

Arrêt N° 132/19 IV-COM

Audience publique du trente octobre deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2018-00293 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre ;
Henri BECKER, conseiller;
Nathalie HILGERT, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société anonyme SOC1) SPECIALIZED ASSET MANAGEMENT, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), en liquidation volontaire depuis le 15 mai 2019, représentée par son liquidateur, la société de droit suisse **SOC2)**, avec siège social à CH-(...),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice suppléant Laura Geiger de Luxembourg du 26 mars 2018,

comparant par Maître Rémi Chevalier, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société anonyme SOC3) (EUROPE), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit acte Geiger,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41 A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 186.371,

représentée par Maître François Kremer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société en commandite par actions sous forme d'une société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé SOC1) SICAV SIF, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son liquidateur judiciaire, Maître Philippe Thiebaud, déclarée en état de liquidation judiciaire par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 27 avril 2017,

intimée aux fins du prédit acte Geiger,

comparant par Maître Philippe Thiebaud, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) la société anonyme SOC4) SICAV, en liquidation volontaire, société d'investissement à capital variable, Fonds d'Investissement Spécialisé, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 11 mars 2016, représentée par son curateur Maître Max Mailliet, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2342 Luxembourg, 52, rue Raymond Poincaré,

intimée aux fins du prédit acte Geiger,

comparant par la société à responsabilité limitée E2M, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2342 Luxembourg, 52, rue Raymond Poincaré, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 210.821, représentée par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par jugement du 24 janvier 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ayant siégé en matière commerciale, a déclaré irrecevable la tierce opposition introduite par la société anonyme **SOC1) SPECIALIZED MANAGEMENT** (ci-après **SOC1) SAM**) contre le jugement du 31 mai 2017 du même tribunal qui avait ordonné à la société en commandite par actions **SOC1) SICAV FIS SCA** (ci-après **SOC1) SICAV**) de faire procéder à la régularisation du registre des actionnaires d'**SOC1) SICAV** aux fins d'y mentionner Maître Max Mailliet, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société

SOC4) SICAV, comme propriétaire de 7.235,95 actions du sous-fonds I4BL **SOC1)** SICAV, acquises par l'intermédiaire de la société anonyme **SOC3)** (EUROPE).

Pour déclarer la tierce opposition irrecevable, le tribunal a constaté que lors des plaidoiries du 14 avril 2017 ayant précédé le jugement dont tierce opposition du 31 mai 2017, **SOC1)** SAM, associé-gérant commandité de la défenderesse, avait été représenté à l'instance par la société **SOC1)** SICAV et que les sociétés **SOC1)** SAM et **SOC1)** SICAV avaient conclu au rejet de la demande du curateur de la société **SOC4)** SICAV et défendu les mêmes intérêts.

Par acte d'huissier de justice du 26 mars 2018, la société **SOC1)** SAM a régulièrement relevé appel du jugement du 24 janvier 2018 qui lui a été signifié le 14 février 2018. Elle conclut à voir dire qu'elle avait des intérêts propres et distincts de ceux de la société **SOC1)** SICAV lors de l'instance ayant mené au jugement du 31 mai 2017, que le tribunal a méconnu son droit d'accès au juge, que ledit jugement lui est inopposable, que la qualité d'actionnaire doit être refusée à la société **SOC4)** SICAV et que les intimées **SOC4)** SICAV et la banque **SOC3)** sont à condamner à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

Les sociétés **SOC4)** SICAV et **SOC1)** SICAV concluent à la confirmation du jugement dont appel. Elles se rallient pour le surplus aux conclusions de la Banque.

La banque intimée **SOC3)** conclut à la confirmation du jugement. Elle dénie à l'appelante qualité et intérêt à agir. Elle soutient en outre que le jugement ne nuit pas à ses intérêts.

Elle expose que la société **SOC1)** SAM avait pu faire valoir ses droits, en sa qualité de gérant commandité de la société **SOC1)** SICAV qu'elle a représentée en justice, lors de l'instance ayant conduit au jugement dont tierce opposition. Ces deux sociétés auraient lors de cette instance fait valoir les mêmes droits et moyens. La société appelante aurait encore été représentée en sa qualité d'associé de la société **SOC1)** SICAV par cette dernière. La société **SOC1)** SAM n'aurait pas non plus d'intérêt à agir, étant donné que les sociétés **SOC1)** SICAV et **SOC1)** SAM poursuivraient le même but, à savoir échapper à une condamnation suite à l'action en responsabilité initiée contre elles par le curateur de la sicav **SOC4)**. Son intérêt, dût - il exister, ne serait par ailleurs ni légitime, ni né et actuel. Elle fait enfin valoir que le dispositif du jugement du tribunal qui condamne la société **SOC1)** SICAV à rectifier le registre des actionnaires en faveur de la société **SOC4)** SICAV ne préjudicie aucunement à ses droits. De plus appartiendrait-il à **SOC4)** SICAV, pour prospérer dans sa demande dirigée contre la société **SOC1)** SICAV, d'établir une faute, et que même si **SOC1)** SAM devait obtenir gain de cause, le jugement

resterait opposable à la société **SOC1)** SICAV. Elle réclame une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Dans ses conclusions du 28 août 2018, l'appelante expose avoir, du fait de la liquidation judiciaire de la société **SOC1)** SICAV, prononcée le 27 avril 2017 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, sur requête du ministère public, été démise de sa fonction d'associé-gérant commandité et ne plus avoir été en droit, en cette qualité, d'interjeter appel contre le jugement du 31 mai 2017. Elle relève que le liquidateur judiciaire d'**SOC1)** SICAV a accepté ledit jugement.

Elle demande à la Cour d'examiner son droit à un recours effectif devant un juge tel que garanti par l'article 6 CEDH et soutient qu'elle serait en droit, en sa qualité d'ancien associé commandité gérant de la société **SOC1)** SICAV, d'exercer un recours contre le jugement du 31 mai 2017 qui lèse ses intérêts. Elle rappelle que la société **SOC4)** SICAV a introduit le 24 septembre 2015 une action en responsabilité devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg notamment contre la société **SOC1)** SICAV et elle-même et que le liquidateur judiciaire d'**SOC1)** SICAV a également introduit une action en responsabilité à son encontre par assignation du 2 juillet 2018.

Discussion

La Cour d'appel rejoint le tribunal qui, après avoir rappelé la teneur de l'article 612 du NCPC, a retenu qu'il ne suffit pas à la partie tierce opposante, pour justifier de sa qualité d'agir, d'établir ne pas avoir été partie au jugement attaqué, mais encore ne pas y avoir été représentée. Cette représentation conçue de manière extensive par la jurisprudence serait établie en cas de communauté d'intérêts entre une partie et une personne étrangère à l'instance qui serait dès lors à considérer comme représentée au jugement. Quant à la représentation des personnes morales, il a cité des décisions qui ont retenu que les associés sont représentés dans les litiges opposant la société à des tiers, mais que ce principe ne saurait valoir si les intérêts des associés sont différents de ceux de la société, auquel cas la fermeture de la tierce opposition constituerait une entrave substantielle à ce que les associés représentés puissent défendre leurs intérêts. Cela serait encore le cas lorsque la contestation diviserait les associés dont les intérêts sont opposés.

La société **SOC1)** SICAV était représentée dans le cadre de l'instance ayant mené au jugement du 31 mai 2017 par son représentant légal, la société **SOC1)** SAM, prise en sa qualité d'associé commandité gérant.

L'actuelle appelante **SOC1)** SAM figurait donc à l'instance en sa qualité de représentant légal de la société en commandite par actions **SOC1)** SICAV, mais non pas en son nom personnel.

Cependant, ses intérêts étaient, en tant qu'associé commandité, identiques à ceux de la défenderesse. 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. La demande de la société **SOC4**) tendait à se voir reconnaître la qualité d'actionnaire de la société **SOC1**) SICAV et à se voir inscrire sur le registre des actionnaires de celle-ci, demande à laquelle le tribunal a fait droit. Elle portait dès lors exclusivement sur de supposées relations d'actionnaire ayant existé entre **SOC1**) SICAV, d'une part, et la banque **SOC3**), voire la société **SOC4**), d'autre part. En faisant droit à la demande, le tribunal a retenu que la société **SOC4**) était actionnaire de la sicav. Le litige ne portait sur aucun aspect qui concernait directement la société actuellement appelante qui aurait nécessité qu'elle dût y faire valoir des moyens de défense propres.

L'appelante fait état de ce que le jugement du tribunal du 31 mai 2017 contre lequel elle a formé tierce opposition risquera de lui porter préjudice en ce qu'en sa qualité de commandité, elle se voit d'ores et déjà confrontée à une demande en justice pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en dommages-intérêts introduite par le curateur de la société **SOC4**) contre **SOC1**) SICAV, actuellement en liquidation judiciaire, et elle-même. C'est le jugement contre lequel elle a formé tierce opposition qui, selon elle, confère à la société **SOC4**) qualité pour agir en responsabilité contre la sicav et elle-même, en ce que le tribunal lui a reconnu la qualité d'actionnaire de la sicav. Etant donné qu'entre temps, **SOC1**) SICAV a été mise en liquidation judiciaire, et pour autant que l'éventuelle créance de la société **SOC4**) à faire valoir contre la sicav dans le cadre de la procédure en responsabilité introduite par la société **SOC4**) contre la sicav et elle-même, pendante en première instance, a toutes les chances de ne pas être payée dans le cadre de la procédure de la liquidation, elle serait, en sa qualité d'associé commandité, tenue indéfiniment et solidairement de régler les dettes de la société en commandite par actions.

Même vu sous cet aspect, l'appelante n'établit pas des intérêts propres distincts de ceux de la société **SOC1**) SICAV, mais un intérêt commun, à savoir de contester la qualité d'actionnaire de la société **SOC4**). Le fait pour elle d'être en sa qualité d'associé commandité de la sicav en liquidation judiciaire tenue solidairement et indéfiniment des dettes sociales constituerait certes un intérêt supplémentaire pour elle de s'opposer à la demande de la société **SOC4**), mais cet intérêt se confond avec celui d'**SOC1**) SICAV, dès lors que le litige portait uniquement sur cette question.

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 **SOC4**) de concert avec la banque **SOC3**), fraude

qui lui aurait permis, en violation des propres statuts d'**SOC4**), de devenir actionnaire d'**SOC1**) SICAV, 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 **SOC4**).

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 **SOC1**) SICAV 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 **SOC1**) SICAV 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.

Dans ses dernières conclusions, l'appelante soutient ne pas avoir pu valablement défendre ses droits, étant donné qu'au regard de la liquidation judiciaire de la société **SOC1**) SICAV, prononcée le 27 avril 2017, elle n'en serait plus, depuis cette date, le représentant légal. Elle n'aurait plus eu qualité pour interjeter appel contre le jugement du 31 mai 2017, raison pour laquelle elle a relevé tierce opposition. Le liquidateur de la société **SOC1**) SICAV n'aurait pas non plus interjeté appel, de sorte que le jugement, si la tierce opposition devait être déclarée irrecevable, serait définitif et lui serait opposable.

Ce n'est pas parce que le jugement du 31 mai 2017 dans lequel le tribunal a reconnu à la société **SOC4**) la qualité d'actionnaire de la société **SOC1**) SICAV 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**) SAM n'avait pas à faire valoir de droits distincts de ceux de la société **SOC1**) SICAV 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 (Cassation commerciale fr. 04-20.149 du 23 mai 2006, B.C. IV., n°129).

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, Dalloz, 2007, p.1321, observations A. Lienhard ; Isabelle Orsini : L'associé de la société civile et le droit au juge).

Dans l'arrêt du 19 décembre 2006, la Cour de Cassation, ayant constaté que la cour d'appel « *après avoir énoncé que l'article 583 du nouveau code de procédure civile subordonne la tierce opposition à la condition que la personne qui la forme n'ait été ni partie ni représentée au jugement, retient que la Mutuelle était associée de la SCI et qu'elle a donc été représentée par le mandataire social à l'instance ayant abouti au jugement de liquidation judiciaire de la SCI* », a cassé l'arrêt au motif que « *Le droit effectif au juge implique que l'associé d'une société civile immobilière, qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre du jugement ouvrant la liquidation judiciaire de la société* ».

La portée des arrêts de 2006 est à préciser, même si leur caractère dérogoratoire suppose une interprétation non extensive. Il est admis par la doctrine que la solution retenue vaut également pour un associé en nom collectif qui répond des dettes de la société indéfiniment et solidairement. Elle ne vaudrait pas en cas de redressement judiciaire, les deux régimes ayant des finalités propres (Dalloz, 2007, références citées ci-dessus ; de façon plus générale, Recueil Dalloz 2004, p.1141, La distinction des parties et des tiers appliquées aux associés par Didier Cholet).

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 (Cour de Cassation fr., 26 mai 2010, n° 09-14.241, Dalloz 2010, p.1415, obs. A. Lienhard).

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 (voir Isabelle Orsini, citée ci-dessus).

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

Dans un arrêt du 6 octobre 2010 (n° 08-20959) cité par l'appelante, la Cour de Cassation a retenu, au visa du droit du justiciable à un accès effectif au juge, que l'associé d'une société civile, poursuivi en paiement de dettes sociales, dont il répond indéfiniment à proportion

de sa part dans le capital social, est recevable à former tierce opposition à l'encontre de la décision condamnant la société au paiement, dès lors que « *cet associé invoque des moyens que la société n'a pas soutenus* ».

L'appelante n'entend pas, en l'espèce, invoquer, tel que retenu ci-dessus, des moyens non invoqués par la société. Elle ne le saurait d'autant plus que c'est elle qui a représenté la société dans l'instance ayant mené au jugement du 31 mai 2017. 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 **SOC4)** de la société **SOC1)** SICAV et qu'il appartenait à l'appelante ès qualités de défendre les intérêts de cette dernière.

L'appel n'est donc pas fondé et il y a lieu de confirmer le jugement du 24 janvier 2018.

Les demandes respectives de l'appelante et de la Banque **SOC3)** en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

L'appelante n'y a pas droit au vu du sort réservé à l'appel et aux dépens. L'intimée n'y a pas droit, faute par elle de justifier de l'iniquité dont question à l'article 240 NCPC.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement du 24 janvier 2018,

rejette les demandes en indemnité de procédure,

condamne la société anonyme **SOC1)** SPECIALIZED ASSET MANAGEMENT aux frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de la société anonyme Arendt & Medernach, qui la demande.

