

Arrêt référé

Audience publique du 20 juin deux mille douze

Numéro 38080 du rôle.

Composition:

Odette PAULY, conseiller, président;
Pierre CALMES, conseiller;
Agnès ZAGO, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme II, (anc. IC) S.A.), en liquidation, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, Monsieur M), la société II), prise en son non personnel et en sa qualité de liquidateur de la société d'investissements à capital variable O), liquidée et dissoute,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette en date du 9 décembre 2011,

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

e t :

la société en commandite par actions de droit étranger B) SECURITIES SERVICES S.C.A., établie et ayant son siège social à F-, représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions, sinon par ses organes statutaires légaux actuellement en fonctions ayant et étant

représentée au Grand-Duché de Luxembourg par sa succursale B) SECURITIES SERVICES – SUCCURSALE DE LUXEMBOURG, succursale d'une société de droit étranger, représentée par son ou ses mandataires généraux, sinon par ses représentants permanents, sinon par ses organes statutaires légaux, prise en son nom personnel et sa qualité de société absorbante, suivant projet de fusion du 20 mars 2008, de la société anonyme B) FUND SERVICES,

intimée aux fins du susdit exploit REYTER du 9 décembre 2011,

comparant par Maître François PRUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 7 septembre 2011, la société anonyme III) S.A. (anciennement IC) S.A.) agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité de liquidateur de la société d'investissement à capital variable O) (ci-après SICAV O)) a fait assigner la société en commandite par actions de droit français B) Securities Services S.C.A. en sa succursale de Luxembourg à comparaître devant le juge des référés pour voir condamner la partie adverse aux termes de l'article 933 alinéa 1^{er}, sinon 932 alinéa 1^{er}, sinon 350 du Nouveau Code de procédure civile à lui transmettre endéans les 48 heures les pièces suivantes : 1) journaux, grands livres et balances (comprenant notamment la comptabilité titres et les avoirs en banque) pour la période allant de mai 2002 jusqu'à la clôture des opérations de liquidation à la fin de l'année 2004, 2) intégralité de la correspondance (lettre, télécopie, courrier électronique, télex) envoyée et reçue par La SICAV O) de 2002 à la clôture des opérations de liquidation et postérieurement, en ce compris, notamment (i) la correspondance émise et reçue par les représentants et les organes sociaux de O), (ii) la correspondance échangée avec la CSSF postérieurement au 1er octobre 2004 et notamment (mais sans limitation) toute correspondance et tous les relevés concernant la réalisation des actifs de la SICAV O) et les obligations et passifs de la SICAV O) (et notamment toutes pièces en relation avec les obligations et passifs de la SICAV O) au 28 février 2004 et après cette date et quant à leur paiement); 3) tout document relatif aux opérations de liquidation de la SICAV O); 4) relevés bancaires antérieurs au 1er janvier 2004; 5) procès-verbaux des assemblées générales postérieurs au 26 septembre 2003 (et notamment ceux en date des 1er octobre 2003, 20 octobre 2003, 30 janvier 2004, 24 février 2004 et 1er mars 2004); 6) documents relatifs à la préparation des réunions des organes sociaux de la

SICAV O) et notamment celles ayant trait à la dissolution et la liquidation de la SICAV O); 7) documents relatifs à la distribution des actifs de la SICAV O) aux actionnaires au cours de l'année 2004; 8) memoranda, notes, projets, rapports, tableaux, fichiers, agenda, créé en interne par la SICAV O) et reçu et/ou envoyé par la SICAV O) (en ce compris par ses représentants et ses organes sociaux); sous peine d'une astreinte de 100.000.- € par jour de retard.

Par ordonnance du 5 octobre 2011, la demande tendant à la remise de l'ensemble des pièces et documents a été déclarée irrecevable sur base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile, la demande tendant à la remise des pièces et documents libellés sous les points 1), 2), 3), 5), 6) et 7) du dispositif de l'assignation a été déclarée non fondée tant sur base de l'article 932 que sur base de l'article 933 du Nouveau Code de procédure civile, la demande tendant à la remise des pièces et documents libellés sous le point 8) du dispositif de l'assignation a été déclarée irrecevable, il a été donné acte à II) S.A. de ce qu'elle renonce à la demande en remise des pièces visées par le point 4) du dispositif de l'assignation.

Par exploit d'huissier de justice du 9 décembre 2011, la société anonyme II) S.A. agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité de liquidateur de la SICAV O) a relevé appel de cette ordonnance en demandant, par réformation de l'ordonnance de première instance, à faire droit à sa demande présentée en première instance sous les points 1), 2), 3), 5), 6), 7) et 8).

A l'audience du 8 mai 2012, la partie intimée renonce à ses moyens relatifs à l'irrecevabilité de fond frappant les exploits introduits au nom et pour le compte de la SICAV O) liquidée en 2004.

Dans l'acte d'appel, la partie appelante explique qu'elle entend soulever dans le cadre du procès pendant aux Etats-Unis l'argument selon lequel la SICAV O) a été définitivement liquidée en 2004, que la période de prescription de l'article 157 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales est écoulée et qu'en conséquence la SICAV O) n'a pas qualité à se défendre et que l'action à son égard et à l'égard de son liquidateur est prescrite.

Suivant acte notarié du 19 mai 2004, une action sans mention de valeur nominale de la société O) détenue par la société IC) S.A. est restée en circulation, l'actionnaire unique a déclaré procéder à la dissolution de la société O), il a assumé la fonction de liquidateur en pleine connaissance des statuts de la société et de la situation financière de la société O), qu'il a donné décharge pleine et entière aux administrateurs pour l'exécution de leur mandat, l'actionnaire unique a été investi de tous les actifs de la société

et s'est chargé en sa qualité de liquidateur de l'apurement du passif de la société, que sur base de ces faits, le notaire a constaté la dissolution de la société O). Il a été stipulé que les livres et documents comptables de la société demeureront conservés pendant cinq ans par B) SECURITIES SERVICES - Succursale de Luxembourg.

Conformément à l'article 141 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation. La société dissoute continue donc d'exister pour répondre des actions que les créanciers sociaux peuvent exercer contre elle jusqu'à l'expiration du délai de cinq ans à partir de la publication de la clôture de la liquidation. Cette survie fictive de la société sert uniquement l'intérêt des personnes tierces à la société liquidée. Du fait de la dissolution et de la liquidation de la SICAV O), celle-ci ne peut plus intenter d'instance judiciaire. A cet égard, elle a perdu toute qualité de sujet de droit.

Il s'en suit que l'irrégularité affectant l'exploit introductif d'instance du 7 septembre 2011 du fait que celui-ci émane d'une société dissoute et liquidée et partant dépourvue du droit d'agir en justice est à sanctionner par une nullité de fond qui échappe à l'emprise tant de l'article 264 alinéa 2 que de l'article 264 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

Cette irrégularité de fond – qui ne peut être couverte – entraîne la nullité de l'exploit du 7 septembre 2011.

En conséquence, la demande introduite par la société appelante en sa qualité de liquidateur de la SICAV O) est à déclarer irrecevable.

La présente demande est donc seule recevable en la pure forme pour autant qu'elle est introduite personnellement par la société II) en liquidation.

A l'audience, les parties en cause se déclarent d'accord à voir inverser l'ordre de priorité des bases légales invoquées par l'appelante.

Le juge de première instance a déclaré irrecevable la demande de production des documents sur base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile au motif qu'un procès au fond est pendant devant le juge américain suite à la demande du trustee de la société Bernard L-Madoff Investment Securities dirigée contre les sociétés O) SICAV représentée par son liquidateur II) S.A. (anciennement IC) S.A.), B) INVESTMENT PARTNERS LUXEMBOURG S.A. (anciennement B) A) MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A., P) INVESTMENT MANAGEMENT COMPANY S.A.), G B) S.A., et B) SECURITIES SERVICES S.A..

La partie appelante critique cette motivation en faisant valoir que le litige au fond est étranger à tout procès au Grand-Duché de Luxembourg ayant pour objet le fait dont il y a lieu de conserver la preuve.

Dans l'exposé des faits, la partie appelante soutient, en se référant au procès pendant aux Etats-Unis, qu'« afin de pouvoir exercer de façon effective ses droits de défense dans le cadre de cette procédure, elle a cherché à récupérer tous les documents relatifs à O) ».

Selon l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile, 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 d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

Il ne doit donc pas exister d'instance au fond engagée sur les faits donnant lieu à la demande de mesure d'instruction, sous peine d'irrecevabilité de la demande. Cette condition négative est nécessaire à l'application de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile, cela résulte des termes mêmes de cet article ("avant tout procès") et de la nature de ce référé.

Les parties litigantes étant également parties au litige du fond, c'est à raison que le juge de première instance s'est référé au procès d'ores et déjà pendant pour déclarer irrecevable la demande sur cette base légale.

En ordre subsidiaire la partie appelante base sa demande sur les articles 932 alinéa 1^{er} et 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

En instance d'appel, la société anonyme II) a maintenu textuellement sa demande présentée en première instance, à l'exception du point 4) de sa demande originale. La partie appelante soutient que les documents lui remis ne contiennent pas d'informations utiles relatives aux transferts aux actionnaires de la SICAV des sommes leur revenant.

Pour établir la condition d'application de l'urgence, la partie appelante se prévaut du délai de dépôt de ses écritures, le 14 mars 2012, dans le cadre du procès se déroulant aux Etats-Unis. A l'audience, elle soutient que ce délai a été prorogé.

La partie intimée soulève que les délais allégués par la partie appelante sont largement dépassés et que les délais cités ne sont nullement impératifs, qu'il s'agit de délais dans lesquels les défendeurs devaient faire parvenir leurs premiers écrits au sujet des moyens procéduraux et que la partie

appelante ne verse aucune preuve de ce qu'une juridiction américaine sollicite communication des documents visés.

La partie intimée conteste partant l'urgence et le risque de déperissement des preuves.

Il est constant en cause que la liquidation de la SICAV O) date du 19 mai 2004 et que le procès aux Etats-Unis est pendant depuis le 2 décembre 2010.

L'urgence est une notion de fait, appréciée souverainement, et présentant un caractère à la fois objectif et relatif; un caractère objectif en ce sens qu'il est admis que l'urgence résulte de la nature de l'affaire et non des convenances des parties ou des diligences plus ou moins grandes de celles-ci; un caractère relatif, car le référé est une procédure le plus souvent juxtaposée à une instance principale: l'urgence qui en conditionne l'accès s'apprécie donc au regard de la possibilité d'obtenir satisfaction en temps voulu devant le juge ordinaire.

Pour statuer sur le mérite de l'appel d'une ordonnance de référé, la Cour doit se placer, pour ordonner ou refuser des mesures urgentes, à la date à laquelle elle rend sa décision.

En l'espèce, la nature de l'affaire, la demande de production de pièces relatives à une sicav dont la liquidation a été clôturée en 2004, ne présente pas d'urgence objective et indépendante. Quant au caractère relatif de l'urgence, la partie appelante reste en défaut d'établir qu'elle ne peut pas obtenir satisfaction devant le juge du fond dans un temps utile et que de ce fait ses intérêts risquent d'être mis en péril.

Même si l'intervention du juge des référés sur le fondement de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile n'est pas subordonnée à une condition d'urgence, il appartient à la partie appelante d'établir un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite.

En l'occurrence, la partie appelante reste en défaut de caractériser un quelconque dommage imminent par elle encouru.

La voie de fait peut se définir comme étant constituée par une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui par des actes matériels posés par leur auteur en vue d'usurper un droit qu'il n'a pas ou pour se rendre justice à soi-même. La compétence du juge des référés est subordonnée à la triple constatation de l'existence du trouble, de son illégalité et du caractère évident de celle-ci.

La partie intimée relève que conformément à l'acte notarié de liquidation du 19 mai 2004, auquel elle n'a pas été partie, les livres et documents comptables de la SICAV O) demeureront conservés pendant cinq ans par B) SECURITIES SERVICES -Succursale de Luxembourg, de sorte qu'elle n'avait aucune obligation de conserver la documentation relative à la SICAV O) pendant plus de cinq ans après la dissolution de la société. La partie intimée se réfère encore à l'article 16 du Code de commerce stipulant l'obligation légale de conserver les documents comptables pendant dix à partir de la clôture de l'exercice auquel ils se rapportent, pour dire que la demande se rapportant à des documents antérieurs à l'exercice social de l'année 2001 d'O) est à déclarer irrecevable.

Face à ces contestations, la partie appelante reste en défaut de démontrer un comportement dans le chef de l'intimée s'inscrivant en méconnaissance d'une norme juridique obligatoire.

En effet, même si en sa qualité de banque dépositaire, d'agent administratif et d'agent domiciliataire, la partie intimée avait l'obligation de tenir la comptabilité de la société et de la conserver, la partie appelante reste en défaut d'apporter la preuve d'une stipulation conventionnelle ou légale mettant à charge de l'intimée cette obligation au-delà de la date de la clôture de la liquidation de la société, respectivement au-delà de la période de cinq ans retenue dans l'acte notarié.

En considération de ces développements, la demande de la société II) S.A., en liquidation, est à déclarer irrecevable.

Conformément au juge de première instance, la demande tendant à la remise des documents, pour lesquels la preuve n'est pas établie que B) Securities Services en dispose, est à rejeter comme non fondée.

Le juge des référés, qui statue au provisoire et ne peut dire et juger, est sans pouvoir pour trancher les moyens de fond invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions, de sorte que la demande afférente de la partie appelante est à déclarer irrecevable.

Partant l'ordonnance entreprise est à confirmer, sauf à dire que toutes les demandes sont à déclarer irrecevables.

La partie appelante demande une indemnité basée sur l'article 240 du nouveau Code de procédure civile de 10.000.- €.

Comme une partie qui a succombé ne peut obtenir une indemnité de procédure, la demande afférente est à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la pure forme,

déclare irrecevable l'acte introductif d'instance du 7 septembre 2011 au nom du liquidateur de la société anonyme d'investissement à capital variable O),

confirme l'ordonnance entreprise du 5 octobre 2011, sauf à dire que toutes les demandes sont à déclarer irrecevables,

rejette la demande de la partie appelante basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

laisse les frais et dépens de la demande à charge de la partie appelante.