

Arrêt référé

Audience publique du 25 novembre deux mille neuf

Numéros 35263 et 35386 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

I) E n t r e :

la société anonyme de droit espagnol A),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette en date du 17 septembre 2009,

comparant par Maître Martine GERBER-LEMAIRE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme B) (Luxembourg),

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN du 17 septembre 2009,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société d'investissement à capital variable C) SICAV, en liquidation judiciaire, représentée par ses liquidateurs Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg et M. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprises, demeurant à Junglinster,

3. Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1528 Luxembourg, 10A, bd. de la Foire, agissant en sa qualité de liquidateur de la société d'investissement à capital variable C),

4. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprises, ayant ses bureaux à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur de la société d'investissement à capital variable C),

intimés aux fins du susdit exploit GLODEN du 17 septembre 2009,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

II) E n t r e :

1. la société d'investissement à capital variable C) SICAV, en liquidation judiciaire, représentée par ses liquidateurs Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg et M. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprises, demeurant à Junglinster,

2. Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1528 Luxembourg, 10A, bd. de la Foire, agissant en sa qualité de liquidateur de la société d'investissement à capital variable C),

3. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprises, ayant ses bureaux à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur de la société d'investissement à capital variable C),

demandeurs en vertu d'une assignation en déclaration d'arrêt commun signifiée par exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, en date du 16 octobre 2009,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme D),

défenderesse aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 16 octobre 2009,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Exposant avoir investi en 2008 la somme de 255.817,82 euros dans la société d'investissement à capital variable C), société à laquelle la commission de surveillance du secteur financier a retiré son agrément le 27 février 2009, suite à quoi elle a été déclarée en liquidation par jugement du 30 avril 2009, la société de droit espagnol A) a saisi le 10 avril 2009 le juge des référés pour voir enjoindre aux sociétés C) et B), sur base de l'article 350 du NCPC, de remettre à la requérante certaines pièces devant l'éclairer sur d'éventuelles fautes commises par les défenderesses et sur l'opportunité d'un litige futur à engager devant le juge du fond, afin de récupérer sa créance.

Par ordonnance du 27 mai 2009, le juge saisi a admis comme sérieuse la contestation soulevée par les défenderesses concernant la qualité à agir de la requérante, qui ne serait pas actionnaire de la société C) en liquidation, et il a dit la demande irrecevable.

Par exploit d'huissier du 17 septembre 2009, la société A) a relevé appel de cette ordonnance, non signifiée.

Le 16 octobre 2009, l'intimée C) Sicav en liquidation et ses liquidateurs Rukavina et Laplume ont assigné la société D) pour prise de position par rapport aux documents sollicités par l'appelante et déclaration d'arrêt commun.

Il échet de joindre les affaires inscrites sous les numéros du rôle 35263 et 35386.

L'appelante fait valoir que sa non-inscription au registre des actionnaires de C) Sicav serait due à une négligence ou faute conjointe des intimées, qui n'ont pas respecté les exigences de la circulaire 91/75 de

l'Institut monétaire luxembourgeois, en omettant d'inscrire nominativement tous les investisseurs au registre des actionnaires et non par le biais de nominees.

Elle expose encore que le premier juge, en rejetant le moyen tiré de la suspension du droit de poursuite individuel du fait du jugement de liquidation, aurait admis nécessairement que la société A) était à tout le moins un tiers intéressé pouvant agir sur base de l'article 350 du NCPC. Son intérêt à agir consisterait dans le fait d'avoir souscrit 219,994 actions dans la société C). Elle ajoute être bénéficiaire final des actions inscrites au registre des actionnaires tenu par la société de sorte qu'elle aurait encore qualité à agir. Elle fait valoir en ordre subsidiaire qu'ayant investi dans la société C) plus de 250.000.- euros, elle aurait le statut de créancier de ladite société et disposerait donc d'un intérêt personnel, l'autorisant à agir en justice contre la société.

Elle expose en outre en détail les conditions d'application de l'article 350 précité, qui seraient toutes remplies en l'espèce et elle sollicite la condamnation des sociétés B) et C), en liquidation, de communiquer certaines pièces sous peine d'astreinte.

Les intimés C), Rukavina et Laplume concluent à l'irrecevabilité de l'appel dans la mesure où le recours fut adressé aux liquidateurs en nom personnel. Ils précisent dans ce contexte n'agir qu'en leur qualité de mandataires judiciaires de sorte qu'aucune condamnation personnelle ne saurait être prononcée à leur encontre.

Ils contestent en outre toutes les qualités invoquées par l'appelante pour solliciter la remise de pièces. Ils examinent en détail les pièces versées par l'appelante et leur contestent toute force probante pour établir, dans le chef de A), sa qualité d'actionnaire de la société C). Celle-ci ne saurait non plus revendiquer la qualité de créancier contre C) dans la mesure où la réception de fonds de la part de E) servait uniquement à la remise d'actions à cette dernière.

Les mêmes intimés concluent dans un autre ordre d'idées au rejet de l'appel alors que l'action adverse serait contraire au principe de la suspension des poursuites prévu à l'article 452 du code de commerce et à l'article 104(3) de la loi du 20 décembre 2002. Ils contestent en outre l'existence des conditions de l'urgence et d'un dépérissement de preuves, suite au jugement prononçant la liquidation de C). Ils font encore valoir que la désignation par l'appelante des pièces sollicitées serait trop vague pour leur permettre de faire droit à une éventuelle condamnation de remise. Ils demandent finalement à la Cour de faire abstraction d'une astreinte alors

qu'ils offrent de remettre les pièces sous forme de copies dans le délai de quinzaine à partir de la signification de l'arrêt à intervenir.

L'intimée B) Luxembourg rejoint les conclusions des liquidateurs et fait valoir que la société E) a souscrit les actions C) en son nom personnel et non en celui de l'appelante A). C'est donc E) qui est actionnaire et non une autre entité. Elle ajoute que la loi du 1^{er} août 2001 (art.8) concernant la circulation des titres et autres instruments fongibles ne permet pas à un actionnaire d'exercer certains droits sous certaines conditions, comme agir en justice. La perte de tous les investissements serait collective et frapperait la société et non ses membres de sorte qu'une action individuelle de la part d'un actionnaire ne serait pas possible. Elle ajoute que les conditions d'application de l'article 350 du NCPC ne seraient pas remplies et elle conclut au rejet de l'appel.

Le réviseur assigné en intervention conclut d'emblée à la nullité sinon à l'irrecevabilité de l'appel alors que la société A) ne rapporterait pas la preuve de son existence. D) fait valoir dans la foulée que l'acte d'appel serait encore nul sinon irrecevable alors que l'appelante ne prouverait pas qu'elle est, d'après le droit espagnol, valablement représentée pour agir en justice. La même partie expose en outre que l'appelante n'aurait pas qualité à agir en justice, au motif qu'elle ne figure pas comme actionnaire au registre afférent de la société C). Elle examine par après les conditions d'application de l'article 350 du NCPC. Elle insiste finalement sur le caractère imprécis de la demande de remise de pièces et conclut à l'irrecevabilité de la demande en déclaration d'arrêt commun.

Quant à la recevabilité de l'appel

Aux termes de l'article 104(3) de la loi précitée du 20 décembre 2002, à partir du jugement de liquidation d'une société d'investissement à capital variable, toutes les actions mobilières ou immobilières ne pourront être intentées que contre les liquidateurs. Il ressort de l'acte d'appel que les deux liquidateurs Rukavina et Laplume furent assignés ès qualités et non en leurs noms personnels ; or, aucune condamnation généralement quelconque n'est sollicitée contre eux, ce qui aura d'autres conséquences. Le reproche élevé par les liquidateurs au sujet d'une condamnation personnelle à leur égard n'est donc pas fondé.

Quant à l'existence et à la représentation en justice de la société de droit espagnol A), il ressort d'une pièce versée que l'appelante est inscrite sous le numéro M-238726 au registre de commerce espagnol. En droit espagnol des sociétés, c'est le conseil d'administration qui représente en justice une société anonyme. Les articles 14 et 15 des statuts de l'appelante règlent

l'existence, la composition et les fonctions du conseil d'administration. Il suit de ces développements que l'appelante est valablement représentée dans la présente instance.

Il y a dès lors lieu de déclarer l'appel, par ailleurs régulier quant à la forme et au délai, recevable.

Quant au fond, la Cour entend rappeler que la demande est basée sur le seul article 350 du NCPC et non sur les lois des 10 août 1915, 1^{er} août 2001 ou 20 décembre 2002. L'article 350 autorise tout intéressé à solliciter sous certaines conditions l'institution d'une mesure d'instruction légalement admissible. Les longs développements faits par le premier juge, l'appelante et les divers intimés sur la nécessité d'être actionnaire pour pouvoir agir en justice dans le cas d'espèce sont à rejeter pour être non pertinents. Il en est de même du prétendu défaut de qualité à agir, moyen soulevé par le réviseur. A) n'a pas besoin d'être propriétaire d'actions de la société C) pour agir sur base de l'article 350 du NCPC, comme il sera exposé ci-dessous. Il en est encore de même des développements faits par les liquidateurs quant à la prétendue qualité de créancier dans le chef de l'appelante ou de bénéficiaire final des actions litigieuses de C).

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par partie intéressée. Il s'agit de toute personne physique ou morale disposant d'un intérêt matériel ou moral, personnel et direct, né et actuel pour intenter une action en justice au fond et qui nécessite préalablement certains renseignements ou informations afin d'assurer à l'action au fond une chance de réussite. Cette condition est donnée en l'espèce.

Il ressort en effet des pièces versées que l'appelante a investi en août 2008 par l'intermédiaire des banques G) et E) dans le compartiment US Equity Plus de la société C) la somme de 250.000.- euros. Cet investissement s'est évaporé suite à la mise en liquidation de la société Bernard Madoff Investment Securities. L'appelante entend récupérer sa mise devant le juge du fond. Elle a donc intérêt à agir en référé pour solliciter la remise de certaines pièces.

Les liquidateurs et C) contestent avoir reçu de la part de l'appelante une remise de fonds en vue de l'achat d'actions de la société C). Pour le cas où le premier juge aurait reconnu cette remise, ils relèvent appel incident de l'ordonnance du 27 mai 2009.

L'appel en question laisse d'être fondé. Le premier juge a dit la demande de la société A) irrecevable. Il ne s'est pas prononcé au dispositif de sa décision sur un éventuel investissement de la demanderesse originaire. Les liquidateurs n'ont donc pas intérêt à attaquer l'ordonnance en question.

Quant à la remise de fonds par l'appelante à la société C), la Cour y a pris position ci-dessus dans le cadre de l'intérêt à agir de la société A).

Pour ce qui est du moyen soulevé par les intimés tiré du principe d'ordre public de la suspension des actes de procédure en cas de faillite ou de mise en liquidation d'une société, l'article 104(3) de la loi du 20 décembre 2002, cité ci-dessus, interdit d'agir directement contre la société en liquidation. Au dispositif de l'acte d'appel, la société A) sollicite la condamnation des sociétés B) Luxembourg et C) à remettre certaines pièces. La demande est donc irrecevable en tant que dirigée contre la société C) en liquidation, alors qu'elle aurait dû être dirigée contre les liquidateurs. Du coup, l'assignation en intervention dirigée contre le réviseur est également irrecevable dans la mesure où elle est intentée par la société en liquidation elle-même. Elle est en revanche recevable en tant que lancée par les liquidateurs.

Le moyen laisse toutefois d'être fondé en tant que la demande est dirigée contre la société B) Luxembourg, non déclarée en faillite ou en liquidation.

Les conditions de l'urgence et d'un dépérissement de preuves ne sont pas requises pour une action basée sur l'article 350 du NCPC (par opposition à l'article 933). La preuve d'un manquement de la masse de la liquidation à une éventuelle obligation de communication de pièces n'est pas non plus requise ; le régime de l'article 350 est soumis à d'autres conditions qui seront examinées ci-dessous.

a) Probabilité d'un litige au fond.

L'appelante déclare vouloir agir en responsabilité au fond non contre la société en liquidation, mais contre la banque B) Luxembourg. Il ne faut pas qu'un litige au fond soit déjà en germe ; il suffit qu'il soit crédible. La déclaration d'intention de l'appelante n'est pas à mettre en doute de sorte que la condition en question est remplie.

b) Pertinence et utilité des pièces sollicitées.

Il appartient au demandeur d'établir que la mesure sollicitée est adaptée, utile et proportionnée au litige ultérieur. Il doit donc prouver l'existence d'un contentieux plausible et crédible, dont le contenu et le fondement sont cernés approximativement et sur lequel pourra influencer le résultat de la mesure à ordonner. Il s'agit d'éviter tout recours abusif à cette procédure, qui ne doit pas être l'objet d'un détournement. Le juge des référés dispose

d'un pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité d'une mesure. La Cour est en l'espèce d'avis que la remise de certaines des pièces sollicitées est pertinente et utile à la solution d'une action au fond, qui tend à engager la responsabilité de la banque B). La condition en question est donc remplie.

c) Motif légitime.

Le demandeur ne doit pas recourir à la procédure de l'article 350 de façon abusive, afin de pallier ses erreurs ou négligences et d'obtenir par ce biais certains éléments qu'il aurait parfaitement pu se procurer d'une manière différente, s'il avait été diligent. Le juge qui apprécie la légitimité du motif invoqué par le demandeur doit le mettre en balance avec la légitimité des arguments développés par le défendeur ; il ne doit autoriser la mesure sollicitée que si les intérêts légitimes de la défense ne sont pas plus atteints que ceux du demandeur. Rentre dans cette appréciation le sérieux et la consistance du litige éventuel au fond.

Il est vrai que la partie appelante a obtenu de la part de la banque B) certaines pièces. Ces pièces ne sont, aux dires de A), pas suffisantes pour apprécier l'existence ou non d'une faute de la banque B). L'appelante a fait l'énumération détaillée des pièces qu'elle entend obtenir au moyen de la présente action, pièces qui sont entre les mains des intimés et qu'elle ne peut ou ne pouvait obtenir par un autre mode de preuve ou d'instruction. Le motif invoqué par A) est donc légitime.

d) Mesure légalement admissible.

La mesure sollicitée ne saurait permettre au demandeur d'enfreindre une prescription légale ni violer une liberté fondamentale ou une règle déontologique telle le secret professionnel. Le juge doit en outre tenir compte des effets que la mesure sollicitée va avoir sur les intérêts du défendeur ; elle ne doit pas être un moyen détourné de s'immiscer dans des affaires dont le demandeur n'a normalement pas à connaître. Afin d'éviter des conséquences irrémédiables pour le défendeur, le juge soit refusera la mesure sollicitée, soit en délimitera le champ d'application.

Il ne fait pas de doute que le juge des référés, saisi d'une demande basée sur l'article 350 du NCPC, peut ordonner la production forcée de pièces détenues par une partie ou un tiers (Claudie Lefeuvre, le référé en droit des sociétés, no. 241). Afin de pouvoir se prononcer sur le caractère légal de la mesure sollicitée, la Cour doit examiner en détail la nature des différentes pièces sollicitées.

A) demande sub 1) et 2) la production de tout document pouvant établir d'un côté les diligences entreprises par les sociétés C) et B) pour les amener à choisir la société de droit américain Madoff Investment Securities comme gestionnaire des fonds lui remis et d'un autre côté les diligences entreprises par C) dans le choix de la société B).

Les intimés font valoir que cette formulation serait trop vague pour leur permettre de déterminer quelles pièces sont visées. Ils ajoutent ne pas être propriétaires de pièces impliquant directement la banque B). Ils concluent au rejet de cette demande.

Il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande alors que la formulation employée par l'appelante est trop vague pour permettre aux intimés d'identifier les pièces sollicitées. A cela s'ajoute que la vraisemblance que pareilles pièces existent est trop faible.

L'appelante demande sub 3) et 4) les contrats de gestion conclus entre C) et B) Third Party Management Company. Il ne fait pas de doute qu'un contrat existe alors qu'il est impensable que B) suisse ait créé en 2002 un fonds d'investissement au Luxembourg sans en régler le fonctionnement par écrit. Une éventuelle opposition du réviseur à la communication est inopérante alors qu'il n'est pas partie aux contrats en question. Il y a donc lieu de faire droit à ce volet de la demande, les conditions de l'article 350 ci-dessus exposées étant remplies.

L'appelante demande sub 5) la communication des contrats de gestion conclus entre C) et Madoff. Cette demande est à rejeter alors qu'il n'y a pas assez de vraisemblance quant à l'existence de pareils contrats.

Le même sort est à réserver aux pièces référencées sous les points 6) et 7) alors que leur production se heurte au secret professionnel de la banque.

La situation est différente pour ce qui est des pièces énumérées sub 8) à 12). Ces pièces existent et le tiers intéressé a le droit de les obtenir en copie, que la société C) en liquidation en soit le propriétaire ou non. L'opposition du réviseur n'a aucun effet pour la remise sollicitée. Les conditions d'application de l'article 350 sont réunies pour ces pièces.

Concernant le rapport sollicité sub 13), il n'y a pas lieu de faire droit à la demande, l'article 98 (3) de la loi du 20 décembre 2002 s'y opposant (secret professionnel). A cela s'ajoute que l'existence de pareil rapport n'est pas établie avec assez de vraisemblance.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel est partiellement fondé.

Il y a lieu d'ordonner la communication des pièces en copie. Les copies sont quérables. Leur coût ne donne pas lieu à dédommagement. Il n'y a pas lieu de prononcer une astreinte, alors que la banque B) n'a pas déclaré s'opposer à la remise des pièces.

Quant à la demande en intervention

D) conclut à l'irrecevabilité de la demande principale de la partie A), donc également à celle dirigée par les liquidateurs contre elle.

Aucune condamnation n'étant à prononcer à charge de C) ou de ses liquidateurs, la demande en question est à déclarer irrecevable.

Les diverses demandes basées sur l'article 240 du NCPC sont à rejeter, la condition d'iniquité posée par la loi n'étant pas remplie.

Il n'y a pas de distraction des frais en matière de référé.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

joint les affaires inscrites sous les numéros du rôle 35263 et 35386,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit irrecevable l'appel incident,

dit partiellement fondé l'appel principal,

réformant,

dit que l'appelante a droit de la part de la société B) Luxembourg des pièces énumérées dans l'acte d'appel sous les numéros 3, 4, 8, 9, 10, 11 et 12,

condamne l'intimée en question à remettre ces pièces sous forme de copie à la partie appelante dans un délai de 15 jours à partir de la signification du présent arrêt,

dit irrecevable la demande en intervention dirigée contre D),

rejette les demandes basées sur l'article 240 du NCPC,

condamne B) aux frais et dépens des deux instances, ceux de la demande en intervention devant rester à charge des liquidateurs.