N° 34 / 16.
du 24.3.2016.

Numéro 3617 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-quatre mars deux mille seize.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Jean-Claude WIWINIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour d'appel,
Marc HARPES, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (…),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Myriam PIERRAT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société à responsabilité limitée SOC1), établie et ayant son siège social à (…), représentée par son gérant, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (…),

défenderesse en cassation,

comparant par M**aître Donata GRASSO,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 13 mai 2015 sous le numéro 41551 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 17 juillet 2015 par X à la société à responsabilité limitée SOC1), déposé au greffe de la Cour le 20 juillet 2015 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 24 août 2015 par la société à responsabilité limitée SOC1) à X, déposé au greffe de la Cour le 27 août 2015 ;

Vu le nouveau mémoire signifié le 7 décembre 2015 par X à la société à responsabilité limitée SOC1), déposé au greffe de la Cour le 10 décembre 2015 ;

Sur le rapport du conseiller Irène FOLSCHEID et sur les conclusions du premier avocat général Jeanne GUILLAUME ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le juge des référés près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait, sur base de l'article 350 du Nouveau code de procédure civile, fait droit à la demande de X tendant à la condamnation de la société à responsabilité limitée SOC1) à lui délivrer certaines pièces et à l'institution d'une expertise ; que la Cour d'appel, par réformation, a dit cette demande non fondée ;

Sur l'unique moyen de cassation :

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué, réformant l'ordonnance de première instance, d'avoir dit non fondée la demande de X tendant à la délivrance de certaines pièces et à l'institution d'une expertise sur base de l'article 350 du Nouveau code de procédure civile aux motifs que :

<< L'article 350 du Nouveau Code de procédure civile dispose que s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. Non subordonnée aux conditions de l'urgence et de l'absence de contestations sérieuses, la demande basée sur l'article 350 du Nouveau code de procédure civile a un caractère autonome et ne doit répondre qu'aux exigences posées par ledit texte lesquelles sont, à part l'absence de procès au fond, l'existence d'un motif légitime d'établir, par mesure d'instruction légalement admissible, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Ledit texte institue un référé qui est autant << préventif >>, en ce qu'il tend à éviter tout procès au fond, que << probatoire >>, en ce qu'il tend à conserver des éléments de preuve soumis au risque d'un dépérissement prochain ou à établir

la preuve de faits qui se sont déjà produits et qui ne sont pas soumis au risque d'un changement ou d'une disparition prochains.

Il y a motif légitime au sens de la loi s'il n'est a priori pas exclu que des faits ou des éléments dont l'on veut établir ou conserver la preuve, puisse dépendre la solution d'un éventuel procès au fond entre parties, voire qu'ils soient susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige. Le juge est souverain pour apprécier le motif légitime qui constitue la seule condition positive du recours à une mesure d'instruction in futurum.

Il faut qu'il s'agisse de faits à prouver lesquels doivent fournir les éléments matériels constitutifs du litige futur. Les faits dont il s'agit d'établir ou de conserver la preuve doivent dès lors être utiles et pertinents c-à-d que le motif n'est légitime que si les faits dont on veut établir ou conserver la preuve sont susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige.

En l'espèce, la demande ne tend pas à la conservation de preuves soumis (sic) à un risque de dépérissement, ni de faire établir des faits dont pourrait dépendre la solution du litige, mais elle tend à voir évaluer le prix d'actions, pour lesquels il est loin d'être établi que X a le droit d'exercer une option d'achat. La demande part de l'hypothèse qu'il est acquis que X a le droit d'acquérir ces actions. Or, le tribunal arbitral devra avant toute chose trancher cette question.

Dès lors les mesures sollicitées ne tendent pas à la preuve de faits dont pourra dépendre la solution d'un litige, mais à l'évaluation d'un droit dont il n'est pas établi qu'il existe, de sorte que les conditions de l'article 350 du NCPC ne sont pas remplies et qu'il y a lieu de reformer la décision entreprise et de déclarer la demande non fondée. >>

alors que, comme l'a rappelé à juste titre la Cour d'appel, il est de jurisprudence constante que la demande basée sur l'article 350 du NCPC n'est pas subordonnée à la condition de l'absence de contestation sérieuse.

La Cour d'appel a refusé de faire droit à la demande de Monsieur X en raison de ce qu'il serait << loin d'être établi que X a le droit d'exercer une option d'achat >> et de ce que << la demande part de l'hypothèse qu'il est acquis que X a le droit d'acquérir ces actions. Or, le tribunal arbitral devra avant toute chose trancher cette question >>.

Certes, le droit de X d'acquérir les actions litigieuses a été - à tort - contesté pat SOC1) et devra, in fine, être tranché par la juridiction arbitrale.

Mais ainsi que l'avait, à juste titre, souligné le juge de première instance, il suffit que le demandeur prouve << l'existence d'un contentieux plausible et crédible, dont le contenu et le fondement sont cernés approximativement et sur lequel pourra influer le résultat de la mesure à ordonner >> (ordonnance du 26 mai 2014, p. 19) et il n'est en aucune manière requis que son droit soit d'ores et déjà établi à l'exclusion de tout doute et qu'il ne fasse l'objet d'aucune contestation. En effet, << le référé probatoire de l'article 350 du NCPC a un caractère autonome et n'est pas lié (...) à l'absence de contestations au fond >> (cf. M. Kleyr,

La production forcée de pièces par voie de référé dans un contexte international : la pre-trial document discovery à la luxembourgeoise, JTL 2011, p. 16 ss, spéc. p. 17).

C'est ce que rappellent, à la suite de trois arrêts rendus par la Cour de cassation française le 7 mai 1982, tous les auteurs consultés relativement aux conditions d'application du référé probatoire de l'article 145 du Code de procédure civile français, que l'article 350 du NCPC luxembourgeois a repris mot pour mot.

Ainsi, selon M. A :

<< Il est maintenant fermement acquis depuis les trois arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation en date du 7 mai 1982, que lorsqu'il statue en application de l'article 145, le juge des référés n'est pas soumis aux conditions exigées par l'article 808. Les mesures prévues par le texte peuvent donc être décidées même en l'absence d'urgence, et alors même que s'élèverait une contestation sérieuse sur la recevabilité ou le bien-fondé de la demande susceptible d'être portée ensuite devant le juge du fond >> (La pratique des procédures rapides, Litec, 2e édition, p.102).

Commentant les arrêts de 1982 cités par M. A, M. B notait :

<< Le premier de ces arrêts (...) affirme clairement que le pouvoir du juge des référés, au titre de l'article 145 nouv. c. pr. civ., n'est aucunement subordonné à l'urgence et que, de surcroît, l'existence d'une contestation sérieuse importe peu. >> (RTDCiv 1982, p. 786 ; v. également J. Normand, RTDCiv 1983, p. 185).

Pour M. C :

<< Révélateur du mouvement général de fragmentation du référé, le ''référé probatoire'' échappe aux conditions traditionnelles applicables aux référés. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que l'existence d'une contestation sérieuse sur la recevabilité ou le bien-fondé de la demande susceptible d'être portée devant le juge du fond, n'est pas un obstacle à la saisine du juge des référés à qui il est demandé d'ordonner une mesure d'instruction in futurum, pas plus que l'absence d'urgence >> (Mesures d'instruction in futurum et arbitrage, Rev. arb. 1996, n° 2, pp. 191ss).

La situation est la même que le tribunal compétent au fond soit un tribunal étatique ou arbitral (cf également C, op. cit).

Dans un arrêt du 11 octobre 1995, la Cour de cassation française l'a confirmé en ces termes :

<< Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 3 juillet 1992), qui a confirmé des ordonnances de référé par lesquelles un président de tribunal de commerce avait organisé une mesure d'expertise à la requête de la société Soc2) que des difficultés opposaient à la société Soc3) à propos de l'exécution d'un contrat de louage d'ouvrage, d'avoir, selon le moyen, ''admis la compétence du juge des référés pour ordonner, en dépit de l'existence d'une clause compromissoire

liant les parties, une expertise ayant un objet très large, incluant notamment la mission pour l'expert de 'décrire les travaux achevés à la date de la résiliation du contrat et en apprécier l'étendue au regard des stipulations contractuelles, de dire s'ils sont conformes aux prévisions initiales et, s'ils en diffèrent, dire en quoi et dans quelle mesure', alors que si le juge des référés conserve, en présence d'une clause d'arbitrage, le pouvoir de prendre des mesures provisoires et conservatoires et qu'une mesure d'instruction peut présenter ce caractère lorsqu'elle se borne à des constatations matérielles exclusives de toute appréciation de fait ou de droit, il lui est en revanche impossible d'organiser une mesure d'expertise incluant de telles appréciations ; qu'en confirmant l'ordonnance confiant à l'expert une telle mission, la cour d'appel a violé les articles 1442 et suivants du nouveau Code de procédure civile'',

Mais attendu que l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir du juge des référés d'ordonner, sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, et avant saisine de la juridiction compétente, toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, qui ne se limitent pas aux constatations. >> (Cass. civ., 11 octobre 1995, pourvoi n° 92-20496, Bull. 1995, II, n° 235)

La solution vaut tout autant pour la production forcée de pièces que pour la nomination d'un expert, l'objectif étant, notamment, de permettre au demandeur à la mesure probatoire d'apprécier l'opportunité d'une action au fond, objectif d'autant plus important quand cette dernière doit prendre la forme d'un arbitrage coûteux.

En effet, << L 'article 145 NCPC ne permet pas seulement de se procurer les preuves nécessaires dans la perspective d'un procès pour éviter la carence à laquelle on ne saurait suppléer au cours de l'instance : il apporte la possibilité, par le résultat de la mesure d'instruction, d'apprécier l'opportunité d'envisager un procès, d'identifier ses adversaires, de déterminer sa stratégie procédurale et d'envisager, le cas échéant, une solution transactionnelle. Comme le relève un auteur, ''à l'idée classique - amasser les preuves en vue d'un procès - vint s'en ajouter une autre - rechercher s'il était opportun d'en faire un'' >> (C, op. cit., v. également Rép. pr. civ. Dalloz, v° Preuve, n° 379). Il s'agit d'un motif légitime d'établir la preuve de certains faits.

En l'espèce, il n'est pas exclu, bien que sa motivation soit peu explicite, que la Cour d'appel, pour écarter la demande de mesure probatoire sollicitée par X, ait considéré que cette demande ne se fondait pas sur des motifs légitimes. Elle a en effet précisé que << Les faits dont il s'agit d'établir ou de conserver la preuve doivent dès lors être utiles et pertinents c.-à-d. que le motif n'est légitime que si les faits dont on veut établir ou conserver la preuve sont susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige. >> pour décider que << les mesures sollicitées ne tendent pas à la preuve de faits dont pourra dépendre la solution d'un litige, mais à l'évaluation d'un droit dont il n'est pas établi qu'il existe, de sorte que les conditions de l'article 350 du NCPC ne sont pas remplies et qu'il y a lieu de réformer la décision entreprise et de déclarer la demande non fondée. >>.

Il est pourtant incontestable que l'évaluation du prix des actions sur lesquelles X estime avoir un droit, et que la Cour d'appel a confondu, à tort, avec << l'évaluation d'un droit >>, aura une influence sur la solution du litige que celui-ci se réserve le droit d'initier devant le tribunal arbitral afin de se voir accorder l'option d'achat dont il dispose. Le fait que, selon la Cour d'appel, le droit à l'option dont se prévaut le demandeur en cassation ne soit pas déjà établi, n'est pas à sanctionner comme un défaut de motif légitime pour obtenir les mesures sollicitées.

Ainsi qu'il a été rappelé, l'<< intérêt légitime peut consister en l'intérêt qu'a une partie, pour des raisons morales ou pécuniaires, de gagner un futur procès, ou même d'éviter un procès en disposant de moyens de dissuasion suffisants. >> (Rép. pr. civ. Dalloz, v° Preuve, n° 379).

Ce n'est que << lorsque la prétention est manifestement vouée à l'échec >>, que << le juge des référés doit considérer que la demande de mesure d'instruction in futurum n'est pas fondée sur un motif légitime >> (Rép. pr. civ. Dalloz, v° Preuve, n° 380) et refuser de l'ordonner. Tel n'est pas le cas en l'espèce ; la Cour d'appel n'a d'ailleurs pas cru pouvoir l'affirmer.

En disant non fondée la demande de X tendant à la délivrance de certaines pièces et à l'institution d'une expertise sur base de l'article 350 du Nouveau code de procédure civile, la Cour d'appel a violé ledit article 350 du Nouveau code de procédure civile sinon entaché son arrêt d'un manque de base légale au regard de ce même article. » ;

Sur la recevabilité du moyen qui est contestée :

Attendu que la défenderesse en cassation soulève l'irrecevabilité du moyen au motif qu'en violation de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, il mettrait en œuvre deux cas d'ouverture, à savoir la violation de l'article 350 du Nouveau code de procédure civile et un manque de base légale au regard de cet article ;

Mais attendu qu'il résulte de l'énoncé du moyen que, bien qu'in fine soit ajouté le manque de base légale, le moyen ne met en œuvre qu'un seul cas d'ouverture, à savoir la violation de l'article 350 du Nouveau code de procédure civile par le fait d'avoir soumis le référé probatoire à la condition de l'absence de contestation sérieuse, non prévue par cette disposition légale ;

Attendu que la défenderesse en cassation soutient ensuite que le moyen invoque plusieurs griefs sans subdivision en branches, à savoir que la Cour d'appel aurait subordonné l'article 350 du Nouveau code de procédure civile à la condition de l'absence de contestation sérieuse, qu'elle aurait considéré que la demande en délivrance de pièces ne se fondait pas sur des motifs légitimes, et qu'elle aurait confondu l'évaluation du prix des actions avec l'évaluation d'un droit;

Attendu que le moyen invoque un seul grief, à savoir l'absence de contestation sérieuse qui aurait été retenue par la Cour d'appel comme condition du

référé probatoire, la circonstance que, d'après le moyen, cette condition a été posée dans le cadre de l'examen du motif légitime n'étant pas constitutive d'un second grief; que l'affirmation que la Cour d'appel aurait confondu l'évaluation du prix des actions sur lesquelles le demandeur en cassation estime avoir un droit avec « l'évaluation d'un droit » n'est pas un reproche à raison duquel cassation est demandée ;

Attendu qu'il s'ensuit que le moyen est recevable ;

Attendu que la défenderesse en cassation soutient encore que le moyen manque en fait dans la mesure où il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir à tort appliqué la condition d'absence de contestation sérieuse, alors que la Cour d'appel a au contraire rappelé que la demande basée sur l'article 350 du Nouveau code de procédure civile n'est pas soumise à l'absence de contestation sérieuse, mais a relevé que la demande de X tend à voir évaluer le prix d'actions pour lesquelles il est loin d'être établi qu'il a le droit d'exercer une option d'achat et qu'il n'a donc pas de motif légitime pour demander la mesure sollicitée ;

Attendu que ce reproche n'est pas fondé, ainsi qu'il résulte de la réponse donnée ci-dessous au moyen de cassation ;

Sur la substance du moyen de cassation :

Vu l'article 350 du Nouveau code de procédure civile ;

Attendu que le motif légitime exigé par cette disposition légale est fonction de la plausibilité d'un procès au fond et de l'utilité, dans cette perspective, de la mesure d'instruction sollicitée ;

Qu'une contestation sérieuse sur la recevabilité ou le bien-fondé de la demande susceptible d'être portée ensuite devant le juge du fond ne fait pas obstacle à la mesure d'instruction sollicitée sur base de l'article 350 du Nouveau code de procédure civile ;

Attendu qu'en se déterminant par les considérants reproduits au moyen et en rejetant la demande en délivrance de certaines pièces et en institution d'une expertise au motif que cette demande tend à établir le prix d'actions pour lesquels il est loin d'être établi que X a le droit d'exercer une option d'achat et que le juge du fond devra avant toute chose trancher cette question, la Cour d'appel a, sous le couvert de l'analyse du motif légitime, introduit la condition d'une absence de contestation sérieuse sur le fond du litige, non prévue par l'article 350 du Nouveau code de procédure civile, et a dès lors violé cette disposition légale ;

Qu'il s'ensuit que l'arrêt encourt la cassation ;

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :

Attendu que la défenderesse en cassation, succombant en instance de cassation, ne peut prétendre à une indemnité de procédure ;

Par ces motifs :

casse et annule l'arrêt rendu le 13 mai 2015 par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, sous le numéro 41551 du rôle ;

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

dit non fondée la demande en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la défenderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation, dont distraction au profit de Maître Pierre ELVINGER, sur ses affirmations de droit ;

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

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Marc HARPES, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.