

Audience publique du douze juin deux mille dix-neuf

Numéros CAL-2019-00012 et CAL-2019-00022 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, premier conseiller, président ;
Henri BECKER, conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

I) E n t r e :

la société à responsabilité limitée CORNAVIN JV LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-1148 Luxembourg, 16, rue Jean l'Aveugle, représentée par son gérant,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch/Alzette en date du 21 décembre 2018,

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société à responsabilité limitée BIGFAIR CORNAVIN, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 4, rue Peternelchen, représentée par ses gérants,

intimée aux fins du susdit exploit REYTER du 21 décembre 2018,

comparant par la société à responsabilité limitée E2M, établie et ayant son siège social à L-2342 Luxembourg, 52, rue Raymond Poincaré, représentée aux fins des présentes par Maître Max MAILLIET, assisté de

Maître Philippe SYLVESTRE, avocats à la Cour, demeurant à la même adresse ;

2. la société anonyme de droit suisse FINIAL CAPITAL, établie et ayant son siège social à CH-1204 Genève, 7, rue de la Fontaine, représentée par son organe de gestion,

intimée aux fins du susdit exploit REYTER du 21 décembre 2018,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, Place Winston Churchill, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse ;

3. Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, pris en sa qualité d'administrateur provisoire, demeurant professionnellement à L-2128 Luxembourg, 22, rue Marie-Adelaïde,

intimé aux fins du susdit exploit REYTER du 21 décembre 2018,

comparant en personne ;

II) E n t r e :

la société anonyme de droit suisse FINIAL CAPITAL, établie et ayant son siège social à CH-1204 Genève, 7, rue de la Fontaine, représentée par son organe de gestion,

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

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, Place Winston Churchill, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse ;

e t :

1. la société à responsabilité limitée BIGFAIR CORNAVIN, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 4, rue Peternelchen, représentée par ses gérants,

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

comparant par la société à responsabilité limitée E2M, établie et ayant son siège social à L-2342 Luxembourg, 52, rue Raymond Poincaré, représentée aux fins des présentes par Maître Max MAILLIET, assisté de Maître Philippe SYLVESTRE, avocats à la Cour, demeurant à la même adresse ;

2. Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, pris en sa qualité d'administrateur provisoire, demeurant professionnellement à L-2128 Luxembourg, 22, rue Marie-Adelaïde,

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL du 21 décembre 2018,

comparant en personne ;

3. la société à responsabilité limitée CORNAVIN JV LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-1148 Luxembourg, 16, rue Jean l'Aveugle, représentée par son gérant,

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

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier des 16 et 17 août 2018, la société BIGFAIR CORNAVIN S.à.r.l. a donné assignation à la société CORNAVIN JV Luxembourg S.à.r.l. et à la société de droit suisse FINIAL CAPITAL S.A. à comparaître devant le juge des référés pour voir ordonner la nomination d'un administrateur provisoire pour la société CORNAVIN JV Luxembourg S.à.r.l. avec la mission telle que plus amplement spécifiée dans le dispositif de l'exploit introductif d'instance, basant sa demande sur l'article 932

alinéa 1er du nouveau code de procédure civile et subsidiairement sur l'article 933 alinéa 1er du même code.

Elle a exposé à l'appui de sa demande que la société CORNAVIN JV Luxembourg S.à.r.l. est détenue de façon paritaire par la société FINIAL CAPITAL S.A. et la société JER CORNAVIN S.à.r.l. (actuellement BIGFAIR CORNAVIN S.à.r.l.), les sociétés BIGFAIR CORNAVIN S.à.r.l. et FINIAL CAPITAL S.A. étant initialement liées par une convention de joint-venture (*joint venture agreement*) dénoncée le 14 mars 2012 par la société FINIAL CAPITAL.

JER CORNAVIN S.à.r.l est la société *holding* du groupe hôtelier MANOTEL qui détient l'entièreté du capital social de sept filiales en Suisse.

Depuis le rachat en décembre 2016 de la société BIGFAIR CORNAVIN par la société hongkongaise BIGFAIR LIMITED, les relations entre les associés de la société CORNAVIN JV se seraient dégradées à tel point qu'en date du 12 janvier 2018 les deux gérants de « classe » A nommés sur proposition de la société BIGFAIR CORNAVIN auraient démissionné et les deux gérants « de classe B » restants, **A.)** et **B.)** nommés sur proposition de la société FINIAL CAPITAL, auraient refusé, sous de vains prétextes, les candidats aux postes de gérants proposés par la société BIGFAIR CORNAVIN, privant ainsi la société BIGFAIR CORNAVIN de représentants au conseil de gestion.

L'absence de nomination de deux nouveaux gérants violerait non seulement l'article 8.1. des statuts qui prévoit que les gérants restants n'entreprendront aucune action jusqu'à ce qu'un remplaçant ait été nommé par l'assemblée générale, mais encore l'article 8.6 des statuts, suivant lequel le conseil de gérance ne peut valablement délibérer et prendre des décisions que si trois gérants, comprenant au moins un gérant de classe A et un gérant de classe B pour toute décision autre qu'une décision clé et quatre gérants pour toute décision clé, sont présents ou représentés et l'article 8.9 suivant lequel la société ne peut être engagée uniquement par les signatures conjointes d'un gérant de classe A et un gérant de classe B.

Par ordonnance du 23 novembre 2018, le magistrat siégeant en remplacement de Madame la Présidente du tribunal d'arrondissement a dit la demande fondée et a nommé administrateur provisoire Maître Arsène KRONSHAGEN, avec la mission de gérer en bon père de famille la société CORNAVIN JV jusqu'à ce qu'elle soit dissoute et mise en liquidation, de vérifier les actes de gestion des gérants en fonctions de la société CORNAVIN JV et s'il devait s'avérer qu'il y a eu des erreurs de gestion des gérants de la société CORNAVIN JV d'assigner en responsabilité **A.)** et **B.)**,

actuels et anciens représentants de la société FINIAL CAPITAL au conseil de gérance de la société CORNAVIN JV, au nom et pour le compte de la société.

Les demandes respectives des parties en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et en allocation d'une indemnité de procédure ont été déclarées non fondées.

Pour statuer ainsi, le juge des référés a retenu qu'au regard de la parité des associés de la société CORNAVIN JV et de leurs positions diamétralement opposées, la probabilité qu'ils s'accordent sur la composition d'un conseil de gérance dans un avenir proche était quasi inexistante. Estimant qu'il y avait donc manifestement un blocage du processus de nomination d'un gérant au sein du conseil de gérance, le magistrat de première instance a considéré que le fonctionnement normal de la société CORNAVIN JV était gravement compromis et que de ce fait, il existait un trouble manifestement illicite au sens de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, de sorte qu'il y avait lieu de nommer un administrateur provisoire.

De cette ordonnance signifiée en date du 10 décembre 2018, la société CORNAVIN JV et la société FINIAL CAPITAL ont régulièrement relevé appel en date du 21 décembre 2018.

La société CORNAVIN JV estime que les conditions de la nomination d'un administrateur provisoire ne sont pas données, en l'absence de trouble manifestement illicite.

Elle expose que la société fonctionne normalement dans une saine continuité de gestion, que les comptes annuels au 31 décembre 2017 ont été audités, approuvés à l'assemblée générale du 19 juillet 2018 et déposés au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg et que le refinancement du prêt AAREAL, qui constituerait l'opération financière de loin la plus importante pour le groupe Manotel, a eu lieu en août 2018 à de bonnes conditions, malgré la tentative de sabotage de BIGFAIR CORNAVIN.

Elle souligne encore qu'il n'y a, contrairement à ce que fait plaider la société BIGFAIR CORNAVIN, pas le moindre indice de dilapidation des avoirs de la société, la Banque AAREAL ayant renouvelé son engagement envers le groupe et les filiales suisses poursuivant leurs activités comme par le passé et continuant à être profitables.

L'hypothèse d'un gérant unique serait d'ailleurs expressément prévue à l'article 8.1 §4 des statuts, de sorte que malgré la démission des autres

membres du conseil de gérance, A.) serait à même de mener les affaires de la société.

Si aux termes des statuts chaque associé a le droit de désigner deux personnes pour leur nomination en tant que gérant, les statuts n'imposeraient aucunement à l'autre associé d'accepter inconditionnellement ces personnes.

Le juge des référés aurait, en interprétant les alinéas 1 et 3 de l'article 8.1 des statuts en ce sens qu'ils stipuleraient une interdiction au gérant restant, après la démission de tous les autres, de continuer à gérer la société en l'absence d'accord de tous les actionnaires, outrepassé ses compétences.

La société CORNAVIN JV conteste encore toute urgence en ce qui concerne la base légale tirée de l'article 932 du NCPC, la société BIGFAIR CORNAVIN ayant attendu plus de sept mois avant d'assigner en nomination d'un administrateur provisoire, ce qui serait inconcevable en cas de menace imminente à l'intérêt social.

Elle conclut par réformation de l'ordonnance entreprise à voir la société BIGFAIR CORNAVIN déboutée de sa demande, ainsi qu'à la voir condamner à lui payer une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

La société FINIAL CAPITAL soutient, elle aussi, que les conditions de nomination d'un administrateur provisoire ne sont pas données en l'espèce. Elle estime que les organes de la société sont en l'état de fonctionner, le juge des référés n'ayant retenu le contraire qu'au prix d'une interprétation des statuts empiétant sur le fond.

La mission de l'administrateur serait par ailleurs critiquable en ce qu'il lui reviendrait de vérifier tous les actes de gestion des gérants en vue d'une éventuelle action en responsabilité, ce alors que la société BIGFAIR a été déboutée d'une demande en expertise introduite devant le tribunal siégeant en matière commerciale et qu'aucun indice d'une mauvaise gestion ne soit relevé.

La demande en nomination d'un administrateur provisoire devrait être déclarée irrecevable parce qu'abusive, la prise de participation de la société BIGFAIR n'ayant d'autres fins que de provoquer, par le biais d'une liquidation de la société, la vente du groupe.

Elle serait en tout état de cause non fondée, dès lors que la gestion de la société porterait ses fruits, les excellents résultats du groupe en témoignant. Les démissions des administrateurs de classe A seraient à la source du

blocage et il ne dépendrait que de la société BIGFAIR CORNAVIN de présenter d'autres candidats avec un profil adéquat. L'intimée aurait par ailleurs eu tout loisir d'exercer ses droits d'associé en prenant part aux assemblées générales et aurait pu exercer son droit de contrôle en prenant connaissance des comptes.

La société FINIAL conclut dès lors, elle aussi, à voir réformer l'ordonnance entreprise et à voir Maître Kronshagen déchargé de sa mission, ainsi qu'à se voir allouer une indemnité de procédure de 20.000 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

-Quant à la recevabilité de l'appel pour autant qu'il émane de la société CORNAVIN JV

La société BIGFAIR CORNAVIN a soulevé le défaut de qualité de Maître Ferdinand BURG à représenter la société CORNAVIN JV, contestant le mandat reçu par celui-ci du conseil d'administration de la société, dès lors que ce dernier serait dessaisi par suite de la nomination de Maître Arsène KRONSHAGEN en qualité d'administrateur provisoire.

Il est admis par la jurisprudence que l'ordonnance de référé nommant un administrateur provisoire n'a pas pour effet, en l'absence de disposition particulière, de priver les organes légaux de la société de leur droit d'agir en justice sans l'assistance de cet administrateur (cf Com, 14 février 1989, Rev.sociétés 1989, p633, note D. RANDOUX). A fortiori faut-il retenir cette solution lorsqu'il s'agit de contester l'ordonnance de nomination de l'administrateur provisoire, *« ce dernier étant peu propice à exercer une action à son encontre, on a du mal à imaginer une autre solution que celle de permettre aux « organes légaux » de la société de contester cette décision »* (cf Claudie LEFEUVRE le Référé en droit des sociétés Presse Universitaires d'Aix-Marseille no 207). Cette solution a encore été consacrée dans une décision de la Cour de Cassation du 7 janvier 2004, suivant laquelle *« les organes légaux d'une société représentant celle-ci dans l'instance engagée contre elle et tendant à la désignation d'un administrateur provisoire ont, en cette qualité, le pouvoir d'exercer les voies de recours ouvertes à l'encontre de la décision de désignation »*.

Le mandat de Maître Ferdinand BURG, constitué en remplacement de Maître Hervé HANSEN, ne saurait partant être contesté et l'appel a valablement été interjeté par ce dernier pour compte de la société CORNAVIN JV.

Tant l'appel interjeté par la société CORNAVIN JV que l'appel de la société FINIAL introduits en les délais légaux sont partant à déclarer recevables.

-Quant à la nomination d'un administrateur provisoire

La société FINIAL CAPITAL a soulevé, déjà en première instance, l'irrecevabilité de la demande en nomination d'un administrateur provisoire au motif que la demande de la société BIGFAIR CORNAVIN serait abusive et donc irrecevable, cette dernière ayant pour seul but de provoquer par le biais de la liquidation de la société la vente du groupe alors que celui-ci fait d'excellents résultats.

La société BIGFAIR CORNAVIN se prévalant d'une mésentente grave entre associés et d'un blocage au niveau du fonctionnement de la société BIGFAIR CORNAVIN, a toutefois un intérêt légitime à voir nommer un administrateur provisoire, encore que, tel que soutenu par la société FINIAL CAPITAL, l'action puisse être motivée par des considérations d'ordre patrimonial.

Dans la mesure où elle tend à un résultat expressément autorisé par la loi sur les sociétés commerciales et n'est pas mue par des considérations contraires à la loi, l'action ne présente aucun caractère illégitime, de sorte que le moyen tiré du défaut d'intérêt légitime dans le chef de la société BIGFAIR CORNAVIN est à rejeter.

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. 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 M./ L.).

S'il est admis que la paralysie totale de la société met nécessairement l'intérêt social en péril, sans que cette dernière condition ne soit expressément constatée, en revanche un fonctionnement qui, sans être totalement paralysé, est seulement « anormal » nécessite un examen plus précis de la situation ; la nomination d'un administrateur provisoire ne s'imposera que s'il est précisément établi que les intérêts sociaux sont en péril (JurisClasseur Société Traité Fasc.43-10 verbo Administration provisoire no 14).

En l'espèce, comme l'ont relevé les magistrats de la section commerciale du tribunal d'arrondissement dans le contexte de la demande de mise en liquidation de la société introduite par l'intimée pour mésentente grave, la société BIGFAIR CORNAVIN reste en défaut d'établir un blocage au niveau du fonctionnement du conseil de gérance de la société CORNAVIN JV. D'une part l'article 8.9 des statuts invoqué par les appelants envisage la possibilité d'un gérant unique : « *si la Société n'a qu'un seul Gérant, la Société sera engagée par la signature du Gérant unique, et en cas de pluralité de Gérants, la Société sera engagée par les signatures conjointes de un Gérant de classe A et d'un Gérant de classe B.* », d'autre part, il est admis que l'administrateur démissionnaire doit continuer à s'occuper de la gestion des affaires sociales jusqu'à ce que l'assemblée générale ait pu pourvoir à son remplacement (Ch. RESTEAU, traité des sociétés anonymes, t.II, 3^e édition, p105, no 842).

Le blocage au niveau du processus de nomination des membres du conseil de gérance n'est pas donné non plus, dans la mesure où il n'est pas établi en cause que la société FINIAL CAPITAL s'oppose systématiquement à toute personne désignée ou proposée par la société BIGFAIR CORNAVIN en vue de sa nomination au conseil de gérance, cette dernière n'ayant pas proposé d'autres candidats après le refus des candidats **C.)** et **D.)**.

C'est dès lors à tort que le magistrat de première instance a retenu l'existence d'un trouble manifestement illicite au sens de l'article 933 al. 1^{er} du NCPC.

Le fonctionnement du conseil de gérance, s'il est anormal dans la mesure où le conseil de gérance est incomplet, n'est cependant pas paralysé.

La nomination d'un administrateur provisoire dans cette hypothèse ne s'impose que si les intérêts sociaux sont en péril.

Le péril imminent se confond le plus souvent avec un risque de préjudice grave encouru par la société elle-même, voir par l'ensemble des sociétés du groupe (Cass.com, 5 février 1985 :Bull.civ.1985,IV,no . 44). L'administration provisoire n'est pas faite pour protéger l'intérêt des associés, mais le seul intérêt social (Cass.com, 3 juill.1984 : Juris-data n°1984-701207).

En l'espèce aucun élément du dossier ne permet de retenir que les sociétés hôtelières en Suisse ne fonctionnent plus, ni que la situation économique de la société CORNAVIN JV est compromise, ce d'autant plus que le refinancement du prêt avec AAREAL BANK est assuré.

Les comptes consolidés au 31 décembre 2017 ont été déposés au registre de commerce et témoignent de la bonne santé financière de la société CORNAVIN JV.

Ceux pour l'exercice 2018 pouvant être déposés jusqu'au 30 juin 2019, il n'est pas établi que le gérant unique ne remplit pas ses obligations.

La demande en instauration d'une expertise de gestion sur base de l'article 1400-3 de la loi sur les sociétés commerciales, sous le prétexte de paiements suspects au niveau de CORNAVIN JV et de ses filiales à la société FINIAL CAPITAL et aux personnes liées à cette dernière a été rejetée par ordonnance du 27 avril 2018 de Madame la présidente de la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement comme non fondée, faute d'atteinte portée aux intérêts de la société CORNAVIN JV et à ceux de ses associés et aucun appel n'a été interjeté contre cette ordonnance.

Les assemblées générales de la société continuent à être convoquées par le gérant unique, de sorte que la société BIGFAIR CORNAVIN est à même d'exercer ses droits d'associé ainsi que ses droits de contrôle en prenant connaissance des comptes.

A défaut de tout péril imminent menaçant la société CORNAVIN JV, la demande n'est pas non plus justifiée sur base de l'article 932 al. 1^{er} du NCPC.

Il y a dès lors lieu de déclarer l'appel des sociétés CORNAVIN JV et FINIAL CAPITAL fondé et de réformer l'ordonnance entreprise, les conditions de nomination d'un administrateur provisoire n'étant pas données.

Les demandes en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel formulée par les deux parties appelantes sont à déclarer

fondées pour le montant de 2.500 euros chacune, dès lors qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais exposés. Celle formulée par la société BIGFAIR CORNAVIN est à déclarer non fondée.

PAR CES MOTIFS :

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

dit les appels de la société CORNAVIN JV et de la société FINIAL CAPITAL recevables,

les déclare fondés,

réformant,

déboute la société BIGFAIR CORNAVIN de sa demande en nomination d'un administrateur provisoire,

décharge Maître Arsène KRONSHAGEN de ses fonctions,

condamne la société BIGFAIR CORNAVIN à payer à la société CORNAVIN JV et à la société FINIAL CAPITAL le montant de 2500 euros chacune à titre d'indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société BIGFAIR CORNAVIN aux frais et dépens des deux instances.