

Texte pseudonymisé

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

N° 81/2023

du 22.06.2023

Numéro CAS-2022-00120 du registre

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

Composition:

Théa HARLES-WALCH, conseiller à la Cour de cassation, président,
Christiane JUNCK, conseiller à la Cour de cassation,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation,
Caroline ENGEL, conseiller à la Cour d'appel,
Anne MOROCUTTI, conseiller à la Cour d'appel,

Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre:

PERSONNE1.), demeurant à F-ADRESSE1.),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Amélie BAGNES, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

1. la société anonyme SOCIETE1.), en faillite, établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, du 21 novembre 2014, représentée par son curateur, Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour,

2. Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-ADRESSE3.), pris en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE1.),

établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.),

demandeurs 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 procédure par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour,

Vu l'arrêt attaqué, numéro 181/21 - II - CIV, rendu le 24 novembre 2021 sous le numéro CAL-2019-00438 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 21 novembre 2022 par PERSONNE1.) à la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après « *la société SOCIETE1.)* ») et à Maître Max MAILLIET, pris en sa qualité de curateur de la société SOCIETE1.), déposé le 21 novembre 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 28 novembre 2022 par la société SOCIETE1.) et Maître Max MAILLIET à PERSONNE1.), déposé le 6 décembre 2022 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du premier avocat général Sandra KERSCH.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et statuant sur opposition, avait déclaré fondée la demande en libération du solde du capital de la société faillie SOCIETE1.) dirigée par le curateur contre PERSONNE1.), actionnaire de la société SOCIETE1.). La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Sur la recevabilité du pourvoi

Les défendeurs en cassation concluent à l'irrecevabilité du pourvoi au motif que le demandeur en cassation aurait acquiescé, sans la moindre réserve, à l'arrêt attaqué par un courrier du 3 janvier 2022. Il aurait clairement manifesté sa volonté d'accepter l'arrêt attaqué.

L'acquiescement est un acte juridique comportant renonciation au droit d'exercer un recours contre une décision et acceptation de l'exécution de celle-ci.

Le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif en matière civile, l'exécution même sans réserves d'une décision, ne vaut acquiescement que s'il résulte des circonstances dans lesquelles elle a eu lieu que celui qui s'est exécuté a, sans équivoque, manifesté sa volonté d'acquiescer.

Le fait pour le demandeur en cassation d'avoir demandé, par l'intermédiaire de son avocat, en réponse à une sommation d'huissier, s'il était possible de s'acquitter par des paiements échelonnés, du montant auquel il venait d'être condamné, n'établit pas son intention non équivoque de renoncer à se pourvoir en cassation contre l'arrêt en cause.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité du pourvoi n'est pas fondé.

Le pourvoi, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Le moyen est tiré de la violation des articles 420-12, 420-23 et 420-27 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, concernant les sociétés commerciales.

II.1.1 Discussion sur le premier moyen tiré de la violation des articles 420-12, 420-23 et 420-27 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, concernant les sociétés commerciales

En ce que dans l'arrêt attaqué, la Cour d'appel déclare << Quant au compte courant associé que PERSONNE1.) prétend avoir apporté à a société SOCIETE1.), il résulte du point 42 des conclusions récapitulatives de Maître Amélie Bagnès que la société SOCIETE2.) avait contracté un emprunt auprès de la SOCIETE3.) pour un montant de 437.468,76 euros. Cet emprunt était garanti par un dépôt du même montant à la même banque par PERSONNE1.) qui a apporté ledit montant en compte courant associé à la société SOCIETE1.) afin de désintéresser cette dette. Compte tenu de l'affectation que PERSONNE1.) donnée à son compte courant associé, à savoir le remboursement de l'emprunt de la société SOCIETE2.), il ne saurait être qualifié d'apport en nature ayant pour finalité de le libérer du paiement du solde du capital social >>.

L'arrêt de la Cour d'appel a violé les articles susmentionnés en analysant l'apport de PERSONNE1.) comme un apport en nature et non en numéraire et c'est ainsi à tort qu'il a confirmé le jugement de première instance en ce qu'il a condamné Monsieur PERSONNE1.) au paiement de la somme de 79.9995.- EUR en principal.

En effet, les actifs d'SOCIETE1.) S.A. étaient essentiellement constitués de sa participation dans SOCIETE2.). SOCIETE2.) avait contacté un emprunt auprès de la SOCIETE3.) pour un montant de 437.468,76.- EUR. Cet emprunt était garanti par un dépôt du même montant à la SOCIETE3.) par PERSONNE1.) et ce dernier a

apporté ledit montant en compte courant d'associé à SOCIETE1.) S.A. afin de désintéresser cette dette.

C'est en contrepartie de cet apport que les administrateurs SOCIETE1.) S.A. ont consenti à octroyer à Monsieur PERSONNE1.) 8333 actions dans SOCIETE1.) S.A. pour la somme symbolique de 1.- EUR, société qui fut constituée en date du 15 octobre 2002 par-devant Monsieur le Notaire SCHWACHTGEN.

Il s'en suit que contrairement à ce qu'en a retenu la Cour d'appel, le compte courant d'associé de PERSONNE1.) a servi à apurer la dette de SOCIETE1.) S.A.

Il est donc évident que SOCIETE1.) S.A. a une dette envers PERSONNE1.) et c'est partant à tort qu'il n'a pas été retenu que PERSONNE1.) avait une créance à l'encontre de SOCIETE1.) S.A. d'un montant de 500.437,04.- EUR, sinon au moins de 441.282,09.- EUR.

Or, en se référant aux articles 420-12, 420-23 et 420-27 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, concernant les sociétés commerciales, les juges d'appel auraient dû considérer cet apport en compte courant d'associé de PERSONNE1.) non comme un apport en nature, mais comme un apport en numéraire.

En effet, les juges d'appel ont fait application de l'article 420-12 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, concernant les sociétés commerciales, définissant les apports en nature comme étant les apports << autres qu'en numéraires >>.

Or, il ressort de la lecture combinée des articles 420-23 et 420-27 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, concernant les sociétés commerciales, que l'apport par conversion d'une créance détenue contre la société bénéficiaire, pour autant qu'elle soit certaine, liquide et exigible et qu'elle ait été libérée en numéraire, ne saurait plus être considérée comme un apport en nature mais comme un apport en numéraire libérable par compensation. Ainsi, l'intervention d'un réviseur d'entreprise ne serait plus nécessaire.

En effet, l'article 420-23 alinéa 1 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, concernant les sociétés commerciales, prévoit que << les formalités et conditions prescrites pour la constitution des sociétés s'appliquent à l'augmentation du capital par des apports nouveaux >>, tandis que l'article 420-27 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, concernant les sociétés commerciales dispose notamment que << Les articles 420-22, 420, 23 l'exception de son paragraphe 6, est toutefois applicable à l'émission d'obligations convertibles, de tous autres instruments de créance convertibles en capital (...). L'article 420-23, paragraphe 6, est toutefois applicable à l'émission d'obligations convertibles ou de tous autres instruments de créance convertibles en capital lorsque le prix de souscription de tels instruments est libéré en nature (...) >>.

En l'espèce, il était bien question d'une créance détenue envers une société, à savoir un emprunt de la société SOCIETE2.) auprès de la SOCIETE3.) pour un montant de 437.468,76.- EUR.

Cette créance a bien été convertie par le biais de l'apport en compte courant de la part de PERSONNE1.), étant donné que celui-ci a épuré le montant de cette créance, cela en échange de l'octroi de 8333 actions dans de SOCIETE1.) S.A.

Aussi, cette opération répond aux exigences légales et aurait dû être considérée par les juges d'appels comme constituant un apport en numéraire au capital de la société et que la fiduciaire aurait dû imputer sur le solde du capital social encore à libérer.

C'est partant à tort que le juge d'appel a considéré l'apport en compte courant de 437.468,76 euros apporté par PERSONNE1.) comme échouant à le libérer du paiement du solde du capital social.

Partant, au vu de ce qui précède, l'arrêt de la Cour d'appel entrepris a violé les articles 420-12, 420-23 et 420-27 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, concernant les sociétés commerciales.

L'arrêt encourt dès lors la cassation de ce chef. ».

Réponse de la Cour

Les dispositions visées au moyen, dans la version y reproduite, ont été introduites par la loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. Les faits à la base du litige sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la prédite loi, de sorte que celle-ci n'a pas vocation à s'appliquer au litige.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le second moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Le moyen est tiré de la violation de l'article 1289 du Code Civil.

Il est fait grief à l'arrêt entrepris d'avoir violé le prédit article en ne prononçant pas la compensation judiciaire de la créance de PERSONNE1.) avec le solde du capital social.

II.2.1. Discussion sur le second moyen tiré de la violation de l'article 1289 du Code Civil

Il est de jurisprudence constante que << la compensation après faillite est interdite, sauf s'il s'agit de contrats dans lesquels les obligations réciproques résultent d'une même source indivisible. La compensation après faillite reste permise entre dettes réciproques dérivant d'une même cause. Seraient compensables comme connexes, notamment deux dettes réciproques nées de la résolution du même contrat.

Selon la Cour de Cassation française, la compensation peut jouer entre dettes connexes, même si l'une d'elles naît après l'ouverture de la liquidation judiciaire, thèse qu'admet la Cour de Cassation belge en matière de concordat judiciaire, la Cour énonçant que les juges du fond décident s'il y a entre la dette et la créance un lien de connexité étroite de nature à justifier qu'une compensation s'opère entre elles. Il n'y a, au contraire, pas de compensation possible après faillite entre deux créances qui ont des causes indépendantes. Il a par ailleurs été décidé que toute compensation légale, judiciaire ou conventionnelle est interdite après faillite, alors que équivalant à un double paiement abrégé, une telle compensation permettrait au créancier qui en bénéficierait, d'échapper à la loi du concours. Il est toutefois admis, par exception, que la compensation après faillite est possible entre dettes connexes trouvant leur cause dans un même contrat synallagmatique et cela même lorsque l'une des dettes n'est née qu'après faillite >>.

Il est encore de jurisprudence que la compensation judiciaire après faillite de dette réciproques est possible en cas de connexité entre les créances. Autrement dit, les créances ne doivent pas avoir des causes indépendantes. D'autres décisions ont encore été rendues dans le même sens, ralliant la thèse de la connexité basée sur la finalité commune entre les avances et le capital.

En l'occurrence, même si généralement la libération du capital social et une créance en compte courant d'associé ne présente à priori pas de lien de connexité, il ne trouve qu'en l'espèce, ces deux créances sont connexes.

En effet, en contrepartie du prix payé pour acquérir 90% du capital de SOCIETE2.) (laquelle appartenait à PERSONNE1.), SOCIETE1.) S.A. a consenti à octroyer à PERSONNE1.) 8333 actions de SOCIETE1.) pour la somme symbolique de 1.- EUR et sans obligation de libérer le solde de sa participation (93.746,25.- EUR) dans SOCIETE1.) S.A.

La raison pour laquelle PERSONNE1.) est devenu actionnaire de SOCIETE1.) était de pouvoir apporter de l'argent liquide dans la société afin de désintéresser l'emprunt bancaire de SOCIETE1.) S.A. ; ce qui a été fait en compte courant d'associé. Si cette opération a été mal reflétée dans les comptes de SOCIETE1.) S.A., ce n'est pas la faute de PERSONNE1.).

La fiduciaire aurait simplement dû libérer du capital social souscrit non encore libéré une partie du compte courant d'associé de PERSONNE1.) en le convertissant en capital social libéré.

Partant, il est indéniable que les deux créances (créance en libération du solde du capital social) et la créance de Monsieur PERSONNE1.) à l'encontre de la société pour avoir apporté du liquide à hauteur de 441.282,09.- EUR (compte courant d'associé 481200) et qui a servi à désintéresser l'emprunt bancaire, présentent un lien de connexité certain pour être intimement liées par toute l'opération.

Tout ceci est acté dans les procès-verbaux des 4 août et 9 décembre 2003.

Pièce n°8 : Procès-verbal du 4 août 2003 du conseil d'administration d' de SOCIETE1.) S.A.

Pièce n°9 : Procès-verbal du 9 décembre 2003 de SOCIETE1.) S.A.

Partant, en déclarant qu'il n'y avait pas lieu à compensation judiciaire, l'arrêt de la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1289 du Code Civil.

L'arrêt encourt dès lors la cassation de ce chef. ».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir violé la disposition visée au moyen en n'ayant pas prononcé la compensation judiciaire de la créance du demandeur en cassation avec le solde du capital social.

L'application de l'article 1289 du Code civil suppose l'existence de créances réciproques. A défaut, pour le demandeur en cassation, d'avoir rapporté la preuve d'une créance à l'égard de la société SOCIETE1.), les juges d'appel n'avaient pas à prononcer la compensation judiciaire.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure

Le demandeur en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge des défendeurs en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de leur allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation

déclare le pourvoi recevable ;

le rejette ;

rejette la demande du demandeur en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne le demandeur en cassation à payer aux défendeurs en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

le condamne aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Max MAILLIET, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller Théa HARLES-WALCH en présence du premier avocat général Simone FLAMMANG et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet général

dans l'affaire de cassation de

PERSONNE1.)

contre

1) la société anonyme SOCIETE1.)

2) Maître Max MAILLIET en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE1.), déclarée en état de faillite

(CAS-2022-00120 du registre)

Par mémoire déposé au greffe de la Cour d'appel le 21 novembre 2022, PERSONNE1.), a introduit un pourvoi en cassation contre l'arrêt no 181/21-II-CIV, contradictoirement rendu entre parties le 24 novembre 2021, par la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile.

Le mémoire déposé par la partie demanderesse en cassation, signé par un avocat à la Cour, a été signifié le 21 novembre 2022 aux parties adverses, donc antérieurement à son dépôt. le pourvoi est recevable pour avoir été introduit dans les forme et délai¹ de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, en sa qualité de mandataire de la société anonyme SOCIETE1.), déclarée en état de faillite par jugement de la IIème chambre du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, rendu le 21 novembre 2014, et en sa qualité de curateur de la prédite société, a fait signifier le 25 novembre 2022, au domicile élu de la partie demanderesse en cassation, un mémoire en réponse et l'a déposé au greffe de la Cour d'appel le 6 décembre 2022.

Ce mémoire peut être pris en considération pour avoir été signifié dans les forme et délai de la loi précitée du 18 février 1885.

Faits et rétroactes

Le 14 septembre 2016, Maître Max MAILLIET, en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après « la société SOCIETE1. ») en faillite, a sollicité l'obtention d'une injonction de payer européenne contre PERSONNE1.), actionnaire de ladite société, aux fins d'obtenir la libération du solde du capital social de la société en faillite.

¹ Selon les éléments du dossier, l'arrêt de la Cour d'appel du 21 novembre 2022 a été signifié le 22 septembre 2022 à la partie PERSONNE1.)

Une injonction de payer européenne a été délivrée le 13 octobre 2016 par laquelle PERSONNE1.) a été enjoint de payer à la société SOCIETE1.), représentée par son curateur Maître Max MAILLIET, le montant de 79.995.- euros du chef précité.

PERSONNE1.) a formé opposition contre cette injonction de payer européenne décernée à son encontre.

Par jugement rendu par défaut à l'égard de la partie opposante le 22 février 2017, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré l'opposition recevable, l'a dit non fondée et a condamné PERSONNE1.) à payer à Maître Max MAILLIET, curateur de la société SOCIETE1.), la somme de 79.995.- euros ainsi que la somme de 750.- euros à titre d'indemnité de procédure.

Suivant acte d'opposition du 10 avril 2017, PERSONNE1.) a relevé opposition contre ce jugement.

Par jugement du 9 mai 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré l'opposition contre le jugement du 22 février 2017 recevable, l'a déclarée non fondée et a condamné PERSONNE1.) à payer à Maître Max MAILLIET, curateur de la société SOCIETE1.), la somme de 79.995.- euros, avec les intérêts au taux légal à partir du 29 septembre 2015, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde ainsi que la somme de 500.- euros à titre d'indemnité de procédure. Par le même jugement, il a encore été décidé qu'il n'y a pas lieu à compensation après faillite.

De ce jugement PERSONNE1.) a interjeté appel suivant exploit d'huissier du 21 mars 2021.

Par arrêt du 24 novembre 2021, la Cour d'appel a confirmé la décision des premiers juges.

Le pourvoi sous examen est dirigé contre cet arrêt.

Quant à la recevabilité du pourvoi, contestée par les parties défenderesses

Les parties défenderesses en cassation concluent à l'irrecevabilité du pourvoi en raison de l'acquiescement de la partie demanderesse en cassation à l'arrêt attaqué. Elles déduisent cet acquiescement d'un courrier du mandataire de PERSONNE1.), Maître Amélie BAGNES du 3 janvier 2022, qui se lit comme suit:

« (...) Mon client vous fait savoir que, même s'il considère cette décision judiciaire comme profondément injuste, il compte cependant bien s'y conformer afin d'assumer ses obligations. Ceci étant et au vu de la somme considérable réclamée, je vous prie de bien vouloir nous faire savoir si vous accepteriez un échelonnement de paiement étant donné que Monsieur PERSONNE1.) n'a pas les liquidités nécessaires pour payer immédiatement une telle somme.

Monsieur et Madame PERSONNE1.) ont mis en vente leur maison et un compromis de vente a été signé pour un montant de 382.000-EUR. Afin de prouver leur bonne foi vous trouverez en annexe une copie de ce compromis.

Monsieur PERSONNE1.) vous propose deux solutions :

- *Soit échelonner le paiement de la dette sur 12 mois, à savoir un paiement de 6.957,20.- EUR pendant 12 mois à compter du 1^{er} février 2022,*
- *Soit un paiement intégral de la dette une fois les fonds reçus sur la vente de la maison le 1^{er} juin 2022 (pour être sûr que la vente sera bien passée et les fonds reçus)*

Je vous prie de bien vouloir nous faire savoir rapidement si une des deux propositions serait acceptable pour vous et dans l'affirmative d'en informer sans délai votre huissier de justice afin d'arrêter la procédure de saisie (le délai pour payer expirant le 7 janvier 2022).

Encore une fois, Monsieur PERSONNE1.) compte bien régler sa dette mais a besoin d'un peu de temps pour recouvrer la somme réclamée et sollicite votre bienveillance quant aux propositions de paiement formulées dans le présent courrier.

Nous restons dans l'attente de votre prompt réponse. »

Par courrier du 4 janvier 2022, Maître Max MAILLIET a informé le mandataire du demandeur en cassation de l'acceptation de la proposition de Monsieur PERSONNE1.) de procéder à un paiement intégral de la dette, dès réception des fonds reçus pour la vente de son bien immobilier en date du 1^{er} juin 2022. Compte tenu de cet accord, la procédure de saisie a été suspendue et l'arrêt du 24 novembre 2021 n'a pas fait l'objet de signification. A noter que PERSONNE1.) n'a pas honoré son engagement, ce qui a conduit Maître MAILLIET à faire signifier l'arrêt précité.

L'acquiescement est un acte juridique comportant renonciation au droit d'exercer un recours contre un jugement et acceptation de l'exécution de celui-ci². En la forme, il peut être exprès ou tacite.

Pour une analyse complète de votre jurisprudence en matière d'acquiescement, il y a lieu de citer les conclusions de Monsieur le Procureur général d'Etat adjoint John PETRY dans l'affaire inscrite sous le numéro CAS-2021-00139 du registre aux termes desquels :

« Suivant votre jurisprudence constante, l'acquiescement tacite à une décision de justice ne peut être déduit que d'actes ou de faits précis et concordants qui révèlent l'intention certaine de la partie de donner son adhésion à celle-ci³. Ce critère est à apprécier en tenant compte de ce que, en matière civile, le pourvoi en cassation n'est pas suspensif⁴. Il en suit que l'exécution par le demandeur en cassation de l'arrêt attaqué ne dénote pas que ce dernier ait renoncé à une voie de recours qui lui était ouverte lorsque cette exécution a eu lieu sur injonction du

² J. et L. BORE, La cassation en matière civile, Dalloz Action, éd. 2015/2016, n°36.11, p.140

³ Cour de cassation, 6 juin 2002, n° 33/02, numéro 1852 du registre ; idem, 19 décembre 2002, n° 52/02, numéro 1928 du registre ; idem, 22 mai 2003, n° 33/03, numéro 1983 du registre ; idem, 19 avril 2007, n° 19/07, numéro 2368 du registre ; idem, 5 mars 2009, n° 12/09, numéro 2585 du registre ; idem, 8 décembre 2011, n° 67/11, numéro 2899 du registre ; idem, 1^{er} mars 2012, n° 8/12, numéro 2866 du registre ; idem, 7 novembre 2013, n° 67/13, numéro 3245 du registre ; idem, 8 janvier 2015, n° 4/15, numéro 3442 du registre ; idem, 30 avril 2015, n° 36/15 ; idem, 2 juin 2016, n° 61/16, numéro 3654 du registre ; idem, 2 mars 2017, n° 21/2017, numéro 3758 du registre ; idem, 3 mai 2018, n° 36/2018, numéro 3958 du registre ; idem, 18 mai 2017, n° 51/2017, numéro 3799 du registre ; idem, 28 mars 2019, n° 50/2019, numéro 4087 du registre ; idem, 20 mai 2021, n° 86/2021, numéro CAS-2020-00069 du registre ; idem, 10 juin 2021, n° 96/2021, numéro CAS-2020-00109 du registre ; idem, 8 juillet 2021, n° 113/2021, numéro CAS-2020-00119 du registre ; idem, 16 décembre 2021, n° 158/2021, numéro CAS-2020-00151 du registre.

⁴ Arrêts précités du 19 décembre 2002, du 22 mai 2003, du 5 mars 2009, du 7 novembre 2013, du 8 janvier 2015, du 2 juin 2016, du 2 mars 2017, du 3 mai 2017, du 18 mai 2017, du 28 mars 2019, du 20 mai 2021, du 10 juin 2021 et du 16 novembre 2021.

défendeur en cassation⁵ ou suite à l'envoi d'un décompte⁶ ou d'une demande⁷ par ce dernier. Il importe à cet égard peu que le paiement effectué dans de telles circonstances ait eu lieu sans réserves⁸. En revanche, une exécution spontanée de l'arrêt attaqué par le demandeur en cassation, hors de toute demande afférente des parties gagnantes, dans un bref délai après que l'arrêt a été rendu, établi, à l'abri de tout doute que le demandeur en cassation avait intention d'acquiescer⁹ ».

En l'espèce, un acquiescement exprès de la part de l'actuel demandeur en cassation de l'arrêt attaqué se déduit des termes du courrier précité du 3 janvier 2022 de son mandataire. Dans ledit courrier, rédigé spontanément suite à une sommation d'huissier de payer un montant de 83.486,43 euros, la partie demanderesse en cassation déclare entendre se conformer à l'arrêt et assumer ses obligations.

Cette acceptation écrite, formelle et non équivoque de l'arrêt par l'actuelle partie demanderesse en cassation emporte soumission aux chefs de ladite décision et renonciation à l'exercice d'un recours en cassation.

Le pourvoi sous examen est dès lors à déclarer irrecevable.

A titre subsidiaire, en cas de recevabilité du pourvoi :

Quant au premier moyen de cassation

Le premier moyen est tiré de la violation des articles 420-12, 420-13 et 420-27 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture et chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi la décision attaquée encourt le reproche allégué.

Au vu de la façon dont le moyen est présenté, on peut s'interroger s'il répond aux exigences de précision requises par l'article précité.

Le demandeur en cassation fait état de la violation de plusieurs dispositions légales, sans pour autant procéder à un énoncé du moyen. Il n'indique ni la partie critiquée de la décision ni ce en quoi la décision attaquée encourt le reproche allégué. Ce n'est que la lecture de la discussion qui permet d'apporter les précisions nécessaires à la compréhension des critiques dirigées contre l'arrêt d'appel.

Les développements en droit qui, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 10 précité, peuvent compléter l'énoncé du moyen, ne peuvent cependant suppléer la carence de celui-ci au regard des éléments dont la précision est requise sous peine d'irrecevabilité.

⁵ Arrêts précités du 19 décembre 2002, du 8 décembre 2011, du 3 mai 2017,

⁶ Arrêt précité du 22 mai 2003.

⁷ Arrêts précités du 18 mai 2017 et du 16 décembre 2021.

⁸ Arrêts précités du 19 avril 2007, du 1^{er} mars 2012, du 7 novembre 2013

⁹ Arrêts précités du 2 mars 2017, du 28 mars 2019 et du 8 juillet 2021.

Au vu des développements qui précèdent le moyen est irrecevable au regard de l'article 10 précité.

Même à supposer que le moyen est recevable, le grief est inopérant.

Les articles 420-12¹⁰, 420-23¹¹ et 420-27¹² dont la violation est alléguée ont été introduits dans la version indiquée ci-dessus par la loi du 10 août 2016, portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, dont l'objectif était d'achever une entreprise de modernisation du droit luxembourgeois des sociétés. L'analyse détaillée des dispositions visées ci-dessus dépasse cependant le cadre du présent pourvoi étant donné qu'elles sont indifférentes à la solution des problèmes posés.

¹⁰ Article 420-12 (anciennement 26-3):

Les apports autres qu'en numéraire ne peuvent être rémunérés par des actions que s'ils consistent en éléments d'actifs susceptibles d'évaluation économique, à l'exclusion des actifs constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou de prestations de services.

Ces apports sont appelés apports en nature.

¹¹ Article 420-23 (anciennement 32-1):

(1) Les formalités et conditions prescrites pour la constitution des sociétés s'appliquent à l'augmentation du capital par des apports nouveaux, sous réserve des dispositions qui suivent.

(2) Les membres du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, sont tenus solidairement des obligations prévues par l'article 420-19 à charge des fondateurs.

(3) Si l'augmentation de capital annoncée n'est pas entièrement souscrite, le capital n'est augmenté à concurrence des souscriptions recueillies que si les conditions de l'émission ont expressément prévu cette possibilité.

(4) La réalisation de l'augmentation est constatée par un acte notarié, dressé à la requête du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, sur présentation des documents justificatifs des souscriptions et des versements, lorsque l'augmentation a lieu par souscription ou lorsqu'elle est faite en vertu de l'autorisation prévue à l'article 420-22. L'acte notarié doit être dressé dans le mois de la clôture de la souscription ou dans les trois mois à partir du jour de l'ouverture de la souscription.

(5) Chaque action doit être libérée d'un quart au moins, soit par un apport en numéraire, y compris par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société, soit par un apport en nature, soit par incorporation de réserves, bénéfiques ou prime d'émission.

(6) Pour les apports en nature, les actions doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à partir de la décision d'augmentation de capital. Un rapport est à établir par un réviseur d'entreprises conformément à l'article 420-10 ; ce réviseur d'entreprises est désigné par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas. Le rapport du réviseur d'entreprises sera déposé conformément aux dispositions du titre Ier, chapitre Vbis de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

¹² Article 420-27 (anciennement 32-4):

Les articles 420-22, 420-23 à l'exception de son paragraphe 6 et 420-26 sont applicables à l'émission d'obligations convertibles, de tous autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription, isolés ou attachés à un autre titre. L'article 420-23, paragraphe 6, est toutefois applicable à l'émission d'obligations convertibles ou de tous autres instruments de créance convertibles en capital lorsque le prix de souscription de tels instruments est libéré en nature.

L'article 420-25 est applicable à la conversion d'obligations convertibles et de tous autres instruments de créance convertibles en capital ainsi qu'à l'exercice de droits de souscription isolés ou attachés à un autre titre. Les articles 420-22, 420-23 et 420-26 ne sont pas applicables dans les cas visés au présent alinéa.

La conversion d'obligations convertibles est à considérer comme un apport en numéraire libérable par compensation avec une créance sur la société et sera soumise aux mêmes conditions qu'un tel apport.

La décision du conseil d'administration de procéder à l'émission d'obligations convertibles ou de tous autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription doit être prise durant la période de l'autorisation. Cette décision diminuera à due concurrence le montant disponible du capital autorisé. La conversion d'obligations convertibles ou l'exercice de droits de souscription peut avoir lieu après la fin de la période d'autorisation.

En effet les faits à la base de l'affaire dont les juridictions ont eu à connaître se sont déroulés en 2002 et les juridictions saisies ont jugé les faits par rapport à la loi du 10 août 2015 « *dans sa version applicable au moment des faits*¹³ ». Les textes de loi visés au moyen n'ont donc pas eu vocation à s'appliquer au litige et n'ont par conséquent pas trouvé application dans la décision dont pourvoi.

Quant au deuxième moyen de cassation

Le deuxième moyen est tiré de la violation de l'article 1289 du Code civil. Il est fait grief à l'arrêt entrepris d'avoir violé l'article en question en ne prononçant pas la compensation judiciaire de la créance de PERSONNE1.) avec le solde du capital social.

L'article 1289 du Code civil se lit comme suit : « *Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.* »

Encore faut-il être en présence de créances réciproques.

Sur ce point la Cour d'appel a retenu que :

« Dans le cas présent, PERSONNE1.) prétend être créancier de la société SOCIETE1.) pour un montant total de 500.437,04.- euros résultant d'avances en compte courant de son compte associé n° 481200 d'un montant de 441.282,09.- euros ainsi que de son compte associé n° 481000 d'un montant de 59.155,04.- euros. Dans l'hypothèse où la Cour d'appel le condamne au paiement du solde du capital social à libérer, PERSONNE1.) demande la compensation judiciaire de cette condamnation avec sa prétendue créance à l'égard de la société SOCIETE1.).

Il appartient dès lors à PERSONNE1.) d'établir l'existence de sa créance à l'égard de la société SOCIETE1.). A ces fins, il demande dans son acte d'appel un sursis à statuer en attendant l'issue de l'appel qu'il a interjeté contre le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement le 4 janvier 2019 ayant rejeté du passif de la société SOCIETE1.) sa déclaration de créance d'un montant de 500.437,13.- euros.

Par arrêt rendu le 28 juillet 2020, la Cour d'appel, quatrième chambre, a confirmé le jugement rendu en première instance le 4 janvier 2019 en ce qu'il a rejeté la déclaration de créance de PERSONNE1.) du passif de la société SOCIETE1.). Pour statuer ainsi, la Cour d'appel a retenu que la créance de PERSONNE1.) à l'égard de la société SOCIETE1.) n'était pas établie.

Au vu de cet arrêt, le curateur de la société SOCIETE1.) conclut au rejet de la demande de PERSONNE1.) en compensation judiciaire.

Bien que PERSONNE1.) conteste l'affirmation du curateur en ce que l'arrêt en question ait rejeté sa déclaration du passif de la société, il résulte clairement de la motivation de l'arrêt en question que la Cour d'appel a décidé qu'il n'avait pas rapporté la preuve de ses deux créances

¹³ Page 7, paragraphe 2, de la décision dont pourvoi

à l'égard de la société SOCIETE1.), raison pour laquelle elle a confirmé le jugement rendu en première instance rejetant sa créance du passif de ladite société.

L'arrêt du 28 juillet 2020 ayant autorité de chose jugée concernant la contestation tranchée, la Cour d'appel ne saurait, dans le présent appel, réexaminer les moyens invoqués par PERSONNE1.) pour contester la décision que la Cour d'Appel a prise le 28 juillet 2020.

A défaut d'avoir rapporté la preuve d'une créance à l'égard de la société SOCIETE1.), les conditions de la compensation judiciaire, telle que demandée par PERSONNE1.), ne sont pas réunies. »

Il ressort de la lecture de l'extrait de la décision dont pourvoi, cité ci-avant, que la juridiction d'appel a conclu à l'absence de preuve d'une créance de PERSONNE1.) à l'encontre de la société SOCIETE1.). Or dans le cadre de la discussion de son moyen la partie demanderesse en cassation ne critique pas l'application de l'article 1289 du Code civil par les juges d'appel, mais entend remettre en question les conclusions des juges d'appel quant à l'absence de preuve de créance de PERSONNE1.) à l'encontre de la société SOCIETE1.), et implicitement remettre en question l'autorité de chose jugée de l'arrêt no 125/20 IV-COM du 25 juillet 2020¹⁴, rendu par la Cour d'appel, deuxième chambre, qui a conclu à l'absence de preuve d'une créance, relative à des avances en compte courant d'associé dans le chef de PERSONNE1.) à l'encontre de la société SOCIETE1.).

Sous le couvert de la violation de l'article visé au moyen, la partie demanderesse en cassation ne tend qu'à remettre en discussion l'absence de preuve de l'existence d'une créance de PERSONNE1.) à l'encontre de la société SOCIETE1.) devant la Cour de cassation, examen qui relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Le moyen ne saurait dès lors être accueilli.

Conclusion

Le pourvoi est irrecevable, sinon non fondé.

Pour le Procureur général d'Etat,
le premier avocat général,

Sandra KERSCH

¹⁴ Pièce 5, produite par Maître Amélie BAGNES