la société EQUI SICAV ; page 4, deuxième alinéa ; page 6, troisième alinéa.

²¹ Idem, page 2, dernier alinéa.

²² Idem, page 6, deuxième alinéa.

²³ Idem, page 6, troisième alinéa.

²⁴ Assignation aux fins de tierce opposition (pièce n° 1 annexée au mémoire en cassation), page 17 (dispositif).

²⁵ Arrêt attaqué, page 5, avant-dernier alinéa.

²⁶ Idem et loc.cit.

²⁷ Idem, page 4, avant-dernier alinéa, à page 5, premier alinéa.

²⁸ Idem, page 5, deuxième alinéa.

²⁹ Idem, même page, dernier alinéa.

- La demanderesse en cassation ne faisait valoir aucun moyen nouveau, non invoqué par SOC4)³⁰.
- Si par suite de la liquidation judiciaire d’SOC4) et du dessaisissement consécutif d’SOC1) de sa fonction de gérant, ainsi que du défaut pour le liquidateur judiciaire d’SOC4) de former appel du jugement, ce dernier n’a pas été entrepris par l’appel, cette omission ne constitue pas une privation du droit d’accès à un tribunal, ce droit n’étant pas absolu, mais devant être exercé dans le respect des conditions légales régissant les recours et l’appel, supposant la qualité de partie à l’instance, étant régi par des conditions différentes de la tierce opposition, qui n’est ouverte qu’à ceux qui n’auraient pas pu former appel³¹.
- La demanderesse en cassation, SOC1), si elle a été dessaisie de ses fonctions de gérant par suite de la mise en liquidation judiciaire d’SOC4) et ainsi privée de la possibilité de former appel du jugement frappé par elle de tierce opposition, elle aurait été en droit de relever appel du jugement de liquidation judiciaire³².

La tierce opposition a traditionnellement fait l’objet d’une appréciation très stricte de sa recevabilité. L’un des principaux obstacles à la recevabilité tient à la condition tirée de ce que le tiers opposant doit, comme la dénomination de la voie de recours le suggère, être un tiers à l’instance. Cette condition est rappelée par l’article 612 du Nouveau Code de procédure civile, qui exige que la personne qui forme tierce opposition ne doit avoir été appelée lors du jugement « *ni elle [même] ni [par] ceux qu’elle représente* ».

Cette dernière condition, de la représentation, a donné lieu en jurisprudence française à une appréciation qui a pu être qualifiée de « *draconienne* »³³ : elle s’étend au-delà des mandataires, aux ayants cause et autres cointéressés, de sorte que la représentation « *consacre, en réalité, la communauté d’intérêts logique, résultant du rapport juridique existant entre deux personnes, dont l’une seulement était formellement partie à l’instance* »³⁴.

En droit français, l’article 583, alinéa 2, du Code de procédure civile français autorise toutefois, par exception, des personnes représentées au jugement attaqué de former tierce opposition. Cette exception concerne les « *créanciers et autres ayant cause d’une partie* » lorsque, ou bien, le jugement a été « *rendu en fraude à leurs droits* », ou bien lorsqu’ils « *invoquent des moyens qui leur sont propres* ». Cette exception est générale à tous les cas de représentation³⁵.

La représentation a été appréciée d’une façon particulièrement restrictive par la jurisprudence française en ce qui concerne les associés de sociétés par rapport aux litiges opposant celles-ci à des tiers. Les associés ont été dans de tels litiges considérés avoir été représentés par le dirigeant social de la société, de sorte qu’ils n’ont pas été considérés être recevables à former tierce opposition contre les jugements rendus à la suite de ces litiges³⁶. Cette solution a été appliquée

³⁰ Idem, page 6, deux premiers alinéas, et page 8, deuxième alinéa.

³¹ Idem, même page, antépénultième alinéa.

³² Idem, page 7, dernier alinéa.

³³ JurisClasseur Procédure civile, Fascicule 1000-45, précité, n° 53.

³⁴ JurisClasseur Procédure civile, Synthèse, précité, n° 32.

³⁵ JurisClasseur, Procédure civile, Fasc. 1000-45, précité, n° 102 ; voir également sur ce point : JurisClasseur Procédure civile, Synthèse, précité, n° 43.

³⁶ Voir, à titre d’illustration : Cour de cassation française, chambre commerciale, 23 mai 2006, Bull. Civ. IV, n° 129, page 132.

même si, dans le cadre du litige, le dirigeant social faisait défaut³⁷, ou, en cas de tierce opposition formée par un associé qui était lui-même gérant, lorsqu'il a perdu cette qualité de gérant à l'époque du jugement³⁸.

Elle qualifie donc les associés de parties en les assimilant à la société censée agir dans leur intérêt³⁹. Cette conception très large de la représentation sur laquelle repose cette solution n'est pas sans soulever des interrogations, alors que les sociétés constituent des personnalités morales distinctes de leurs associés et que le dirigeant social représente la société, mais non les associés⁴⁰. Une représentation des associés par le dirigeant de la société supposerait un mandat spécial⁴¹. A défaut, une représentation des associés par le dirigeant heurte l'adage « *nul ne plaide par procureur* »⁴².

Cette assimilation des associés à la société implique qu'ils doivent assumer directement les conséquences des actes de la société sans pouvoir les critiquer⁴³. Si cette solution ne soulève pas de problème tant que l'intérêt de la société et celui des associés coïncident, il en est différemment lorsque, au cours du procès donnant lieu à la décision visant la société, celle-ci ne présente, en fait, aucune défense ou lorsque l'associé ne dispose d'aucun moyen pour critiquer la décision⁴⁴.

Le fait de priver l'associé de la possibilité de contester la décision rendue dans de telles circonstances pose plus particulièrement problème lorsque l'associé est tenu indéfiniment et solidairement des dettes de la société et que la décision est de nature à contribuer à générer cette obligation. Dans un tel cas, en effet, la décision est de nature à mettre en cause les droits propres de l'associé dont les intérêts patrimoniaux ne se confondent pas avec ceux de la société⁴⁵.

C'est au regard de ces considérations que la Cour de cassation française a décidé que le droit effectif au juge, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme des libertés fondamentales, implique que l'associé d'une société qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social soit recevable à former tierce opposition.

Cette solution a été appliquée au sujet de sociétés civiles⁴⁶, qui présentent cette caractéristique, qu'elles partagent avec d'autres types de sociétés, auxquelles la solution doit être étendue⁴⁷.

³⁷ JurisClasseur, Procédure civile, Fasc. 1000-45, n° 57, et la jurisprudence y citée.

³⁸ Idem, n° 60, se référant à un arrêt de la Cour de cassation française, première chambre civile, 15 mai 1974, Bull. civ. I, n° 149, auquel se réfère également la défenderesse en cassation (SOC3) (mémoire en réponse, page 6, dernier alinéa).

³⁹ Didier CHOLET, La distinction des parties et des tiers appliqués aux associés, Recueil Dalloz, 2004, page 1141, n° 17.

⁴⁰ JurisClasseur, Procédure civile, Fasc. 1000-45, précité, n° 60.

⁴¹ Idem et loc.cit.

⁴² Idem et loc.cit.

⁴³ CHOLET, précité, n° 17.

⁴⁴ Idem, n° 23.

⁴⁵ Isabelle ORSINI, L'associé de la société civile et le droit au juge, Recueil Dalloz, 2007, page 1321, huitième alinéa de l'article.

⁴⁶ Cour de cassation française, chambre commerciale, 19 décembre 2006, Bull. civ. IV, n° 254, page 279 ; idem, même chambre, 26 mai 2010, n° 09-14241 ; idem, troisième chambre civile, 6 octobre 2010, Bull. civ. III, n° 180.

⁴⁷ Voir l'énumération faite par ORSINI, précité, onzième alinéa de l'article.

La recevabilité de la tierce opposition a été reconnue en ce qui concerne des décisions ouvrant la liquidation judiciaire de la société⁴⁸ ou fixant une créance dans une instance en paiement engagée contre celle-ci⁴⁹. Dans cette logique, elle s'applique à toute décision qui est susceptible de générer ou de contribuer à générer l'obligation indéfinie et solidaire de l'associé.

La solution a été étendue, par revirement au regard de la jurisprudence antérieure⁵⁰, à la tierce opposition formée par la caution solidaire contre le jugement fixant la dette du débiteur principal à l'égard du créancier⁵¹.

Le même raisonnement, tiré du droit effectif au juge au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en présence de l'obligation indéfinie de l'associé aux dettes sociales, a permis à la Cour de cassation française de retenir la recevabilité de l'intervention volontaire de l'associé d'une société civile dans l'instance conduisant à la liquidation judiciaire de la société⁵².

La solution a été qualifiée de véritable revirement de jurisprudence⁵³ et d'exception la plus notable au principe de l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par l'associé d'une société contre le jugement rendu contre celle-ci⁵⁴.

Il a été précisé ci-avant que le Code de procédure pénale français prévoit, dans son article 583, deux exceptions à l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par la personne qui a été représentée au jugement qu'elle attaque, catégorie à laquelle la jurisprudence assimile l'associé de la société. Ces exceptions concernent le jugement rendu en fraude des droits du tiers opposant et l'invocation par ce dernier de moyens qui lui sont propres. Le droit de l'associé tenu indéfiniment des dettes de la société de former tierce opposition contre le jugement rendu à l'encontre de la société sur base du droit effectif au juge constitue une troisième exception⁵⁵. Il en suit que la mise en œuvre de cette exception ne suppose pas que le tiers opposant respecte en outre les conditions des exceptions définies par l'article 583, donc qu'il fasse valoir une fraude ou invoque des moyens nouveaux.

La Cour d'appel a, dans l'arrêt attaqué, fait valoir que dans l'un des arrêts ayant appliqué cette nouvelle exception prétorienne, à savoir dans un arrêt du 6 octobre 2010, la Cour de cassation française, tout en admettant que l'associé répondant indéfiniment des dettes sociales est recevable à former tierce opposition contre la décision condamnant la société en paiement de dettes sociales, a ajouté la précision que cette solution se justifiait « *dès lors que cet associé invoque des moyens que la société n'a pas soutenus* »⁵⁶. Elle en déduit que la recevabilité de la tierce opposition est subordonnée à la condition que l'associé invoque des moyens propres, condition qui n'est en l'espèce pas respectée.

La doctrine française a compris la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation française comme instituant une exception nouvelle, d'origine prétorienne, qui n'est pas subordonnée aux

⁴⁸ Arrêts précités du 19 décembre 2006 et du 6 octobre 2010.

⁴⁹ Arrêt précité du 26 mai 2010.

⁵⁰ JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1000-45, précité, n° 94.

⁵¹ Cour de cassation française, chambre commerciale, 5 mai 2015, Bull. civ IV n° 70.

⁵² Idem, même chambre, 19 décembre 2018, n° 17-21802.

⁵³ JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1000-45, précité, n° 5.

⁵⁴ Répertoire Dalloz Procédure civile, V° Tierce opposition, par Nathalie FRICERO, juin 2012, n° 81.

⁵⁵ JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1000-45, précité, n° 5 ; ORSINI, précité, quatorzième alinéa.

⁵⁶ Arrêt précité de la Cour de cassation française du 6 octobre 2010 et arrêt attaqué, page 8, premier alinéa.

conditions supplémentaires de l'article 583 du Code de procédure pénale⁵⁷. La solution contraire serait d'ailleurs surprenante, puisqu'elle rendrait inutile de se fonder sur le droit effectif au juge prévu par la Convention, la recevabilité trouvant alors son fondement suffisant dans le respect des conditions de l'article 583.

La précision faite dans l'arrêt de 2010 que l'associé avait invoqué des moyens propres ne peut dès lors que se comprendre comme un argument *a fortiori*. Cette lecture a été confirmée par la Cour de cassation française dans sa jurisprudence ultérieure. En effet, dans un arrêt de 2015 la chambre commerciale précise, par revirement de sa jurisprudence antérieure, qui considérait que la caution solidaire est irrecevable à former tierce opposition contre le jugement rendu à l'égard du débiteur principal, donc est représenté par ce dernier⁵⁸, que cette voie de recours est recevable sur base du droit effectif au juge fondé sur l'article 6, paragraphe 1, de la Convention⁵⁹. Par ces motifs elle casse un arrêt qui avait déclaré la tierce opposition irrecevable au motif que la caution solidaire n'avait pas invoqué de moyen qui lui était personnel, donc de moyen qui n'aurait pas pu être invoqué par le débiteur principal.

Il en suit que, dans la logique de la jurisprudence française discutée dans l'arrêt attaqué, il importe peu de savoir si l'associé indéfiniment responsable des dettes sociales qui forme une tierce opposition contre une décision rendue à l'encontre de la société invoque des moyens qui lui sont propres ou se limite à invoquer des moyens que la société aurait pu invoquer elle-même.

L'exception prétorienne au principe de la représentation de l'associé par la société, conçue par la Cour de cassation française, se limite au cas de figure dans lequel l'associé est indéfiniment tenu des dettes sociales. Cet engagement indéfini sur son patrimoine justifie, à l'instar du cas de la caution solidaire, par opposition à celui de la caution simple⁶⁰, dans leurs rapports avec le débiteur principal, de considérer que l'associé n'est pas représenté par la société ou son dirigeant, mais dispose d'un intérêt propre suffisant qui justifie de recevoir sa tierce opposition. Cette précision, qui résulte des arrêts ayant consacré cette exception, découle *a contrario* d'un arrêt dans lequel l'exception a été écartée dans le cas d'associés d'une société à responsabilité limitée, qui, eu égard à cette forme de société, « *ne pouvaient être poursuivis en paiement des dettes sociales* »⁶¹.

L'arrêt attaqué accepte à juste titre, comme il lui a été demandé par la demanderesse en cassation, de s'inspirer de la jurisprudence française pour interpréter les dispositions régissant la tierce opposition, qui sont en droit luxembourgeois restées inchangées depuis la promulgation du Code de procédure civile français de 1806.

Il est constant en l'espèce que la demanderesse en cassation, (SOC1), est, en sa qualité d'associé commandité de la société en commandite par actions (SOC4), solidairement et indéfiniment

⁵⁷ ORSINI, précité, quatorzième alinéa (commentant l'arrêt précité du 19 décembre 2006) : « *Pour la Chambre commerciale, la recevabilité de la tierce opposition de l'associé d'une société civile à l'encontre de la décision ayant ouvert la liquidation judiciaire de la société ne s'apprécie pas au regard du moyen que cet associé pourrait invoquer, selon qu'il s'agirait ou non d'un moyen propre, au sens (bien obscur) de l'article [583, alinéa 2]* ». Dans le même sens : Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 1000-45, précité, n° 5 : « *L'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ouvre une nouvelle exception à la tierce opposition, à côté de la fraude ou de la mise en avant de droits propres* ».

⁵⁸ JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1000-45, précité, n° 94.

⁵⁹ Arrêt précité du 5 mai 2015.

⁶⁰ JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1000-45, précité, n° 94.

⁶¹ Cour de cassation française, chambre commerciale, 21 janvier 2014, n° 12-27846 et 12-28259.

tenu des dettes de celle-là⁶². Le jugement du 31 mai 2017, frappé de tierce opposition, a conféré à SOC2) des droits d'actionnaires dans la société SOC4)⁶³.

La Cour d'appel était saisie de conclusions de la demanderesse en cassation tirées de ce que le jugement, en conférant des droits d'actionnaires à SOC2) lui a par la même conféré qualité pour agir en responsabilité civile contre SOC4) et, au regard de la qualité d'associé commandité d'SOC4), contre SOC1)⁶⁴. Il résulte de ces mêmes conclusions que cette action en responsabilité civile, dirigée contre ces deux sociétés, a d'ores et déjà été introduite et qu'elle est pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg⁶⁵. Suivant ces conclusions, comme SOC4) a été mise en liquidation judiciaire, la dette de celle-ci à l'égard d'SOC2) susceptible d'être constatée par les juridictions à la suite de cette action en responsabilité civile a toutes les chances de ne pas être honorée, de sorte qu'elle risque d'être en définitive être supportée par SOC1), en sa qualité d'associé commandité, tenue indéfiniment et solidairement des dettes d'SOC4)⁶⁶.

Dans le cadre de l'instance ayant précédé le jugement frappé de tierce opposition SOC4) a été représentée par son gérant SOC1)⁶⁷, et ce notamment encore au cours des débats sur la demande, qui ont eu lieu le 24 avril 2017⁶⁸. Toutefois SOC4) a été déclarée en état de liquidation judiciaire le 27 avril 2017, antérieurement à la date du jugement, du 31 mai 2017⁶⁹. Suite à cette liquidation judiciaire, SOC1) a perdu sa qualité de représentant légal d'SOC4) et était ainsi dépourvue de qualité pour former appel du jugement frappé de tierce opposition⁷⁰. Le liquidateur judiciaire n'a pas non plus interjeté appel de ce jugement⁷¹.

Au regard de ces constatations et en l'état de ces conclusions, la demanderesse en cassation, SOC1), était, suite à la décision de liquidation judiciaire d'SOC4), dépourvue de qualité pour former appel contre le jugement du 31 mai 2017, non entrepris par le liquidateur d'SOC4), qui constitue la condition nécessaire de la mise en œuvre de son obligation indéfinie et solidaire au paiement de la dette de la société SOC4) résultant de l'action en responsabilité civile engagée contre celle-ci et contre elle-même, prise dans sa qualité d'associé commandité.

La liquidation judiciaire d'SOC4) faisait dès lors perdre à la demanderesse en cassation sa qualité de représentant de cette société découlant de ses anciennes fonctions de gérant, et son pouvoir de former appel au nom de celle-ci du jugement frappé de tierce opposition.

Comme elle est, en sa qualité d'associé commandité, indéfiniment et solidairement tenue au paiement des dettes sociales et que le jugement constitue la condition nécessaire de la mise en œuvre de cette obligation, elle ne saurait non plus, au regard de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation française, être considérée comme ayant été représentée par SOC4) ou le liquidateur judiciaire de celle-ci. De façon analogue, la décision de liquidation judiciaire, dans le cadre de laquelle la jurisprudence française citée a admis l'associé indéfiniment responsable

⁶² Arrêt attaqué, page 5, deuxième alinéa.

⁶³ Idem, page 2, dernier alinéa.

⁶⁴ Idem, page 5, avant-dernier alinéa.

⁶⁵ Idem et loc.cit.

⁶⁶ Idem et loc.cit.

⁶⁷ Idem, page 4, dernier alinéa.

⁶⁸ Idem, page 6, deuxième alinéa.

⁶⁹ Idem, page 2, dernier alinéa.

⁷⁰ Idem, page 6, troisième alinéa.

⁷¹ Idem et loc.cit.

de former tierce opposition, n'est pas non plus de nature à fixer la dette de cet associé, mais se limite à constituer une étape, certes préalable, mais indispensable de la mise en œuvre de l'obligation de l'associé à garantir les dettes de la société.

La circonstance, à première vue paradoxale, que l'associé était dans les circonstances de l'espèce, en sa qualité de gérant de la société, directement représenté à l'occasion de la procédure ayant précédé le jugement contre lequel il forme tierce opposition n'est pas non plus de nature à poser problème. En effet, si l'associé était, en l'espèce, en sa qualité de gérant de la société, représenté dans le cadre de la procédure ayant précédé le jugement, la décision de liquidation judiciaire de la société, prise antérieurement au prononcé du jugement, lui a fait perdre cette qualité, de sorte que lorsque la société devait déterminer s'il y avait lieu d'entreprendre le jugement par l'appel, il n'avait plus que le statut d'associé, à l'exclusion de celui de gérant. Il se trouvait à ce moment dans la situation d'un associé indéfiniment responsable des dettes sociales qui ne peut, conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de cassation française, plus être considéré comme voyant ses intérêts représentés par la société et le nouveau dirigeant de celle-ci. Il en est ainsi d'autant moins, le droit d'accès au juge devant être apprécié de façon concrète, que le jugement avait en l'espèce rejeté la prétention que l'associé, dans sa qualité de dirigeant de la société, avait défendue et que le nouveau dirigeant de la société, donc le liquidateur judiciaire de celle-ci, refusait d'entreprendre le jugement, donc de continuer à soulever la prétention défendue par l'associé.

Il n'est dans cet ordre d'idées pas pertinent de soulever, comme le fit la Cour d'appel⁷², que l'associé avait omis d'attaquer le jugement de liquidation judiciaire. Il n'est, en effet, en l'absence de toute indication qu'une telle voie de recours aurait eu des chances de succès et eu égard aux délais prévisibles d'une telle voie de recours mis en rapport avec le délai d'appel du jugement actuellement frappé de tierce opposition, pas établi que ce recours aurait permis à l'associé de voir entreprendre ce dernier jugement par la société en liquidation et de voir défendre au cours de l'instance d'appel les prétentions que l'associé avait, au nom et pour le compte de la société, soulevées en première instance dans sa qualité de gérant de la société.

Dans ces circonstances la demanderesse en cassation peut se prévaloir, sur base du droit effectif au juge découlant de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de la qualité pour agir par tierce opposition contre le jugement.

La recevabilité de cette voie de recours n'est, lorsque celle-ci est fondée sur cette base légale, pas subordonnée à la condition que le tiers opposant fasse valoir des moyens qui lui sont personnels ou qui n'auraient pas pu être ou n'ont pas été soulevés par la société dont le tiers opposant est associé. L'intérêt de l'associé indéfiniment tenu des dettes de la société à former tierce opposition du jugement rendu contre la société ne consiste pas nécessairement à soulever des moyens qui lui sont personnels et que la société a omis de soulever, mais peut aussi consister à assurer que soient soulevés des moyens que la société aurait pu faire valoir, mais qu'elle a omis d'invoquer ou qu'elle a omis de faire trancher en dernier ressort. L'intérêt d'un tel associé ne se confond pas avec celui de la société, mais consiste à se défendre, par des moyens propres ou par des moyens que la société aurait pu soulever, dans le cadre de son obligation indéfinie aux dettes.

⁷² Idem, page 7, dernier alinéa.

Il y a dès lors lieu de déclarer le premier et le troisième moyen réunis fondés sur base tant de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention que de l'article 612 du Nouveau Code de procédure civile⁷³, alors que le droit effectif au juge implique que l'associé commandité d'une société en commandite par actions, qui répond indéfiniment et solidairement des dettes de la société, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre d'un jugement qui, constatant les droits d'actionnaire d'un tiers confère à ce dernier qualité pour introduire une action en responsabilité civile contre la société, de nature à générer une dette devant être supportée en définitive par l'associé commandité.

Sur le deuxième moyen de cassation

Le deuxième moyen est tiré d'une violation par défaut de réponse à conclusions de l'article 249, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance ayant déclaré irrecevable la tierce opposition de la demanderesse en cassation, aux motifs que « *le seul argument avancé par l'appelante, à savoir qu'étant solidairement et indéfiniment tenue des dettes de la sicav en sa qualité d'associé commandité de la société en commandite par actions, ne lui confère aucun intérêt propre, distinct de celui de la société initialement défenderesse* »⁷⁴, que « *l'appelante n'entend pas, en l'espèce, invoquer [...] des moyens non invoqués par la société* »⁷⁵, que « *elle ne le saurait d'autant plus que c'est elle qui a représenté la société dans l'instance ayant mené au jugement [...]* »⁷⁶ et que « *la Cour ne voit d'ailleurs pas non plus quels moyens, à supposer qu'ils dussent lui être propres, elle serait en droit d'invoquer, étant donné que le litige portait sur la qualité d'actionnaire de la société SOC2) de la société SOC4) et qu'il appartenait à l'appelante es qualités de défendre les intérêts de cette dernière* »⁷⁷, alors que la Cour d'appel a ainsi omis de répondre au moyen développé par la demanderesse en cassation dans ses conclusions du 26 février 2019 (pages 4 à 6, paragraphes 8 à 10), dans lesquelles elle faisait valoir que l'inscription d'SOC2) dans le registre des actionnaires d'SOC4) violait la loi et constituait un dol, ce grief étant nouveau, puisqu'il n'a pas été examiné par le jugement frappé de tierce opposition et la demanderesse en cassation ayant eu un intérêt propre à le soulever.

La demanderesse en cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir omis de répondre à des conclusions tirées de ce que l'inscription d'SOC2) dans le registre des actionnaires d'SOC4) violait la loi et constituait un dol.

Contrairement à ce qui est critiqué par la demanderesse en cassation, la Cour d'appel a formellement pris position par rapport au moyen d'appel :

« L'appelante fait état, pour justifier de sa qualité à former tierce opposition, de moyens qu'elle soutient être nouveaux, consistant en la fraude commise par SOC2) de concert avec la banque SOC3), fraude qui lui aurait permis, en violation des propres statuts

⁷³ Les arrêts précités du 19 décembre 2008, 28 mai 2010, 8 octobre 2010, 5 mai 2015 et 19 décembre 2018 sont tous tirés de la violation de l'article 6-1 de la Convention ensemble avec les dispositions pertinentes concernant la tierce opposition (arrêts du 19 décembre 2008, 28 mai 2010, 8 octobre 2010 et 5 mai 2015) ou de l'intervention (arrêt du 19 décembre 2018).

⁷⁴ Arrêt attaqué, page 5, deuxième alinéa, deuxième phrase.

⁷⁵ Idem, page 8, deuxième alinéa.

⁷⁶ Idem et loc.cit.

⁷⁷ Idem et loc.cit.

d'SOC2), de devenir actionnaire d'SOC4), ce que celle-ci n'aurait jamais accepté, si elle avait été informée de ce que la Banque agissait pour le compte de la société SOC2).

Abstraction faite de ce qu'il ressort du jugement du 31 mai 2017 que ce moyen a déjà été présenté en défense par la société SOC4) à l'occasion de l'audience des plaidoiries du 24 avril 2017, la présentation d'un moyen nouveau tendant à remettre en cause le jugement ne suffit pas à établir la qualité pour agir de la tierce opposante, étant donné qu'elle doit présenter des moyens qui lui sont propres. Il s'y ajoute que la défenderesse SOC4) était légalement représentée par l'actuelle appelante et que c'est par l'organe de celle-ci qu'elle s'est opposée à la demande. »⁷⁸.

Il en suit que le moyen manque en fait.

A titre subsidiaire, il n'est pas fondé, le défaut de réponse à conclusions constituant un défaut de motifs, qui est un vice de forme⁷⁹, une décision judiciaire étant régulière en la forme, dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré⁸⁰ et l'arrêt attaqué comportant une motivation sur le moyen.

Conclusion

Le pourvoi est recevable.

Le premier et le troisième moyen réunis sont fondés.

Le deuxième moyen manque en fait, sinon n'est pas fondé.

Pour le Procureur général d'État
Le Procureur général d'État adjoint

John PETRY

⁷⁸ Idem, page 6, premier et deuxième alinéas.

⁷⁹ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 7 mai 2020, n° 66/20, numéro CAS-2019-00070 du registre (réponse au cinquième moyen) ; idem, 18 juin 2020, n° 88/20, numéro CAS-2019-00099 du registre (réponse au quatrième moyen).

⁸⁰ Voir, à titre d'illustration : idem, 16 janvier 2020, n° 15/20, numéro CAS-2019-00010 du registre (réponse aux quatrième, cinquième et douzième moyens réunis) ; idem, 18 juin 2020, précité (réponse au quatrième moyen).