Arrêt N° 115 /17 - III – REF

Audience publique du seize novembre deux mille dix-sept.

Numéro 44784 du rôle

Composition:

Théa HARLES-WALCH, premier conseiller, président,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Yola SCHMIT, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

la société anonyme S1 S.A. établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de Luxembourg du 5 mai 2017,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Georges KRIEGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

la société anonyme S2 S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

appelante par incident,

comparant par Maître François COLLOT, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par exploit d'huissier du 12 septembre 2013, la société anonyme S1 S.A. a fait donner assignation à la société anonyme S2 S.A. à comparaître devant le juge des référés aux fins de la voir condamner à lui payer par provision la somme de 772.445,89 euros, outre les intérêts légaux, à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

A l'appui de sa demande, la société S1 S.A. fit exposer qu'elle détient 50 % du capital social de la société S2 S.A.; qu'il ressort du bilan et des comptes sociaux de la société défenderesse de 2011 que celle-ci redoit à la requérante la somme de 772.445,89 euros; que la comptabilité de la société défenderesse fait foi entre commerçants conformément à l'article 17 du code de commerce et que le remboursement de la dette de la société débitrice est exigible à tout moment, à défaut de convention contraire.

A l'audience des plaidoiries, la société S2 S.A. demanda reconventionnellement à voir condamner la société S1 S.A. à lui payer le montant de 17.186.214,18 euros du chef de dédommagement en raison d'un détournement commis par A et la société S1 S.A. du projet immobilier *« X »* au détriment de la société S2 S.A..

Par ordonnance rendue le 7 avril 2017, le juge des référés a déclaré les demandes principale et reconventionnelle recevables mais non fondées. Il a rejeté les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour statuer comme il l'a fait, le juge des référés a retenu, qu'en l'absence de preuve quant à l'exigibilité de la créance alléguée, la demande en paiement de la société S2 S.A. est à rejeter comme non fondée sur base de l'article 933 alinéa 2 du NCPC.

Quant à la demande reconventionnelle, le juge des référés a retenu que, face aux contestations de la société S1 S.A. et à défaut d'éléments probants suffisants au dossier quant à d'éventuelles fautes de cette dernière en relation causale avec le dommage allégué, cette demande était également à rejeter comme non fondée sur base de l'article 933 alinéa 2 du NCPC.

Par exploit d'huissier du 5 mai 2017, la société S1 S.A. a régulièrement relevé appel de cette ordonnance non signifiée.

La société S1 S.A. demande à la Cour de réformer l'ordonnance entreprise en ce que le premier juge a déclaré non fondées ses demandes. Elle demande de déclarer la demande principale fondée pour le montant réclamé de 772.445,89 euros, majorée des intérêts légaux. Elle demande également une indemnité de procédure

de 2.500 euros pour la première instance et une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

L'appelante demande à la Cour de constater qu'elle détient à l'égard de la société S2 S.A. une créance de compte courant d'associé qui s'élève, au vu de la mention comptable figurant au bilan publié de la société S2 S.A. de l'année 2011, à 772.445,89 euros.

Elle soutient que sa créance est non seulement incontestable, étant donné que la comptabilité de la société S2 S.A. fait foi entre commerçants, en application de l'article 17 du code du commerce, mais encore, et contrairement à la motivation de l'ordonnance entreprise, exigible.

En s'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence, l'appelante fait valoir que l'avance en compte courant est à considérer comme étant un prêt effectué par un associé à la société, dont le remboursement peut, à défaut de convention contraire, être demandé à tout moment. Elle n'aurait aucune obligation de fournir les contrats de prêts relatifs à sa créance, l'inscription en compte de la créance faisant foi, sauf preuve contraire. La libération de la société débitrice ne saurait pas non plus, et à défaut d'autres éléments, résulter des seuls livres comptables de la société S2 S.A. relatifs aux années 2012 et 2013, étant donné qu'à ce jour, ils n'auraient été ni approuvés par les actionnaires, ni fait l'objet de publication et qu'ils demeureraient contestés.

La société S1 S.A. demande enfin à la Cour de confirmer l'ordonnance en ce que le premier juge a déclaré la demande reconventionnelle de la société S2 S.A. non fondée sur base de l'article 933 alinéa 2 du NCPC. Une compensation entre créances réciproques ne serait donc pas possible.

La société S2 S.A. interjette appel incident de l'ordonnance entreprise et demande, par réformation, à voir dire fondée sa demande reconventionnelle en paiement de la somme de 17.186.214,18 euros, majorée des intérêts légaux. Elle conclut, pour le surplus, à la confirmation de l'ordonnance entreprise, sinon à voir ordonner la compensation judiciaire entre les créances respectives. Elle demande une indemnité de procédure de 10.000 euros pour chaque instance.

L'intimée fait valoir que la société S1 S.A. ne verse pas de pièces démontrant l'existence d'une créance de 772.445,89 euros dans son chef. Pour pouvoir se baser sur des documents comptables émanant de S2 S.A., la société S1 S.A. devrait démontrer que ces documents reflètent une image fidèle de sa situation financière à ce jour d'aujourd'hui. Or, la situation aurait évolué pendant les cinq dernières années. Les documents comptables de la société S2 S.A. relatifs à l'année 2013 feraient, au contraire, apparaître une créance de la société S2 S.A. envers la société S1 S.A. de 17.186.214,18 euros.

Comme ces documents auraient été établis par le conseil d'administration de la société S2 S.A., il s'agirait de pièces comptables au même titre que les bilans de 2011.

L'intimée conteste, en ordre subsidiaire, le caractère exigible de la créance invoquée par la société S1 S .A. au motif que celle-ci ne verse aucun contrat de prêt ni aucun accord qui documenterait la date d'exigibilité du prétendu prêt.

En ordre plus subsidiaire, l'intimée se prévaut de l'extinction de la créance litigieuse par compensation avec sa propre créance envers la société S1 S.A. Elle soutient que le détournement par la société S1 S.A. du principal actif de la société S2 S.A. lui a causé une perte évaluée à 18 millions d'euros. Au vu de cette créance, celle invoquée par la société S1 S.A., à la supposer même fondée, serait de toute façon éteinte par compensation.

La société S2 S.A. invoque finalement, au titre de contestations sérieuses, les actions publiques actuellement pendantes devant le juge d'instruction, l'une introduite le 5 décembre 2012 par la société S2 S.A., la société S3 S.A. et B contre la société S1 S.A. et A pour abus de confiance, abus de biens sociaux et blanchiment et l'autre introduite le 26 mars 2014 par la société S1 S.A. contre X pour faux bilan, faux et usage de faux et qui porte expressément sur les bilans de 2012 et 2013 de la société S2 S.A..

Elle se prévaut encore du jugement rendu le 12 mai 2016 par le tribunal de commerce ayant décidé que la plainte pour faux bilan, usage de faux bilan et faux *« est susceptible d'avoir une influence sur la solution du présent litige ».*

Il y a lieu d'abord de relever que la règle que *« le criminel tient le civil en état* » n'affecte pas la juridiction des référés.

En effet, aux termes de l'article 3 du titre préliminaire du code d'instruction criminelle, l'exercice de la seule action civile est suspendu pendant le cours de l'action publique, alors que le même article ne prévoit pas la suspension de l'exercice du droit de demander une provision pendant la suspension de l'action civile, une telle demande provisoire n'ayant d'autre objet que les mesures provisoires par lesquelles il est pourvu aux intérêts que compromet la longueur de la procédure.

Le moyen tiré de l'existence de deux actions publiques actuellement pendantes devant le juge d'instruction n'est dès lors pas fondé.

Conformément à l'article 933 alinéa 2 du NCPC, il appartient à la Cour d'examiner si l'existence des deux créances litigieuses n'est pas sérieusement contestable.

En l'absence d'une définition légale des comptes courants d'associés, l'apport en compte courant d'un associé consiste pour l'associé à consentir à la société des avances ou des prêts en versant directement des fonds ou en laissant à sa disposition des sommes qu'il renonce provisoirement à percevoir. L'apport en compte courant confère à l'associé un droit de créance à l'égard de la société (cf. JCL commercial, verbo : comptes courants d'associés, fasc. 1099 no 1 et suivants).

Par application du principe de l'autonomie de la volonté contractuelle à la convention de compte courant d'associé, un associé peut demander à tout moment le remboursement du solde créditeur de son compte, à condition toutefois qu'il rapporte la preuve de son droit (JCL commercial, op.cit. no 7).

Si, conformément aux conclusions de la société S1 S.A., la preuve de son droit peut résulter des éléments de la comptabilité invoquée contre celui qui l'a *« régulièrement »* tenue, il n'en demeure pas moins que la force probante des mentions comptables n'est pas absolue, ce qui résulte du mot *« peut »* employé dans l'article 17 du code de commerce.

L'article 17 du code de commerce prévoit en effet que *« les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. »*

Pour fonder son droit au remboursement de son compte courant associé, la société S1 S.A. se prévaut de la mention figurant au bilan de la société S2 S.A. pour l'exercice 2011 sous la rubrique *« dettes envers des entreprises avec lesquelles la société a un lien de participation »,* telle que celle-ci est explicitée à l'annexe du bilan et sur la constatation que ce bilan fût dûment publié après avoir été soumis à l'approbation des actionnaires.

La société S1 S.A. ne verse, par contre, pas de pièces comptables établissant sa créance au jour de l'assignation en référé, le 12 septembre 2013, ni à la date de la présente décision à intervenir.

Or, il appert des pièces versées par la société S2 S.A. que la créance résultant de l'avance en compte courant associé invoquée par la société S1 S.A. a fortement varié au cours des années.

En effet, si la dette de la société S2 S.A. envers la société S1 S.A. apparaît dans le bilan de 2009 pour un montant de 1.770.750,05 euros, pour diminuer en 2010 à 932.792,53 euros et pour atteindre en 2011 le montant de 772.445,89 euros, elle ne

figure cependant plus au bilan de 2013 lequel, au contraire, fait état d'une créance de la société S2.S.A. envers la société S1 S.A. de 17.186.214,18 euros.

Il se dégage encore du procès-verbal de constat d'huissier du 30 octobre 2013 que lors de l'assemblée générale du 30 octobre 2013, les comptes annuels de l'année 2012 n'avaient pas pu être approuvés, suite au refus de la société S1 S.A. de porter la créance invoquée par la société S2. S.A. au débit du compte actionnaire de la société S1 S.A., de façon à ce que celui-ci laisse apparaître une créance en faveur de la société S2 S.A. de (18.000.000 – 758.000 (provisoire) 2012 = 17.215.00 euros.

Si, conformément aux conclusions de la société S1 S.A., la preuve de la libération de la société S2 S.A. ne saurait résulter de ses propres comptes sociaux des années 2012 et 2013 non régulièrement approuvés et publiés, il n'en demeure pas moins que les seuls documents comptables versés par la société S1 S.A. pour l'année 2011 ne reflètent pas, au vu des éléments qui précèdent, une image fidèle de la situation telle que celle-ci était au jour de l'assignation en référé, le 12 septembre 2013 et qu'ils n'établissent pas le quantum de la créance alléguée par la société S1 S.A., ni qu'elle était encore exigible à cette date, respectivement au jour de la présente décision.

Il y a partant lieu de confirmer l'ordonnance entreprise en ce que le premier juge n'a pas fait droit à la demande de la société S1 sur base de l'article 933 alinéa 2 du NCPC.

En ce qui concerne le bien-fondé de sa demande reconventionnelle, la société S2 S.A. fait exposer que le projet *« X »* est une très importante promotion immobilière située à (…) qui porte sur la construction de 121 lots destinés à la construction et 170 unités de logements sur un terrain de 738 ares; que ce projet avait été initié pas la société S2 S.A. en 2004, puis vendu à la société S2 S.A. en 2008 pour le prix de 115.000 euros et qu'il figure également dans ses bilans de 2009, 2010 et 2011, tous approuvés tant par la société S1 S.A. que par la société S3 S.A..

A l'appui de sa demande, la société S2 S.A. fait encore valoir qu'elle se serait cependant rendue compte que les autorisations, les actes d'échanges, puis les actes de vente, furent finalement passés, non pas par S2 S.A., mais par la société S4 S.A. qui appartient à 100 % à la société S1 S.A. et est dirigée par A. Or, le projet *« X »* n'aurait pourtant jamais été racheté à la société S2 S.A.. Ce faisant A et la société S1 S.A. auraient tout simplement détourné un actif estimé à 18 millions d'euros au détriment de la société S2 S.A., raison pour laquelle elle aurait déposé une plainte pénale le 12 décembre 2012.

Elle évalue le préjudice subi à 18 millions d'euros sur base d'une estimation du prix de vente final des terrains à 100.000 euros l'are.

La société S1 S.A. conteste la créance invoquée tant en son principe qu'en son montant.

A l'instar du premier juge, la Cour constate que face aux contestations de la société S1 S.A. et à défaut d'éléments probants suffisants au dossier quant à d'éventuelles fautes de cette dernière en relation causale avec le dommage allégué, la demande reconventionnelle en paiement de la société S2 S.A. est à rejeter sur base de l'article 933 alinéa 2 du NCPC.

Il y a partant lieu encore de confirmer sur ce point l'ordonnance entreprise.

C'est enfin à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le premier juge a débouté les deux parties de leurs demandes respectives sur base de l'article 240 du NCPC.

Les deux parties succombant en leurs appels respectifs, leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ne sont pas non plus fondées.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident;

les dit non fondés;

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC.

fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour moitié à chacune des deux parties.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame le premier conseiller Théa HARLES-WALCH, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.