

Arrêt commercial

Audience publique du treize mai deux mille quinze

Numéro 39860 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Patrick KELLER, greffier.

Entre :

1) **A**, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) **B**, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

3) **C**, (...), demeurant à (...),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey Gallé de Luxembourg du 28 mars 2013,

sub 1) - 3) comparant par Maître Benoît Entringer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

D, établie et ayant son siège social à (...), 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 susdit exploit Gallé,

comparant par Maître François Reinard, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

D a fait donner assignation le 17 août 2012 aux sociétés A, B et à C à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour les entendre condamner solidairement, sinon in solidum, à lui payer le montant de 100.000 € avec les intérêts au taux légal à partir du 30 juin 2012, sinon à partir du 18 juillet 2012, sinon à compter du jour de la demande en justice jusqu'à solde et une indemnité de procédure de 5.000 €.

La demande en paiement a trait à l'exécution de deux conventions établies le 30 juin 2010 et d'un avenant auxdites conventions du 30 juillet 2010.

Les conventions en cause

La convention du 30 juin 2010 établie entre la société cédante D et la société cessionnaire A porte sur la cession de 1.240 actions de la société B moyennant un prix de vente de 900.000 €, payable en deux tranches, à savoir une première tranche de 800.000 € que le cessionnaire a déclaré avoir reçue et une deuxième tranche de 100.000 € à payer à la fin de la clause de non-concurrence visée à l'article 5 de ladite convention.

Aux termes de l'article 5 : Monsieur E fera l'objet d'une clause de non-concurrence d'une durée de 2 ans à partir de la signature des présentes, englobant l'ensemble des activités de la société et portera sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg et sur le Land Hessen en Allemagne.

En outre, Monsieur E s'engage à ne pas entrer en contact directement ou indirectement, pour son compte ou celui d'un tiers, avec le personnel et les clients de la Filiale.

Le paiement complémentaire de 100.000 € est garanti par la société B et par C, solidairement et de manière indivisible.

Ce même 30 juin 2010 est signée une convention entre C et E aux termes de laquelle le premier cède au second 500 parts qu'il détient dans la société D pour la somme de 15.500 €.

Un « Avenant à la convention de cession d'actions entre C et E du 30.06.2010 et la convention de cession d'actions entre D S.A. et A MANAGEMENT S.A. du 30.06.2010 » est signé le 30 juillet 2010 par les sociétés D, A, C et E aux termes duquel les signataires qui, après avoir constaté qu'il existe deux conventions de cession d'actions signées le 30 juin 2010 entre les différentes parties, conviennent ce qui suit :

« le prix de cession pour l'acquisition de toutes les actions de B S.A. est fixé à 800.000 €, y inclus le montant de 15.500 € déjà versé par Monsieur C à E pour la cession de sa participation dans le capital social d'D. Le solde net à payer par A MANAGEMENT est donc de 784.500 €. »

Le jugement dont appel

Par jugement du 6 mars 2013, le tribunal de première instance a d'abord rejeté le moyen du défendeur C qui contestait la recevabilité de la demande dirigée contre lui selon la procédure commerciale, étant donné que ce dernier avait, en sa qualité d'administrateur - délégué de la société B, un intérêt personnel dans l'opération qui avait motivé son engagement de garantie qui était à qualifier de commercial. Il a dit ensuite que bien qu'aucun exemplaire de la convention du 30 juin 2010 ne fût versé en cause, que la société A, en ayant signé l'avenant, avait confirmé l'existence des *« deux conventions de cession d'actions signées le 30 juin 2010 entre les différentes parties »*. Il a passé en revue les deux conventions et retenu que l'avenant n'avait pas eu pour objet de délier la société A de son obligation de payer le montant de 100.000 € à l'échéance de la clause de non-concurrence de sorte qu'il a dit la demande fondée et condamné solidairement les parties défenderesses à payer cette somme à la demanderesse avec les intérêts au taux légal à partir du 18 juillet 2012, de même qu'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par acte d'huissier du 28 mars 2013, les sociétés A, B et C ont régulièrement relevé appel du jugement et concluent, par réformation, à voir dire la demande irrecevable en ce qu'elle vise C et de toute façon non fondée en ce qui concerne les appelants. Ils réclament chacun une indemnité de procédure de 1.500 €.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement et demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 1.500 € à payer solidairement, sinon in solidum par les appelants.

Les faits constants en cause

Les parties admettent que la convention de cession du 30 juin 2010 conclue par les sociétés D et A n'a pas été signée par le cessionnaire.

L'avenant du 30 juillet 2010 a été signé par toutes les parties.

La première tranche de 800.000 € (ramenée par après à 784.500 €) a bien été payée par la société A. Eu égard à l'avenant, la dette de E à l'égard de C (et non le contraire tel qu'erronément retenu dans l'avenant) est éteinte.

Ne reste que la tranche de 100.000 € que la société A n'a pas réglée et que la société D lui a réclamée après l'expiration du délai de deux ans dont question à l'article 5 de la convention du 30 juin 2010.

La société D détenait l'intégralité du capital de la société B composé de 1.240 actions. Elle les a cédées à la société A.

Le capital de la société D était détenu à hauteur de 500 actions par C qui les a cédées à E par convention du 30 juin 2010 pour la somme de 15.500 €. D'après les explications fournies par l'intimée, non contestées par les appelants, le capital social de cette société représenté par 1.000 actions était détenu à parts égales, avant la cession, par C et E.

Suite aux cessions opérées, la société D était détenue à 100% par E et la société B à 100% par la société A.

Selon la convention litigieuse du 30 juin 2010 portant sur le restant de 100.000 € à payer par la société A à la société D, ce montant n'était dû qu'après un délai de deux ans durant lequel E s'était engagé à ne pas concurrencer la société B (détenue dorénavant par A)

L'avenant du 30 juillet 2010 opère « compensation » en ce que le prix de cession de 800.000 € des actions de B dû par A à D est ramené à 784.500 €

La nature de l'engagement de la caution C

La Cour analyse ce moyen en premier lieu, même s'il devait s'avérer qu'à défaut d'engagement de la part de la société A à payer la somme de 100.000 €, la demande dirigée contre les cautions C et B serait sans objet. C s'est engagé ensemble avec cette société à garantir, solidairement et de manière indivisible, le paiement de la somme complémentaire de 100.000 € après l'expiration de la clause de non-concurrence qui a, en l'occurrence, été respectée par E.

Analysant la nature de l'engagement contractuel de C, la juridiction du premier degré a correctement exposé les principes relatifs à la nature commerciale de l'engagement souscrit par la caution. La Cour y renvoie expressément.

Il ressort des pourparlers menés durant l'année 2009 entre les associés d'alors de la société D, E et C, que ce dernier entendait racheter les parts détenues par E dans la société D, qui était disposé à les lui vendre sous réserve d'une évaluation financière à réaliser par la fiduciaire F. (pièces 12 à 16 de l'intimée). Les deux associés, qui étaient également les gérants des sociétés D et B, avaient déjà en 2008 chargé cette fiduciaire d'évaluer la situation financière de la

société B, filiale à 100% de la société D (pièce 9 et 10 de l'intimée). Une deuxième évaluation a été faite par la même fiduciaire le 1^{er} mars 2010, rapport établi cette fois, non plus à la demande de la société B, mais de la société A, et adressé au seul C.

La société de droit luxembourgeois A a été créée par la fiduciaire F avec pour membres fondateurs G, et la société H, et est administrée par trois administrateurs, tous domiciliés professionnellement à Luxembourg, au siège de la fiduciaire F.

La Cour note que le projet initial ayant consisté pour C à acquérir les parts de E détenues dans la société D ne s'est pas réalisé puisque la cession s'est faite en sens inverse.

L'intimée fait ainsi valoir que

« Néanmoins la reprise de B ne s'est pas faite par l'acquisition par le sieur C des actions d'D mais par le rachat des actions de B par une nouvelle entité créée par lui (note de la Cour : C), à savoir A.

Dans cette logique, et afin de permettre au sieur E de conserver la soparfi D, celui-ci a racheté les 50% des actions d'D détenues par le sieur C et A a racheté 100% des actions de B détenues par D.

Comme A s'est portée acquéreuse de l'intégralité des actions de B, le sieur C avait tout intérêt à ce que l'opération de cession d'actions aboutisse. C'est ainsi sous cette condition que le sieur C avait soumis ses offres d'achat.

L'intérêt économique du sieur C dans A et dans la reprise par cette dernière des actions de B résulte encore du fait que c'est lui seul qui a négocié le rachat des actions de B et qui en a négocié le prix et les conditions et ceci sans jamais disposer d'une quelconque procuration de A. »

Cette déduction corroborée par l'engagement personnel de C à voir finaliser les opérations de cession au vu des pourparlers menés auparavant est partagée par la Cour.

Même si C conteste être le bénéficiaire économique de la société A, tout porte cependant à croire qu'il l'est en totalité ou en partie, dès lors que le projet de reprendre la société D ou de créer une nouvelle société détentrice du capital de la société B IT, est son idée.

Que la société A qui détient le capital de B et C ont des liens étroits est encore établi par la « compensation » effectuée par l'avenant du 30 juillet 2010 dans lequel la dette de E à l'égard de C de 15.500 € est déduite du montant initial de 800.000 € que la société A doit payer à la société D pour la cession de l'intégralité des actions. La Cour ne peut s'expliquer cette compensation de dettes

liant des parties différentes que par le fait que la société D, détenue depuis lors par E, et la société A, détenue par des sociétés de droit étranger, mais dont C doit, en partie ou en totalité du moins, être considéré comme le bénéficiaire économique au vu des considérations ci-dessus qui constituent autant d'indices graves, précis et concordants, entendaient tenir compte in globo « d'une balance de paiements » réelle entre elles, au-delà des structures juridiques apparentes.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal a retenu que la commercialité de l'engagement principal (contrat de cession des actions de la société B détenues par la société D au profit de la société A) rejaillit sur le contrat de cautionnement lorsque la caution a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle il est intervenu.

Le moyen d'irrecevabilité de la demande en tant que dirigée contre C tiré de son engagement civil, mais non pas commercial à l'égard du cédant n'est dès lors pas fondé.

Les conventions du 30 juin 2010 et l'avenant du 30 juillet 2010

Il est vrai que l'exemplaire de la convention du 30 juin 2010 portant sur la cession des actions B par la cédante D au cessionnaire A pour le prix de 900.000 € payable en deux tranches, n'a pas été signé par cette dernière. Elle soutient de plus ne pas avoir été valablement représentée lors de l'établissement de ladite convention.

Il n'y a pas lieu d'analyser le moyen des appelants qui soutiennent que cette convention signée par toutes les autres parties (D, C B) ne vaudrait pas commencement de preuve contre la société A, dès lors que l'article 1326 du Code civil n'a pas été invoqué par l'intimé et que celui-ci ne joue par ailleurs pas en matière commerciale.

Il en est de même du moyen tiré de l'absence de « représentation valable » de la société A à l'occasion de l'établissement de cette convention, étant donné que du fait de la non-signature de la convention, il n'y a pas lieu de s'interroger sur la capacité ou non des personnes capables d'engager la société par leur signature.

La seule question qu'il y a lieu de toiser se ramène à savoir si les parties étaient d'accord sur le prix à payer pour la cession des actions et si, éventuellement du fait de l'avenant du 30 juillet 2010, cet accord a été modifié.

Si l'intimée n'est pas en mesure d'établir l'accord portant sur la somme de 900.000 € par la production d'un écrit signé par la société A, elle peut l'établir par tous moyens légalement admissibles, la preuve en matière commerciale étant libre.

Elle entend déduire cet accord de l'avenant du 30 juillet 2010 qui est un « Avenant à la convention de cession d'actions entre C et E du 30.06.2010 et la convention de cession d'actions entre D et A du 30.06.2010 » et plus spécifiquement de l'intitulé de l'avenant et de la phrase y contenue où les parties signataires dudit avenant (D, A, C, E) déclarent «qu'il existe deux conventions de cession d'actions signées le 30 juin 2010 entre les différentes parties ».

S'il est vrai que la convention du 30 juin 2010 entre les sociétés D et A n'a pas été signée par cette dernière, le fait même d'énoncer dans l'avenant que deux conventions (il s'agit au surplus de la convention signée entre C et E) ont été signées entre parties et que l'avenant concerne ces deux conventions établit sans le moindre doute qu'une convention de cession d'actions a été convenue entre les sociétés A et D en date du 30 juin 2010 et que, sauf preuve contraire non rapportée en l'espèce, le prix de cette cession était celui indiqué dans la convention versée au dossier, à savoir la somme de 900.000 €.

Encore convient-il de déterminer la portée de l'avenant du 30 juillet 2010.

Tandis que les appelants font valoir que les parties ont voulu amender les deux conventions du 30 juin 2010 en ce qu'il est tenu compte de la somme de 15.500 € déjà versée par E à C qui est retranché du montant de 800.000 € à verser par A à D, et que par le fait d'avoir retenu que « *le prix de cession pour l'acquisition de toutes les actions de B est fixé à 800.000 €* », le prix total de la cession est ramené de 900.000 à 800.000 €, l'intimée fait valoir que l'avenant n'avait d'autre but que de faire profiter la société A d'une réduction du premier montant à verser à D du fait du paiement opéré par E.

L'avenant reste muet quant au montant de 100.000 € payable par la société A en application de l'article 5 de la convention le 30 juin 2010. Il en est de même du sort réservé à la clause de non-concurrence.

Si l'article 2 de la convention signée entre C et E donne quittance à ce dernier d'avoir réglé d'ores et déjà le 30 juin 2010 la somme de 15.500 € à C, l'avenant du 30 juin 2010 fait profiter la société A de ce paiement, ce qui n'aurait pas été le cas si les parties s'en étaient tenues séparément aux deux conventions. L'interprétation donnée à l'avenant par l'intimée n'est dès lors pas dépourvue de sens, même si, dans ce cas, l'avenant ne modifie en rien les clauses contenues dans la convention de cession du 30 juin 2010 signée entre C et E.

L'interprétation donnée par les appelants n'est pas non plus dépourvue de sens en ce que par le fait de mentionner « *le prix de cession pour l'acquisition de toutes les actions de B est fixé à 800.000 €* », les parties auraient implicitement modifié le prix de

vente initial de 900.000 € pour le ramener à 800.000 €. Dans ce cas également, l'avenant ne modifie en rien les clauses contenues dans la convention de cession du 30 juin 2010 signée entre C et E.

On peut objecter à cette dernière interprétation que le fait de passer sous silence le sort à réserver aux 100.000 € dont question dans la convention du 30 juin 2010 aurait, si telle avait été l'intention des parties, dû être expressément mentionné dans cet avenant que les parties se sont donné la peine d'établir. Il faudrait encore en conclure que les parties ont implicitement renoncé à l'article 5 de la convention du 30 juin 2010 imposant à E de ne pas concurrencer durant deux années la société B.

Les règles d'interprétation des contrats du Code civil ne sont d'aucune véritable utilité et il n'y a pas lieu de se focaliser uniquement sur l'article 1162 du Code civil, tel que le font valoir les appelants, dès lors que du fait de la réunion des deux conventions en une seule convention par l'effet de l'avenant, il ne saurait être uniquement tenu compte de l'obligation contractée par A, abstraction faite de ce qu'il n'est pas établi qui a stipulé en l'espèce. Il ressort par ailleurs d'une lettre du 11 novembre 2010 que l'avenant a encore été modifié sur initiative de C (pièce 19 de l'intimée).

La Cour interprète partant l'avenant à la lumière d'autres éléments extérieurs à la convention du 30 juillet 2010 qui viennent corroborer l'une ou l'autre interprétation.

Le tribunal a retenu à ce titre les éléments suivants :

Il convient de relever que l'Avenant reste muet sur la question de la clause de non-concurrence et n'aborde pas non plus expressément la question de l'impact sur le versement complémentaire de 100.000 euros.

Les défenderesses ne versent par ailleurs aucune autre pièce (correspondance entre parties etc.) pour établir que les parties auraient d'un commun accord renoncé à la clause de non-concurrence ou qu'elles auraient eu entre le 30 juin et le 30 juillet 2010 une quelconque discussion/négociation en relation avec une diminution du prix global prévu à l'article 2 de la Convention.

La thèse de la demanderesse consistant à dire que l'Avenant avait pour seul but la prise en compte du paiement de 15.500 euros (sans réduction du prix global de la cession), est encore confirmée par le fait que la société A a évalué elle-même la valeur de ses immobilisations financières à 900.000 euros dans le cadre du bilan au 31 décembre 2010 approuvé par l'assemblée générale de A et déposé au RCSL en date du 21 mars 2012. Le fait que la valeur des immobilisations financières a été réduite par la suite, dans le cadre du bilan de 2011, à 800.000 euros n'est pas pertinent alors que ces

comptes n'ont été déposés au RCSL qu'en date du 31 juillet 2012 et donc après la « naissance du litige » entre parties.

La Cour adopte ce raisonnement pour être pertinent.

Elle ajoute, en ce qui concerne l'inscription de la somme de 900.000 € dans le bilan de l'exercice 2010 de la société A qu'aux termes de l'article 109 du Code de commerce, les achats et ventes se constatent notamment par les livres des parties et que selon l'article 17 du même code, les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce.

Les inscriptions faites dans les livres de commerce d'un commerçant qui les a tenus constituent dans son chef un aveu extrajudiciaire. Il s'ensuit donc qu'un commerçant est lié par les inscriptions mentionnées dans sa comptabilité à moins qu'il ne rapporte la preuve que ces mentions résultent d'une erreur de fait. (Van Ryn et Heenen, principes de droit commercial, tome III, 2^{ème} édition Bxl, Bruylant, 1981, p.65, numéros 65 et 68 ; Cour, 26.11.2014, 40142)

La société A ne fait même pas valoir que l'inscription dans le bilan de 2010 procéderait d'une erreur de sa part. Le tribunal a en outre relevé à bon droit que les modifications apportées au poste immobilisations dans le cadre du bilan 2011 n'ont été faites qu'après que la société D a fait valoir ses droits résultant des conventions ayant lié les parties et notamment à se voir régler le solde de 100.000 €.

Il en découle que l'appel n'est pas fondé et que le jugement est à confirmer dans toute sa teneur.

Les appelants seront condamnés aux dépens de sorte qu'ils ne sont pas en droit de réclamer une indemnité de procédure.

La demande de l'intimée en allocation d'une indemnité de procédure est par contre à accueillir, étant donné qu'elle a dû engager des frais, non compris dans les dépens, pour se défendre contre un appel injustifié. La Cour lui alloue de ce chef l'indemnité de procédure qu'elle a réclamée de 1.500 €.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement du 6 mars 2013,

condamne A, B et C à payer solidairement à D une indemnité de procédure de 1.500 € et à supporter solidairement les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître François Reinard, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.