

Audience publique du sept novembre deux mille dix-huit

Numéro CAL-2018-00295 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Karin GUILLAUME, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. la société anonyme SOC.1.) - SPF, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration,

2. A.), administrateur de sociétés, demeurant professionnellement à L-(...), (...),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 21 mars 2018,

comparant par Maître Catherine WAGENER, en remplacement de Maître Nicolas THIELTGEN, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société à responsabilité limitée FIDUCIAIRE SOC.2.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 21 mars 2018,

ne comparant pas.

LA COUR D'APPEL :

Antécédents de procédure

Par exploit d'huissier de justice du 17 janvier 2018, la société **SOC.1.) - SPF et A.)** ont fait donner assignation à la société à responsabilité limitée Fiduciaire **SOC.2.)** à comparaître devant Madame le Président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référé, pour se voir ordonner à délivrer dans les 24 heures de la signification de l'ordonnance à intervenir copie du rapport d'audit concernant les frais exposés par la société **SOC.3.) IMMO S.A.**, réalisé suite à la décision du conseil d'administration de la société **SOC.3.) HOLDING S.A.** du 6 juin 2016. Ils ont encore demandé l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir nonobstant appel ou opposition et sans caution.

A l'appui de leur demande, basée sur l'article 350 du NCPC, ils ont exposé qu'ils entendaient, à tout le moins, mais pas exclusivement, initier une action en responsabilité à l'encontre d'un dénommé **B.)**, administrateur de la société **SOC.3.) HOLDING S.A.**, sinon contre les administrateurs des sociétés **SOC.3.) IMMO S.A.** et **SOC.3.) ASSURANCES S.A.**, sinon contre la société **SOC.3.) HOLDING S.A.**.

Par ordonnance du 9 février 2018, un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, a déclaré la demande irrecevable, motif pris que les demandeurs n'avaient pas mis en cause les parties contre lesquelles elles entendaient, le cas échéant, agir au fond.

L'ordonnance a été rendue par défaut à l'encontre de la Fiduciaire **SOC.2.)**.

Par exploit d'huissier de justice du 21 mars 2018, la société **SOC.1.) - SPF et A.)** ont interjeté appel contre l'ordonnance du 9 février 2018, demandant, par réformation, à la Cour de déclarer leur demande recevable et fondée et d'ordonner à la Fiduciaire **SOC.2.)** de leur délivrer copie du rapport d'audit en question.

Bien que régulièrement assignée, la Fiduciaire **SOC.2.)** ne s'est ni présentée ni fait représenter. Comme il résulte des modalités de la remise de l'exploit que celui-ci a été remis entre les mains d'une personne se disant

gérant de la société, l'arrêt sera réputé contradictoire à l'encontre de la Fiduciaire **SOC.2.)** en application de l'article 79 alinéa 2 du NCPC.

Exposé du litige

Il est constant en cause que la société **SOC.1.)** - SPF est actionnaire à raison de quelque 40% du capital social de la société **SOC.3.)** HOLDING S.A. laquelle détient la quasi-totalité des actions des sociétés **SOC.3.)** IMMO S.A. et **SOC.3.)** ASSURANCES S.A. dont **A.)** fut un des administrateurs.

Il est encore constant en cause qu'en raison d'irrégularités reprochées au dénommé **B.)** dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur délégué des sociétés **SOC.3.)** IMMO S.A. et **SOC.3.)** ASSURANCES S.A., le conseil d'administration de la société **SOC.3.)** HOLDING S.A. a, suivant décision du 6 juin 2016, chargé la Fiduciaire **SOC.2.)** de procéder à un audit des prédites sociétés.

Envisageant une action en responsabilité prévue par les articles 63bis et 59 de la loi modifiée du 10 août 1915 relative aux sociétés commerciales à l'encontre du dénommé **B.)**, sinon contre les administrateurs des sociétés **SOC.3.)** IMMO S.A. et **SOC.3.)** ASSURANCES S.A., sinon contre la société **SOC.3.)** HOLDING S.A., la société **SOC.1.)** - SPF et **A.)** demandent, sur base de l'article 350 du NCPC, à voir ordonner à la Fiduciaire **SOC.2.)** de leur délivrer une copie du rapport d'audit réalisé par cette dernière suite à la décision du conseil d'administration de la société **SOC.3.)** HOLDING S.A..

Appréciation par la Cour

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 d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

Constatant que les demandeurs n'avaient pas mis en intervention les parties contre lesquelles ils entendaient, le cas échéant, agir au fond pour voir engager leur responsabilité, le juge des référés a déclaré la demande irrecevable.

Doit être assignée dans le cadre du référé probatoire la personne qui supportera l'exécution de la mesure sollicitée. Cette dernière n'est pas forcément celle qui sera défenderesse au futur procès au fond en vue duquel

la mesure est sollicitée (JurisClasseur, Procédure civile, Fasc. 1300-15 : référés spéciaux, n° 45).

La mesure sollicitée sur base de l'article 350 du NCPC permet aux parties demanderesses d'éclairer leur situation en fait et, par là même, d'évaluer les chances de succès d'un éventuel recours ultérieur aux juges du fond. La mesure ordonnée peut ainsi, soit préparer un futur contentieux, soit démontrer au demandeur qu'un éventuel recours au fond est voué à l'échec et qu'il n'est pas pertinent de l'envisager.

Il en suit qu'au stade où la mesure est sollicitée, la mise en intervention du défendeur au futur procès au fond n'est pas une condition de recevabilité de l'action ce d'autant moins qu'à défaut de prise de connaissance de la pièce dont la communication est sollicitée, les parties appelantes peuvent encore ignorer l'identité des personnes contre lesquelles elles agiront au fond.

La demande est donc recevable sous cet aspect.

Quant à la demande de A.)

Il se dégage tant de l'assignation en référé que de l'acte d'appel que **A.)** a été révoqué de son mandat d'administrateur au sein de la société **SOC.3.)** IMMO S.A. le 11 octobre 2016 et le 26 juin 2017 au sein de la société **SOC.3.)** HOLDING S.A..

Or un administrateur qui n'est plus en fonction, ne peut requérir des informations ou des documents, la condition du motif légitime faisant défaut.

C'est en vain qu'il fait valoir qu'il serait de principe qu'une société ne pourrait pas s'opposer à la transmission d'informations en révoquant un administrateur trop curieux, alors qu'il reste en défaut d'établir qu'il a été révoqué parce qu'il a voulu mettre en lumière, par le biais de l'audit, les irrégularités commises par l'administrateur délégué **B.)**.

C'est encore en vain qu'il argue avoir besoin dudit rapport pour se défendre en justice, faisant état sous cet aspect de la procédure pendante devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, tendant à l'annulation de toutes les décisions prises par le conseil d'administration de la société **SOC.3.)** IMMO S.A. dans sa réunion du 11 octobre 2016, dont la révocation de son mandat.

L'article 350 du NCPC pose en effet comme condition que la mesure sollicitée soit demandée avant tout procès au fond concernant le fait dont il échet d'établir ou de conserver la preuve. Lorsqu'en effet, le juge du fond est déjà saisi, lui seul est à même d'apprécier l'utilité de la mesure d'instruction.

Ni la condition de la légitimité du motif ni celle de l'absence de procès au fond n'étant remplies dans le chef de **A.**), sa demande est à déclarer irrecevable.

L'appel n'est donc pas fondé dans le chef de **A.**).

Quant à la société SOC.1.)-SPF

L'application de l'article 350 NCPC est subordonnée à une double condition : d'une part, il faut qu'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 éventuel, d'autre part, peuvent seules être ordonnées les mesures légalement admissibles.

La légitimité du motif invoqué s'apprécie par rapport à l'intérêt que peut présenter la mesure demandée. Les faits dont il s'agit d'établir et de conserver la preuve doivent être à la fois utiles et pertinents, ce qui signifie que la mesure d'instruction réclamée doit être susceptible d'améliorer la situation du demandeur du point de vue de la preuve et implique l'existence d'un lien suffisant entre l'objet de la mesure et un litige éventuel (Cour, 18 octobre 2006, N° 31506 du rôle).

La société **SOC.1.)-SPF** expose que sur base des informations et documents comptables qui sont en sa possession, il apparaît que le dénommé **B.)** a exposé des dépenses manifestement excessives, somptuaires et injustifiées au nom des filiales de la société **SOC.3.) HOLDING S.A.**, à savoir **SOC.3.) IMMO S.A.** et **SOC.3.) ASSURANCES S.A.** et ce à son seul bénéfice.

A titre d'exemple elle cite les points suivants :

- rémunération mensuelle très confortable et non autorisée, sur certains points, par le conseil d'administration de la société ;
- octroi en toute opacité de nombreux avantages en nature, dont notamment des bonus en numéraires considérables, ainsi que l'achat par l'intermédiaire de **SOC.3.) IMMO S.A.** et de **SOC.3.) ASSURANCES S.A.** de voitures de luxe nullement justifiées par les activités d'agent immobilier et /ou de courtage en assurances au sein de **SOC.3.) IMMO S.A.** et **SOC.3.) ASSURANCES S.A.** ;
- octroi de bonus et de gratifications excessives sans l'aval des conseils d'administration à **SOC.3.) ASSURANCES S.A.** et **SOC.3.) IMMO S.A.** ;
- distribution de nombreuses gratifications et bonus aux salariés sans la moindre justification et de manière totalement arbitraire ;
- invitation d'employés en weekend à Monaco ;

- leasings d'automobiles à des membres de sa famille ;

Ce serait dans ce contexte que le conseil d'administration de **SOC.3.) HOLDING S.A.** a décidé, le 6 juin 2016, qu'il soit procédé à un audit de la société **SOC.3.) IMMO S.A.** par la Fiduciaire **SOC.2.)**.

L'appelante verse à l'appui de ses dires le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de la société **SOC.3.) HOLDING S.A.**.

Au point 5. dudit procès-verbal, le conseil d'administration retient qu'il existe des zones d'ombres quant à certains frais à charge de la filiale, d'une part sur les primes de fin d'année et les gratifications, d'autre part sur les coûts relatifs à une Mercedes et une Ferrari et il a été décidé de procéder à un audit externe relatif à ces points.

La Fiduciaire **SOC.2.)** a été chargée d'établir cet audit et par courrier du 1^{er} décembre 2017 les appelants ont demandé à celle-ci de leur communiquer le rapport.

Pour des raisons non autrement expliquées, la fiduciaire **SOC.2.)** n'a réservé aucune suite à cette demande.

Les explications fournies par la société **SOC.1.) - SPF** sont suffisamment pertinentes pour permettre à la Cour de considérer qu'elle a un motif légitime pour demander la production du rapport d'audit dont le contenu justifiera le cas échéant l'exercice des actions en responsabilité qu'elle envisage.

La mesure sollicitée est également légalement admissible dans la mesure où 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 en production de pièces à un tiers étant expressément admise par l'article 284 du NCPC de sorte que le juge des référés peut, en vertu des articles précités, l'ordonner sans outrepasser les pouvoirs qui lui sont conférés (cf. arrêt ci-avant cité).

L'article 350 du NCPC pose encore comme condition que la mesure sollicitée soit demandée avant tout procès au fond concernant le fait dont il échet d'établir ou de conserver la preuve.

Il est vrai que la société **SOC.1.) - SPF** verse parmi ses pièces une assignation lancée le 31 mai 2017 à l'initiative de la société **SOC.1.) - SPF** et de **A.)** contre les sociétés **SOC.3.) HOLDING S.A.**, **SOC.3.) IMMO S.A.**, **B.)** et **C.)** ayant pour objet de prononcer la nullité des décisions adoptées lors de la réunion du conseil d'administration de la société **SOC.3.) HOLDING S.A.** du 11 octobre 2016, dont le non-renouvellement du mandat d'administrateur de **A.)**.

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 pas été introduit en vue du procès qui oppose d'ores-et-déjà les parties mais en vue d'une éventuelle action en responsabilité, de sorte que l'affaire pendante devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, ne constitue pas un obstacle à ce qu'il soit fait droit à la demande en ce qui concerne la société **SOC.1.)-SPF**.

L'appel est donc fondé dans le chef de la société **SOC.1.)-SPF**.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé dans le chef de **A.)**,

le dit fondé dans le chef de la société anonyme **SOC.1.)-SPF**,

réformant :

ordonne à la société à responsabilité limitée Fiduciaire **SOC.2.)** de délivrer à la société anonyme **SOC.1.)-SPF** copie du rapport d'audit réalisé suite à la décision du conseil d'administration de la société **SOC.3.) HOLDING S.A.** du 6 juin 2016 et ce dans les 24 heures de la signification du présent arrêt,

condamne la société à responsabilité limitée Fiduciaire **SOC.2.)** aux frais et dépens des deux instances.

Madame le Président de chambre Astrid MAAS étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru à l'arrêt.