Arrêt commercial

Audience publique du neuf mai deux mille douze.

Numéro 36434 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 anonyme A S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 5 août 2010,*

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société B, *établie et ayant son siège social à FL-…. V, inscrite au Öffentlichkeitsregister de la Principauté du Liechtenstein n° ……..., représentée par son conseil d'administration, sinon par ses organes représentatifs légaux actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit CALVO,*

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Le 16 avril 2007 un contrat d'apporteur d'affaires a été conclu entre la société anonyme A S.A., ci-après la société A, et la société de droit liechtensteinois B, aux termes duquel *la société B se déclare prêt à présenter à A des clients potentiels intéressés par les services financiers proposés par cette dernière* (article 2.1).

L'article 3 du contrat prévoit qu'il est conclu pour une durée indéterminée et que *chacune des parties peut à tout moment y mettre fin par l'envoi d'une lettre recommandée adressée à l'autre moyennant un préavis de 180 jours*.

Par courrier du 15 octobre 2008, la société A a informé ses clients de ce qui suit :

« *Cher client,*

Transfert des activités de gestion d'actifs à C, société anonyme

Dans le cadre d'une réorientation stratégique, A SA a décidé de mettre fin à ses activités de gestion d'actifs à Luxembourg. En conséquence, A SA a souscrit un accord de principe visant à transférer la majorité de ses comptes clients [privés] au Luxembourg à C, une banque Luxembourgeoise de renom.

(… …).

Vous avez souscrit un accord de gestion d'actifs avec A SA. Nous envisageons de transférer cet accord à C.

Pour rendre ce transfert effectif, nous aimerions vous rencontrer dans la quinzaine afin de remplir les documents nécessaires. Votre conseiller vous contactera prochainement pour convenir d'un rendez-vous. Le transfert s'effectuera sans frais.

Au cas où vous vous opposeriez au transfert de votre convention à la C, nous vous prions aimablement de nous le signaler par écrit sans délai. Nous serons alors contraints de mettre un terme à notre relation.

Durant le transfert, toutes les conventions existant entre nous resteront inchangées (… …) ».

Estimant que la société A *a fait fi du préavis de 180 jours pourtant expressément convenu entre parties*, la société B a, par exploit d'huissier du 11 septembre 2009, fait donner assignation à la société A à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir engager sa responsabilité contractuelle et pour l'y entendre condamner au paiement du montant de 94.000 € représentant les *pertes de commissions subies* suite au non respect par la société A du préavis de 180 jours ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par exploit d'huissier du 20 janvier 2010, la société B a assigné la société A devant le même tribunal pour l'y voir condamner au paiement du montant de 174.210 €, faisant exposer qu'*au-delà des commissions qui ont été payées directement par la société A à la société B, la société A a également donné des instructions, dans le cadre du contrat signé entre parties en date du 16 avril 2007, de rétrocessions à la D en faveur de la société B ;* que *sur une période de 10 mois relative à l'année 2008, des commissions sous forme de rétrocession ont été payées pour un montant total de 290.350 € et ce au-delà des commissions normalement réglées* ; que, dès lors, *la société B a droit, à titre d'indemnité de préavis de 6 mois non respecté, au montant de (290.350 € x 6) : 10 = 174.210 €* .

Par jugement du 30 juin 2010, le tribunal, après avoir joint les deux demandes, les a déclarées fondées pour le montant de 267.780,44 € et a condamné la société A à payer à la société B ce montant avec les intérêts légaux sur la somme de 93.570,44 € à partir du 11 septembre 2009 et sur la somme de 174.210 € à partir du 20 janvier 2010 jusqu'à solde. Le tribunal a en outre condamné la société A à payer à la société B une indemnité de procédure de 500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Pour statuer ainsi, le tribunal – après avoir constaté que le contrat d'apporteur d'affaires litigieux prévoit une rémunération en faveur de l'apporteur qui est fonction des revenus générés par les affaires apportées par les clients auprès des différentes banques et sociétés et après avoir relevé que le contrat d'apporteur d'affaires n'a jamais été officiellement résilié par la société A – a, en substance, dit :

- que le dommage subi par la société B trouve sa cause dans le fait que, malgré des stipulations contractuelles claires prévoyant un préavis à donner, la société A a mis fin à ses activités sans en avertir la société B ;

- qu'on ne peut pas reprocher à la société B de n'avoir pas délié la société A, en acceptant la cession du contrat d'apporteur d'affaires, de tout engagement lui incombant ;

- que le fait de n'avoir pas marqué son accord à la cession du contrat est d'autant plus justifié que le contrat d'apporteur d'affaires est un contrat conclu en raison de la personne du gestionnaire ;

- que la société B était dès lors libre de ne pas orienter « ses » clients vers le gestionnaire préconisé par la société A, mais vers un gestionnaire de son choix, en l'occurrence la société E ;

- que la société B ait reçu de la société E une quelconque rémunération, n'influe pas sur le préjudice accru à la société B suite au non respect du préavis par la société A ;

- que le préjudice subi par la société B consiste en la perte des commissions non touchées par elle pendant la durée de six mois ;

- qu'il ressort du décompte versé par la société B, non contesté de manière circonstanciée par la société A que les *commissions proprement dites* touchées sur onze mois s'élevaient à 171.545,81 € et que le montant total touché par la société B en 2008 à titre de *rétrocessions* s'élevait à 510.836,25 € ;

- qu'en prenant en considération la période de préavis de six mois, la société B a subi un préjudice de 93.570,44 € à titre de *commissions proprement dites* et un préjudice de 174.210 € au titre de *rétrocessions*, soit un préjudice total de 267.780,44 €.

Par exploit d'huissier du 5 août 2010, la société A a régulièrement relevé appel du jugement du 30 juin 2010 qui lui a été signifié le 16 juillet 2010, faisant plaider que c'est à tort que le tribunal :

- a *considéré que la société B avait subi un dommage du fait de la seule cessation des activités de la société A et qu'il n'a pas pris en considération la rémunération perçue par la société B après transfert de ses activités auprès d'un autre professionnel du secteur financier ;*

- a *admis que la société A aurait mis fin à ses activités sans en avertir la société B ;*

- n'a *pas tenu compte de l'obligation de la société B de limiter son préjudice ;*

- n'a *pas admis que le contrat d'apporteur d'affaires aurait pu valablement être cédé, celui-ci n'étant pas conclu « intuitu personae » ;*

- l'a *condamnée au paiement d'une indemnité de procédure.*

La société A a conclu, par réformation du jugement entrepris, principalement, à voir débouter la société B de toutes ses demandes, subsidiairement, à voir réduire le montant des dommages et intérêts à allouer à la société B à de plus justes proportions.

La société A demande une indemnité de procédure de 3.000 € pour la première instance et une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris et réclame, à son tour, une indemnité de procédure de 3.000 € au titre des frais par elle exposés en instance d'appel.

DISCUSSION

La société A fait plus particulièrement exposer que, sur base d'un accord intervenu avec la société B, une équipe de gestionnaires, appelée « Centre 4 », composée de deux personnes engagées comme salariés par la société A, à

savoir Monsieur F et Madame G, et d'une personne travaillant en « freelance » pour la société A, à savoir Monsieur H, se serait plus spécialement occupée des clients apportés par la société B ; qu'à partir du mois d'août 2008, des discussions auraient eu lieu entre la société A et la société C quant aux modalités de reprise par cette dernière des actifs et passifs de la société A ; que la société B aurait préféré de rentrer en relation d'affaires avec la société E qui aurait dès lors repris l'intégralité des avoirs des clients apportés par la société B à la société A.

La société A se base sur des attestations testimoniales et des procès-verbaux de réunion de son conseil d'administration pour prouver que c'est à la seule initiative et à la demande expresse de la société B que l'intégralité des avoirs des clients par elle apportés a été transférée au gestionnaire de son choix, la société E ; qu'en sollicitant ce transfert, la société B aurait elle-même accepté de mettre un terme au contrat d'apporteur d'affaires conclu entre parties, ce avec effet à partir du 1er décembre 2008 ; que si la société B n'avait pas émis de contestations quant au projet de cession, la clientèle gérée par le « Centre 4 » aurait, à son tour, été cédée à la société C ; que la société B aurait seulement par une lettre datée du 10 mars 2009 mis en cause les modalités dans lesquelles a pris fin le contrat d'apporteur d'affaires conclu entre elle et la société A.

La société B conteste les faits tels que présentés par la société A. Elle soutient plus particulièrement qu'elle n'aurait jamais été en contact avec la société C, qu'elle n'aurait jamais été en relation d'affaires avec la société E, ni directement ni indirectement, qu'elle n'aurait jamais touché une quelconque commission de cette dernière, qu'aucun contact n'aurait jamais existé entre les signataires du contrat d'apporteur d'affaires du 16 avril 2007 en rapport avec une quelconque cession à la société C des clients apportés par la société B à la société A.

Face à ces contestations, la société A – en sus de ses attestations testimoniales et procès-verbaux de réunion de son conseil d'administration – offre de prouver par témoins les faits suivants :

1) B avait connaissance de la volonté de reprise du contrat d'apporteur d'affaires par la C. Plusieurs discussions ont eu lieu entre Monsieur F, Monsieur J (C) et Monsieur K à ce sujet entre octobre et novembre 2008. A l'occasion de l'une de ces discussions, Monsieur J de la C s'est exprimé en faveur de la reprise du contrat d'apporteur d'affaires conclu avec B, au même titre que tous les autres actifs et passifs de la société A.

2) B a finalement expressément refusé de poursuivre l'exécution du contrat d'apporteur d'affaires et a décidé d'entrer en relation d'affaires avec la société E. B a ainsi donné l'instruction de transférer l'intégralité des avoirs des clients apportés par elle de la banque dépositaire d'A vers la banque dépositaire de E en décembre 2008. Les employés G et F ainsi que Monsieur H ont refusé d'être repris par la C et ont quitté A en décembre 2008.

Concrètement, se pose la question de savoir si les éléments du dossier prouvent à suffisance la volonté de la société B de ne pas voir céder à la société C la clientèle par elle apportée à la société A, étant précisé que cette volonté témoignerait, à son tour, de l'accord de la société B à voir cesser toute relation entre elle et la société A découlant du contrat d'apporteur d'affaires du 16 avril 2007 de sorte que la société B ne saurait désormais plus prétendre à une quelconque indemnisation pour non respect par la société A du délai de préavis de 180 jours.

A relever d'emblée que si l'Annexe A du contrat d'apporteur d'affaires du 16 avril 2007 prévoit que « *l'administration et la gestion des affaires apportées seront centralisées dans un projet Centre-C4 exclusivement dédié à ces opérations* », cellule constituée au sein de la société A et composée de personnes employées par la société A, force est de constater que les éléments de la cause ne déterminent pas quels étaient – et dans quelle mesure – les liens, directs ou indirects, ayant existé entre cette cellule (centre 4) et la société B.

Il résulte de l'attestation testimoniale de L, ancien employé de la société A, établie le 1er décembre 2009 en conformité du prescrit des articles 400 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, que « *gemäss meinen Kenntnissen wäre die C bereit gewesen, diese Kunden* (à lire : les clients apportés par la société B) *auch zu übernehmen und eine übliche Kommissionsentschädigung zu leisten* ».

Le témoin a précisé que : « *Der Wunsch an einen anderen Finanzdienstleiter übertragen zu werden, war primär durch die Personen, die die B beherrschen, veranlasst* ».

Le témoin L n'a pas eu connaissance personnelle de ce souhait (Wunsch); il a précisé qu'il a « *diese Ausgangslage bestätigt erhalten anlässlich eines Gespräches bei einem Lunch mit Herrn J, Direktor bei C, am 28. August 2009* ».

Aussi, le témoin L n'a-t-il pas précisé quelles étaient les personnes « *die die B beherrschen ».*

Le témoin M, engagé en 2008 en tant que „Managing Director" auprès de la société A, a, dans son attestation testimoniale du 23 novembre 2009, déclaré « *dass es im Zusammenhang der vorgenannten Übertragung der Kundenassets auf die C von Anfang an unsicher war, ob die Kunden der B (intern geführt unter der Bezeichnung Centre 4 oder C4) gleichfalls zur C wechseln würden oder ob von den diese Kunden betreuenden Mitarbeitern Henri F (Angestellter der A), Frau G (Angestellte der A) und Herrn H (freier Mitarbeiter) eine andere Lösung angestrebt werde* ».

Le témoin M a précisé qu'à la date du 12 décembre 2008, même après plusieurs discussions entre Monsieur F, Monsieur K, président du conseil d'administration de la société A et Monsieur J, administrateur/directeur de la

société C « *war zu diesem Zeitpunkt klar, dass es zu keiner Kooperation mit der I und Centre 4 kommen werde* ».

Il a ajouté que les dénommés G et F avaient quitté la société A avec effet au 30 novembre 2008, que les clients gérés par le « Centre 4 » avaient été transférés auprès de la société E qui occupait depuis la date du 1er décembre 2008 tant Madame G que Messieurs F et H.

Il est vrai que les procès-verbaux de réunion au sein de la société A documentent les dires des témoins L et M, il n'en reste pas moins vrai que le rôle exact joué par le « Centre 4 » au sein de la société A, composé de salariés de celle-ci, et surtout celui joué par le dénommé F, restent peu clairs, le pouvoir de décision de la cellule « Centre 4 » – si pouvoir de décision il y a eu – n'étant nullement défini.

Ceci est d'autant plus vrai que l'attestation testimoniale de F, établie le 12 septembre 2010, se limite à relater qu'il a été employé par la société A, qu'*il était gestionnaire des clients apportés par la société B dans une cellule spéciale de recettes et dépenses (Centre 4) et qu'à ce titre il était chargé d'ordonnancer le paiement des commissions et rétrocessions revenant à la société B* dans le cadre du contrat d'apporteur d'affaires signé entre ces deux sociétés. Force est de constater que cette attestation reste muette quant à l'existence de liens concrets entre la cellule « Centre 4 » et la société B, le seul lien visé étant celui en rapport avec les commissions devant parvenir à la société B.

Que la société B ait, par l'intermédiaire de F ou d'un autre membre de la cellule « Centre 4 », eu connaissance des discussions à propos des actifs et passifs à transférer par la société A à la société C, laisse d'être établi. A supposer qu'un membre de la cellule « Centre 4 » ait activement participé à toutes les discussions en rapport avec le transfert des actifs et passifs de la société A et ait participé aux décisions de transfert des clients apportés par la société B à la société E, l'on ignore toujours dans quelle mesure cette participation puisse, juridiquement, être considérée comme valant connaissance dans le chef de la société B des transferts de clients à réaliser.

L'offre de preuve par témoins formulée par la société A, tendant à établir la connaissance par la société B de la reprise du contrat d'apporteur d'affaires par la société C, valant connaissance de la fin de son contrat d'apporteur d'affaires conclu avec la société A, est à déclarer irrecevable pour manque de précision, car – et la société B l'a, à bon droit, relevé – elle reste muette *quant aux qualités et pouvoirs exacts des personnes* ayant composé la cellule « Centre 4 », et plus particulièrement de F, *qui auraient pris des décisions ou auraient eu de prétendues connaissances ayant pu lier juridiquement B.* Ceci est d'autant plus vrai que l'attestation de F, salarié de la société A, n'a trait qu'aux commissions versées à la société B sans se prononcer sur la prise de position qu'aurait, le cas échéant, adoptée la société B face au transfert par la société A de ses actifs et passifs à la société C.

Enfin, la société A fait plaider – au cas où la Cour venait à la conclusion que la société B n'avait pas été avertie de la cession des passifs et actifs de la

société A à la société C – que la cession du contrat d'apporteur d'affaires du 16 avril 2007 conclu avec la société B aurait pu se faire indépendamment du consentement de la société B, dès lors que la société C se serait engagée à poursuivre l'exécution des opérations économiques découlant de ce contrat sans y apporter de modifications ; que, de toute façon, la société A n'aurait constitué pour la société B qu'*un hébergement (un « toit ») sous les auspices duquel la société B* aurait pu *exercer des activités de gérant de fortune* ; que la société B aurait *parfaitement pu exercer cette même activité sous le « toit » d'un autre PSF..*

La cession de contrat peut être définie comme étant « *une convention par laquelle on transfère d'un contractant à un tiers l'ensemble des rapports juridiques issus de ce contrat* ». Elle est l'opération par laquelle un tiers*,* nommé le cessionnaire, succède à un contractant, nommé le cédant, dans un contrat ayant été conclu avec un autre contractant nommé le cédé.

Il est vrai que le contrat d'apporteur d'affaires du 16 avril 2007 ne contient pas de clause prohibant la cession du contrat.

Il n'en demeure cependant pas moins vrai – et ce contrairement au raisonnement de la société A – que le choix de cette dernière n'a pas été sans importance dans le chef de la société B.

Si, aux termes de l'article 2.1 du contrat d'apporteurs d'affaires, la société B s'est engagée *de ne recommander que des personnes* (à lire : des clients) *jouissant d'une excellente réputation*, il va de soi que le choix de la société B portait, à son tour, sur un gestionnaire de fortune sérieux qui lui inspirait pleinement confiance et qui allait agir au mieux des intérêts des clients apportés.

Il en résulte que l'accord, au moins tacite du cédé, en l'occurrence la société B, aurait été requis pour réaliser la cession du contrat d'apporteur d'affaires du 16 avril 2007.

Or, un tel accord laisse d'être établi.

Il se déduit de toutes ces considérations que la société A a agi au mépris des clauses du contrat d'apporteur d'affaires du 16 avril 2007 en ne respectant pas le délai de préavis de 180 jours.

Il s'en suit que la demande en indemnisation de la société B est à déclarer fondée en son principe.

<u>quant aux montants</u>

Aux termes de ses conclusions subsidiaires, la société A demande à voir *ramener les dommages et intérêts alloués* par les juges de première instance *à de plus justes proportions.*

Elle fait plus particulièrement plaider que le préjudice subi par la victime doit toujours correspondre à la perte réellement prouvée par la victime ou au gain manqué susceptible d'être escompté par la victime.

Elle estime qu'il est inconcevable que la société B ne perçoive aucune commission de la part de la société E.

Elle ajoute que la victime a l'obligation de minimiser son préjudice sous peine de devoir supporter la part des dommages qui sont la suite de son manque de diligence ; que si la société B a accepté d'entrer en relation d'affaires avec la société E de laquelle elle prétend ne pas toucher de revenus, plutôt que d'entrer en relation d'affaires avec la société C qui aurait été d'accord de reprendre le contrat d'apporteur d'affaires aux conditions existantes, elle a été elle-même à l'origine de tout ou partie de son dommage.

Il ressort des considérations ci-dessus développées que les circonstances exactes dans lesquelles il a été décidé du transfert à la société E de la clientèle apportée par la société B à la société A restent d'être établies.

La société A a violé ses obligations contractuelles en ne respectant pas le délai de préavis de 180 jours.

Dans ces conditions, la question de savoir si la société B a failli à son obligation de minimiser son dommage ne se pose pas.

En instance d'appel, la société A n'a pas contesté matériellement les montants réclamés par la société B à titre de dommages et intérêts. Dans ces conditions, la Cour confirme les montants tels qu'alloués par les juges de première instance en faisant sien le calcul par eux adopté.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande des parties respectives en obtention d'une indemnité de procédure, alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à chacune des parties les sommes par chacune d'elles exposées et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute les parties de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne la société anonyme A S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel et ordonne la distraction au profit de Maître Marc KERGER qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.