

Texte pseudonymisé

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

**N° 18 / 2023**

**du 09.02.2023**

**Numéro CAS-2022-00035 du registre**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, neuf février deux mille vingt-trois.**

**Composition:**

MAGISTRAT1.), président de la Cour,  
MAGISTRAT2.), conseiller à la Cour de cassation,  
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour d'appel,  
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour d'appel,  
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour d'appel,

GREFFIER1.), greffier à la Cour.

**Entre**

**1) PERSONNE1.),** demeurant à L-ADRESSE1.),

**2) PERSONNE2.),** demeurant à B-ADRESSE2.),

**3) PERSONNE3.),** demeurant à B-ADRESSE3.),

**demandeurs en cassation,**

**comparant par la société en commandite simple SOCIETE1.),** 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 AVOCAT1.), avocat à la Cour,

**et**

**1) la société en commandite par actions SOCIETE2.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le

numéro B31720, représentée par le gérant commandité, la société anonyme SOCIETE3.), établie et ayant son siège social à la même adresse, elle-même représentée par le conseil d'administration,

**défenderesse en cassation,**

**comparant par Maître AVOCAT2.),** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de la société en commandite simple SOCIETE4.), inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente instance par Maître AVOCAT3.), avocat à la Cour,

**2) la société anonyme ayant la qualité de société de gestion de patrimoine familial au sens de la loi du 11 mai 2007 relative à la création d'une société de gestion de patrimoine familiale, telle que modifiée, SOCIETE5.)-SPF,** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE5.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B37353, représentée par le conseil d'administration,

**défenderesse en cassation,**

**comparant par Maître AVOCAT4.),** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**3) la société anonyme SOCIETE6.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE6.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B79802, représentée par l'administrateur provisoire,

**défenderesse en cassation.**

---

Vu l'arrêt attaqué, numéro 143/21 - VII - COM, rendu le 27 octobre 2021 sous le numéro CAL-2019-00826 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 12 avril 2022 par PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) à la société en commandite par actions SOCIETE2.) (ci-après « *la société SOCIETE2.)* »), à la société anonyme SOCIETE6.) (ci-après « *la société SOCIETE6.)* ») et à la société anonyme SOCIETE5.) (ci-après « *la société SOCIETE5.)* »), déposé le 19 avril 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 8 juin 2022 par la société SOCIETE5.) à PERSONNE1.), à PERSONNE2.), à PERSONNE3.), à la société SOCIETE2.), à la société SOCIETE6.) et à Maître AVOCAT5.), déposé le 9 juin 2022 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 10 juin 2022 par la société SOCIETE2.) à PERSONNE1.), à PERSONNE2.), à PERSONNE3.) et à la société SOCIETE5.), déposé le 13 juin 2022 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réplique signifié le 13 janvier 2023 par les demandeurs en cassation à la société SOCIETE2.) et à la société SOCIETE5.), déposé le 17 janvier 2023 au greffe de la Cour supérieure de justice en ce qu'il répond aux fins de non-recevoir opposées au pourvoi par la société SOCIETE2.) et l'écartant pour le surplus en ce qu'il ne remplit pas les conditions de l'article 17, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Sur les conclusions de l'avocat général MAGISTRAT6.).

### **Sur les faits**

Selon l'arrêt attaqué, la société SOCIETE2.), actionnaire à parts égales avec la société SOCIETE5.), de la société SOCIETE6.), avait exercé l'action minoritaire prévue à l'article 444-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après « LSC ») aux fins de voir engager la responsabilité de PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.), administrateurs de la société SOCIETE6.), et les voir condamner au paiement de dommages-intérêts. Les sociétés SOCIETE6.) et SOCIETE5.) avaient été assignées aux fins de déclaration de jugement commun. Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, avait déclaré la demande irrecevable. La Cour d'appel a, par réformation, dit que la société SOCIETE2.) a qualité pour agir sur base de l'article 444-2 LSC, dit l'action recevable, réservé les droits des parties et renvoyé le dossier devant le conseiller de la mise en état aux fins d'instruction.

### **Sur la recevabilité du pourvoi**

L'article 3 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation dispose en ses alinéas 2 et 3 :

*« Les arrêts et jugements rendus en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent également être déférés à la Cour de cassation comme les décisions qui tranchent tout le principal.*

*Il en est de même lorsque l'arrêt ou le jugement rendu en dernier ressort qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure met fin à l'instance. ».*

Les juges d'appel ont, après avoir analysé la portée de l'article 444-2 LSC, rejeté la fin de non-recevoir opposée à la demande par les demandeurs en cassation et la société SOCIETE5.) en déclarant l'action de la société SOCIETE2.) recevable.

Ce faisant, la Cour d'appel n'a ni tranché dans le dispositif de l'arrêt attaqué tout le principal ou une partie du principal ni rendu une décision qui, statuant sur une

exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure, a mis fin à l'instance.

Les demandeurs en cassation concluent néanmoins à la recevabilité du pourvoi en ce qu'il est fondé sur un excès de pouvoir commis par les juges du fond.

L'interdiction du pourvoi contre les décisions préparatoires est susceptible de trouver exception en cas d'excès de pouvoir, qui est la transgression par le juge, compétent pour connaître du litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité.

*En décidant « que la loi ne peut faire l'objet d'une application littérale lorsque les parties présentent des interprétations divergentes dont aucune ne peut a priori être écartée comme étant manifestement déraisonnable, mais que dans ce cas de figure, la portée de la loi doit faire l'objet d'une interprétation prenant en compte le contexte global dans lequel elle s'inscrit » et « Il en résulte que tant l'objectif poursuivi par la loi du 10 août 2016, à savoir une meilleure prise en charge de l'intérêt social, que l'effet utile de la LSC, à savoir la possibilité dans l'intérêt de la société d'engager la responsabilité personnelle des administrateurs en cas de faute de gestion, conduisent à devoir admettre l'action de l'article 444-2 LSC, au-delà du seul actionnaire minoritaire pris au sens littéral, au profit de l'actionnaire paritaire »,*

les juges d'appel ont interprété, fût-ce de manière erronée, le terme « *d'actionnaire minoritaire* » sans méconnaître l'étendue de leur pouvoir de juger.

Le reproche leur adressé d'avoir, en violation de l'article 51 de la Constitution, empiété sur les pouvoirs du législateur, n'est pas fondé.

Il s'ensuit que le pourvoi est irrecevable.

### **Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure**

Il serait inéquitable de laisser à charge de la société SOCIETE2.) l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

**PAR CES MOTIFS,**

**la Cour de cassation**

déclare le pourvoi irrecevable ;

condamne les demandeurs en cassation à payer à la société en commandite par actions SOCIETE2.) une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

les condamne aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître AVOCAT2.), sur ses affirmations de droit.

Monsieur le Président MAGISTRAT1.), qui a participé au délibéré, étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru à l'arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller MAGISTRAT2.) en présence de l'avocat général MAGISTRAT7.) et du greffier GREFFIER1.).

## **Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation**

**1) PERSONNE1.)**

**2) PERSONNE2.)**

**3) PERSONNE3.)**

**c/**

**1) la société en commandite par actions SOCIETE2.) S.C.A.**

**2) la société anonyme SOCIETE6.) S.A.**

**3) la société anonyme SOCIETE5.) - SPF**

**(affaire n° CAS-2022-00035 du registre)**

Le pourvoi des demandeurs en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 19 avril 2022 d'un mémoire en cassation, signifié le 12 avril 2022 aux parties défenderesses en cassation, est dirigé contre l'arrêt n° 143/21 – VII – COM rendu contradictoirement en date du 27 octobre 2021 par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière commerciale, dans la cause inscrite sous le numéro CAL-2019-00826 du rôle.

La société anonyme SOCIETE5.) (ci-après « SOCIETE5. »), partie défenderesse en cassation, a signifié un mémoire en réponse le 8 juin 2022 et elle l'a déposé au greffe de la Cour le 9 juin 2022.

La société en commandite par actions SOCIETE2.) S.C.A. (ci-après « SOCIETE2. ») a signifié un mémoire en réponse le 10 juin 2022 qui a été déposé au greffe de la Cour le 13 juin 2022. Aux termes des articles 15 et 16 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation que « *la partie défenderesse aura, pour répondre, un délai de deux mois, à compter du jour de la signification du mémoire dont il est question à l'art. 10 ci-dessus* » et « *le mémoire en réponse devra, dans les délais déterminés, être signifié à la partie adverse à son domicile élu et déposé au greffe, sous peine d'être écarté du débat* ».

Comme le dernier jour du délai de deux mois courant à partir de la signification du mémoire en cassation, à savoir le 12 juin 2022, a été un dimanche, le délai a été prorogé jusqu'au 13 juin 2022, de sorte que le mémoire en réponse est intervenu dans le délai légalement prévu. Il a par ailleurs été signifié « *à la partie adverse* » au sens de la disposition précitée.

## **Les antécédents factuels et procéduraux**

Les sociétés SOCIETE2.) et SOCIETE5.) sont actionnaires, chacune à hauteur de 50 pour cent, de la société anonyme SOCIETE6.) (ci-après « SOCIETE6. »).

Exerçant l'action minoritaire prévue à l'article 444-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après « LSC »)<sup>1</sup>, SOCIETE2.) a assigné, en date du 8 juin 2018, les parties demandresses en cassation aux fins de voir engager leur responsabilité en tant qu'administrateurs de SOCIETE6.) et de les voir condamner solidairement à lui payer le montant de 2.784.733 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice.

Suivant jugement du 13 juin 2019, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré cette demande irrecevable à défaut pour SOCIETE2.) d'être actionnaire minoritaire au sens de l'article 444-2 LSC.

De ce jugement appel a été relevé par SOCIETE2.).

Par arrêt contradictoire n° 143/21 – VII – COM du 27 octobre 2021, la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière commerciale, a déclaré fondé l'appel de SOCIETE2.), a dit que celle-ci a qualité pour agir sur base de l'article 444-2 LSC et que, partant, son action introduite le 8 juin 2018 est recevable à cet égard.

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

## **La recevabilité du pourvoi**

Le pourvoi est recevable en ce qui concerne le délai<sup>2</sup> et la forme<sup>3</sup>.

L'article 3, alinéas 2 et 3 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation est libellé comme suit :

---

<sup>1</sup> Article 444-2 LSC : « Une action peut être intentée contre les administrateurs ou membres du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, pour le compte de la société par des actionnaires minoritaires ou titulaires de parts bénéficiaires. Cette action minoritaire est intentée par un ou plusieurs actionnaires ou titulaires de parts bénéficiaires possédant, à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge, des titres ayant le droit de voter à cette assemblée représentant au moins 10 pour cent des voix attachées à l'ensemble de ces titres ».

<sup>2</sup> Il ne résulte pas de pièces auxquelles vous pouvez avoir égard que l'arrêt attaqué ait été signifié aux demandeurs en cassation, de sorte que le délai du pourvoi, de deux mois, prévu par l'article 7, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, qui n'a pas commencé à courir, n'a pas pu être méconnu.

<sup>3</sup> Les demandeurs en cassation ont déposé au greffe de la Cour supérieure de justice un mémoire signé par un avocat à la Cour et signifié aux parties adverses antérieurement à son dépôt, de sorte que ces formalités, prévues par l'article 10, alinéa 1, de la loi précitée de 1885, ont été respectées.

*« Les arrêts et jugements rendus en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent également être déférés à la Cour de cassation comme les décisions qui tranchent tout le principal.*

*Il en est de même lorsque l'arrêt ou le jugement rendu en dernier ressort qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure met fin à l'instance. »*

Ces dispositions ont été introduites dans la loi du 18 février 1885 par une loi modificative du 25 juin 2004 dont l'objectif était d'aligner les règles régissant la recevabilité du pourvoi en cassation sur celles prévues par l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile<sup>4</sup> pour la recevabilité de l'appel et d'uniformiser ainsi les deux régimes sur ce point<sup>5</sup>.

Le pourvoi en cassation n'est ainsi ouvert que contre une décision de justice qui contient une disposition définitive. Il faut que la décision rendue en dernier ressort, soit tranche dans son dispositif tout ou, au moins, une partie du principal, soit mette fin à l'instance par l'admission d'une exception de procédure, d'une fin de non-recevoir ou de tout autre incident de procédure.

Une décision qui ne suffit pas à ces critères est qualifiée de décision avant dire droit contre laquelle le pourvoi est différé, il n'est ouvert qu'en même temps que le pourvoi contre la décision rendue sur le fond<sup>6</sup>.

Votre Cour a précisé que *« le principal, ou l'objet du litige au sens de l'article 53 du Nouveau code de procédure civile, est déterminé par les prétentions respectives des parties, c'est-à-dire leurs demandes principales, reconventionnelles et incidentes, et non par les moyens soulevés de part et d'autre »*<sup>7</sup> et que *« seul le dispositif est le siège de l'autorité de la chose jugée. Des motifs, fussent-ils décisifs, n'ont pas cette autorité »*<sup>8</sup>.

Le dispositif de l'arrêt attaqué est libellé comme suit :

*« dit recevable l'appel de la société en commandite par actions SOCIETE2.),*

*dit fondé l'appel de la société en commandite par actions SOCIETE2.),*

*réformant, dit que la société en commandite par actions SOCIETE2.) a qualité pour agir sur base de l'article 444-2 LSC et que partant l'action introduite par la société en*

---

<sup>4</sup> Article 579 du Nouveau Code de procédure civile: *« Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal. Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance. »*

<sup>5</sup> Doc. parl., n° 5213, p. 8 et 9.

<sup>6</sup> Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière civile, 5ème édition 2015/2016, n° 34.04.

<sup>7</sup> Cour de cassation, 16 janvier 2020, n° 10/2020, n° CAS-2018-00100 du registre.

<sup>8</sup> Cour de cassation, 16 janvier 2020, n° 13/2020, n° CAS- 2018-00114 du registre.

*commandite par actions SOCIETE2.) suivant exploit d'huissier du 8 juin 2018 est recevable à cet égard,*

*réserve les droits des parties,*

*renvoie le dossier devant le conseiller de la mise en état aux fins d'instruction,*

*réserve les frais et les droits des parties ».*

Cet arrêt n'a pas tranché une partie du principal dans son dispositif et n'a pas ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Il n'a pas non plus mis fin à l'instance en statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure.

Il est en effet admis que les pourvois contre les décisions qui écartent une fin de non-recevoir, notamment tirée du défaut de qualité, sont irrecevables au motif qu'elles n'entraînent aucun dessaisissement des juges qui les ont rendues<sup>9</sup>.

Le pourvoi est partant à déclarer irrecevable pour être prématuré.

Etant donné que les demandeurs en cassation invoquent comme premier moyen de cassation la violation de l'article 51 de la Constitution et font valoir que la Cour d'appel aurait manifestement dépassé ses pouvoirs et exercé le pouvoir dévolu par la Constitution au législateur, la question de la recevabilité immédiate d'un pourvoi pour excès de pouvoir peut, le cas échéant, se poser.

En matière pénale, votre Cour a analysé la recevabilité des pourvois immédiats lorsque ceux-ci constituent un pourvoi en cassation-nullité pour cause d'excès de pouvoir<sup>10</sup>. Suivant votre jurisprudence, l'excès de pouvoir « *ne se réduit pas à une simple violation de la loi* »<sup>11</sup>. Il est « *la transgression par le juge, compétent pour connaître du litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité* »<sup>12</sup>.

Selon la doctrine, il y a excès de pouvoir « *lorsque le juge a cessé de faire œuvre juridictionnelle pour se conduire en législateur, en administrateur ou pour commettre un abus de force lorsqu'il méconnaît les principes sur lesquels repose l'organisation de l'ordre judiciaire* »<sup>13</sup>. Cette définition permet de dégager divers cas d'excès de pouvoir, parmi lesquels la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs. Est visé le cas où le juge, tout en statuant sur un litige qu'il est compétent pour trancher, empiète

---

<sup>9</sup> Jacques et Louis BORÉ, op. cit., n° 34.33.

<sup>10</sup> Voir pour une analyse extensive de cette jurisprudence : Conclusions de Monsieur le Procureur général d'Etat adjoint MAGISTRAT8.) dans les affaires de cassation PERSONNE4.) en présence du Ministère Public et des sociétés anonymes X et X GROUPE, CAS-2022-00043 du registre, CAS-2022-00044 du registre, CAS-2022-00045 du registre, CAS-2022-00046 du registre et CAS-2022-00047 du registre.

<sup>11</sup> Cour de cassation, 6 décembre 2012, n° 56/2012 pénal, numéro 3097 du registre.

<sup>12</sup> Cour de cassation, 28 avril 2022, n° 59/2022 pénal, numéro CAS-2021-00087 du registre ; Cour de cassation, 14 juillet 2022, n° 114/2022 pénal, numéro CAS-2021-00130 du registre, Cour de cassation, 14 juillet 2022, n° 115/2022 pénal, numéro CAS-2021-00131 du registre.

<sup>13</sup> Jacques et Louis Boré, op. cit., n° 73.41.

sur les attributions du pouvoir législatif, en statuant par voie générale et réglementaire en violation de l'article 5 du Code civil<sup>14</sup>. Telle est la critique émise au premier moyen de cassation.

En effet, le premier moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 51 de la Constitution en ce que l'arrêt attaqué a déclaré l'action recevable en décidant qu'un actionnaire égalitaire avait qualité pour initier une action basée sur l'article 444-2 LSC alors que cet article ne vise expressément et nommément que l'actionnaire minoritaire et non l'actionnaire égalitaire, de sorte qu'en statuant ainsi la Cour d'appel a manifestement dépassé ses pouvoirs et exercé le pouvoir dévolu par la Constitution au législateur.

Or, en retenant que « *la loi ne peut faire l'objet d'une application littérale lorsque les parties présentent des interprétations divergentes dont aucune ne peut a priori être écartée comme étant manifestement déraisonnable* » et que « *dans ce cas de figure, la portée de la loi doit faire l'objet d'une interprétation prenant en compte le contexte global dans lequel elle s'inscrit* » et en concluant que « *tant l'objectif poursuivi par la loi du 10 août 2016, à savoir une meilleure prise en charge de l'intérêt social, que l'effet utile de la LSC, à savoir la possibilité dans l'intérêt de la société d'engager la responsabilité personnelle des administrateurs en cas de faute de gestion, conduisent à devoir admettre l'action de l'article 444-2 LSC, au-delà du seul actionnaire minoritaire pris au sens littéral, au profit de l'actionnaire paritaire* », les juges d'appel ne se sont pas arrogé les pouvoirs du législateur mais ont interprété la volonté du législateur pour statuer sur une des conditions d'ouverture de l'action dite sociale de minorité prévue par l'article 444-2 LSC.

A ce stade, il n'y a pas lieu d'analyser si, ce faisant, il y a eu violation de la loi, étant entendu que l'excès de pouvoir se distingue de la simple violation de la loi qui est donnée lorsque le juge, qui prend une décision que la loi lui permet de prendre à certaines conditions, commet une erreur dans l'appréciation de ces conditions<sup>15</sup>.

Il découle de ce qui précède que l'arrêt attaqué ne relève pas des cas dans lesquels la loi ou votre jurisprudence admet un pourvoi immédiat. Il ne peut dès lors être attaqué qu'après l'arrêt définitif.

Le pourvoi est, partant, irrecevable en l'état.

---

<sup>14</sup> Jacques et Louis Boré, op. cit., n° 73.42 ; Article 5 du Code civil : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

<sup>15</sup> Voir pour une analyse plus poussée : Conclusions de Madame le premier avocat général MAGISTRAT9.) dans l'affaire de cassation PERSONNE5.) contre PERSONNE6.), CAS-2019-00076 du registre.

**Conclusion :**

Le pourvoi est irrecevable.

Pour le Procureur général d'Etat  
l'avocat général

MAGISTRAT6.)