

Audience publique du 1^{er} mars deux mille dix-sept

Numéro 43856 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

D),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 11 août 2016,

comparant par Maître Michel VALLET, avocat à la Cour, demeurant à Dudelange,

e t :

Maître X), notaire,

intimée aux fins du susdit exploit KONSBRUCK du 11 août 2016,

comparant par Maître Laurent METZLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 7 avril 2016 D) à fait assigner Maître X) à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir ordonner, sur base de l'article 350 du NCPC, subsidiairement des articles 932 et 933 du même code, à la partie défenderesse de lui remettre certaines pièces relatives à l'assemblée générale extraordinaire du 30 juillet 2015 modifiant les statuts de la société E) S.A.

D) a fait exposer que depuis l'année 2011 elle est détentrice de 1.250 actions au porteur et ainsi actionnaire unique de la société E) S.A., mais que lors d'une assemblée générale extraordinaire en date du 30 juillet 2015 qui s'est tenue en son absence et sans qu'elle n'y ait été convoquée, la résolution fut prise de convertir les actions au porteur de la société en actions nominatives. Elle a soutenu avoir ainsi été spoliée de l'ensemble des actions qu'elle détenait dans la société E) S.A. et ce par des personnes ayant usurpé de sa qualité d'actionnaire pour prendre part à ladite assemblée générale.

En vue d'engager une action au fond tendant à l'annulation de l'assemblée générale du 30 juillet 2015 pour laquelle elle devrait disposer d'une copie de l'ensemble des pièces ayant permis à Maître X) de tenir ladite assemblée, D) demande à voir ordonner, sous peine d'astreinte, audit notaire de lui remettre les documents suivants:

- la liste de présence,
- la copie des titres au porteur présentés lors de cette AGE ou la copie du registre d'actionnaires présenté lors de cette AGE,
- les déclarations de bénéficiaire économique présentées de cette AGE,
- les procurations éventuelles,
- les statuts coordonnés à la veille de l'AGE du 30 juillet 2015 ayant servi de base aux statuts coordonnés suivant acte reçu par Maître X) en date du 30 juillet 2015.

Par ordonnance rendue le 7 juin 2016, le juge des référés a déclaré la demande recevable mais non fondée au motif que les actions au porteur de la société E) S.A. dont D) prétend avoir la possession n'ont, contrairement aux prescriptions de la loi du 14 août 2014 relative à l'immobilisation des titres au porteur, pas fait l'objet d'un dépôt auprès d'une tierce personne avant le 18 février 2016 et sont dès lors à considérer comme nulles à partir de cette date, de sorte qu'D) n'est plus actionnaire de la société E) S.A. et n'a, à l'heure actuelle, plus qualité pour intenter l'action en annulation de l'assemblée générale du 30 août 2015 de la société E) S.A. et qu'elle reste

partant en défaut de justifier d'un motif légitime au sens de l'article 350 du NCPC pour obtenir la remise des pièces et documents. Le juge a encore retenu que les conditions d'urgence ou relatives à l'existence d'un risque de déperissement des preuves ne sont pas établies de sorte que la demande n'est pas davantage fondée sur base des articles 932 et 933 du NCPC.

Contre cette ordonnance, non signifiée selon les dires des parties, D) a régulièrement interjeté appel suivant exploit d'huissier du 11 août 2016, demandant à la Cour, par réformation de l'ordonnance entreprise, de faire droit à sa demande initiale.

L'appelante affirme avoir entrepris, au mois de janvier 2016, de déposer ses titres au porteur auprès d'un dépositaire, conformément à l'obligation énoncée dans la loi du 28 juillet 2014, mais n'avoir pas pu le faire faute de désignation du dépositaire des actions au porteur par le conseil d'administration de la société E) S.A.. Elle reproche au premier juge d'avoir, en retenant de façon implicite l'annulation automatique des actions qu'elle détenait au motif qu'elles n'étaient pas déposées avant le 18 février 2016 auprès d'un dépositaire et en en déduisant que les actions perdaient tous les droits reconnus aux actionnaires y compris le droit d'ester en justice, fait une application erronée des articles 6 (3) et 6 (4) de la loi du 28 juillet 2014. Selon l'appelante, faute d'avoir été annulées conformément à l'article 6 (5) de la prédite loi, les actions qu'elle détient existeraient toujours et les droits d'actionnaire en découlant continueraient à être valables en l'absence de désignation d'un dépositaire par le conseil d'administration.

L'intimée conclut à l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir d'D) dont elle conteste la qualité d'actionnaire et au regard des dispositions de l'article 41 de la loi notariale du 9 décembre 1976 telle que modifiée par la suite.

A qualité pour agir celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité à agir. La qualité pour agir constitue ainsi pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée. La qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, l'existence effective du droit invoqué n'étant pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond ou en d'autres termes de son bien-fondé.

En l'espèce, l'appelante affirme que les droits découlant pour elle de son statut d'actionnaire de la société E) S.A. n'ont pas été respectés et elle avance ainsi un intérêt personnel à voir ordonner les mesures sollicitées.

Le premier moyen d'irrecevabilité de la demande est dès lors à rejeter.

Maître X) fait valoir que l'article 41 de la loi notariale du 9 décembre 1976, disposant que « *les notaires ne peuvent, sans une ordonnance du Président du Tribunal d'Arrondissement, délivrer soit expédition, soit copie, ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct ou à leurs héritiers et ayants droit, sous réserve des dispositions légales en matière d'enregistrement, de celles relatives aux actes qui doivent être publiés et des cas où le juge aurait ordonné différemment* » prime en tant que texte spécial sur les dispositions du NCPC et constitue une disposition d'ordre public qu'D) aurait dû respecter.

Le référé probatoire n'a pas de caractère subsidiaire et l'existence de procédures spécifiques ne fait pas pour autant en principe obstacle à ce que soit rapportée, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

C'est ainsi à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le premier juge a retenu que la procédure telle que prévue par l'article 41 précité n'est pas exclusive de celle prévue par l'article 350 du NCPC en matière de référé probatoire, de sorte que le juge des référés est bien compétent pour connaître de la demande introduite par D) sur base de l'article 350 du NCPC et que ladite demande est, en principe, recevable sous ce rapport.

L'article 350 du NCPC 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 NCPC 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.

Le juge des référés n'est valablement saisi que si la conservation ou l'établissement de la preuve est sollicité avant tout procès. Le référé, dit préventif, est exclu après la saisine du juge du fond, car dans un tel cas l'intérêt de l'action n'est plus éventuel, mais actuel.

Il faut en outre que l'objet et le fondement de la mesure soient suffisamment caractérisés. Les faits ne doivent pas relever du domaine hypothétique et la mesure ne peut être utilisée pour intimider ou faire pression sur la partie adverse.

Les faits offerts en preuve doivent présenter un caractère pertinent et utile par rapport à un litige éventuel et il faut qu'il s'agisse de faits à prouver lesquels doivent fournir les éléments matériels constitutifs du litige futur (Cour, 2e chambre, 4 janvier 1988, numéro 9852 du rôle).

La notion de mesure d'instruction figurant à l'article 350 du NCPC est interprétée dans un sens large, en ce qu'elle englobe des mesures qui, même s'il ne s'agit pas de mesures d'instruction proprement dites, sont cependant susceptibles d'éclairer la juridiction ultérieurement saisie d'un éventuel litige au fond.

Il en est ainsi précisément de la production de pièces ou de documents (Jurisclasseur civil, Référé Spéciaux, fasc. 235-1, n° 25, édition 1996 ; Cour sup. de Justice, 11 mars 2003, numéro 26964 du rôle).

En l'occurrence, aucun procès au fond n'est pendant entre les parties à la présente instance.

En outre, l'objet et le fondement de la mesure sont suffisamment caractérisés.

Il faut encore que la mesure ordonnée sur la base de l'article 350 du NCPC soit légalement admissible et que la requérante justifie d'un motif légitime.

En ce qui concerne la condition du motif légitime de l'article 350 du NCPC, il y a lieu de rappeler que celui-ci consiste le plus souvent dans l'intérêt qu'a une partie pour des raisons morales ou pécuniaires de gagner un procès futur.

Cependant, la légitimité du motif dans le chef de celui qui sollicite la mesure d'instruction ne peut s'apprécier sans que soient, en même temps, pris en considération les intérêts, non moins légitimes, de la partie adverse.

Le demandeur ne doit pas recourir à la procédure de l'article 350 de façon abusive, afin de pallier à 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.

De même, les pièces dont la production est sollicitée doivent être formulées avec la précision nécessaire pour permettre au défendeur d'identifier les pièces sollicitées et au juge saisi de prononcer une condamnation avec astreinte (Cour, 25 novembre 2009 numéros 35263 et 35386 du rôle). Ainsi, les demandes en communication indéterminées ou indéterminables en ce qui concerne la qualification, la nature et la date du document, respectivement les parties détentrices, intervenantes, émettrices, réceptrices ou contractantes sont irrecevables pour autant qu'elles sont formulées d'une manière vague et imprécise ne permettant pas au tribunal de désigner le document à remettre et la partie détentrice à condamner à la communiquer en assortissant la condamnation au paiement d'une astreinte en cas de refus.

Il s'agit également d'éviter, que par une demande en communication de documents indéterminées ou indéterminables, la demande en production de pièces équivaut à une perquisition générale (« fishing expedition ») dans les archives de l'adversaire ou d'un tiers, pour découvrir des pièces susceptibles d'appuyer les prétentions du demandeur (Cour, 15 mai 1996, numéro 17765 du rôle), pareille demande se heurtant au principe posé par l'article 351 du NCPC, qui dispose qu'en aucun cas, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée pour suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

Finalement, 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. Si les obstacles que représente le secret professionnel ne sont pas nécessairement insurmontables, il faut cependant pour les écarter, des raisons proportionnellement aussi graves, et dont il incombe au demandeur de justifier (Revue trimestrielle de Droit Civil 1990, Jurisprudence Française en matière de droit judiciaire privé, Jacques NORMAND, p. 134).

L'intimée fait valoir que D) n'est pas une personne intéressée au sens de l'article 41 précité de la loi notariale du 9 décembre 1976 alors qu'elle se prétend propriétaire des actions sans en rapporter la preuve, de sorte que la mesure sollicitée ne serait pas une mesure légalement admissible en vertu de l'article 350 du NCPC. Elle conteste la qualité d'actionnaire d'D) au motif que les titres au porteur dont se prévaut celle-ci n'ont pas fait l'objet d'un dépôt avant le 16 février 2016 et seraient donc nuls en vertu de la loi de 2014.

L'appelante soutient que sa qualité d'actionnaire découle de la possession des titres en question.

Il est sans incidence de savoir si D) est une personne intéressée au sens de l'article 41 précité de la loi notariale du 9 décembre 1976 alors que la demande n'est pas basée sur cet article, mais sur l'article 350 du NCPC.

Il résulte d'un procès-verbal de constat dressé le 19 janvier 2017 par l'huissier de justice Luc KONSBRUCK que les originaux de 2 titres représentatifs au porteur, donnant chacun droit à 417 actions de valeur nominale 1.000.- euros chacune, ainsi que d'un titre représentatif au porteur, donnant droit à 416 actions de valeur nominale 1.000.- euros chacune, de la société E), se trouvent dans un coffre-fort de la BCEE loué au nom et par D) et dont celle-ci dispose des clés.

L'intimée conteste le caractère pertinent de cette constatation au motif qu'D) ne peut se prévaloir d'une possession non équivoque, paisible et publique et renvoie à cet égard notamment à une attestation testimoniale établie le 29 avril 2016 par W), époux divorcé de l'appelante, aux termes de laquelle ce dernier déclare n'avoir à aucun moment transmis ou cédé les actions de la société E) S.A. à D).

Le motif légitime exigé par cette disposition légale (article 350 du NCPC) est fonction de la plausibilité d'un procès au fond et de l'utilité, dans cette perspective, de la mesure d'instruction sollicitée. 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 NCPC (Cass. n° 34/16 du 24 mars 2016, numéro 3617 du registre).

En l'occurrence, D) détient des titres au porteur de la société E) S.A. et elle a l'intention de demander l'annulation de l'assemblée générale de la société E) S.A. à laquelle elle n'a pas été convoquée.

Il en découle qu'elle établit à suffisance la plausibilité d'un procès au fond et l'utilité, dans cette perspective, de la mesure d'instruction sollicitée.

Il n'appartient dès lors pas à la Cour d'analyser les contestations quant à la qualité d'actionnaire d'D), qui concernent la recevabilité sinon le bien-fondé de la demande que celle-ci entend intenter devant le juge du fond, alors que ces contestations ne font pas obstacle à la mesure d'instruction sollicitée sur base de l'article 350 du NCPC.

La Cour estime que, dans la mesure où, bien que détenant l'intégralité des titres au porteur de la société E) S.A., D) n'a pas été convoquée à l'assemblée générale extraordinaire lors de laquelle les statuts de cette

société ont été modifiés et que la résolution fut prise de convertir les actions au porteur de la société en actions nominatives, l'appelante justifie à suffisance les raisons graves de nature à mettre en échec le secret professionnel invoqué par le notaire X).

La demande en communication de pièces est soumise à certaines conditions. Ainsi, les pièces dont la communication est demandée doivent être suffisamment déterminées, l'existence de la pièce doit être certaine (cf. Cass. 2e civ., 7 mars 1979 ; Bull. civ. II, n° 71 ; Cass. 2e civ., 15 déc. 1971 Gaz. Pal. 1972, I, 285) mais surtout, il faut qu'il soit établi que la partie contre laquelle la demande en communication est dirigée détient cette pièce. Il y a également lieu de vérifier si le requérant a un intérêt à demander cette communication.

L'intimée soutient que la demande ne saurait être accueillie qu'en ce qui concerne la liste de présence et les procurations qui sont annexées à l'acte, à l'exclusion des autres pièces.

L'argument de l'intimée qu'il s'agirait d'une « fishing expedition » est à écarter étant donné que les pièces dont la production est sollicitée sont énumérées de manière précise.

Dans la mesure où il n'est, au vu des contestations de l'intimée, pas établi que celle-ci détienne la copie des titres au porteur présentés lors de cette AGE ou la copie du registre d'actionnaires présenté lors de cette AGE, et que l'appelante ne justifie pas de son intérêt à se voir communiquer les déclarations de bénéficiaire économique présentées lors de cette AGE, ni les statuts coordonnés à la veille de l'AGE du 30 juillet 2015 ayant servi de base aux statuts coordonnés suivant acte reçu par Maître X) en date du 30 juillet 2015, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande concernant les pièces en question.

En l'absence d'autres contestations, et par réformation de l'ordonnance entreprise, la demande est fondée en ce qui concerne la liste de présence et les procurations qui sont annexées à l'acte.

Il n'y a pas lieu de soumettre la remise de ces documents à une astreinte, l'intimée ne s'opposant pas à remettre les documents en question à l'appelante au cas où une décision de la justice l'y obligerait.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel ;

le dit partiellement fondé ;

ordonne à Maître X) de remettre à D) les pièces suivantes relatives à l'assemblée générale extraordinaire du 30 juillet 2015 modifiant les statuts de la société E) S.A.:

- la liste de présence,
- les procurations éventuelles,

dit qu'il n'y a pas lieu d'assortir cette condamnation d'une astreinte ;

condamne Maître X) aux frais des deux instances.