

Audience publique du six février deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2018-00603 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, premier conseiller, président ;
Yola SCHMIT, conseiller;
Marc WAGNER, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée de droit polonais Z) Sp.o.o.,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPELLA d'Esch/Alzette en date du 12 juin 2018,

comparant par la société anonyme WILDGEN, établie et ayant son siège social à L-2320 Luxembourg, 69, bd. de la Pétrusse, représentée aux fins de la présente par Maître Eric PERRU, en remplacement de Maître François BROUXEL, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. la société à responsabilité limitée K),

2. B), pris en sa qualité de liquidateur de la société à responsabilité limitée K), actuellement radiée,

intimés aux fins du susdit exploit TAPELLA du 12 juin 2018,

comparant par Maître Mathieu RICHARD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice Nadine TAPPELLA du 2 août 2017, la société à responsabilité limitée de droit polonais Z) Sp. z.o.o. (ci-après Z)) a fait comparaître la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois K) S.à.r.l. (ci-après K)) et B) devant Madame le Président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour entendre condamner « la partie assignée, sinon Monsieur B), ou toute autre personne susceptible de les détenir », à lui communiquer les comptes de clôture en date du 27 novembre 2013 de la société K), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B150050 et présentement radiée, dans les deux jours ouvrables qui suivent la date de l'ordonnance à intervenir, sous peine d'astreinte de 5.000 euros par jour de retard et jusqu'à communication intégrale de toutes les pièces sollicitées.

A l'appui de sa demande, la société Z) expliquait solliciter la communication de l'ensemble des comptes de clôture de la société K) pour savoir si la créance de la société de droit polonais M) Sp. z.o.o. (ci-après M)), aujourd'hui transmise à Z) par voie de transmission universelle de patrimoine, y est mentionnée et, dans la négative, attirer la société K) et son liquidateur B) en justice aux fins d'annulation de la décision prise par l'actionnaire unique de la société K) de clôturer la dissolution simplifiée de la société K), en raison du caractère frauduleux de la procédure de dissolution.

La société Z) entendait en effet, en sa qualité de créancier de la société K), remettre en cause la procédure de dissolution de la société K) s'il s'avérait que celle-ci a été commise en violation de ses droits. Dans pareil cas, la société K) serait à nouveau réputée exister pour les besoins de sa liquidation, ce qui permettrait le cas échéant à la société Z) de pouvoir récupérer sa créance certaine, liquide et exigible, s'élevant à 1.291.356,02 euros.

Par ordonnance du 30 mars 2018, le juge des référés a dit la demande irrecevable et a condamné la société Z) aux frais et dépens ainsi qu'à payer à la société K) et à B) une indemnité de procédure de 8.209,60 euros.

Pour statuer ainsi, le juge des référés, après avoir écarté les moyens d'incompétence et d'irrecevabilité soulevés par la société K) et B), a retenu que la demande était à déclarer non fondée pour autant que basée sur l'article 350 du NCPC pour n'être pas légalement admissible et que pour la même raison elle n'était pas non plus fondée sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code, l'urgence requise par cet article n'étant par ailleurs pas établie.

De cette ordonnance non signifiée, la société Z) a régulièrement relevé appel par acte d'huissier du 12 juin 2018.

L'appelante critique l'ordonnance entreprise pour n'avoir pas fait droit à sa demande alors qu'en sa qualité de créancière elle ne pouvait être considérée comme tiers à la dissolution de la société K) et que la production des pièces demandées était expressément admise par l'article 284 du NCPC.

Les comptes de clôture ne seraient pas à considérer comme des documents confidentiels puisqu'ils seraient normalement annexés à l'acte de clôture et par ailleurs l'existence des pièces dont la communication est demandée et leur détention par le liquidateur ou tout au moins par le domiciliataire de la société K) serait certaine, puisque qu'aux termes de l'article 1100-15 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, les livres et documents sociaux sont conservés durant au moins cinq ans à compter de la clôture de la liquidation chez une personne désignée par l'assemblée générale.

L'appelante conclut dès lors à ce que, par réformation de l'ordonnance entreprise, il soit fait droit à sa demande.

Les intimés ne maintiennent pas le moyen d'incompétence du tribunal saisi soulevé en première instance, ni le moyen d'irrecevabilité tiré de la signification tardive de l'exploit introductif à B).

Ils réitèrent en revanche le moyen d'irrecevabilité de l'exploit introductif tiré de son libellé obscur en ce que la demande est dirigée contre la société K), B), *ou toute autre personne susceptible* de détenir les copies conformes des comptes de clôture de la société K) présentement radiée.

Par ailleurs, la société Z) resterait en défaut d'indiquer l'avantage qu'elle espère tirer d'une éventuelle annulation de la liquidation.

A titre subsidiaire ils concluent à la confirmation de l'ordonnance entreprise, donnant à considérer que la créance dont se prévaut la société Z) n'a été portée à la connaissance de la société K) qu'en date du 11 août 2016, au titre de demande reconventionnelle formulée dans le cadre de la

procédure d'arbitrage initiée par B), soit postérieurement à la dissolution de la société K) intervenue en date du 27 novembre 2013.

K) étant aux termes de ses statuts une société ayant pour objet la détention de parts sociales et son unique actif étant constitué par les parts de la société Z), elle n'aurait plus eu de raisons d'être suite à la cession de ces parts, ce qui aurait justifié sa dissolution.

La jurisprudence retenant que les demandes basées sur l'article 350 du NPCP ne sont recevables qu'en l'absence de procédure au fond déjà engagée, la demande de la société Z) devrait être rejetée au vu du litige pendant devant le Tribunal Arbitral près la Chambre Nationale de Commerce de Varsovie relatif au SPA et au Shareholders Agreement portant sur la valeur définitive de l'endettement net de Z).

Les parties seraient en désaccord sur les soultes à payer du fait de l'ajustement du calcul de la valeur de l'endettement net dans la cadre de la cession de parts de Z) à M).

L'appelante ne justifierait pas non plus en quoi les pièces dont la communication est demandée présenteraient un caractère utile et pertinent par rapport à un éventuel litige, dès lors qu'elle n'énoncerait pas de faits permettant de conclure à une fraude à ses droits lors de la liquidation de K).

D'une part la créance dont elle fait état n'aurait été portée à la connaissance des intimés que postérieurement à la clôture, et d'autre part B), en sa qualité d'associé unique de la société, aurait repris tout le passif connu et inconnu de la société tel qu'il résulte de l'acte de liquidation publié au Mémorial C, ce qui aurait conduit l'appelante à prendre des mesures conservatoires sur les avoirs de ce dernier en Pologne.

Le motif avancé par Z) ne serait dès lors pas légitime, sa demande tendant seulement à se procurer des pièces pour prospérer dans le litige arbitral pendant en Pologne.

La demande serait encore irrecevable sur base l'article 932, alinéa 1 du NCPC, des contestations sérieuses s'opposant à la communication forcée des comptes de liquidation.

Appréciation de la Cour

Il est constant en cause que la société K) a, suivant contrat de cession d'actions du 6 décembre 2011, cédé l'intégralité de sa participation dans la société Z) à la société M).

Au moment de cette cession, un litige était pendant entre la société D) et la société Z), dont le vendeur K) avait garanti au cessionnaire M) qu'il était sans fondement et n'affectait pas la valeur du prix de cession, étant précisé que le cédant K) devrait garantir le cessionnaire M) de toute dette dans le chef de la société Z). Par décision du 28 mars 2013, la Cour internationale d'arbitrage statuant dans le litige entre la société D) et la société Z) a cependant déclaré fondée la demande de la société D) et condamné la société Z) à lui payer la somme de 1.291.346,02 euros, ce qui a été exécuté en date du 8 janvier 2014.

En vertu du pacte d'actionnaire du 6 décembre 2011 entre la société K) et la société M), la société M) estime dès lors détenir une créance de 1.291.346,02 euros sur la société K).

En date du 30 novembre 2015, la société M) et la société Z) ont fusionné avec transmission de l'intégralité du patrimoine de la société M) à la société Z) et radiation de la société M) dont Z) reprend les droits.

Estimant que la dissolution de la société K) était intervenue en fraude de ses droits, la société Z), a saisi le juge des référés pour entendre condamner « la partie assignée, sinon B), ou toute autre personne susceptible de les détenir », à lui communiquer les comptes de clôture en date du 27 novembre 2013 de la société K), aux fins de savoir si la créance de la société de droit polonais M) Sp. z.o.o. (ci-après M)), transmise à Z) par voie de transmission universelle de patrimoine, y est mentionnée et, dans la négative, attirer la société K) et son liquidateur B) en justice aux fins d'annulation de la décision prise par l'actionnaire unique de la société K) de clôturer la dissolution simplifiée de la société K), en raison du caractère frauduleux de la procédure de dissolution.

-Quant au moyen d'irrecevabilité tiré du libellé obscur de l'exploit introductif.

C'est par une motivation exhaustive et pertinente que la Cour fait sienne, que le juge des référés a retenu que l'assignation répond aux prescriptions de l'article 154 du NCPC dans la mesure où les défendeurs n'ont pas pu se méprendre ni sur l'objet de la demande, ni sur les motifs invoqués à l'appui et qu'ils ont dès lors pu utilement préparer leur défense, ce qui ressort encore de la note de plaidoiries qu'ils ont versée en première instance.

L'ordonnance est partant à confirmer en ce qu'elle a rejeté ce moyen.

-Quant à la demande sur base de l'article 350 du NCPC

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 pour établir, par une 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.

Les intimés font valoir que la demande de la société Z) devrait être rejetée au vu du litige pendant devant le Tribunal Arbitral près la Chambre Nationale de Commerce de Varsovie relatif au SPA et au Shareholders Agreement portant sur la valeur définitive de l'endettement net de Z).

Il résulte en effet des pièces versées qu'un tel litige est actuellement pendant entre les parties en Pologne suite à une plainte introduite par B) en date du 21 octobre 2015, soit antérieurement à la demande en communication des pièces formulée par Z).

La condition d'absence de saisine préalable des juges du fond ne s'applique que si le litige pour lequel la mesure d'instruction préventive est sollicitée est celui qui est déjà pendant devant le juge du fond.

Autrement dit, la saisine d'un juge n'est de nature à faire obstacle à la recevabilité d'une demande de référé in futurum que s'il s'agit du procès en vue duquel la mesure est demandée. Cette interdiction est inopérante lorsque la mesure est demandée en vue d'un procès distinct de celui qui oppose d'ores et déjà les parties. La recevabilité du référé in futurum ne s'apprécie donc pas au regard de l'ensemble des relations entre les parties (Jurisclasseur, Procédure civile, 1300-15 : référés spéciaux n° 13 et les décisions y cités).

En l'espèce, le référé probatoire n'a, d'après les affirmations de l'appelante, pas été introduit en vue du procès qui oppose d'ores-et-déjà les

parties mais en vue d'une éventuelle action en nullité de la dissolution de la société K) sinon d'une action en responsabilité contre B), de sorte que l'affaire pendante en Pologne ne constitue pas en soi un obstacle à ce qu'il soit fait droit à la demande.

La mesure d'instruction demandée doit encore être légalement admissible.

L'article 350 du NCPC ne prohibe nullement la demande en production de pièces faites à un tiers. Cette demande ne se heurte par ailleurs pas au droit de la preuve, la demande de production de pièces à un tiers étant expressément admise par l'article 284 du même code.

Le droit pour un créancier d'une société liquidée de consulter les documents de la liquidation, lorsqu'il a de justes raisons d'admettre que l'égalité entre créanciers n'a éventuellement pas été respectée, a été reconnu par la jurisprudence qui a décidé que lorsque une partie justifiait de graves et légitimes raisons pour demander la production des pièces nécessaires à la preuve de ses doléances, le fiduciaire ne pouvait se retrancher derrière son secret professionnel pour lui refuser l'accès aux documents de liquidation (Cour d'appel 18 octobre 2006 no 31506 du rôle).

Contrairement à ce qu'a retenu le juge des référés, la mesure demandée est dès lors encore légalement admissible.

En revanche les deux dernières conditions requises par l'article 350 du NCPC, à savoir le motif légitime et la pertinence des mesures d'instruction demandées pour la solution du litige laissent d'être établies en l'espèce.

L'existence du motif légitime requis par l'article 145 du NCPC français (article 350 du NCPC luxembourgeois) conduit le juge des référés à préjuger le fond du litige. Celui-ci est en effet amené à examiner la recevabilité de l'éventuelle action au fond. Il rejette ainsi la demande de mesure d'instruction quand l'action susceptible d'être engagée au fond apparaît manifestement irrecevable. Le juge des référés est également amené à mesurer les chances de succès de l'éventuelle action au fond. Il rejette alors la mesure d'instruction quand l'action susceptible d'être engagée au fond apparaît manifestement mal fondée (Le référé en droit des sociétés Hervé LA NABASQUE Presses universitaires d'Aix Marseille. No 345 et ss.).

La jurisprudence luxembourgeoise a également, à maintes reprises, rappelé que les faits fondant le futur litige envisageable doivent être suffisamment plausibles et caractérisés pour justifier l'intervention du juge. Cette exigence permet d'éviter de pervertir l'institution du référé probatoire,

en empêchant qu'il ne devienne qu'un simple moyen de pression ou un moyen de poursuivre des buts étrangers à sa raison d'être. Une telle exigence est indispensable à la cohérence de l'institution, à défaut de quoi les conditions de recours au référé probatoire pourraient être facilement contournées par l'allégation d'un litige faux ou sans raison d'être (Cour d'appel, 27 février 2008, Pas. 34, p. 162).

En l'espèce, il résulte des éléments du dossier que Z) (venant aux droits de l'acquéreur M)) a fait état pour la première fois de sa créance résultant de la garantie du passif consentie par la société K) dans le cadre de la procédure introduite par B) en Pologne en 2016, par la formulation d'une demande reconventionnelle.

Même si la condamnation de Z) à payer le montant de 1.291.346,02 euros à la société D) (datant du 28 mars 2013) est intervenue avant la dissolution de la société K) en novembre 2013, il ne résulte d'aucun élément du dossier que Z) ait mis K) en demeure de lui rembourser ce montant avant la dissolution de la société.

A défaut pour l'appelante d'établir que les intimés avaient connaissance de sa créance au moment de la dissolution de la société, une fraude à ses droits ne saurait être établie par la communication des comptes de la liquidation.

Par ailleurs, il résulte de l'acte de dissolution de la société publié au Mémorial, que B) en sa qualité d'associé unique de la société a repris tout l'actif et tout le passif de la société K), et donc également toute dette éventuelle trouvant son origine dans la garantie du passif de la société cédée.

L'appelante reste partant en défaut de justifier l'intérêt de l'action en responsabilité qu'elle entend introduire contre ce dernier, qui est d'ores et déjà tenu des dettes de la société, indépendamment de toute condamnation à intervenir dans le cadre d'une action en responsabilité.

En outre, la société Z) reste en défaut de préciser quels avantages elle entend tirer d'une éventuelle annulation de la dissolution de la société K).

Au vu de ces considérations, l'ordonnance est à confirmer, bien que pour d'autres motifs en ce qu'elle a rejeté la demande sur base de l'article 350 du NCPC.

Elle est encore à confirmer en ce qu'elle a dit la demande non fondée sur base de l'article 932 alinéa 1er du même code invoqué en ordre

subsidaire, dès lors que la mesure demandée se heurte à une contestation sérieuse de la part des intimés.

Au vu du sort réservé à son appel, la société Z) est à débouter de la demande tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La demande formulée sur la même base par les intimés est à accueillir favorablement et il y a lieu de leur allouer de ce chef le montant de 3.000 euros.

PAR CES MOTIFS :

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

dit l'appel recevable,

le dit non fondé,

confirme l'ordonnance entreprise,

condamne la société la société à responsabilité limitée de droit polonais Z) Sp. z.o.o à payer à B) et à la société K) une indemnité de procédure de 3.000 euros pour l'instance d'appel,

la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.