Arrêt commercial

Audience publique du trente novembre deux mille onze.

Numéro 36273 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***la société de droit anglais AAA LTD,**, établie et ayant son siège social à GB-…….. UUU, inscrite au registre de commerce de UUU sous le numéro ……., représentée par ses gérants actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 17 mai 2010,*

comparant par Maître Benoît ENTRINGER, avocat à Luxembourg ;

e t

***1) la société anonyme BBB S.A.,** établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …….., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du prédit exploit BIEL,*

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à Luxembourg ;

***2) la société anonyme CCC S.A.,** établie et ayant son siège social à L-…. WWW1, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

3) la société anonyme DDD S.A., *établie et ayant son siège social à F-….. XXX1, inscrite au registre de commerce de XXX sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

4) la société en commandite simple EEE, *établie et ayant son siège social à F-….. XXX2, inscrite au registre de commerce de XXX sous le numéro …....., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimées *aux fins du prédit exploit BIEL,*

sub 2) à 4) comparant par Maître André MARC, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 7 septembre 2009 la société de droit anglais AAA Ltd a fait comparaître la société anonyme BBB, la société anonyme CCC, la société anonyme de droit français DDD et la société en commandite simple de droit français EEE devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour la société BBB s'entendre condamner à lui payer la somme de 600.000.- euros avec les intérêts légaux à partir du 19 mars 2008, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, les sociétés DDD et EEE voir dire qu'elles doivent confirmer les faits gisant à la base de l'assignation et s'entendre déclarer commune la décision à intervenir.

Par jugement rendu le 21 avril 2010 cette demande a été déclarée non fondée.

Par exploit d'huissier du 7 mai 2010 la société AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement.

Les faits à la base du litige sont les suivants:

Le 6 novembre 2006 les sociétés BBB et AAA concluent dans le cadre du projet immobilier de la Place SSS à WWW un *"Business Assistance Agreement"* par lequel *"BBB is entrusting to AAA the project of Business Advice and Assistance in the context of the acquisition of company FFF s.a. …"* La société FFF détient 100% du capital de la société GGG qui, par l'intermédiaire de ses filiales, est propriétaire de nombreux terrains à la Place SSS à Luxembourg.

La rémunération devant revenir à AAA est fixée à l'article 5 du contrat à 4.000.000.- euros et dans un amendement signé le même 6 novembre 2006 cette rémunération est payée de la manière suivante:

"A first instalment on net fees of €750.000 (seven hundred and fifty thousand euro) exclusive of tax, payable on the day of transfer of the shares in company

FFF s.a. to the DDD Group and to company BBB on the envisaged date at the end of November 2006."

Le solde de deux fois 1.625.000.- euros est à payer le jour de l'obtention du permis de construire pour les immeubles à ériger sur la parcelle du secteur A, respectivement du secteur B du projet Place SSS.

La société FFF a été constituée le 6 avril 1999 sous forme d'une société à responsabilité limitée unipersonnelle par la société à responsabilité limitée III. Le 19 décembre 2006 elle est transformée en société anonyme dont l'actionnaire unique est la société III.

Le 25 janvier 2007 la société BBB crée la société anonyme HHH I, dont elle est l'actionnaire unique.

Le 9 février 2007 la société III vend à la société HHH les actions de la société FFF.

Par deux actes du 11 août 2008 la société FFF absorbe la société GGG et la société HHH absorbe la société FFF.

Par un contrat de vente du 27 juillet 2007 la société BBB vend à la société CCC 100% des actions de la société HHH I. L'article 5.1 du contrat soumet la vente à plusieurs conditions suspensives dont l'obtention des autorisations administratives (en particulier l'autorisation de construire). L'article 5.2 stipule que si l'ensemble des conditions suspensives n'est pas réalisé ou n'a pas fait l'objet d'une renonciation de la part de l'acheteur au plus tard le 1er août 2009, le contrat deviendra de plein droit et automatiquement caduc, qu'en cas de caducité du contrat la société DDD devra toutefois bénéficier pendant cinq ans d'un droit de préférence exerçable au titre de toute aliénation directe ou indirecte des terrains de l'assiette et/ou de tout transfert d'actions ou de parts de sociétés qui en détiennent.

Par courrier du 17 avril 2008 la société BBB rappelle à la société AAA que la rémunération prévue à l'amendement au *Business Assistance Agreement* du 6 novembre 2006 est seulement due à la date où DDD acquiert les parts dans la société HHH et par là les actions de la société FFF. Il est dit ensuite dans ce courrier:

"BBB has, purely as a gesture of goodwill, accepted to advance the sum of 150.000 € to AAA Ltd on the strong presumption that the sale of HHH I s.a. to DDD will occur upon planning permission being obtained."

Par courrier du 14 septembre 2009 la société DDD invoque la caducité du contrat de vente du 27 juillet 2007 au motif que les conditions suspensives prévues à l'article 5.1, notamment l'obtention des autorisations administratives, n'ont pas été réalisées le 1er août 2009. Elle déclare se réserver le droit de préférence stipulé à l'article 5.2 du contrat. D'après les informations données en instance d'appel par la société BBB, la société DDD a entretemps renoncé à son droit de préférence.

Pour fonder leur décision les juges de première instance ont dit que les mentions figurant à l'amendement du 6 novembre 2006 sont clairs et ne souffrent aucune interprétation: la première tranche des honoraires ne sera due qu'en cas d'acquisition par les sociétés BBB et DDD des actions FFF, ce que reconnaît d'ailleurs la société AAA dans ses conclusions, que la société DDD n'a toutefois pas acquis les actions FFF, les conditions suspensives stipulées au contrat de vente du 27 juillet 2007 ne s'étant pas réalisées. Ils ont dit que la société AAA plaide à tort que la société BBB ne peut se retrancher derrière la défaillance de DDD, parce qu'il appartenait à BBB d'obtenir les autorisations administratives qui lui ont été refusées pour ne pas avoir respecté les prescriptions légales, qu'en effet une éventuelle faute contractuelle de la société BBB à ce sujet ne peut être invoquée que par le groupe DDD et non par AAA. Ils ont rejeté l'argument du paiement sans réserve d'un acompte de 150.000.- euros qui démontrerait l'accord de la société BBB à ce que les honoraires seraient dus en relevant que cette société précise expressément que ce paiement est à considérer comme geste purement commercial effectué à un moment où il y avait de fortes présomptions que DDD allait effectivement acquérir les actions FFF.

La société AAA déclare en premier lieu fonder son appel sur les deux motivations suivantes du jugement entrepris, qu'elle estime contradictoires :

"*S'il est constant en cause que la s.a. BBB a acquis par l'intermédiaire de la s.a. HHH I les actions de la s.a. FFF (et partant les terrains sis Place SSS), il résulte des développements ci-dessus que DDD n'a pour sa part jamais acquis les actions de FFF, les conditions suspensives liées au contrat de vente des actions ne s'étant pas réalisées.*"

"En effet, force est de constater que la requérante a accepté en connaissance de cause la condition de l'acquisition des actions FFF par le groupe DDD; à défaut de réserves de la part de la requérante, il faut en déduire qu'elle a pleinement accepté les risques d'une éventuelle défaillance de DDD."

La Cour ne voit rien de contradictoire dans ces deux chefs de motivation et ce moyen d'appel doit être rejeté.

L'appelante reproche ensuite aux premiers juges de n'avoir tiré aucun argument en droit de l'acompte de 150.000.- euros qu'ils ont qualifié avec BBB de geste commercial, alors que c'est bien un acompte sur facture et donc une reconnaissance implicite, mais nécessaire de celle-ci.

La société BBB conteste qu'une facture lui ait jamais été envoyée concernant la somme de 750.000.- euros et l'appelante est en défaut de verser une telle facture, ne produisant qu'une facture établie par elle le 25 novembre 2010 et portant sur le solde réclamé de 600.000.- euros. Ce moyen est encore à rejeter.

La société AAA soutient en troisième lieu que les premiers juges ont mélangé deux éléments dans cette affaire, à savoir le *Business Assistment Agreement* intervenu entre l'appelante et BBB et le rapport de droit ultérieur entre BBB et le groupe DDD qui est pour l'appelante *res inter alios acta.* Selon la société AAA, dans la mesure où elle avait exécuté les obligations résultant pour elle du *Business Assistance Agreement,* elle avait droit à la rémunération

convenue et ce droit à rémunération ne pouvait être remis en cause par les conventions entre BBB et le groupe DDD qui ne concernent pas l'appelante.

Cette argumentation de l'appelante ne tient toutefois pas compte du fait que dans la convention conclue entre elle et la société BBB son droit à rémunération est, pour la première tranche de 750.000.- euros, soumis à l'acquisition de la société FFF par la société DDD et cette stipulation de la convention entre BBB et AAA, qui n'est pas querellée par AAA, lui est bien opposable.

La société AAA reprend enfin son reproche adressé à la société BBB d'avoir par sa faute causé la défaillance de la condition suspensive prévue au contrat de vente conclu avec la société DDD, reproche que les premiers juges ont rejeté au motif qu'une éventuelle faute contractuelle de la société BBB à ce sujet ne saurait être invoquée que par le groupe DDD.

Il est vrai que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, une faute contractuelle, dès lors qu'elle lui a causé un dommage (Cass. fr. Ass. Plén. 6.10.2006, D. 2006, p. 2825).

En l'espèce toutefois la société AAA ne réclame pas réparation d'un dommage qui lui serait résulté d'une faute commise par la société BBB mais elle réclame paiement d'une somme qui, d'après elle, lui est conventionnellement due.

D'autre part, il n'est pas dans les relations contractuelles entre BBB et DDD question d'une faute qui aurait été commise par BBB, mais de la défaillance d'une condition suspensive stipulée entre parties, défaillance dont DDD, dans son courrier du 14 septembre 2009 invoqué par l'appelante, n'impute pas la faute à BBB.

Enfin, une responsabilité de la société BBB dans la défaillance de la condition est douteuse.

L'appelante se prévaut dans ce contexte de l'avis négatif émis le 11 mai 2009 par le Ministre de l'Intérieur sur le projet lui soumis par le collège des bourgmestre et échevins de la Ville de WWW pour dire qu'il en résulte que la société BBB a négligé de demander une modification du plan d'aménagement général, préalablement ou parallèlement à la procédure d'adoption d'un plan d'aménagement particulier.

Dans sa décision de rejet du plan d'aménagement particulier prise le 6 juillet 2009 suite à l'avis négatif du Ministre de l'Intérieur, le collège des bourgmestre et échevins dit que dans son jugement sur le dossier la Ville s'est basée sur une loi du 22 octobre 2008 qui a complété l'article 108bis de la loi du 19 juillet 2004 par un paragraphe disant que par dérogation à l'article 25 de cette loi les plans et projets d'aménagement général qui n'ont pas encore fait l'objet d'une adaptation et refonte, peuvent être modifiés et complétés ponctuellement par un plan d'aménagement particulier à condition qu'une telle modification ponctuelle s'avère indispensable et que dans son avis le Ministre ait marqué son accord,

que dans son avis le Ministre s'est cependant référé à l'article 26 de la loi du 19 juillet 2004 pour rappeler que si un plan d'aménagement particulier peut modifier ou compléter un plan d'aménagement général cette procédure de modification doit toutefois être engagée préalablement ou parallèlement à la procédure d'adoption du plan d'aménagement particulier.

Si donc une procédure de modification du plan d'aménagement général n'a pas été entamée par la société BBB, c'est parce que la Ville de WWW avait été d'avis qu'une telle procédure préalable n'était pas nécessaire, de sorte qu'on ne peut en déduire une faute commise par la société BBB.

La société AAA renvoie enfin à un "Contrat d'intermédiation commerciale", conclu le 10 mai 2006 entre BBB et une société JJJ, dans lequel JJJ recommande de recourir au groupe DDD/EEE, et à un protocole d'accord intervenu le 6 octobre 2005 entre BBB et EEE dans le cadre du projet Place SSS et elle fait plaider qu'il en résulte que les rapports noués entre BBB et EEE/DDD étaient de plusieurs mois antérieurs à la signature du *"Business Assistance Agreement"* du 6 novembre 2006, qu'on ne peut donc dire que le rapport juridique pour la promotion était lié au rapport juridique pour l'acquisition de FFF et que AAA n'avait strictement rien à voir avec la finalisation du lotissement.

L'appelante ne déduit toutefois de ces développements aucune conséquence juridique et elle n'explique pas quelle pourrait être leur incidence sur sa demande qui porte sur la rémunération qu'elle estime lui être due pour l'acquisition des actions FFF, de sorte que la Cour ne s'y arrête pas.

L'appel est à dire non fondé en ce qu'il est dirigé contre la société BBB.

La société AAA reproche ensuite aux premiers juges d'avoir mis les sociétés DDD et EEE hors cause.

C'est à tort que dans ce contexte elle soutient que pour éviter une irrecevabilité de l'acte d'appel elle a dû mettre en cause les trois sociétés du groupe DDD. En effet une mise en cause en appel de toutes les parties présentes en première instance n'est nécessaire qu'en cas d'indivisibilité de l'objet du litige, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, le demande dirigée contre la société BBB et celles dirigées contre les sociétés du groupe DDD ayant des objets différents.

La société AAA reprend en instance d'appel ses demandes formulées en première instance, à savoir que les sociétés du groupe DDD doivent confirmer les faits gisant à la base de sa demande dirigée contre la société BBB et que le jugement leur soit déclaré commun.

On ne fait pas intervenir un tiers dans un litige pour qu'il confirme les faits invoqués à l'appui d'une demande. Si ces faits sont contestés – ce qui n'est d'ailleurs pas le cas en l'espèce, seules les conséquences en droit de ces faits étant litigieux entre parties - on procède par voie d'enquête et on cite le tiers comme témoin.

C'est d'autre part à juste titre que les premiers juges ont dit que la déclaration de jugement commun a pour but de prévenir une tierce opposition, qu'elle n'est donc possible que si un tiers risque de subir du fait de la décision un préjudice, de nature à lui ouvrir le droit de former tierce opposition, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

L'appel est encore non fondé sur ce point.

Par conclusions du 13 octobre 2010 la société BBB demande reconventionnellement la condamnation de la société AAA à lui restituer les 150.000.- euros payés à titre d'acompte.

La société AAA n'a pas répondu à ces conclusions et il y a lieu de renvoyer le dossier devant le magistrat de la mise en état pour l'instruction de cette demande.

Les sociétés DDD, CCC et EEE interjettent appel incident contre le jugement en ce que leur demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile a été rejetée.

L'appel incident est fondé. Il est en effet inéquitable de laisser à charge de ces parties l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elles ont dû exposer en première en première instance pour répondre à la demande de la sociétés AAA. Il y a lieu d'allouer à chacune d'elles la somme de 500.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

Etant donné que pour ces parties le litige est définitivement toisé par le présent arrêt et qu'elles n'ont pas besoin d'être présentes lors de l'instruction de la demande reconventionnelle dirigée par la société BBB contre la société AAA, il y a lieu, en ce qui les concerne, de statuer sur les frais.

Leur demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à dire fondée pour les motifs énoncés ci-dessus. Il y a lieu de fixer cette indemnité à 1.000.- euros pour chacune de ces parties. Il y a encore lieu de condamner la société AAA aux frais et dépens de l'appel dirigé contre elles.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

dit l'appel principal non fondé et l'appel incident fondé;

par réformation du jugement du 21 avril 2010, condamne la société AAA à payer à chacune des sociétés DDD, CCC et EEE une indemnité de procédure de 500.- euros pour la première instance;

confirme le jugement pour le surplus;

condamne la société AAA à payer à chacune des sociétés DDD, CCC et EEE une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel et la condamne aux frais et dépens de son appel dirigé contre ces sociétés, dont distraction au profit de Maître André Marc, sur ses affirmations de droit;

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état en vue de l'instruction de la demande reconventionnelle formée par la société BBB Investment;

réserve le surplus des frais de l'instance d'appel.