Arrêt commercial

Audience publique du trente et un octobre deux mille douze.

Numéro 37665 du rôle.

Composition :

Françoise MANGEOT, présidente de chambre;
Valérie HOFFMANN, conseillère;
Marie-Laure MEYER, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

1) la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.A R.L., *établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par son ou ses gérants en fonctions,*

2) la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.A R.L., *établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par son ou ses gérants en fonctions,*

3) la société à responsabilité limitée SOC.3.) S.A R.L., *établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par son ou ses gérants en fonctions,*

4) la société à responsabilité limitée SOC.4.) S.A R.L., *établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par son ou ses gérants en fonctions,*

appelantes *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER du 22 juillet 2011,*

sub 1) à 4) comparant par Maître Véronique HOFFELD, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme SOC.5.) S.A., *établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par son conseil d'administration en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit REYTER,*

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Il est constant en cause que le 29 juin 2007, la société anonyme SOC.5.) (ci-après « la société SOC.5.) ») d'une part et d'autre part la société à responsabilité limitée SOC.1.), la société à responsabilité limitée SOC.2.), la société à responsabilité limitée SOC.3.) et la société à responsabilité limitée SOC.4.) (ci-après « les sociétés G.1.) ») ont conclu un contrat intitulé « Share Sale and Purchase Agreement » ayant pour objet la vente des parts sociales des sociétés anonymes SOC.1.), SOC.2.), SOC.3.) et SOC.4.). Le contrat prévoyait la cession des actions en deux tranches : la première en 2007 pour 12 438 962,66 euros, qui ne fait pas l'objet du présent litige, et la seconde pour le montant de 37 316 887,99 euros, sur base d'une promesse de vente et d'une promesse d'achat devant être actionnée à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, par l'envoi d'une note.

Le 21 juillet 2010, la société SOC.5.) a actionné la promesse d'achat et a informé les sociétés G.1.) que conformément à l'article 5.11 du contrat, l' « Option Completion » devait avoir lieu 5 jours ouvrables plus tard (« *with reference to the clause 5.11 of the Agreement, Option Completion is to take place at the offices of the Buyer's Sollicitors (i.e. Loyens&Loeff, avocats à la Cour) five Business Days after service of this Put Exercise Notice. Thus, Option Completion is to take place at the offices of Loyens & Loeff in L-2450 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen on Wednesday 28 July 2010 and we suggest setting the meeting for Option Completion at 11.00 am*").

L'article 5.12 a) du contrat prévoyait au jour de l' « Option Completion » (en l'occurrence le 28 juillet 2010) l'obligation pour la société SOC.5.) de - entre autres - remettre aux sociétés G.1.) un extrait conforme du registre des actions faisant état du transfert de propriété au profit de ces dernières, tandis que l'article 5.12 b) du contrat prévoyait l'obligation pour les sociétés G.1.) de payer le prix mentionné à l'article 5.9 du contrat, c'est-à-dire le montant de 37 316 887,99 euros.

Il est également constant en cause que la société SOC.5.) a enregistré le paiement du montant de 37 316 887,99 euros en date du 18 août 2010, après avoir fait appel à la garantie bancaire constituée auprès de la société SOC.6.) S.A., et que le 16 septembre 2010, la société SOC.5.) a envoyé aux sociétés G.1.) les registres des actionnaires.

Les parties se reprochent mutuellement l'exécution tardive de leurs obligations et invoquent l'une à l'égard de l'autre l'exception d'inexécution.

Par exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO du 5 janvier 2011, la société anonyme SOC.5.),

exposant que les sociétés G.1.) auraient dû lui régler en date du 28 juillet 2010 le montant de 37 316 887,99 euros, mais qu'à cette date, elles l'ont informée qu'elles n'étaient pas en possession des fonds nécessaires, et que ce paiement n'est intervenu que le 18 août 2010,

estimant, sur base des articles 13.19 et 13.20 du contrat, être en droit d'obtenir le paiement d'intérêts conventionnels de retard, définis à l'article 13.20 du contrat comme étant constitués par les intérêts au taux légal de 3,5% majorés de 4%, et étant chiffrés à 178 810,08 euros pour la période du 28 juillet 2010 au 18 août 2010,

a fait donner assignation aux sociétés G.1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de les voir condamner solidairement sinon in solidum à lui payer le montant de 178 810,08 euros, avec les intérêts au taux légal de 3,5% majorés de 4%, à partir du 18 août 2010, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 10 000 euros.

De leur côté, les sociétés G.1.) ont sollicité à titre reconventionnel en première instance la condamnation de la société SOC.5.) au paiement du montant de 178 810,08 euros à titre de réparation du préjudice qu'elles affirmaient avoir subi du fait de la remise tardive (en date du 16 septembre 2010) du registre des actionnaires.

Par jugement du 6 mai 2011, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a retenu que :

- les affirmations des sociétés G.1.), en vertu desquelles il aurait été stipulé entre les parties dès le début d'actionner la garantie bancaire et de réaliser par ce biais le paiement, étaient contredites par leur courrier du 28 juillet 2010, par lequel les sociétés G.1.) ont informé la société SOC.5.) que leur banquier n'avait pas mis le montant de 37 316 887,99 euros à leur disposition et que sur demande de leur banquier, elles invitaient la société SOC.5.) à faire appel à la garantie bancaire auprès de la SOC.6.), ce que celle-ci a finalement fait,

- si le paiement avait dû être effectué par garantie bancaire, il était incompréhensible que les sociétés G.1.) attendent le 28 juillet 2010 (c'est-à-dire 7 jours après l'exercice de la « Put Option ») pour demander à la société

SOC.5.) de mettre la garantie en œuvre, tout en sachant que l' « Option Completion » devait avoir lieu le 28 juillet 2010,

- que le contrat ne stipulait pas que le paiement se ferait via garantie bancaire et que les mécanismes de garantie prévus par les parties (tels que garantie bancaire et mise en gage des actions) ne devaient jouer qu'en cas de défaillance de l'une des parties,

- que le non paiement par les sociétés G.1.) du montant de 37 316 887,99 euros endéans les 5 jours ouvrables à compter de l'exercice de la « Put Option » par la société SOC.5.) constituait une faute contractuelle,

- concernant la demande reconventionnelle, la société SOC.5.) était en droit d'invoquer l'exception d'inexécution jusqu'au 18 août 2010 (date de la réception du paiement), mais non pas au-delà, et que l'envoi aux sociétés G.1.) des registres des actionnaires en date du 16 septembre 2010 était tardif, donc fautif,

- qu'à défaut de fournir des précisions par rapport au dommage subi, les sociétés G.1.) étaient à débouter de leur demande reconventionnelle.

En conséquence, le tribunal a dit la demande principale fondée, la demande reconventionnelle non fondée, a condamné les sociétés G.1.) solidairement à payer à la société SOC.5.) le montant de 178 810,08 euros, avec les intérêts légaux majorés de 4% à partir du 18 août 2010 jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2 000 euros. Les sociétés G.1.) ont été condamnées aux frais et dépens de l'instance.

Suivant exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER du 22 juillet 2011, les sociétés G.1.) ont régulièrement interjeté appel contre ce jugement qui leur a été signifié le 17 juin 2011.

Les moyens invoqués par les sociétés appelantes à l'appui de leur appel sont les suivants (étant précisé que les sociétés appelantes n'ont pas réitéré leur moyen soulevé en première instance et consistant à invoquer un plafonnement de leur responsabilité sur base de l'article 5.25 du contrat) :

1) Les sociétés G.1.) contestent que des intérêts de retard seraient dus.

Elles soutiennent en premier lieu que faute pour la société SOC.5.) d'avoir exécuté son obligation de délivrance des actions vendues, le paiement n'aurait pas été dû au jour de l' « Option Completion ». Les registres d'actionnaires n'ayant été remis que le 16 septembre 2010, ce ne serait qu'à partir de cette date que le paiement aurait été exigible. La société SOC.5.) ne pourrait revendiquer des intérêts de retard pour une période pour laquelle le paiement n'aurait pas été dû.

Il appartiendrait d'abord au vendeur de s'exécuter et ensuite à l'acheteur de le faire. En application de l'article 1651 du code civil, le prix ne serait exigible qu'à partir de la délivrance.

En second lieu, la société SOC.5.) ne serait pas en droit de cumuler l'exercice de l'exception d'inexécution et l'allocation d'intérêts moratoires. Admettre le contraire reviendrait à permettre au vendeur de se dispenser de délivrer la chose vendue et de réclamer des dommages et intérêts pour un préjudice inexistant.

Les moyens des sociétés appelantes partent du postulat qu'il appartenait d'abord au vendeur, puis seulement à l'acheteur de s'exécuter, et que le non accomplissement de l' « Option Completion » en date du 28 juillet 2010 était imputable au manquement de la société SOC.5.) à son obligation de délivrance.

Dans les contrats synallagmatiques, les prestations promises par les contractants doivent être exécutées simultanément, trait pour trait : l'acheteur doit payer le prix en même temps qu'il prend livraison de la chose. Chacune des parties n'est en droit d'exiger la prestation qui lui est due qu'autant qu'elle offre d'exécuter la sienne. L'exception d'inexécution sanctionne la règle de l'exécution simultanée des obligations réciproques (Jean Carbonnier, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 21ème édition, no 194, et Weill et Terré, Droit civil, Les obligations, 4ème édition, no 465 et suivants).

Cette simultanéité des obligations des parties ressort en l'espèce de l'article 5.12 du contrat aux termes duquel les obligations des parties étaient à exécuter « At Option Completion ».

Or, d'après les pièces du dossier, les sociétés G.1.) écrivent le 28 juillet 2010 à la société SOC.5.) le courrier suivant :

« Re : Share purchase agreement, 29 June 2007 / Your call dated 21 July 2010.

Dear Sirs,

We refer to the completion meeting of today. We regret to inform you that our bankers (the Lenders under the Facility Agreement) have not placed us in funds to pay the outstanding amount of € 37 316 887,99.-.

The Lender has asked us to request you to call upon the Guarantee from SOC.6.) S.A. to satisfy the payment obligation and we, in turn, request you to do so.
With kind regards,".

Par ce courrier, les sociétés G.1.) admettent que le montant de 37 316 887,99 euros est dû et ne pas disposer de fonds suffisants pour s'en acquitter.

A la base, ce sont donc les sociétés G.1.) qui ne se sont pas exécutées et c'est à juste titre que le tribunal a retenu qu'elles ont commis une faute contractuelle en ne procédant pas au paiement du montant de 37 316 887,99 euros endéans les 5 jours ouvrables à compter de l'exercice de la « Put Option » par la société SOC.5.).

Le moyen tiré de l'impossibilité de cumuler l'exception d'inexécution et l'allocation d'intérêts moratoires ne saurait valoir dans la mesure où l'exception d'inexécution constitue un moyen de pression temporaire en vue de contraindre le cocontractant à l'exécution de son obligation, tandis que les intérêts de retard tendent à l'indemnisation du dommage découlant du retard d'exécution de l'obligation.

Le premier jugement est à confirmer pour ce qui concerne le principe de l'allocation à la société SOC.5.) des intérêts de retard.

2) Les sociétés G.1.) contestent le montant réclamé par la société SOC.5.).

Les sociétés G.1.) contestent le montant des intérêts de retard réclamés, qui, pour la période du 28 juillet 2010 au 18 août 2010, seraient à ramener du montant de 178 810,08 euros au montant de 168 692,78 euros.

La société SOC.5.) reconnaît dans ses conclusions notifiées le 13 février 2012 que le montant de 178 810,08 euros procède d'une erreur. Comptabilisant les intérêts de retard sur base d'un calcul de 360 jours l'an, ainsi que cela serait pratiqué dans le domaine bancaire, elle réduit sa demande au montant de 37 316 888.-€ x 7,5% x 22/360 = 171 035,73 euros. Subsidiairement et sur une base d'un calcul de 365 jours l'an, elle réclame le montant de 37 316 888.-€ x 7,5% x 22/365 = 168 692,78 euros.

Il convient de lui donner acte de la réduction de sa demande.

Etant donné que la convention à la base du litige ne relève pas de la matière bancaire, c'est à tort que la société SOC.5.) se réfère à un usage bancaire pour le calcul des intérêts de retard, qui est à effectuer sur base de 365 jours l'an.

3) Les sociétés G.1.) contestent la capitalisation des intérêts.

Les sociétés appelantes soutiennent que la décision de première instance, assortissant la condamnation au montant réclamé en principal d'intérêts conventionnels de retard à partir du 18 août 2010, violerait l'article 1154 du code civil relatif à la capitalisation des intérêts. Elles soulignent qu'en l'espèce, les intérêts litigieux ne seraient pas des intérêts dus pour une année entière.

Selon l'article 1154 du code civil, les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

La condition posée par l'article 1154 du code civil n'étant pas remplie, le moyen des sociétés appelantes est fondé et le premier jugement est à réformer sur ce point. (Il est à noter que la société SOC.5.) ne réclame pas l'allocation d'intérêts au taux légal).

Par voie de conséquence, les développements des sociétés appelantes au sujet d'une consignation volontaire des sommes redues deviennent superfétatoires.

Au niveau de la demande reconventionnelle tendant à la réparation du préjudice que les sociétés appelantes affirment avoir subi du fait de la remise tardive du registre des actionnaires, celles-ci estiment que c'est à bon droit que les juges de première instance n'ont pas reconnu à la société SOC.5.) le droit d'invoquer l'exception d'inexécution au-delà du 18 août 2010 et qu'à partir de cette date, cette dernière a engagé sa responsabilité contractuelle, mais elles reprochent à la décision de première instance de ne pas en avoir tiré les conséquences et d'avoir refusé de leur allouer des dommages et intérêts.

Elles argumentent que la faute de la société SOC.5.) a eu pour conséquence de les priver du montant de 37 316 887,99 euros, sans qu'elles ne reçoivent la chose constituant la contrepartie du prix.

Soulignant que la violation par la société SOC.5.) de ses obligations contractuelles s'est perpétrée jusqu'au 16 septembre 2010, les sociétés appelantes concluent à l'allocation d'intérêts conventionnels de retard, tels que prévus à l'article 13.20 du contrat, sinon à l'allocation d'intérêts au taux légal, ces intérêts étant calculés par rapport au prix des actions de 37 316 887,99 euros.

Plus précisément, elles réclament :

- principalement, sur base du taux conventionnel de 7,5% (taux légal de 3,5% majoré de 4%) et pour la période du 28 juillet 2010 au 16 septembre 2010 des intérêts de retard chiffrés à 391 060,54 euros,
- subsidiairement, sur base du même taux conventionnel, pour la période du 18 août 2010 au 16 septembre 2010 des intérêts de retard chiffrés à 230 035,61 euros.
- plus subsidiairement, dans l'hypothèse où le taux d'intérêt conventionnel ne pourrait être appliqué c'est-à-dire sur base du taux d'intérêt légal de 3,5%, des intérêts de retard chiffrés à 182 494,92 euros pour la période du 28 juillet 2010 au 16 septembre 2010,
- en dernier ordre de subsidiarité, sur base du taux d'intérêt légal, des intérêts de retard de 107 349,95 euros pour la période du 18 août 2010 au 16 septembre 2010.

Affirmant avoir subi un préjudice supplémentaire consistant, d'une part, dans la nécessité d'exposer des frais d'avocats pour obtenir la remise du registre des actions et, d'autre part, dans l'impossibilité de mettre en place les organes de direction de leur choix dans les sociétés vendues, elles demandent la condamnation de la société SOC.5.) au paiement du montant supplémentaire de 10 000 euros pour le volet « frais d'avocats » et de 20 000 euros pour le volet « défaut de mise en place des organes de direction ».

La société SOC.5.) conteste l'existence d'une quelconque faute, d'un quelconque préjudice et d'un quelconque lien de causalité entre la faute et le

préjudice allégués. Les sociétés G.1.) n'auraient essuyé aucun préjudice puisque l'intégralité des bénéfices des sociétés cédées (ayant la forme de revenus locatifs des immeubles détenus par ces sociétés) leur serait revenue, ce déjà avant la date prévue pour l' « Option Completion ». La société SOC.5.) a fait valoir en première instance - ce qui n'a pas été contesté en instance d'appel- que par le biais d'administrateurs mis en place dès 2007, les sociétés G.1.) auraient déjà exercé leur contrôle dans les sociétés vendues.

La Cour adopte les développements du tribunal par lesquels ce dernier a constaté qu'il y a eu faute contractuelle dans le chef de la société SOC.5.) à partir du 18 août 2010.

Cependant, la demande reconventionnelle est non fondée.

En effet et pour ce qui concerne l'allocation d'intérêts conventionnels de retard, celle-ci est régie par les articles 13.19 et 13.20 du contrat. Ces dispositions, qui figurent à la rubrique « Interests on Late Payments », concernent les obligations de paiement et ne sanctionnent pas l'exécution tardive de la délivrance des registres d'actionnaires. Elles sont donc inapplicables.

Pour ce qui concerne l'allocation d'intérêts de retard au taux légal et du montant de 20 000 euros, les sociétés appelantes ne rapportent pas la preuve d'un préjudice. Même en admettant que de nouvelles structures de direction n'aient pas pu être opérationnelles pendant la période du 18 août 2010 au 16 septembre 2010, les sociétés appelantes ne précisent ni ne prouvent en quoi le défaut de mise en place de nouveaux organes de direction pendant ce laps de temps assez court leur aurait concrètement causé un préjudice financier, tel par exemple la perte d'une chance de conclure un contrat en cours de négociation.

Enfin, les frais d'avocats exposés pour obtenir la remise du registre des actionnaires ne sont documentés par aucune pièce.

Le premier jugement est donc à confirmer pour ce qui concerne la demande reconventionnelle.

En résumé des développements précédents, les sociétés appelantes sont à condamner au paiement du montant de 168 692,78 euros.

La demande en obtention d'une indemnité de procédure de la part des sociétés appelantes est à rejeter alors qu'une partie qui est déboutée de la majeure partie de ses prétentions et qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

En raison de l'issue de l'instance d'appel, il est inéquitable de laisser à charge de la société SOC.5.) l'intégralité des frais non compris dans les dépens et il convient de lui allouer une indemnité de procédure évaluée ex aequo et bono à 2 000 euros.

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 en la forme,

donne acte à la société anonyme SOC.5.) de la réduction de sa demande,

dit l'appel partiellement fondé,

réformant,

condamne la société à responsabilité limitée SOC.1.), la société à responsabilité limitée SOC.2.), la société à responsabilité limitée SOC.3.) et la société à responsabilité limitée SOC.4.) solidairement à payer à la société anonyme SOC.5.) le montant de 168 692,78 euros,

confirme pour le surplus le jugement déféré,

condamne la société à responsabilité limitée SOC.1.), la société à responsabilité limitée SOC.2.), la société à responsabilité limitée SOC.3.) et la société à responsabilité limitée SOC.4.) à payer à la société anonyme SOC.5.) une indemnité de procédure de 2 000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société à responsabilité limitée SOC.1.), la société à responsabilité limitée SOC.2.), la société à responsabilité limitée SOC.3.) et la société à responsabilité limitée SOC.4.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Franz Schiltz, sur ses affirmations de droit.