

**Audience publique du vingt-neuf janvier deux mille vingt**

Numéro CAL-2019-00743 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, président de chambre;  
Elisabeth WEYRICH, premier conseiller;  
Yola SCHMIT, conseiller;  
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. A.), dirigeant d'entreprise, demeurant à UK-(...),
2. B.), dirigeant d'entreprise, demeurant à UK-(...),
3. C.), dirigeant d'entreprise, demeurant à F-(...),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 23 juillet 2019,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Donata GRASSO, assistée de Maître Ella SCHONCKERT, avocats à la Cour, demeurant à la même adresse ;

e t :

**1. la société à responsabilité limitée SOC.1.),** établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil de gérance,

intimée aux fins du susdit exploit GALLE du 23 juillet 2019,

comparant par l'étude ARENDT & MEDERNACH, société anonyme, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, av. J.F. Kennedy, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Ariel DEVILLERS, avocat à la Cour, assisté de Maître Izabela GOLINSKA, avocat, demeurant à la même adresse ;

**2. la société par actions simplifiée de droit français SOC.2.) SAS,** établie et ayant son siège social à F(...), représentée par son président,

intimée aux fins du susdit exploit GALLE du 23 juillet 2019,

comparant par la société à responsabilité limitée DCL Avocats, établie et ayant son siège social à L-2324 Luxembourg, 9, avenue Jean-Pierre Pescatore, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Guy PERROT, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse ;

**3. la société anonyme SOC.3.) HOLDING GROUP,** établie et ayant son siège social à L(...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit GALLE du 23 juillet 2019,

ne comparant pas.

---

#### LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 28 novembre 2018, la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** Sàrl (ci-après « **SOC.1.)** ») a fait comparaître **A.), B.), C.)**, la société par actions simplifiée de droit français **SOC.2.) SAS** (ci-après « **SOC.2.)** ») et la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC.3.) HOLDING GROUP SA** (ci-après « **SOC.3.) HOLDING** ») devant Madame le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir nommer un expert avec la mission de concilier les parties si faire se peut, ou sinon dans un rapport écrit et motivé :

*- constater qu'un cas de sous-performance a été établi et caractérisé sur base de l'article 2.1.1 du Pacte d'actionnaires à la date du 31 mai 2018,*

*- dire que l'expert devra se conformer aux conditions de formes et de délais prévus par le Pacte d'actionnaires pour établir son rapport,*  
*- dire que l'expert pourra, pour l'accomplissement de sa mission, requérir toutes informations utiles et recourir à l'assistance de tierces personnes.*

Il est constant en cause qu'en 2007, **A.)**, **B.)**, **C.)** (ci-après les « Fondateurs ») ont constitué un groupe de sociétés (ci-après le « Groupe **SOC.3.)** »), destiné à exploiter des hôtels, des bars à cocktail et des restaurants implantés en France et à l'étranger et qu'en raison de l'évolution du Groupe **SOC.3.)**, la société **SOC.2.)** est entrée dans le capital social de la société de droit français **SOC.3.)** GROUP SAS, entité à la tête du Groupe **SOC.3.)**, la société **SOC.2.)** détenant 49,97% du capital social de **SOC.3.)** GROUP SAS et les Fondateurs chacun 16,67%, soit au total 50,01%.

En 2016, le Groupe **SOC.3.)** a été à la recherche d'un nouvel investisseur, et le fonds d'investissement anglais **SOC.4.)** LLP a marqué son intérêt à investir dans le Groupe **SOC.3.)**.

Le 12 février 2017, un protocole entre les Fondateurs, **SOC.2.)** et la société **SOC.1.)**, filiale à 100% du fonds d'investissement anglais **SOC.4.)** LLP a été signé, qui stipule, entre autres, que les Fondateurs et **SOC.2.)** apportent à une société de droit luxembourgeois constituée à cet effet, en l'occurrence la société **SOC.3.)** HOLDING, les actions qu'ils détiennent dans **SOC.3.)** GROUP SAS.

Parallèlement à la signature du protocole, les Fondateurs, la société **SOC.2.)** et la société **SOC.1.)** ont signé un pacte d'associés le 2 mars 2017, qui fixe les règles de gouvernance au sein de **SOC.3.)** HOLDING.

La société **SOC.1.)** expose que depuis son entrée au capital social de **SOC.3.)** HOLDING, celle-ci est fortement endettée et ne génère plus la trésorerie nécessaire pour faire face aux échéances de ses obligations financières autrement que par la création de dettes nouvelles et qu'il existe actuellement une différence de point de vue entre associés, quant à la stratégie à adopter suite aux difficultés économiques rencontrées, les Fondateurs souhaitant multiplier les projets d'investissement afin de soutenir une croissance importante mais non maîtrisée, tandis que la société **SOC.1.)** souhaite adopter une gestion plus prudente, dans un contexte où la rentabilité du groupe n'est pas satisfaisante.

Dans la mesure où, lors du conseil d'administration de **SOC.3.) HOLDING** du 24 mai 2018, un EBITDA<sup>1</sup> prévisionnel en retrait de 1 million d'euros par rapport au budget initial a été annoncé et qu'au mois de juillet 2018, la situation aurait continué à se dégrader, sans qu'une amélioration des résultats de **SOC.3.) HOLDING** n'ait pu être constatée, la société **SOC.1.) a**, conformément à l'article 2.1.1. du Pacte d'associés, notifié à **SOC.3.) HOLDING** un *cas de sous performance*, lui permettant de faire désigner de nouveaux administrateurs et d'en faire révoquer, de manière à ce que le conseil d'administration de **SOC.3.) HOLDING** soit majoritairement composé d'administrateurs choisis par la société **SOC.1.)**.

Compte tenu de la contestation par les parties défenderesses de l'existence d'un cas de sous-performance et de leur refus de procéder à la désignation d'un expert afin de voir déterminer l'existence d'un cas de sous-performance, conformément aux prescriptions du pacte d'associés, la société **SOC.1.) a** sollicité la désignation de pareil expert par la voie judiciaire, principalement sur base de l'article 350 du NCPC, subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC.

Les parties défenderesses, invoquant les termes de l'article 2.1.1 du pacte d'associés, ont soulevé l'incompétence du juge des référés pour connaître de la demande, estimant qu'il s'agirait d'une clause attribuant une compétence exclusive au président de la chambre de commerce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour désigner un expert aux fins de déterminer l'existence d'un cas de sous-performance tel que défini par le pacte.

A titre subsidiaire elles ont invoqué l'incompétence du juge des référés pour connaître de la demande, étant donné que l'appréciation du bien-fondé de la demande de la société **SOC.1.)** supposerait une interprétation préalable des stipulations du pacte d'associés.

Par ordonnance du 21 juin 2019, le juge des référés s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, l'a déclarée recevable sur base de l'article 350 du NCPC et a nommé expert Paul LAPLUME avec la mission telle que reprise au dispositif de l'ordonnance.

De cette ordonnance non signifiée, **A.), B.)** et **C.)** ont régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 23 juillet 2019.

A titre principal, ils reprochent au juge des référés de s'être déclaré compétent pour connaître de la demande nonobstant l'article 2.1.1 du Pacte qui donnerait compétence exclusive au président d'une chambre

---

<sup>1</sup> L'EBITDA : abbréviation de *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*, soit le bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissement.

commerciale du tribunal d'arrondissement, statuant au fond. Cette clause constituerait bien une clause attributive de juridiction et non une clause compromissoire comme l'aurait à tort considéré le juge des référés.

Ils estiment encore que le juge des référés aurait dû se déclarer matériellement incompétent pour connaître de la demande, la mesure ordonnée supposant une interprétation préalable du fond du droit, interprétation préalable de l'annexe 2.1.1 du Pacte, eu égard notamment au caractère prématuré de la mesure d'expertise demandée soulevé par les Fondateurs et aux désaccords entre parties sur le mode de calcul à appliquer pour déterminer l'existence d'une éventuelle sous-performance.

Or le juge des référés, juge de l'évident et de l'incontestable, ne pourrait interpréter une convention sous peine de porter préjudice au fond.

A titre subsidiaire, les appelants font valoir que les conditions d'application de l'article 350 du NCPC ne seraient pas données en l'espèce.

Les fondateurs contestent l'existence d'un motif légitime dans le chef de l'intimée pour demander une telle mesure d'instruction, la société **SOC.1.)** étant restée en défaut de justifier d'un litige futur plausible au fond, voire de la plausibilité des faits fondant ce futur litige

Ils contestent encore l'utilité de la mesure sollicitée, le juge des référés ayant à tort considéré que la mesure était utile pour garantir les droits de la société **SOC.1.)** dans le processus décisionnel, dès lors que ces droits seraient d'ores et déjà préservés par les règles de vote stipulées à l'article 2.1.2 du Pacte, qui garantiraient qu'aucune décision importante, parmi lesquelles celles relatives aux investissements, ne peut être adoptée sans l'accord de la société **SOC.1.)**. La mesure demandée serait en tout état de cause prématurée, étant donné qu'un contrôle d'une éventuelle sous-performance ne pourrait intervenir que 12 mois après l'ouverture du projet accepté, ce qui ne serait le cas pour aucun des projets approuvés.

A défaut d'avoir précisé à suffisance le litige éventuel futur, la société **SOC.1.)** n'aurait pas non plus établi en quoi la mesure d'expertise pourrait influencer sur ce litige et en quoi il serait pertinent de voir constater une sous-performance au 31 mai 2018.

Les appelants contestent enfin le caractère légalement admissible de la mesure sollicitée au motif que l'expertise demandée présupposant une interprétation des dispositions du pacte d'associés, violerait l'article 483 al 3 du NCPC qui dispose que le technicien ne doit jamais porter d'appréciations juridiques.

Ils concluent, par réformation de l'ordonnance entreprise, à voir dire que le juge des référés est matériellement incompétent pour connaître de la demande, sinon à voir dire celle-ci irrecevable, à voir déclarer irrecevable la mesure d'expertise ordonnée et à voir dire qu'aucune des parties à l'instance ne pourra s'en prévaloir dans l'hypothèse où celle-ci serait rendue avant l'arrêt à intervenir et à voir condamner la société **SOC.1.)** à payer une indemnité de procédure de 5.000 euros chacun à **A.), B.)** et **C.)** pour la première instance et de 10.000 euros chacun pour l'instance d'appel, sur base de l'article 240 du NCPC.

La société **SOC.2.)** se rallie à l'appel interjeté par **A.), B.)** et **C.)**, concluant elle aussi à voir dire, par réformation, que le juge des référés est incompétent pour connaître de la demande, sinon en ordre subsidiaire que la demande est irrecevable sur toutes les bases invoquées.

Elle soulève elle aussi l'incompétence du juge des référés eu égard à l'article 2.1.1 du Pacte qui attribuerait compétence exclusive au magistrat président la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement.

Le juge des référés aurait dès lors statué en violation de l'article 1134 du Code civil, et dénaturé la clause en la qualifiant de clause compromissoire, les parties n'ayant pas entendu se soustraire aux juridictions étatiques.

La compétence exclusive du président de la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement siégeant au fond comme en matière de référé découlerait encore de l'article 1400-3 de la Loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après LSC).

Le juge des référés serait encore matériellement incompétent pour connaître de la demande, dès lors qu'il ne saurait, sauf à empiéter sur la compétence des juges du fond, constater l'existence d'un cas éventuel de sous-performance puisque que cela impliquerait une interprétation préalable des dispositions et annexes du Pacte, ce qui échapperait à sa compétence.

En ordre encore plus subsidiaire la société **SOC.2.)** conteste que les conditions d'application de l'article 350 du NCPC soient données en l'espèce, la société **SOC.1.)** qui ne fait état d'aucun futur litige au fond susceptible de l'opposer aux appelants, restant en défaut de prouver que les faits à établir seraient utiles ou pertinents quant à la solution du litige.

Même à admettre comme le premier juge, que la mesure sollicitée viserait à permettre que le conseil d'administration soit majoritairement composé d'administrateurs choisis par la société **SOC.1.)**, la société **SOC.2.)** donne à considérer que les droits de la société **SOC.1.)** seraient

actuellement à suffisance garantis par le fait qu'aucune décision importante ne pourrait d'ores et déjà être adoptée sans le vote favorable de cette dernière.

La demande devrait encore être déclarée irrecevable sur base de l'article 932 du NCPC, l'urgence ne serait pas donnée en l'espèce, la société **SOC.1.)** restant en défaut d'établir l'urgence actuelle par rapport à la dégradation alléguée de la situation de la société, plus d'un an et demi s'étant écoulé depuis le dernier EBITDA mensuel communiqué.

La société **SOC.1.)** réplique que la disposition prévue à l'article 2.1.1 du Pacte constitue une simple faculté pour les parties de saisir le président de la chambre « de commerce » du tribunal d'arrondissement et qu'elle ne constitue, ni une clause compromissoire, ni une clause attributive de juridiction.

L'article 1400-3 de la LSC qui porte sur le droit d'information des actionnaires minoritaires dans les sociétés ne serait pas d'application dans le présent litige dans lequel la société **SOC.1.)** agirait non en sa qualité d'actionnaire, mais en sa qualité de cocontractante des appelants, sur base des droits lui conférés par le Pacte.

En ce qui concerne l'incompétence matérielle soulevée par les appelants, elle estime que le juge des référés aurait à bon droit constaté que les termes du protocole et notamment l'Annexe 2.1.1 du Pacte seraient clairs et précis en ce qui concerne le mode de détermination d'un cas de sous-performance et que les contestations adverses seraient dépourvues de pertinence.

L'expert saisi n'aurait dès lors pas à préjuger le fond, une mesure d'instruction pouvant toujours bénéficier au juge qui sera saisi plus tard, une difficulté ou incertitude sur la compétence au fond ne faisant pas obstacle à la compétence du juge des référés.

Les conditions du référé-expertise de l'article 350 du NCPC seraient réunies, la mesure étant pertinente dans la mesure où la composition du conseil d'administration dépend de l'existence ou non d'un cas de sous-performance sur laquelle les parties sont en désaccord. Ce désaccord mènerait certainement à un procès au fond en exécution contractuelle si aucune solution négociée ne pouvait être trouvée. La mesure serait utile, puisque les parties ne s'accordant pas sur la désignation d'un expert, seul un expert indépendant serait à même de déterminer un cas de sous-performance.

La mesure serait encore légalement admissible dans la mesure où elle est prévue au Pacte des associés.

La société **SOC.1.)** conclut dès lors à la confirmation de l'ordonnance du 21 juin 2019.

Elle demande acte qu'elle sollicite une extension de la mission d'expertise pour inclure une appréciation par rapport à la date ultime de remédiation du 18 janvier 2019 au motif que pour déterminer avec certitude si la partie intimée peut ou non exercer ses droits issus de l'article 2.2.1 du Pacte, il conviendrait de déterminer si le cas de sous-performance notifié en date du 18 juillet 2018 s'est maintenu en date du 18 janvier 2019.

L'intimée demande à voir condamner les appelants et la société **SOC.2.)** à une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

La société **SOC.2.)** demande à voir la société **SOC.1.)** condamnée à lui payer une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

Les parties appelantes s'opposent à l'extension de la mesure d'expertise, faisant valoir qu'il s'agirait d'une demande nouvelle irrecevable en appel.

*Appréciation de la Cour :*

-quant à la compétence du juge des référés pour connaître de la demande.

La société **SOC.2.)** a fait plaider que la mesure sollicitée relèverait de la compétence exclusive du président de la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement siégeant au fond comme en matière de référé en vertu de l'article 1400-3 de la LSC.

C'est cependant à bon droit que les intimés font valoir que l'article 1400-3 de la LSC, qui permet à un actionnaire ou à un groupe d'actionnaires minoritaires d'obtenir des informations concernant des opérations de gestion précises et identifiées en vue d'apprécier leur compatibilité avec l'intérêt social, en amont d'une éventuelle action en responsabilité, n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce. La mesure d'instruction sollicitée par la société **SOC.1.)**, qui détient actuellement 39,6% du capital de la société **SOC.3.) HOLDING**, a en effet pour seul but d'établir l'existence d'un cas de sous-performance au sens de l'article 2.1.1 du Pacte d'actionnaires du 2 mars 2017 signé entre parties, puisque l'existence de cette sous-performance conditionne son droit de désigner (et



de révoquer) au sein de la société **SOC.3.) HOLDING** de nouveaux administrateurs de manière à ce que le conseil d'administration soit majoritairement composé d'administrateurs choisis par la société **SOC.1.)**.

Les appelants ont encore soulevé l'incompétence du juge des référés au regard de l'article 2.1.1 du Pacte attribuant, selon eux, compétence exclusive au magistrat président la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement. Cette clause ne serait pas à qualifier de clause compromissoire, mais de clause attributive de juridiction.

Le passage relevant de l'article 2.1.1 est rédigé comme suit :

*« Dans l'hypothèse où les Fondateurs contesteraient l'existence d'un Cas de Sous-Performance dans les dix jours ouvrés suivant l'envoi de la notification écrite de **SOC.1.)**, **SOC.1.)** et les fondateurs pourront chacun désigner le cabinet **X.)** ou en cas de refus ou d'impossibilité, un expert-comptable choisi d'un commun accord par les Fondateurs et **SOC.1.)** ou, à défaut d'accord, nommé à la demande de la Partie la plus diligente par le Président de la Chambre de Commerce du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg-ville (l'« **Expert** »), afin de déterminer l'existence d'un Cas de Sous-Performance, conformément aux stipulations du Pacte.*

*L'expert aura pour instruction, après avoir recueilli les observations des Fondateurs et de **SOC.1.)**, de déterminer l'existence ou non d'un Cas de Sous-Performance et devra en toute hypothèse se conformer aux termes des présentes. Il devra remettre son rapport dans les 20 Jours Ouvrés suivant la date de nomination par les Fondateurs et **SOC.1.)** ou, le cas échéant, la date de sa désignation en justice. Les Fondateurs et **SOC.1.)** conviennent que les conclusions de l'expert seront définitives et les lieront de façon irrévocable, et ce sans possibilité de recours judiciaire, sauf erreur manifeste ou grossière. Les frais relatifs à l'intervention de l'Expert seront pris en charge à parts égales entre les Fondateurs d'une part et **SOC.1.)** d'autre part ».*

Eu égard à l'alinéa *Les Fondateurs et **SOC.1.)** conviennent que les conclusions de l'expert seront définitives et les lieront de façon irrévocable, et ce sans possibilité de recours judiciaire, sauf erreur manifeste ou grossière*, la Cour retient que c'est à juste titre que le juge des référés a qualifié cette clause de clause compromissoire, les parties ayant clairement entendu s'en remettre, en ce qui concerne la détermination d'un cas de sous-performance, à un arbitre neutre et impartial, **l'expert**, et ce sans possibilité de recours judiciaire, sauf erreur manifeste ou grossière.

La compétence attribuée au Président de la Chambre de commerce du tribunal d'arrondissement porte uniquement sur la désignation d'un expert,

pour le cas où il n'y aurait pas d'accord entre parties sur la personne de l'expert à désigner.

Il ne s'agit dès lors pas d'une clause attributive de juridiction, mais d'une modalité d'exécution de la clause compromissoire, de sorte que le moyen tiré de l'existence d'une clause attributive en faveur du président de la chambre de commerce du tribunal d'arrondissement est à écarter comme non fondé.

Il est cependant admis que ce que les contractants ont fait d'un commun accord, ils peuvent le défaire par un autre accord mutuel *mutuus dissensus* comme le consacre l'article 1134, al 2 du Code civil.

La Cour de cassation française a estimé que même si les règles régissant la compétence d'attribution des tribunaux ont un caractère absolu, les parties peuvent toujours d'un commun accord renoncer à la clause compromissoire (Com.5 janvier.1959, Bull.civ.III, n°1).

Les parties à la convention d'arbitrage peuvent ainsi décider de priver celle-ci d'effets.

Il en est ainsi, lorsqu'une des parties saisit la juridiction étatique en lieu et place du tribunal arbitral et que l'autre partie ne conteste pas la compétence du juge étatique (Civ.1<sup>ère</sup>, 15 juin 1975, rev.arb.1976.189 note Loquin).

En l'espèce, la société **SOC.1.)** n'a pas demandé au Président de la chambre de Commerce du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (ville) de désigner un expert comme le prévoit la clause compromissoire, mais a introduit une demande de nomination d'expert sur base des articles 350 et 932 du NCPC devant le juge des référés.

Elle a dès lors renoncé à invoquer la clause compromissoire.

De même, les parties appelantes n'ont pas contesté la compétence du juge étatique en invoquant la clause compromissoire (dont elles ne reconnaissent pas l'existence puisqu'elles reprochent au juge des référés d'avoir dénaturé la portée de l'article 2.1.1 en interprétant cet article en ce sens), mais ont invoqué d'autres moyens d'incompétence du juge des référés.

Elles ont dès lors, elles aussi, renoncé à invoquer la clause compromissoire figurant dans le Pacte. Aux termes des décisions jurisprudentielles précitées, la révocation de la convention d'arbitrage peut résulter de deux renonciations unilatérales non simultanées.

Il est encore admis que la renonciation à la clause arbitrale vaut pour tous les effets de la clause compromissoire (Civ, 23 janvier 2007, n°06-10.652, Rev.arb.2007.290, obs Teynier et Pic).

La Cour retient dès lors, aux termes d'une motivation qui diffère certes de celle du juge des référés, que la clause compromissoire contenue à l'article 2.1.1 du Pacte ne fait en l'espèce pas obstacle à la compétence du juge des référés.

Pour ce qui est du moyen tiré de l'incompétence matérielle du juge des référés pour connaître d'une demande qui impliquerait une interprétation préalable des dispositions du Pacte et qui excéderait partant ses pouvoirs, la Cour fait sienne la motivation du juge des référés et estime à l'instar de ce dernier que l'annexe 2.1.1 du Pacte est claire tant en ce qui concerne la définition et le calcul d'un cas de sous-performance que le principe du test, de sorte que ce moyen d'incompétence requiert lui aussi un rejet.

La société **SOC.1.)** a exposé que son actionnaire a depuis mars 2017, par son biais, mobilisé un montant de 29.800.000 euros dans le cadre de cette prise de participation dans la société **SOC.3.) HOLDING** et qu'il a accepté des multiples de valorisation très élevés sur base de la certitude affichée par les fondateurs quant aux perspectives de développement de la profitabilité du groupe postérieurement à la signature du Pacte. L'article 2.1.1 du Pacte négocié entre parties a pour objet de lui permettre, lorsque la société **SOC.1.)** estime que les chiffres obtenus ne sont pas à la hauteur des prévisions annoncées et que l'existence d'une sous-performance, telle que l'ont librement définie les parties dans le Pacte est donnée, de provoquer une expertise aux fins d'établir l'existence de cette sous-performance.

L'article 2.1.1 énonce sous l'intitulé Principe du test de Sous-Performance : « *si l'EBITDA géré par le Groupe sur les douze derniers mois précédant chaque fin de mois calendaire n'est pas au moins égal à 67,5 % de l'EBITDA du BP initial ou du BP actualisé ou du BP actualisé 1, il existera alors un cas de sous-performance.* »

Il en découle que le test ne peut être opéré que douze mois au plus tôt après la signature du Pacte ayant eu lieu en mars 2017, soit en mai 2018.

En l'espèce la sous-performance alléguée porte précisément sur les chiffres réalisés en mai 2018, de sorte qu'il ne saurait être soutenu que la demande des intimés est prématurée.

Les contestations soulevées par les appelantes quant aux modalités de calcul et aux Business plan à prendre en compte pour la détermination d'un

cas de sous-performance pourront être exprimées dans le cadre de l'expertise ordonnée et il appartiendra à l'expert de donner son avis sur ces contestations techniques relevant plus des approches comptables que du droit et le cas échéant de calculer la sous-performance de deux façons différentes pour tenir compte de ces observations.

Ainsi les magistrats saisis ultérieurement pourront apprécier la pertinence et le bien-fondé des contestations des appelants à la lumière des explications de l'expert-comptable et le cas échéant choisir la variante de calcul qui leur paraît la plus adéquate au regard des dispositions de l'article 2.1.1.

Le référé probatoire ne peut en effet être considéré comme préjugant le fond. Une mesure d'instruction peut toujours bénéficier au juge qui sera saisi plus tard, une difficulté ou une incertitude sur la compétence au fond ne faisant pas obstacle à l'intervention du juge des référés (Jurisclasseur, Fasc .1300-15 : référés spéciaux, no 35).

#### Quant au mérite de la demande :

La demande en désignation d'un expert est fondée en ordre principal sur l'article 350 du NCPC qui dispose : « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé.

L'application de l'article 350 du NCPC suppose réunies quatre conditions d'application.

La mesure doit être demandée avant tout procès au fond. Ce point ne fait pas débat en l'espèce.

Le demandeur doit justifier d'un motif légitime pour demander une telle mesure.

Il doit clairement établir l'existence d'un contentieux plausible, crédible, bien qu'éventuel et futur, dont le contenu et le fondement sont cernés, approximativement au moins, et sur lequel pourra influencer le résultat de la mesure à ordonner. Pour faire apparaître comme envisageable un procès ultérieur, il est nécessaire que son objet et sa cause soient caractérisés et cohérents, tout comme son fondement au moins factuel.

Le fondement au moins factuel de la demande résulte des tableaux justificatifs de sous performance versés en cause, dont l'expertise demandée a précisément pour objet de vérifier l'exactitude.

Le juge des référés, après avoir exposé l'existence d'une divergence de vue entre les actionnaires fondateurs et la société **SOC.1.)** et relevé les dispositions du Pacte relative à la composition du conseil d'administration et à la représentation des Fondateurs et de la société **SOC.1.)** au sein de celui-ci a, à juste titre, constaté que la société **SOC.1.)** justifiait d'un intérêt légitime à voir nommer un expert avec la mission telle que retenue à l'article 2.1.1 du Pacte d'actionnaire, dans la mesure où l'existence d'un cas de sous-performance ouvre droit pour celle-ci à la nomination de nouveaux administrateurs choisis par la société **SOC.1.)**.

C'est en vain que les appelants font plaider que les droits de la société **SOC.1.)** seraient suffisamment préservés par l'article 1.3.2.B suivant lequel aucune décision importante, dont celles relatives aux investissements, ne pourrait être adoptée sans l'accord de la société **SOC.1.)** de sorte que les droits de celle-ci dans le processus décisionnel seraient d'ores et déjà garantis.

Abstraction faite du fait que la société **SOC.1.)** est en droit de demander l'exécution des stipulations contractuellement convenues sur base de l'article 1134 du Code civil, elle justifie encore d'un motif légitime de vouloir faire modifier la composition du conseil d'administration, dès lors que l'acquisition d'une majorité au conseil d'administration lui permettra d'influer de façon plus conséquente sur la politique de la société **SOC.3.)** HOLDING et non plus de se limiter au seul exercice du droit de veto lui conféré par l'article 1.3.2.B.

L'article 2.1.2 du Pacte énumère en effet toute une série de décisions qui peuvent être prises à la majorité simple des membres du conseil d'administration, le droit de veto des actionnaires historiques étant limité à certaines de ces décisions.

L'existence d'un motif légitime dans le chef de la société est dès lors incontestable.

A la nécessité du motif légitime s'ajoute celle du caractère opérant, de la pertinence de la mesure sollicitée (Jacques et Xavier Vuitton, Les référés, 3<sup>ème</sup> édition, Lexisnexis, n° 496 et suiv).

Le demandeur est ainsi tenu de démontrer, outre la légitimité de la mesure sollicitée, qu'elle est pertinente, c'est-à-dire adaptée, utile et proportionnée au litige ultérieur qui la requiert.

Dans ce contexte la société **SOC.1.)** fait à bon droit valoir que le désaccord sur l'existence d'une sous-performance mènera très probablement à un procès au fond en exécution forcée du contrat sinon en dommages et intérêts, de sorte que la mesure sollicitée est encore utile. Il est en effet peu vraisemblable, au vu de l'opposition actuelle des Fondateurs de voir déterminer par expertise l'existence d'une sous-performance, que ceux-ci, majoritaires au sein de l'assemblée générale des actionnaires, accèdent volontairement à la demande en nomination d'administrateurs supplémentaires formulée par la société **SOC.1.)**.

Les appelants font ensuite valoir qu'en tout état de cause, l'article 2.1.1 du Pacte prévoit la possibilité pour les Fondateurs de remédier à un cas de sous-performance dans le délai de six mois à compter de sa notification par la société **SOC.1.)** et que par conséquent quand bien même un cas de sous-performance serait établi au 31 mai 2018, ce calcul ne serait d'aucune utilité pour la société **SOC.1.)** si les performances du Groupe **SOC.3.)** se sont par la suite améliorées.

Il est exact que suivant les termes de l'article 2.1.1 du Pacte relatif à la sous-performance, les Fondateurs disposent d'un délai de six mois, commençant à courir à compter de la notification écrite de la société **SOC.1.)**, pour remédier au cas de sous-performance.

La société **SOC.1.)**, pour rencontrer l'objection des appelants, a formulé sur base de l'article 354 du NCPC devant la Cour une demande d'extension de la mission de l'expert précisément pour inclure une appréciation par rapport à la date ultime de remédiation au 18 janvier 2019.

Les appelants se sont opposés à cette demande faisant valoir qu'il s'agirait d'une demande nouvelle irrecevable en appel.

Il est admis que ne constitue pas une demande nouvelle, une demande additionnelle connexe à la demande principale ayant identité de cause et d'origine et tendant au même but.

En l'espèce la demande d'extension de la mission de l'expert s'analyse en une demande additionnelle, elle est partant à déclarer recevable.

Cette extension de la mission d'expertise est par ailleurs dans l'intérêt des appelants dans la mesure où elle leur permettra, le cas échéant, d'établir qu'il a été remédié, dans les six mois après la notification faite par la société **SOC.1.)**, à la sous-performance, si celle-ci devait être confirmée par l'expert.

Il y a partant lieu de faire droit à la demande en extension de la mission de l'expert sur base de l'article 354 du NCPC, le juge ayant à tout moment le droit d'accroître l'étendue des mesures prescrites.

La mesure d'expertise ainsi étendue est pertinente en ce qu'elle est de nature à influencer sur l'issue d'un litige probable entre les Fondateurs et la société **SOC.1.)** relatif à la composition du conseil d'administration de la société **SOC.3.) HOLDING**.

La mesure ordonnée doit encore être légalement admissible.

**A.), B.)** et **C.)** font plaider que tel ne serait pas le cas en l'espèce, en ce que la mission, telle qu'elle est libellée, violerait l'article 438 du NCPC qui dispose que le technicien ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique.

Aux termes de l'article 438 du NCPC invoqué par les appelants, le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. Il ne peut répondre à d'autres questions, sauf accord écrit des parties. Il ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique.

En l'espèce, la Cour approuve le juge des référés d'avoir souligné que la mission actuellement impartie à l'expert correspond mot pour mot à la mission qui a été contractuellement attribuée à un expert par les parties dans le Pacte d'associés, librement négocié entre des contractants avisés et à priori sur pied d'égalité.

A la différence près que dans le Pacte les parties s'en étaient remises à l'appréciation de l'expert, en convenant que les conclusions de ce dernier seraient définitives et les lieraient de façon irrévocable et sans possibilité de recours judiciaire, alors que le rapport de l'expert nommé par le juge des référés pourra quant à lui être discuté par les parties dans le cadre d'un litige ultérieur, puisqu'il ne peut être considéré comme préjugeant le fond.

Comme relevé par la Cour antérieurement, les divergences des parties ne portent par ailleurs pas sur des appréciations juridiques, mais sur des questions comptables de sorte que l'expert sera en mesure d'exprimer son avis sans empiéter sur les compétences des juges du fond.

Cet argument est partant également à rejeter.

Il suit de l'ensemble de ces développements que l'appel relevé par **A.), B.)** et **C.)** est à déclarer non fondé et que l'ordonnance entreprise est à confirmer en ce qu'elle a fait droit à la demande de la société **SOC.1.)** et a ordonné une expertise aux fins de déterminer l'existence d'un cas de sous

performance au 31 mai 2018, tel que défini et calculé suivant les modalités prévues à l'annexe 2.1.1 du Pacte des associés.

La demande additionnelle de la société **SOC.1.)** étant recevable et justifiée, il y a lieu d'étendre la mission de l'expert pour inclure une appréciation par rapport à la date ultime de remédiation au 18 janvier 2019.

Au vu du sort réservé à leur appel, **A.)**, **B.)** et **C.)** sont à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée sur base de l'article 240 NCPC.

La société **SOC.2.)** tendant à obtenir condamnation de la partie co-intimée **SOC.1.)** à lui payer une indemnité de procédure est à déclarer irrecevable.

Il y a lieu en revanche de faire droit à la demande formulée sur la même base par la société **SOC.1.)** contre les appelants et de lui allouer de ce chef le montant de 3.000 euros, alors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais exposés non compris dans les dépens.

Pour autant que dirigée contre sa co-intimée **SOC.2.)** SAS, la demande est à déclarer irrecevable.

L'acte d'appel ayant été remis une personne habilitée à recevoir un tel acte, l'arrêt est censé rendu contradictoirement à l'égard de la société anonyme **SOC.3.)** HOLDING GROUP.

#### **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 du 21 juin 2019 ;

dit la demande en extension de la mission d'expertise formulée par la société **SOC.1.)** sàrl recevable ;

dit que la mission de l'expert est étendue comme suit :



« déterminer l'existence d'un cas de sous-performance au 31 mai 2018 et au 18 janvier 2019 tel que défini et calculé selon les modalités prévues à l'annexe 2.1.1. du Pacte d'associés et titulaires de titres du 2 mars 2017 » ;

dit que l'expert devra déposer son rapport au 18 mars 2020 ;

dit la demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile de la société par actions simplifiée de droit français **SOC.2.)** SAS irrecevable ;

dit la demande formulée sur la même base par **A.), B.)** et **C.)** non fondée ;

dit la demande de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** irrecevable pour autant que dirigée contre la société par actions simplifiée de droit français **SOC.2.)** SAS et fondée pour le surplus ;

condamne in solidum **A.), B.)** et **C.)** à payer à la société **SOC.1.)** une indemnité de procédure de 3.000 euros pour l'instance d'appel ;

condamne **A.), B.)** et **C.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel ;

déclare le présent arrêt commun à la société par actions simplifiée de droit français **SOC.2.)** SAS et la société anonyme **SOC.3.)** HOLDING GROUP.