

Arrêt référé

Audience publique du 29 février deux mille douze

Numéro 37603 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Odette PAULY, conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme G),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 15 juillet 2011,

comparant par Maître Jean-Louis SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. la société à responsabilité limitée A),

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 15 juillet 2011,

comparant par Maître Franca ALLEGRA, avocat à la Cour, demeurant à Esch/Alzette ;

2. la société à responsabilité limitée L),

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 15 juillet 2011,

comparant par Maître Paulo LOPES DA SILVA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

3. J),**4. B),****5. la société à responsabilité limitée M),**

intimés aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 15 juillet 2011,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 25 mai 2011, la société anonyme G) S.A. a fait donner assignation à la société A) sàrl, à la société L) sàrl, à J), à B) et à la société M) sàrl à comparaître devant le juge des référés aux fins de voir nommer un administrateur provisoire pour gérer les affaires de la société A) sàrl, sinon de voir nommer un expert avec la mission de « décrire les opérations effectuées sur la marque et d'en examiner le bien fondé économique et financier ».

Par ordonnance du 30 juin 2011, ces demandes ont été déclarées irrecevables, au motif que la mésentente entre l'associé minoritaire à 30%, la société demanderesse, et l'associé majoritaire à 70%, la société L) sàrl, n'empêche pas la société A) sàrl de fonctionner normalement, et que la partie demanderesse n'apporte pas la preuve d'un péril grave pour cette société justifiant la nomination d'un administrateur, respectivement l'institution d'une expertise.

Le 15 juillet 2011, la société anonyme G) S.A. a interjeté appel de cette ordonnance en faisant valoir que même s'il devait être jugé que les organes de la société fonctionnent normalement, la nomination d'un administrateur provisoire se justifie, en l'espèce, en raison du péril grave qu'encourt la société du fait que le gérant ne semble pas défendre correctement les

intérêts de la société, respectivement qu'une situation anormale révèle des faits graves susceptibles de causer un préjudice certain et imminent aux intérêts sociaux, nonobstant le fonctionnement régulier des organes de gestion.

L'appelante reproche au dirigeant de la société A) sàrl de ne pas avoir mis fin au contrat de licence ayant pour objet la marque U), seul actif valorisable de la société A), conclu avec la société CG), admise depuis le 24 mai 2010 à une procédure de concordat préventif de faillite. L'appelante relève que la société CG) appartient à la société R), qui est une filiale de la société L) sàrl.

L'appelante critique encore qu'en 2009, la société A) sàrl a donné en gage ladite marque pour garantir à concurrence de 2.000.000.- € les dettes de R) sàrl et que suite aux difficultés de CG), les droits de licence ont été cédés à une société A) Italia.

La société L) sàrl réplique que l'appelante lui reproche des faits qui remontent à 2006, alors qu'elle n'a acquis qu'à compter du 28 décembre 2007 les parts du capital de la société A), que les difficultés financières de cette dernière sont dues au comportement du designer U), qui contrôle la partie appelante, et qui s'est désolidarisé de la marque portant son nom, l'a désavouée et a créé une marque concurrente.

La partie intimée L) sàrl explique que les décisions prises par la gérance d'A) l'ont été dans l'intérêt de la société et de la pérennité de la marque dont elle est propriétaire, que la société continue de fonctionner normalement et de bénéficier de la confiance de ses créanciers.

Par ailleurs, elle conteste qu'il y ait urgence, respectivement trouble manifestement illicite ou risque de dépérissement de preuve.

Les parties intimées J), B) et la société M) sàrl s'opposent à la demande, relevant que les dernières années la situation financière de la société A) s'est améliorée et que les créanciers continuent à lui accorder crédit.

La demande est basée sur l'article 932 alinéa 1 du Nouveau Code de procédure civile, subsidiairement sur l'article 933 alinéa 1, 1^{ière} phrase du Nouveau Code de procédure civile et plus subsidiairement sur l'article 933 alinéa 1, 2^{ème} phrase du même code.

Quant à la nomination d'un administrateur provisoire

Le juge de première instance a rappelé les conditions préalables à la nomination d'un administrateur provisoire et il a conclu que les éléments soumis en première instance n'ont pas permis d'établir que le fonctionnement normal de la société A) ne serait plus assuré et que la société serait menacée dans son existence.

Il est admis que l'intervention du juge des référés aux fins de désignation d'un administrateur doit reposer sur des faits concrets susceptibles de motiver une telle désignation, étant entendu qu'il n'incombe pas aux juridictions de se substituer aux organes de la société, mais d'aider au redressement de son fonctionnement si celui-ci est paralysé ou faussé ou risque de l'être.

En principe, la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle, qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et, menaçant celle-ci d'un dommage imminent.

Ainsi, ces principes se focalisent sur le fonctionnement de la société en cause.

La partie appelante appuie ses développements sur la jurisprudence FRUEHAUF, affaire dans laquelle la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 22 mai 1965, a considéré que le critère du fonctionnement anormal n'est plus indispensable. Dans cette affaire, la société fonctionnait normalement, mais son avenir était menacé par une décision des organes de la direction. C'était la première fois, que le juge désignait un administrateur provisoire alors que les organes de direction étaient en place et n'étaient pas paralysés.

Si cette extension jurisprudentielle concrétise une attitude plus ouverte en faveur de l'admission d'un administrateur provisoire, il n'en demeure pas moins que les tribunaux veillent à ce que l'intérêt social soit toujours en cause.

Lorsque la désignation d'un administrateur provisoire est sollicitée dans le cadre d'un conflit entre associés, la jurisprudence se montre prudente et veille effectivement à ce que les juges aient constaté la réunion de deux conditions, à savoir le fonctionnement anormal de la société et l'intérêt social gravement compromis. Il apparaît que ces deux conditions sont renforcées dans l'hypothèse d'une mésentente (cf. Benoît Lecourt Revue des sociétés 2006 page 828 note sous Cour de cassation (com) 25 janvier 2005 Majestic/ Laugier).

Contester la politique menée n'est donc pas suffisant pour justifier la nomination d'un administrateur provisoire. L'intérêt social ne se confond pas avec celui des associés minoritaires. Il pourrait en être autrement, exceptionnellement si, malgré l'absence de paralysie, des irrégularités graves étaient établies.

En l'espèce, la partie appelante ne saurait se prévaloir des faits antérieurs à la date du 28 décembre 2007, date à laquelle la société L) a acquis la majorité du capital de la société A) sàrl.

L'appelante reproche encore aux gérants de A) sàrl d'avoir donné en gage la marque pour garantir la dette de la société R), de ne pas avoir dénoncé le contrat de master licence agreement avec CG), admise au concordat préventif à la faillite, et d'avoir transféré les droits de licence de CG) à une société A) Italia en septembre 2009.

L'intimée L) sàrl fait valoir que la constitution du gage a permis à la société R) d'obtenir un prêt pour contribuer au soutien financier de sa filiale CG) et à la sauvegarde de la marque.

La société L) explique que la société A) n'a pas résilié le contrat conclu avec CG) afin de maintenir l'exploitation de la marque de manière ininterrompue, de maintenir les sous-licences d'exploitation et de remédier au préjudice porté à la renommée de la marque suite au désaveu du styliste, en attendant la cession à un nouveau licencié, en l'espèce la société A) Italia.

En considération de ces explications fournies par l'intimée L), ces opérations ne représentent pas de violation de la loi ou des statuts et leur caractère manifeste d'illicéité reste à établir.

Face au développement de la partie L) sàrl quant aux divergences entre le styliste U) et la direction sociale de la société A) sàrl relatives à la stratégie commerciale, la partie appelante n'établit pas que les difficultés financières de la société A) sont dues aux opérations par elle critiquées.

Partant, la société G) n'apporte pas la preuve d'un péril grave menaçant les intérêts sociaux de la société A), de sorte que les conditions requises pour la nomination d'un administrateur provisoire font défaut en l'espèce. Il y a partant lieu de rejeter les critiques relatives à l'ordonnance entreprise, qui est à confirmer de ce chef.

Quant à la nomination d'un expert

En ordre subsidiaire, la partie appelante demande la nomination d'un expert chargé de « décrire les opérations effectuées sur la marque U) par A) sàrl depuis le 30 juin 2006, date de la signature d'un accord de licence, et d'en examiner le bienfondé économique et financier dans la perspective d'A) sàrl ».

Dans le cadre de cette demande, l'appelante requiert de faire défense à A) sàrl de conclure un quelconque contrat sur la marque U) ou de modifier ceux qui existent en attendant le dépôt du rapport d'expertise et de dire que cette interdiction cessera de produire ses effets deux mois après le dépôt du rapport d'expertise.

Le premier juge a, sur base des développements faits dans le cadre de la demande principale, également déclaré la demande subsidiaire irrecevable.

La partie intimée soulève l'irrecevabilité de la demande en nomination d'un expert au motif que l'article 154 de la loi concernant les sociétés commerciales ne prévoit la nomination d'un commissaire spécial, devant vérifier les livres et compte sociaux, que pour les sociétés anonymes, de sorte que cette faculté n'est pas à admettre pour une société à responsabilité limitée.

Malgré l'existence en droit des sociétés d'une mesure spéciale d'expertise, l'expertise de droit commun demandée au président du tribunal d'arrondissement est recevable (cf. Cour d'appel du 15.12.2004 no du rôle 28445).

A plus forte raison, l'inexistence en matière de société à responsabilité limitée d'une expertise de gestion justifie la recevabilité d'une demande en institution d'une expertise devant le juge des référés.

La demande subsidiaire est également basée sur les articles 932 et 933 du Nouveau Code de procédure civile.

L'urgence est une condition d'application de chacun de ces textes, sauf que dans les cas de l'article 932 alinéa 1^{er}, elle est la condition première et déterminante de la saisine de la juridiction des référés et que, dans le cas de l'article 933 alinéa 1^{er}, 2^e phrase, elle se confond avec l'exigence légale qu'il y ait à prévenir un dépérissement de preuves.

En l'occurrence, la partie appelante reste en défaut d'établir en quoi il y a actuellement urgence à décrire les opérations effectuées sur la marque depuis le 30 juin 2006.

En effet, il y a défaut d'urgence si une mesure sollicitée en référé sur la base de l'article 932 NCPC (ex: une expertise) n'a pas pour objet la constatation d'un état de chose susceptible de se modifier ou dont la preuve viendrait à se modifier.

La partie appelante ne se prévaut d'aucun changement imminent dans le cadre de la gestion de la licence en cause.

Par ailleurs, il n'appartient pas au juge des référés de charger un expert d'une mission ayant pour objet d'apprécier l'opportunité économique ou financière d'une opération.

Partant, l'ordonnance entreprise est à confirmer pour avoir déclaré irrecevable la demande subsidiaire.

La société anonyme G) S.A. réclame l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000.- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La société A) sàrl et la société L) sàrl, demandent l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000.- €, respectivement de 3.500.- €.

Etant donné que la partie appelante succombe dans ses prétentions, sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile tendant à obtenir une indemnité de procédure pour la première et la deuxième instance est à déclarer non fondée.

Les parties intimées ne justifiant pas de la condition de l'iniquité posée par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, elles sont à débouter de leur demande afférente.

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,

partant, confirme l'ordonnance du 30 juin 2011,

dit les demandes en obtention d'indemnités de procédure présentées en instance d'appel non fondées,

condamne la société anonyme G) S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel.