

N° 126 / 2020
du 15.10.2020
Numéro CAS-2019-00131 du registre

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

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Henri BECKER, conseiller à la Cour d'appel,
Stéphane PISANI, conseiller à la Cour d'appel,
John PETRY, procureur général d'Etat adjoint,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (...),

demandeur en cassation,

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

et:

1) la société anonyme SOC1), 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 Philippe DUPONT, avocat à la Cour,

2) la société anonyme Soc2 (anciennement 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 Glenn MEYER, avocat à la Cour.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 8/19, rendu le 9 janvier 2019 sous le numéro 44685 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 août 2019 par X à la société anonyme SOC1) (ci-après « *la société SOC1* ») et à la société anonyme Soc2), déposé le 19 août 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 10 octobre 2019 par la société SOC1) à X, déposé le 11 octobre 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 10 octobre 2019 par la société anonyme Soc2) à X, déposé le 11 octobre 2019 au greffe de la Cour ;

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

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, avait rejeté la demande de X en paiement d'un certain montant dirigée contre la société SOC1) et la société Soc2) (anciennement la société Soc3)) à titre de réparation du préjudice matériel subi en raison de la perte de valeur d'investissements réalisés dans des parts des fonds dénommés Blue Star et Rafale. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Sur l'unique moyen de cassation :

« Tiré du défaut de base légale

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement du Tribunal d'arrondissement du 16 décembre 2016 et d'avoir rejeté les demandes de Monsieur X.

Pour statuer ainsi, la Cour d'appel a retenu que Monsieur X n'avait pas établi que la société Soc4) était une société fictive, de sorte que la société était le

seul titulaire des comptes dépôt-titres auprès de la SOCI), à l'exclusion de son bénéficiaire économique (Monsieur X) qui n'était pas partie au contrat.

La Cour d'appel en a conclu que Monsieur X ne pouvait pas se prévaloir de l'existence d'une relation contractuelle directe avec la banque et que par conséquent, sa demande basée sur la responsabilité contractuelle était à rejeter.

La Cour a privé sa décision de base légale à plusieurs titres, chacun sera exposé dans une branche distincte du moyen de cassation.

Première branche du moyen

Tiré du défaut de base légale,

En ce que la Cour d'appel n'a pas procédé aux constatations de fait nécessaires et suffisantes pour statuer sur le droit.

Les décisions de la Cour de cassation française considèrent le défaut de base légale comme un cas d'ouverture à cassation distinct du défaut de motivation.

Le défaut de base légale est défini << comme l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaire pour statuer sur le droit >> (La cassation en matière civile, Jacques Boré/Louis Boré, Dalloz éd° 2009/2010).

La cassation prononcée sur ce fondement s'analyse en quelques sortes en << une demande de supplément d'instruction sur les faits adressés par le juge de cassation à la juridiction de renvoi >> (Encyclopédie DALLOZ, Procédure Verbo : Pourvoi en cassation n°526 et suivants et plus particulièrement au n° 530 qui cite un arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1922, Cassation Civile 22 décembre 1922, S.1924.1.235).

La Cour de Cassation considère que << Est recevable le moyen produit en cassation qui, loin de s'attaquer à une constatation en fait, fournie par le jugement attaqué, en tire argument pour soutenir qu'après s'être livrés à cette constatation souveraine en fait, les juges du fond en ont déduit des conséquences erronées en droit. >> (Cassation 25 juillet 1902, Pasiricis n°6, 67).

Il faut encore relever que la Cour de Cassation française contrôle la qualification du contrat de société et vérifie que les juges du fond ont constaté l'existence des éléments légaux retenus par l'article 1832 du code civil (voir La Cassation en matière civile, Editions DALLOZ, numéro 67132 et décisions y citées).

La Cour de Cassation française exerce un contrôle indirect de la qualification de l'affectio societatis, sous l'angle du défaut de base légale, vérifiant notamment que l'existence d'une affectio societatis n'a pas été déduite d'un simple état d'indivision, mais d'une recherche d'intention comme le veut l'article 1832 du Code Civil. (ibidem)

En l'occurrence pour aboutir à la conclusion qu'il n'avait pas été démontré que la société SOCI) était une société fictive, l'arrêt attaqué a retenu que le défaut

d'affectio societatis, caractérisé par l'absence de volonté de créer une société et de participer au succès de l'entreprise commune, n'était pas établi en l'espèce.

A cet égard, la Cour d'appel s'est uniquement fondé sur le motif que l'article 3 des statuts de SOC4) prévoyait que la société était créée avec un capital souscrit de 10.000 USD, représenté par cents actions d'une valeur nominale de cents euros chacune.

Elle n'a nullement recherché qu'il existait une intention commune de mettre en commun quelque chose en vue d'en partager le bénéfice comme prévu par l'article 1832 du Code civil.

La Cour d'appel a certes relevé qu'aucune information n'était fournie quant au nombre d'associés ou la répartition des parts dont se composait le capital social, mais elle n'en a déduit aucune conséquence pour la qualification de l'affectio societatis pour la société SOC4).

La Cour d'appel a procédé par voie de simple affirmation et n'a pas basé sa motivation sur des constatations de fait suffisantes pour pouvoir qualifier l'existence d'affectio societatis pour la société SOC4).

La Cour d'appel n'a pas procédé aux constatations de fait nécessaires pour qualifier cet élément légal nécessaire à l'existence du contrat de société, notamment en examinant le nombre réel d'associés, la répartition des parts sociales, respectivement la réunion de toutes les parts entre les mains d'un seul associé, la libération effective du capital souscrit, pour pouvoir valablement conclure à l'existence d'affectio societatis en l'espèce.

En procédant ainsi, alors que les constatations de fait n'étaient pas suffisantes pour lui permettre de qualifier en droit l'existence d'affectio societatis pour la société SOC4), la Cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Que l'arrêt d'appel encourt la cassation.

Deuxième branche du moyen

Tiré du défaut de base légale,

En ce que la Cour d'appel a insuffisamment motivé sa décision en fait et a négligé des constatations de fait qui étaient nécessaires pour statuer sur le droit.

Pour conclure qu'il n'avait pas été démontré que la société SOC4) était une société fictive, l'arrêt attaqué a retenu que les éléments du dossier contredisaient le reproche que la société n'avait ni objet social ni activité commerciale.

Pour statuer ainsi, la Cour d'appel s'est référée à l'article 2 a-j des statuts de la société SOC4) selon lequel l'objet social était entre autres en << opening and operation of bank accounts of any nature with any bank or financial establishment in any part of the world >>.

Dans la mesure où deux comptes en banque ont été ouverts par la société SOC4) à son nom dans les livres de la SOC1), la Cour d'appel conclut à l'existence d'un objet social, respectivement à une activité commerciale de la société.

Toutefois, la Cour d'appel n'a procédé à aucune constatation relative à une activité sociale réelle ou un fonctionnement régulier de SOC4),.

La juridiction d'appel, tout en relevant que Monsieur X s'était vu consentir tous pouvoirs par SOC4) pour représenter et valablement engager la société dans ses relations avec la SOC1) par sa seule signature, n'en a tiré aucune conséquence quant à l'appréciation d'une activité commerciale réelle, respectivement quant à la fictivité de la société.

La Cour d'appel n'a pas relevé que la société ne disposait pas d'un réel organe de direction et que Monsieur X était le véritable maître de l'affaire au travers de la délégation de pouvoir lui consentie.

L'arrêt attaqué n'a pas à suffisance constaté les faits nécessaires pour pouvoir déduire l'existence d'un objet social non fictif et d'une réelle activité commerciale de la société SOC4), comme élément légal nécessaire à l'existence du contrat de société, et a ainsi dénié à tort l'application de la qualification de société fictive en l'espèce,

Que la Cour d'appel a ainsi privé sa décision de base légale,

Que l'arrêt d'appel encourt la cassation. ».

Sur la première branche du moyen :

En retenant :

« Quant au caractère fictif de la société Soc4), il convient de distinguer la fictivité juridique de la fictivité économique. La différence est que la première forme de fictivité apparaît à la constitution de la société tandis que la seconde naît en cours de la vie sociale.

En l'occurrence, dans la mesure où l'appelant fait plaider que la société Soc4) a été créée par la société SOC3) et que certains éléments constitutifs du contrat de société feraient défaut, c'est plutôt la fictivité juridique qui est visée.

La société Soc4) est une société de droit panaméen qui a été constituée le 10 juillet 2007 (pièce n° 10 de la société Arendt & Medernach).

Si la preuve de la fictivité est libre, c'est à la partie qui l'invoque de la démontrer.

X se limite aux termes de son acte d'appel à soutenir que la société Soc4) serait dépourvue d'un affectio societatis et qu'elle n'aurait ni activité commerciale, ni objet social.

Le défaut d'affectio societatis, caractérisé par l'absence de volonté de créer une société et de participer au succès de l'entreprise commune n'est cependant pas établi. Il résulte de l'article 3 des statuts de la société Soc4) qu'elle a été constituée avec un capital souscrit de 10.000 USD, représenté par cents actions d'une valeur nominale de cents euros chacune. Aucune information n'est fournie ni quant au nombre des associés, ni quant à la répartition des parts dont se composait le capital social. L'égalité entre associés n'est pas un principe absolu en matière de sociétés, si bien qu'un associé peut détenir la grande majorité des parts sans que la société soit fictive (note de la Cour : à admettre qu'il s'agisse d'une société unipersonnelle, l'inexistence d'une société ne peut être déduit du fait qu'une personne est seule propriétaire de l'ensemble des parts sociales : Cass.com., 15 février 2005, Jurisdata n° 2005-027197).

Le reproche que la société n'aurait ni objet social, ni activité commerciale est contredit par les éléments du dossier. Selon l'article 2 a-j) des statuts, l'objet social de la société Soc4) consiste entre autres en « the opening and operation of bank accounts of any nature with any bank or financial establishment in any part of the world ». Deux comptes en banque ont été ouverts par la société Soc4) au nom de celle-ci dans les livres de la société SOC1). Bien que X se soit vu consentir par la société Soc4) tous pouvoirs « aux fins de représenter et d'engager valablement la société dans toutes ses relations avec la SOC1), y compris la gestion des comptes, sous sa seule signature », le titulaire des comptes dépôt-titres ouverts dans les livres de la BANQUE est la société Soc4).

Au vu des considérations qui précèdent, X n'a pas établi que la société Soc4) serait une société fictive. »,

les juges d'appel ont, par une motivation exempte d'insuffisance, rejeté le moyen de la demanderesse en cassation tiré du caractère fictif de la société Soc4) et retenu l'absence d'une relation contractuelle entre le demandeur en cassation et la banque.

Il en suit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur la seconde branche du moyen :

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen doit, sous peine d'irrecevabilité, préciser le cas d'ouverture invoqué.

Le défaut de base légale constitue un moyen de fond qui doit être rattaché à une disposition prétendument violée du fait que la décision attaquée ne constate pas tous les faits nécessaires à la mise en œuvre de cette règle de droit.

Il en suit que faute de la précision requise, le moyen, pris en sa seconde branche, est irrecevable.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure :

La demanderesse 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 défenderesses en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient d'allouer à chacune d'elles une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

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

condamne le demandeur en cassation à payer à chacune des défenderesses en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, sur ses affirmations de droit.

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 John PETRY et du greffier Viviane PROBST.

**Conclusions du Ministère Public
dans l'affaire de cassation**

X

contre

**1) Soc1) et
2) Soc2) SA (anc. Soc3))**

numéro CAS-2019-00131 du registre

Le pourvoi du demandeur en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 19 août 2019 d'un mémoire en cassation signé par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, signifié le 13 août 2019 aux défenderesses en cassation par le ministère de l'huissier de justice Geoffrey GALLE, demeurant à Luxembourg, est dirigé, aux termes du mémoire, contre un arrêt no° 8/19 IV-COM rendu contradictoirement le 9 janvier 2019 par la Cour d'appel, siégeant en matière commerciale, quatrième chambre, sous le numéro du rôle 44.685. Cet arrêt a été signifié au demandeur en cassation sur requête de la défenderesse *sub* 1) par l'huissier de justice Frank SCHAAL, demeurant à Luxembourg, en date du 7 juin 2019.

La défenderesse *sub* 1) a déposé en date 11 octobre 2019, partant dans le délai légal, un mémoire en réponse signé pour la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour, signifié le 10 octobre 2019 au défendeur par le ministère de l'huissier de justice Frank SCHAAL, demeurant à Luxembourg.

La défenderesse *sub* 2) a déposé en date 11 octobre 2019, partant dans le délai légal, un mémoire en réponse signé pour la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, par Maître Glenn MEYER, avocat à la Cour, signifié le 10 octobre 2019 au défendeur par le ministère de l'huissier de justice Frank SCHAAL, demeurant à Luxembourg.

Le pourvoi est recevable en la pure forme pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Aux termes du mémoire en cassation, l'arrêt contre lequel est dirigé le pourvoi est attaqué en ce qu'il a « confirmé le jugement du Tribunal d'arrondissement du 16 décembre 2016 et (a) rejeté les demandes de Monsieur X ».

Le concluant renvoie au résumé exhaustif des faits à la base du présent recours figurant dans la décision attaquée, qui se résument à un différend entre le demandeur et les défendeurs en cassation au sujet de sommes investies par le premier au travers d'une structure de sociétés *off shore* conseillée, voire mise à disposition par les seconds dans

des fonds d'investissement, sommes perdues selon le demandeur dans le contexte des fraudes « M) ».

Quant au moyen unique de cassation

Tiré de

« l'absence de base légale »

Le moyen unique de cassation est articulé en deux branches, la première tirée de ce que « *la Cour d'appel n'a pas procédé aux constatations de fait nécessaires et suffisantes pour statuer sur le droit* », la seconde de ce que « *la Cour d'appel a insuffisamment motivé sa décision en fait et a négligé des constatations de fait qui étaient nécessaires pour statuer sur le droit* ».

Toutefois, ainsi que le constatent les défendeurs en cassation, on peut retenir de la lecture de ces deux branches qu'en réalité elles mettent en œuvre le même grief à l'encontre de la décision entreprise, à savoir que les juges d'appel auraient « omis de procéder à une constatation suffisante et nécessaire des faits pour décider que la société Soc4) n'est pas à considérer comme étant une société fictive¹ », de telle sorte qu'elles peuvent être réunies dans le cadre des présentes conclusions.

quant à la recevabilité en la forme

Les défendeurs en cassation contestent la recevabilité du moyen en la forme en lui reprochant, en premier lieu, un défaut de précision et, en second lieu, d'être mélangé de fait et de droit.

Pour ce qui est du reproche de défaut de précision, il y a lieu de rappeler qu'un moyen est recevable en la forme dès qu'il répond aux exigences minimales de formulation instaurées par la loi du 3 août 2010 modifiant l'article 10 de la loi de 1885, précitée. Celles-ci soumettent la recevabilité d'un moyen de cassation aux seules critères suivants :

- qu'il ne mette en œuvre, au moins dans ses différents éléments, qu'un seul cas d'ouverture de cassation à la fois, et cela en précisant à chaque fois le cas d'ouverture invoqué,
- qu'il indique la partie critiquée de la décision,
- et en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.

Si toutefois l'énoncé du moyen n'est pas suffisamment précis, les juges de cassation pourront prendre en considération, pour le compléter, les considérations en droit figurant au développement du moyen.

¹ mémoire de la soc2), p. 2, mémoire de la soc1), p. 2

Au vu de ces critères, le moyen unique de cassation, pris dans ces deux branches, et supplée dans ses imperfections par ses développements, est suffisamment précis, sous l'aspect analysé, pour être recevable en la pure forme.

Pour ce qui est du reproche de mélange de fait et de droit, il s'impose de rappeler qu'un moyen est sujet à ce reproche dès qu'il soumet à la Cour de cassation un moyen qui met en jeu des éléments de faits qui ne sont pas déjà constatés par la décision attaquée. Or, aucun des défendeurs en cassation n'indique dans ses conclusions quels seraient les faits nouveaux qui auraient été soumis à votre Cour, mais ils se bornent à reprocher aux deux branches du moyen de tendre à instaurer « une discussion de l'appréciation des faits devant la Cour de Cassation ». La sanction de moyens tendant à cette fin n'est cependant pas leur irrecevabilité en la forme, mais leur irrecevabilité au fond.

Il s'ensuit que le moyen, pris encore une fois dans ces deux branches, est encore recevable en la forme sous ce deuxième point de vue.

quant au fond

La substance du moyen unique de cassation, tel que tiré du défaut de base légale résultant d'un défaut de constatation des faits de l'espèce, pris en ses deux branches, a été résumée ci-dessus.

L'insuffisance de motifs, équivalant à un défaut de base légale et consistant en l'absence de constatations suffisantes des faits à la base du raisonnement juridique des juges du fond, est considérée comme un vice de fond : la décision entreprise comprend certes des motifs, mais ceux-ci sont incomplets ou imprécis.

Toutefois, et le concluant rejoint sur ce point les conclusions des défendeurs en cassation, en l'espèce le moyen unique de cassation ne tend en réalité qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des faits par les premiers juges.

Le moyen unique et dès lors irrecevable.

en conclusion

Le recours est recevable en la pure forme.

Le moyen unique de cassation, recevable en la pure forme, est cependant irrecevable, de sorte qu'il y a lieu de rejeter le recours.

Luxembourg, le 19 mars 2020
pour le Procureur général d'Etat

Jeannot NIES
Procureur général d'État adjoint