Arrêt commercial

Audience publique du sept décembre deux mille onze.

Numéro 36449 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

1) la société en commandite simple AAA s.à r.l. & Cie s.e.c.s., *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir son associé commandité, la société BBB s.à r.l.,*

2) la société à responsabilité limitée BBB s.à r.l., *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

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

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

appelantes *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 28 juin 2010,*

comparant par Maître Vic ELVINGER, avocat à Luxembourg ;

e t :

EEE, *retraitée, demeurant à WWW,*

intimée *aux fins du susdit exploit KURDYBAN,*

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

EEE, associée commanditée de la société en commandite simple DDD1, a par actes du 1er août 2002 et du 10 décembre 2002 cédé les 68 actions qu'elle détenait dans cette société à la société à responsabilité limitée FFF, ou toute société qu'elle représente. Lors d'une assemblée générale de la société DDD1 qui s'est tenue le 18 mars 2003, EEE a confirmé la cession de ses parts aux sociétés BBB Sàrl et CCC SA en lieu et place de la société FFF. GGG, associé commanditaire de la société DDD1, a confirmé la cession de ses parts aux mêmes sociétés. Les sociétés BBB et CCC ont confirmé l'achat des parts.

Suite à ces cessions de parts la société CCC SA devient associée commanditaire et la société BBB Sàrl devient associée commanditée de la société en commandite simple DDD1 laquelle change sa dénomination sociale en DDD2, puis, en 2005, en AAA.

Par exploit d'huissier du 8 août 2005 EEE a fait comparaître la société anonyme CCC, une société anonyme III et une société anonyme DDD devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour la société DDD s'entendre condamner à lui payer la somme de 169.109,68 euros en règlement de son compte associé, tel que prévu aux contrats de cession des 1er août et 10 décembre 2002, les sociétés CCC et Windhof s'entendre déclarer commun le jugement à intervenir.

Par exploit d'huissier du 20 août 2007 EEE a fait comparaître la société en commandite simple AAA Sàrl & Cie devant le même tribunal pour la voir condamner à lui payer la somme de 169.109,68 euros.

Par un troisième exploit d'huissier du 11 janvier 2010 EEE a fait comparaître la société à responsabilité limitée BBB devant le même tribunal pour la voir condamner à lui payer la somme de 214.257,72 euros.

Par jugement rendu le 15 avril 2010 le tribunal a donné acte à EEE qu'elle renonce à ses demandes dirigées le 8 août 2005 contre les sociétés anonymes DDD et III, qu'elle dirige sa demande en condamnation principalement contre la

société AAA Sàrl & Cie et subsidiairement contre la société BBB Sàrl, qu'elle demande la déclaration de jugement commun à la société CCC et qu'elle augmente sa demande à la somme de 214.257,72 euros. Le tribunal a dit la demande fondée à l'égard de la société en commandite simple AAA Sàrl & Cie et a condamné cette société à payer à EEE la somme de 155.616,90 euros avec les intérêts légaux à partir du 20 août 2007 jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500.- euros, en rejetant la demande pour le surplus. Il a condamné la société en commandite simple AAA Sàrl & Cie aux frais et dépens de la demande dirigée contre elle et a laissé les frais des exploits du 8 août 2005 et du 11 janvier 2010 à charge de EEE.

Par exploit d'huissier du 28 juin 2010 la société en commandite simple AAA Sàrl & Cie, la société à responsabilité limitée BBB, la société anonyme CCC et la société anonyme DDD ont régulièrement relevé appel de ce jugement, signifié le 17 mai 2010 à la société AAA.

Les sociétés appelantes reprochent au jugement entrepris de ne pas avoir accueilli leur moyen de nullité pour libellé obscur des différents exploits d'assignation.

EEE, de son côté, conclut à l'irrecevabilité de ce moyen de nullité pour ne pas avoir été opposé *in limine litis.* Elle fait valoir qu'en l'espèce la partie adverse a renoncé à ce moyen étant donné que suite aux diverses assignations une expertise extra-judiciaire a été décidée entre parties, cette décision d'expertise s'apparentant à une défense au fond, de sorte que la partie adverse est forclose à invoquer le moyen. Elle ajoute que les exploits sont suffisamment clairs et précis et que les parties appelantes n'invoquent par ailleurs aucun grief à l'appui de leur moyen de nullité.

Suite à la première assignation, signifiée le 8 août 2005, Maître Victor Elvinger, mandataire de toutes les sociétés défenderesses présentes en première instance et Maître Alain Gross, mandataire de EEE, ont par lettre collective du 29 mai 2006 chargé l'expert JJJ de déterminer le compte courant de EEE dans la société DDD2. La société DDD2, qui portait d'ailleurs à la date de la lettre collective la dénomination AAA Sàrl & Cie, ne figurait pas parmi les parties défenderesses visées par l'exploit d'assignation du 8 août 2005.

Il résulte du jugement entrepris que suite à cette première assignation l'affaire a paru à l'audience aux dates des 17 août 2005 et 16 septembre 2005 et il ne résulte d'aucun élément du dossier que le moyen de nullité de l'assignation y aurait été opposé.

Il est vrai que l'exploit du 8 août 2005, qui dans sa motivation ne brille pas par un excès de clarté, est dirigé contre une société anonyme III, qui n'existe pas, contre une société anonyme DDD, qui a été constituée en 2004 et n'est pas concernée par les cessions intervenues en 2002 – EEE ayant par la suite renoncé à sa demande dirigée contre ces deux sociétés - la seule société défenderesse partie à ces cessions étant la société anonyme CCC, contre laquelle EEE a demandé la déclaration de jugement commun. Mais cette circonstance n'a pas empêché les parties appelantes d'être d'accord, sans

formuler de réserves, avec la saisine d'un expert et la Cour doit en déduire que nonobstant les lacunes de l'exploit, elles ne sont pas méprises sur ce qui était demandé par EEE et n'ont pas cru nécessaire d'invoquer le moyen de nullité pour libellé obscur auquel elles ont partant renoncé, de sorte qu'elles sont actuellement forcloses à l'invoquer.

Les assignations des 20 août 2007 et 11 janvier 2010 sont postérieures à la lettre collective du 29 mai 2006 et celle-ci ne peut donc en principe empêcher les sociétés AAA Sàrl & Cie et BBB Sàrl, défenderesses aux fins de ces exploits, d'invoquer le moyen du libellé obscur.

Les exploits du 20 août 2007 et du 11 janvier 2010 décrivent cependant avec toute la précision requise l'objet de la demande de EEE et les faits invoqués à son appui, de sorte que le moyen n'est pas fondé en ce qui les concerne. Le montant plus élevé de la demande dirigée contre la société BBB Sàrl est expliqué par le fait qu'il se base sur le résultat de l'expertise JJJ, EEE y ajoutant les sommes qu'elle estime injustement déduites par l'expert. Elle a d'ailleurs en première instance augmenté sa demande à l'encontre des autres parties au montant figurant dans l'exploit du 11 janvier 2010.

Les sociétés appelantes reprochent encore au jugement du 15 avril 2010 de ne pas avoir accueilli leur moyen de nullité basé sur l'absence d'indication dans les exploits d'assignation des 8 août 2005 et 20 août 2007 du numéro RCS des différentes sociétés défenderesses.

L'article 153 du Nouveau code de procédure civile exige l'indication dans les actes d'huissier de justice du numéro d'immatriculation au registre de commerce de la partie requérante et non du destinataire de l'acte.

Les parties appelantes reprennent enfin leur moyen d'irrecevabilité basé sur les articles 16 et 152 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales en reprochant aux premiers juges de ne pas avoir dit que la demande dirigée contre les associés de la société en commandite simple était prématurée.

C'est toutefois à juste titre que les premiers juges ont dit que s'il résulte de ces textes qu'une condamnation contre les associés en commandite simple est subordonnée à la condamnation préalable de la société, ils n'exigent cependant pas que la société soit assignée avant les associés et ceux-ci peuvent partant l'être en même temps qu'elle.

Ces deux derniers moyens d'irrecevabilité restent non fondés.

Quant au fond les parties appelantes reprochent au jugement entrepris d'avoir, par une fausse interprétation de l'article 4 de la convention de cession, décidé que le compte associé de EEE incluait le bénéfice de l'année 2002.

Cette disposition (du contrat de cession du 10 décembre 2002) est de la teneur suivante:

"L'acquéreur entrera lors du paiement sub 2 en jouissance de tous les droits attachés aux parts sociales, en ce inclus le bénéfice des dividendes payables à partir du premier janvier 2003."

Selon les parties appelantes, en parlant des dividendes payables à partir du 1er janvier 2003, cette disposition vise évidemment le bénéfice de 2002, sinon cette terminologie n'aurait pas de sens.

La Cour ne partage pas ce point de vue.

Si les parties avaient voulu faire bénéficier les acquéreurs du bénéfice de l'année 2002 l'article 4 l'aurait dit en parlant du bénéfice de 2002 au lieu des dividendes payables à partir du 1er janvier 2003.

L'article 2, dont question dans l'article 4, dit que le prix de cession est *"payable par chèque bancaire aux mains de Maître Jean Seckler, notaire à Junglinster avant le 15 février 2002"* (l'indication de l'année 2002 est le résultat d'une erreur matérielle, il s'agit bien évidemment de l'année 2003). En fait le prix de cession a été réglé le 18 mars 2003.

En précisant dans l'article 4 que lors du paiement l'acquéreur entrera dans le bénéfice des dividendes payables à partir du 1er janvier 2003, les parties ont voulu dire que, même si le paiement du prix de la cession est effectué postérieurement au 1er janvier 2003, les dividendes de l'année 2003 leur reviendront néanmoins à partir du 1er janvier 2003.

Cette disposition n'est donc pas à interpréter dans le sens voulu par les parties appelantes et le jugement est encore à confirmer sur ce point.

Les sociétés appelantes reprochent ensuite aux premiers juges d'avoir rejeté leurs critiques à l'encontre du rapport d'expertise JJJ en ce qu'il n'a pas tenu compte d'une différence de +/- 200.000.- euros entre le résultat 2002 d'après le bilan initial au 31 décembre 2002 et le résultat 2002 selon les comptes annuels revus et corrigés par KKK et de ne pas avoir fait droit à leur demande d'expertise supplémentaire portant notamment sur les points suivants:

- variations de stocks retenues par KKK
- factures KKK
- factures Elvinger Dessoy Dennewald

EEE conclut au rejet de ce moyen d'appel. Elle fait valoir que devant l'expert les parties appelantes n'ont jamais daigné prendre position, nonobstant deux rappels de l'expert à cet effet, qu'elles ne peuvent donc actuellement soulever des critiques à l'encontre de l'expertise, ce d'autant plus que ces critiques ne sont corroborées par aucune pièce.

Il résulte effectivement du rapport d'expertise JJJ qu'un projet de rapport était à la disposition des parties appelantes pendant cinq mois pendant lesquels elles n'ont pas jugé utile de soumettre à l'expert leurs critiques actuellement formées et de lui communiquer les documents supplémentaires demandés par

l'expert au sujet précisément des points critiqués par elles. Elles restent en défaut de verser de telles pièces en instance d'appel.

Elles font valoir que dans son rapport l'expert dit: *"En l'absence de ces documents il paraît vraisemblable que ces frais ont été générés par l'opération de cession de parts sociales aux acquéreurs"* et *"Je n'ai pas trouvé d'éléments me permettant de conclure que ces montants sont à charge de Madame EEE. En conséquence, je les ai extournés pour déterminer le résultat de l'année 2002",* que l'expert avait toutefois à sa disposition le rapport KKK avec toutes les explications nécessaires, notamment concernant les variations de stock.

Elles soutiennent d'autre part que les factures KKK de 75.700.- euros étaient dues pour la confection des comptes de 2002, laissés en souffrance par les anciens associés et que les factures de l'avocat étaient également dues à ces problèmes de bilan et de reprise de société, que l'expert conclut à tort que ces frais ont été générés par l'opération de cession de parts, étant donné que lors de la cession de parts les acquéreurs n'étaient ni assistés par KKK, ni par l'étude Elvinger.

L'expert JJJ constate en page 7 de son rapport une différence de +/- 200.000.- euros entre le résultat 2002 d'après le bilan initial au 31 décembre 2002 et le résultat 2002 selon les comptes annuels revus et corrigés par KKK, que les principales modifications portent sur la variation du stock et sur le poste "autres charges externes". L'expert écrit ensuite:

"J'ai notamment pu constater des honoraires d'avocat pour un montant de € 36.106,67 et des frais de comptabilités pour un montant de € 75.700 dans les comptes annuels revus/corrigés par KKK contre un montant de € 1.106,67 respectivement de € 12.200,00 dans les comptes annuels initiaux."

Contrairement à ce que soutiennent les parties appelantes les comptes 2002 avaient été effectués par les soins des anciens associés et sont d'ailleurs versés par EEE, de sorte que KKK n'a pas dû pallier à leur carence. Dans le rapport KKK, destiné à la société DDD2, il est question d'une lettre d'engagement du 25 mars 2003, non versée. Il faut admettre que les acquéreurs des parts sociales ont voulu procéder à un contrôle des comptes annuels établis par les anciens associés de la société DDD1.

L'expert JJJ ne parle pas d'une facture KKK de 75.700.- euros, mais d'une différence entre les frais de comptabilité qui sont de 75.700.- euros dans le rapport KKK et de 12.200.- euros dans les comptes initiaux. En admettant que cette différence soit due à une facture KKK la Cour ne voit pas de raison de mettre cette facture à charge de EEE et elle admet avec l'expert qu'il s'agit de frais engagés par les acquéreurs dans le cadre de l'opération de cession de parts sociales – laquelle ne se limite pas à l'acte de cession proprement dit – et ils doivent donc rester à leur charge.

En ce qui concerne la différence de 35.000.- euros portant sur les honoraires d'avocat, les parties appelantes précisent qu'il s'agit des honoraires redus à l'étude Elvinger Dessoy Dennewald. Elles soutiennent que ces frais d'avocat

étaient dus aux problèmes de bilan et de reprise de société. Ces "problèmes de bilan" ne résidaient pas dans une absence de bilan, mais dans la décision des acquéreurs de faire contrôler le bilan et les frais d'avocat engendrés par cette décision ne peuvent être répercutés sur EEE. Il en est de même des honoraires de l'avocat des parties appelantes liés aux "problèmes de reprise de société".

En ce qui concerne les modifications apportées au bilan 2002 par KKK en relation avec les variations de stock, il ne résulte pas du rapport JJJ que cet expert aurait refusé de tenir compte de ces modifications et au vu des développements de l'expert à ce sujet il faut admettre que tel n'est pas le cas.

En effet, après avoir constaté la différence de +/- 200.000.- euros et après l'avoir attribuée aux variations de stock et aux autres charges externes, il cite et chiffre les honoraires d'avocat et les frais de comptabilité. Il dit qu'il a demandé au sujet de ces montants des détails et pièces justificatives à Maître Elvinger, qu'en l'absence de ces documents il est vraisemblable que ces frais ont été générés par l'opération de cession de parts sociales aux acquéreurs, que n'ayant pas trouvé d'élément permettant de conclure que ces montants sont à charge de Madame EEE, il les a extournés pour déterminer le résultat de 2002.

Or, d'une part, l'expert n'a pas chiffré la différence de stock. En parlant des "montants" il ne peut donc viser les variations de stock. D'autre part, l'expert ne va certainement pas attribuer l'origine des variations de stock à l'opération de cession de parts. S'il exprime l'avis que "ces frais" ont été générés par l'opération de cession de parts, il vise les seuls honoraires d'avocat et autres frais de comptabilité.

Sur base des explications de l'expert JJJ la Cour conclut donc que les variations de stock retenues par KKK ont bien été reprises par l'expert JJJ. Les appelantes, qui soutiennent le contraire sont en tout cas en défaut d'appuyer leur affirmation du moindre élément probant.

Il s'en suit que leur appel est encore non fondé sur ce point.

Les sociétés appelantes concluent enfin, par réformation du jugement entrepris, à se voir allouer chacune une indemnité de procédure pour la première instance.

Le jugement est à confirmer sur ce point, n'étant pas inéquitable de laisser à ces parties les frais non compris dans les dépens exposés par elles en première instance. S'il est vrai que la société anonyme DDD a été appelée dans le litige par suite d'une erreur de EEE, celle-ci a toutefois renoncé à sa demande dirigée contre cette société de sorte qu'une défense spécifique de la société DDD, représentée par le même avocat que les autres sociétés, n'était plus nécessaire et n'a pu engendrer des frais dont on pourrait tenir compte au regard de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

C'est cependant à juste titre que les premiers juges ont alloué à EEE une indemnité de procédure étant inéquitable de laisser sa charge les frais non

compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en première instance pour faire valoir ses droits.

Il s'ensuit que le jugement est à confirmer.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel formée par les parties appelantes est à rejeter. Succombant dans leur appel, elles sont à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel et ne peuvent de ce fait se prévaloir des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La demande de EEE est à dire fondée, étant encore inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer pour se défendre en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 2.500.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

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 l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne les parties appelantes à payer à EEE une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour l'instance d'appel;

déboute les parties appelantes de leur demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et les condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Alain Gross, sur ses affirmations de droit.