

Arrêt N° 17/21 IV-COM

Audience publique du deux février deux mille vingt et un

Numéros CAL-2019-00190 et CAL-2019-00370 du rôle

Composition :

Marie-Laure MEYER, président de chambre ;
Carole BESCH, conseiller ;
Nathalie HILGERT, conseiller ;
Eric VILVENS, greffier.

I) Rôle CAL-2019-00190

E n t r e

la société anonyme A, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Véronique Reyter d'Esch-sur-Alzette du 30 novembre 2018,

comparant par Maître Céline Marchand, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

B, directeur de sociétés de gestion de fonds d'investissement, demeurant à,

intimé aux fins du prédit acte Reyter,

comparant par la société anonyme Luther, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1736 Senningerberg, 1B, Heienhaff, représentée par Maître Mathieu Laurent, avocat à la Cour.

II) Rôle CAL-2019-00370

Entre

B, directeur de sociétés de gestion de fonds d'investissement, demeurant à,

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Geoffrey Gallé de Luxembourg du 1^{er} avril 2019,

comparant par la société anonyme Luther, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1736 Senningerberg, 1B, Heienhaff, représentée par Maître Mathieu Laurent, avocat à la Cour,

et

1) la société à responsabilité limitée C, établie et ayant son siège social à, représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B ,

2) la société anonyme A, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B,

intimées aux fins du prédit acte Gallé,

comparant par Maître Céline Marchand, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Les faits

La société à responsabilité limitée C (ci-après « C ») et la société anonyme A (ci-après « A ») font partie du groupe D (ci-après « groupe D »), actif dans le domaine des fonds d'investissement, notamment au Luxembourg, en Italie et en France.

En 2016, Group D a lancé un nouveau fonds d'investissement, dénommé E (ci-après « E »), dont la société à responsabilité limitée E GP est l'associé commandité et C la société de gestion, E GP étant détenue à 100 % par A.

Le 5 janvier 2017, B, C et A ont signé un document intitulé « Memorandum of Understanding » (ci-après « MoU ») dans le contexte du fonds E, alors que le groupe a souhaité s'adjoindre les services de B, professionnel dans le domaine du *private equity* en France. Selon le MoU, C et A ont proposé le « *package* » suivant à B :

- « JR will receive from D Associés Conseil an annual gross salary of 400K € which may, in the future, be structured in ways to be further determined. On top of this salary, JR will be awarded an envelope of 34K € for expenses (excluding expenses necessary for fundraising).
- JR will also become shareholder of A (the holding company ultimately controlling the general partner of E); he will subscribe to 8.25% of the A shares of A.
- JR will also subscribe to 6.75% of the C shares issued by A if the final external LPs commitment is higher than 814M €. These shares will be vested over the life of E (30% after the second anniversary of E, then 15% each year until the fifth anniversary, the remaining 25% being vested upon disposal by E of its last portfolio company), it being specified that death or invalidity cause an acceleration of the vesting to 50% (if death or invalidity occur when the C shares are more than 50% vested, the acceleration is not triggered).
- It is contemplated that the subscription of A and C shares will require a funding by JR of c. 115K € ».

Aux termes de l'article 5 du MoU: « subject to clauses 6&7, the present MoU is binding upon all the parties or entities designated therein. It will be implemented over the next weeks following the signature of such MoU, and no later than January 6th, 2017. The following documents will be signed:

(...)

Subscription to A shares of A (in agreed form as it has not yet been shared with the other signatories who may negotiate marginal amendments),

Subscription to C shares of A (in agreed form as it has not yet been shared with the other signatories who may negotiate marginal amendments), (...))».

L'article 8 du MoU précise qu'il engage le groupe D et B à partir de la date de sa signature.

Un contrat de travail a été signé entre B et D Associés Conseil le 5 janvier 2017, en vertu duquel B a pris les fonctions de Directeur Développement et Stratégie de la société.

Par courrier du 13 juillet 2017, portant la référence « *Drawdown notice – Shareholders loan* », A a demandé à B de virer la somme de 385.569,30 euros pour le 21 juillet 2017 au plus tard. Suivant décompte versé en annexe de ce courrier, l'engagement de B se décomposait comme suit :

- 16.500,00 euros pour la souscription des actions de catégorie A
- 225.631,80 euros pour la souscription des actions de catégorie B
- 143.437,50 euros pour la souscription des actions de catégorie C.

Par courrier du 24 août 2017, intitulé également « *Drawdown notice - Shareholders loan* », envoyé par courrier électronique du 25 août 2017, il a en outre été invité à virer le montant de 157.942,30 euros, au titre de ses engagements relatifs aux actions de catégorie B.

Il est précisé dans ces deux courriers que les sommes virées seraient dans un premier temps mises en compte courant associé, avant d'être converties en actions des différentes catégories.

Par courrier électronique du 28 août 2017, B a demandé à Hervé F, C.F.O. d'C à avoir accès aux documents légaux relatifs aux appels de fond afin de lui permettre d'obtenir un financement bancaire.

D Associés Conseil a notifié à B son licenciement pour insuffisance professionnelle en date du 25 janvier 2018. Une procédure tendant à voir constater le caractère abusif de ce licenciement est actuellement pendante devant les juridictions françaises.

Le 27 mars 2018, B a mis en demeure les dirigeants de A et C de lui livrer les actions de catégorie A de A jusqu'au 9 avril 2018 au plus tard, lui-même s'engageant à mettre à disposition de ses cocontractants la somme de 16.500 euros en échange des actions.

Par courrier de son mandataire du 9 avril 2018, A a refusé la livraison des actions, au motif que B n'aurait pas souscrit aux différentes catégories d'actions lors de deux appels de fonds intervenus en juillet et août 2017 et que sa demande serait dès lors tardive.

La première instance

Par exploit d'huissier de justice du 20 avril 2018, B a assigné les sociétés C et A à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale aux fins de voir constater l'inexécution contractuelle de A et C consistant dans un défaut de livraison des actions de catégorie A de A en vertu du MoU, et en conséquence, de les voir condamner solidairement, sinon in solidum à lui payer le montant de 2.503.270,40 euros, ainsi que les intérêts légaux courus depuis la date de la mise en demeure du 27 mars 2018, sinon de la date du jugement à intervenir, à titre principal pour inexécution contractuelle et à titre subsidiaire pour la perte de chance engendrée par le défaut de livraison des actions.

Il a encore demandé de les voir condamner solidairement, sinon in solidum au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000 euros et des frais et dépens de l'instance.

B a finalement demandé acte qu'il se réserve tous droits et actions concernant le défaut de livraison des actions de catégorie C de A.

A l'appui de sa demande, B a fait valoir qu'en ne procédant pas à la livraison des actions de catégorie A, telle que prévue au MoU, les parties défenderesses auraient commis une faute engageant leur responsabilité contractuelle.

Les parties défenderesses ont soulevé la nullité de l'assignation pour libellé obscur en soutenant qu'il ne résulterait pas de manière claire de l'acte introductif d'instance quelle serait la faute reprochée à la société C.

Elles considèrent qu'il ne résulterait pas de l'assignation sur quelle base les deux parties assignées seraient tenues solidairement, sinon in solidum.

Elles ont encore soulevé l'incompétence du tribunal saisi, le litige concernerait un élément de la rémunération devant revenir à B dans le cadre des négociations menées en vue de la conclusion d'un contrat de travail avec une société liée au groupe D. Les actions de catégorie A de A, actuellement litigieuses, auraient fait partie d'un « package » salarial, de sorte que l'attribution de ces actions serait liée à la relation de travail et relèverait dès lors de la compétence des juridictions du travail.

Quant au fond, les sociétés C et A ont invoqué en ordre principal l'absence de faute dans leur chef au motif que la société A a tenté à deux reprises de s'exécuter par l'envoi à B d'appels de fonds en vue de la souscription de nouvelles actions de catégorie A, B et C, mais que celui-ci n'a pas manifesté son intention de s'exécuter.

A et C ont ensuite soutenu que B n'aurait pas rapporté la preuve d'un préjudice dans son chef.

Elles ont finalement demandé une indemnité de procédure de 5.000 euros chacune.

Par jugement du 9 novembre 2018, le tribunal a déclaré nulle pour libellé obscur l'assignation dirigée contre la société C. Il s'est déclaré compétent pour connaître de la demande pour le surplus et a dit que la responsabilité contractuelle de la société A est engagée en raison du défaut de délivrance à B de 8,25% de ses actions de catégorie A et qu'il y avait lieu à ordonner une expertise afin de déterminer le préjudice accru de ce chef à B. Le tribunal a ordonné à la partie la plus diligente de détailler la mission à confier à l'expert à nommer.

Pour statuer ainsi le tribunal, après avoir exposé les exigences posées par l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile, a constaté que B demande la condamnation solidaire, sinon in solidum de A et C en raison de l'inexécution de leurs obligations contractuelles découlant du MoU consistant en la livraison des actions de catégorie A de A et que, bien que la société C soit signataire du MoU,

l'assignation ne précise pas en quelle fonction et sur quelle base elle pourrait encourir une responsabilité en rapport avec l'émission et la livraison des actions de A.

Le tribunal en a conclu que la demande, en ce qu'elle est dirigée contre C, ne répond pas aux exigences de précision nécessaires à la validité de l'assignation, de sorte qu'elle a été déclarée nulle en raison de son libellé obscur.

En ce qui concerne la demande dirigée contre A, le tribunal a constaté que celle-ci n'a pas pu se méprendre sur la portée de la demande, alors qu'il est clairement fait référence dans l'assignation à son obligation, découlant du MoU, de livrer au demandeur des actions de catégorie A de A. Le fait que B a demandé une condamnation solidaire, sinon in solidum, justifiée ou non, des deux parties assignées ne peut créer dans l'esprit de A de confusion entraînant la nullité de la demande à son égard.

En relation avec le moyen d'incompétence matérielle du tribunal saisi, celui-ci a rappelé les termes de l'article 25 du Nouveau Code de procédure civile et a constaté en l'espèce que l'obligation de livrer les actions n'incombait pas à l'employeur, la société D Associés Conseil, mais à une société tierce, la société A et que la demande ne serait dès lors pas à considérer comme un litige se mouvant entre un employeur et un salarié. A cela s'ajouterait que nulle part dans le MoU, ni dans le contrat de travail, il n'a été précisé que la souscription et la détention des actions de A seraient liées à la qualité de salarié de B d'D Associés Conseil ou d'une autre société du groupe, de sorte qu'il n'est pas établi que le sort de la demande tendant à engager la responsabilité de A pour le défaut de livraison des actions soit influencé par le sort de la demande tendant à voir déclarer le licenciement de B abusif.

Le moyen d'incompétence du tribunal a ainsi été déclaré non fondé.

Au fond, le tribunal a déduit de l'article 5 du MoU, aux termes duquel les parties s'étaient engagées, dans les semaines suivant la signature du MoU, d'un côté, à signer le contrat de travail entre B et D Associés Conseil, et de l'autre, à souscrire aux actions de catégories A et C, avec la précision suivante : « *in agreed form as it has not yet been shared with the other signatories who may negotiate marginal amendments* », la question des actions de catégorie B ayant été expressément exclue (« *Co-investment in E to be discussed at a later date as it is not a condition to this MoU* ») que la société A ne saurait faire dépendre son obligation de livrer les actions des catégories A et C des éventuels engagements liés aux actions de catégorie B.

Il a encore déduit des documents intitulés « *Drawdown notice – Shareholders loan* » par lesquels B a été invité à verser des montants en relation avec ses engagements, que celui-ci s'était d'ores et déjà

engagé, partant avait souscrit aux actions litigieuses, alors que la souscription ne doit pas répondre à des formes spécifiques.

Le mot « souscription » désigne selon le tribunal l'acte par lequel un investisseur fait la promesse de se porter acquéreur d'actions d'une société, tandis que la libération est l'obligation pour l'actionnaire de mettre à la disposition de la société l'argent ou les biens en nature comme il s'y est engagé lors de la souscription. Les deux actions n'ont pas nécessairement lieu au même moment.

Le tribunal a analysé la nature juridique d'une souscription d'actions d'une société anonyme et a constaté que les thèses contractuelle et d'engagement unilatéral se rejoignent en reconnaissant que c'est la souscription qui rend les obligations des parties parfaites.

Selon le tribunal, B et A étaient irrévocablement liés par la souscription des différentes catégories d'actions à émettre par A et, dans l'hypothèse où B n'a pas donné suite à l'appel de fonds, il aurait appartenu à A soit de poursuivre B en paiement des montants réclamés, soit de demander la résolution des souscriptions devenues irrévocables. Tel n'aurait cependant pas été le cas et A n'aurait pas non plus réagi à la demande de B tendant à obtenir des renseignements sur les actions à émettre afin de lui permettre d'obtenir un financement bancaire.

Ce n'est que suite au licenciement de B et à sa demande expresse de se voir attribuer les actions de catégorie A que A l'a informé qu'elle n'était plus disposée à faire droit à cette demande, arguant qu'en ayant laissé passer le délai imparti, il serait actuellement forclus à demander la délivrance des actions.

Le tribunal a encore noté que non seulement aucun document officiel de souscription n'a été soumis à B dans les semaines suivant la signature du MoU, mais qu'il résulte en outre des documents sociaux tels que publiés au Luxembourg Business Register qu'aucune augmentation de capital de A n'a été décidée depuis la constitution de la société, de sorte que les actions litigieuses n'ont jamais été émises et que les sommes avancées par les futurs actionnaires figurent toujours dans les comptes de A comme avances en compte courant associés.

Le fait, non expliqué par A, que plus d'un an après les appels de fonds évoqués ci-avant les actions litigieuses n'ont toujours pas été émises, serait sans relation causale avec le défaut de B d'y donner suite, alors qu'il résulte des pièces versées en cause et notamment d'un document intitulé « Certificat de créance » que c'est l'actionnaire unique de A, la société G, qui a avancé les fonds réclamés à B et qui aurait dès lors « repris les droits de souscription à venir de B sur les actions A, B et C à venir ».

Le tribunal a déduit de l'ensemble de ces développements que la société A n'a pas rempli son obligation contractuelle de délivrance d'actions de catégorie A en faveur de B, de sorte que sa responsabilité contractuelle était en principe engagée. A ne s'est par ailleurs pas exonérée de son obligation de délivrer les actions par le fait ou la faute de B, alors que même à supposer que le fait de répondre à l'appel de fonds de manière tardive serait constitutif d'une faute, celle-ci n'était pas de nature à empêcher ultérieurement A, à la demande expresse de B, de se conformer à l'obligation de délivrance des actions concernées.

Quant au dommage, le tribunal a retenu que conformément à l'article 1184 alinéa 2 du Code civil, B était en droit de demander l'exécution par équivalent du contrat et qu'une évaluation séparée d'éventuels dommages subis en rapport avec les différentes catégories d'actions était possible.

Il a encore déduit des pièces versées que le principe d'un préjudice dans le chef de B était établi.

Au vu du fait que les chiffres lui soumis sous la forme du tableau confectionné par A étaient insuffisants pour déterminer avec précision le préjudice, le tribunal a ordonné une expertise.

Par jugement du 25 janvier 2019, le tribunal a prononcé un sursis à statuer en attendant la décision à intervenir dans le cadre du présent appel.

L'appel

L'appel de la société A

Par acte d'huissier de justice du 30 novembre 2018 signifié à B, la société A a relevé appel du jugement du 9 novembre 2018 qui, selon les informations des parties, ne lui avait pas été signifié.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro CAL-2019-00190 du rôle.

La société A demande à la Cour de constater la nullité de l'assignation pour libellé obscur en ce qu'elle est dirigée contre elle, sinon de constater que la matière ressort de la compétence exclusive et d'ordre public des juridictions du travail et de déclarer la juridiction saisie matériellement incompétente, sinon de déclarer les demandes non fondées.

Elle sollicite encore la condamnation de B aux frais et dépens de l'instance d'appel et le renvoi de l'affaire devant les premiers juges.

A l'appui de son appel, et de son moyen de nullité de l'assignation introductive d'instance, la société A, invoquant l'article 154 du

Nouveau Code de procédure civile, expose que l'assignation doit contenir les données suffisantes pour permettre au défendeur de ne pas se méprendre quant à la portée, la cause et le fondement de l'action dirigée contre lui. L'appelante reproche au demandeur qui requiert sa condamnation solidaire, sinon in solidum avec la société C de ne pas exposer les moyens de fait et de droit de nature à induire une telle responsabilité solidaire. La demande de condamnation solidaire ne serait pas motivée. Elle n'aurait pas pu déterminer de manière précise ce qu'on lui reprochait et sur quelles qualités, titres et motifs B se fondait. L'appelante reproche encore aux premiers juges de ne pas avoir décidé que l'exception du libellé obscur pour défaut de motivation de la solidarité est indivisible et affecte toutes les parties défenderesses.

L'appelante critique le jugement en ce que le tribunal s'est déclaré matériellement compétent pour connaître de la demande de Jacques B alors que celle-ci relève de la compétence exclusive des juridictions du travail. L'attribution des actions aurait fait partie du package salarial négocié, ce qui serait d'ailleurs confirmé par le MoU. Il y aurait eu un lien direct entre salaire mensuel et entrée au capital.

Contrairement à ce qui a été retenu par le tribunal, la souscription et/ou la détention des actions de la société A est liée à la qualité de salarié de B. En effet, le MoU prévoit la souscription d'actions de catégorie A et de catégorie C pour un prix global et impose que B soit salarié du groupe D pour détenir des actions de catégorie C. La question de la responsabilité contractuelle de la société A quant à la délivrance des actions de catégorie A ne pourrait être distinguée de la question de la délivrance des actions de catégorie C à propos de laquelle et suivant assignation B attendra la position des tribunaux compétents français quant à la licéité de son licenciement avant de demander l'exécution de cette obligation contractuelle.

La circonstance que A n'est pas l'employeur de B serait inopérante, la compétence exclusive des juridictions du travail s'étendrait à la souscription d'actions dès lors que celle-ci trouve sa source dans la relation de travail et même si cette souscription n'était pas listée comme élément de rémunération et que l'émetteur des actions n'est pas l'employeur.

A titre subsidiaire, l'appelante conteste toute faute dans son chef et invoque l'absence de preuve de l'existence et du quantum du dommage allégué par B.

A demande encore la condamnation de B à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Les moyens des sociétés A et C

Après que B ait interjeté appel contre le jugement et ait intimé les sociétés A et C, ces deux sociétés concluent ensemble et demandent à la Cour de statuer conformément au dispositif de l'acte d'appel du 30 novembre 2018 et de débouter B de ses demandes formulées dans son acte d'appel du 1^{er} avril 2019. Elles sollicitent encore expressément et au dispositif de leurs conclusions la condamnation de B au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros. Dans le corps de leurs conclusions du 1^{er} octobre 2019, il est précisé que seule A demande l'allocation de l'indemnité de procédure.

La société A réfute le moyen de nullité, sinon de la fin de non-recevoir pour défaut d'avoir intimé C en faisant valoir que l'appel ne peut être dirigé que contre les parties qui, en première instance, ont joué le rôle d'adversaire, sauf l'hypothèse d'une indivisibilité du litige. L'indivisibilité viserait la seule hypothèse où l'exécution d'une décision de première instance et d'une décision rendue en instance d'appel s'avèrerait matériellement impossible.

En relation avec le moyen d'irrecevabilité de l'appel de A en ce qu'il est dirigé contre le rejet par le tribunal du moyen tiré du libellé obscur, celle-ci invoque les articles 578 et 579 du Nouveau Code de procédure civile et expose que l'appel contre les jugements mixtes est recevable pour autant que la partie qui a tranché le fond soit incluse dans l'objet de l'appel. Elle reproche à B de confondre le caractère appelable d'une décision et l'étendue de la saisine du juge d'appel. L'arrêt du 14 janvier 2015 invoqué par B aurait trait à un appel contre un jugement à dispositions multiples qui serait à distinguer des jugements mixtes.

Le caractère appelable du jugement entrepris devrait s'apprécier en ce qui concerne A par rapport à l'intégralité du dispositif la concernant. A son égard, il s'agirait d'un jugement mixte en ce qu'il tranche une partie du fond et ordonne une mesure d'instruction. Le jugement serait immédiatement appelable en application de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile. La juridiction d'appel serait saisie de l'intégralité des points jugés par les juges de première instance.

L'appel serait pareillement recevable en ce qu'il est dirigé contre le jugement ayant statué sur la compétence matérielle. A conteste qu'en sollicitant la rétractation de deux saisies-arrêts pratiquées par B devant le tribunal d'arrondissement, elle ait reconnu que cette créance n'était pas de nature salariale et donne à considérer que le juge ayant ordonné une mesure unilatérale est compétent pour connaître de sa rétractation.

L'appel dirigé contre la disposition du jugement ayant ordonné une mesure d'instruction serait recevable étant donné que l'appel est dirigé en même temps contre la disposition tranchant le fond de la prétention à laquelle se rattache cette mesure d'instruction.

L'institution d'une expertise est critiquée alors qu'il n'appartient pas à un expert de suppléer la carence de la partie ayant la charge de la preuve de son éventuel dommage. Deux conditions cumulatives seraient requises pour recourir à une expertise, à savoir le bien-fondé de la revendication de la partie concernée doit transparaître au moins en apparence des éléments de conviction apportées par elle et elle doit avoir fait diligence pour rassembler des éléments de preuve propres à démontrer le fait qu'elle entend établir par le biais de l'expertise, sans avoir été couronnée de succès dans cette démarche. A et C donnent à considérer que B n'aurait fourni aucune pièce permettant de chiffrer le dommage prétendument subi et le tribunal aurait omis d'analyser la deuxième condition posée.

Les sociétés A et C concluent à la confirmation du jugement en ce que le tribunal a déclaré la demande dirigée contre C nulle pour libellé obscur. Le passage de l'assignation introductive d'instance relatif aux responsabilités des défenderesses ne distinguerait pas entre les obligations de A et d'C et ne préciserait pas en quoi auraient concrètement consisté leurs fautes respectives.

B serait également malvenu à invoquer la règle coutumière de la présomption de solidarité entre commerçants alors qu'il faudrait, même entre commerçants, que les débiteurs soient tenus à la même obligation. Or, l'assignation ne préciserait pas la nature de l'obligation de la société C.

Le litige relèverait de la compétence matérielle des juridictions du travail étant donné que suivant le MoU, B devait rejoindre la société D Associés Conseil en tant que directeur « CEO » et recevait en contrepartie un package financier. L'attribution des actions de A était dès lors nécessairement liée à la conclusion d'un contrat de travail, en l'absence d'une quelconque autre fonction occupée par B justifiant une telle attribution. Le mécanisme de vested shares serait une pratique courante dans le milieu des affaires et constituerait une rétribution de salariés dans le domaine financier.

L'appel de B

Par acte d'huissier de justice du 1^{er} avril 2019, B a relevé appel limité contre le jugement du 9 novembre 2018 qui, selon les informations des parties, ne lui a pas été signifié.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro CAL-2019-00370 du rôle.

Il a sollicité la jonction avec l'affaire enrôlée sous le numéro CAL-2019-00190 et, par réformation, que la Cour constate que l'assignation lancée contre C n'est pas nulle pour libellé obscur et de déclarer que la société C a engagé, de manière solidaire avec A, sa responsabilité contractuelle en raison du défaut de livraison de 8,25 % des actions

de catégorie A et de la condamner à lui payer des dommages et intérêts de 2.503.270,40 euros, outre les intérêts. A titre subsidiaire, il a demandé l'institution d'une expertise afin de déterminer le quantum du préjudice lui accru.

Dans ses conclusions récapitulatives du 17 janvier 2020, il sollicite:

en ce qui concerne l'appel de la société A:

- de déclarer irrecevable, sinon nul l'appel en ce qu'il est dirigé contre la partie du jugement du 9 novembre 2018 qui a rejeté le moyen de nullité pour libellé obscur,
- de déclarer irrecevable sinon nul l'appel de la société A, sinon de retenir une fin de non-recevoir de l'acte d'appel en ce qu'il est dirigé contre la partie du jugement qui a rejeté le moyen d'incompétence matérielle,
- de rejeter toutes les demandes de la société A,

en ce qui concerne son propre appel :

- de constater qu'il renonce à sa demande de jonction des deux rôles,
- de lui donner acte qu'il a interjeté partiellement appel du jugement du 9 septembre 2018 et uniquement en ce qu'il a déclaré nulle la demande dirigée contre C,
- de constater que l'assignation signifiée le 20 avril 2018 à C n'est pas nulle pour libellé obscur,
- en conséquence, de déclarer que la responsabilité contractuelle de C est engagée pour défaut de délivrance de 8,25% des actions de la catégorie A de A,
- de déclarer que la responsabilité contractuelle de A est engagée pour défaut de délivrance de 8,25% de ses actions de catégorie A,
- dire que C doit participer aux opérations d'expertise ordonnées par le jugement du 9 novembre 2018,
- de renvoyer l'affaire devant la 2e chambre du tribunal aux fins de poursuite de l'instruction,
- de condamner A et C chacune au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros, et aux frais et dépens de l'instance d'appel.

L'acte d'appel de la société A serait irrecevable sinon nul motif pris qu'il n'est pas dirigé contre la société C pourtant partie en première instance et contre laquelle une condamnation solidaire est demandée.

B fait encore valoir que A n'aurait pas pu interjeter appel quant au moyen du libellé obscur mais aurait dû limiter son appel au volet ayant retenu sa responsabilité. Il invoque dans ce contexte un arrêt de la Cour d'appel du 14 janvier 2015 qui, face à un jugement contenant des dispositions multiples, a analysé la recevabilité de l'appel par rapport à chacune de ces dispositions. En particulier, il ressortirait de cet arrêt que la disposition par laquelle le tribunal a rejeté le moyen de nullité de l'assignation tiré du libellé obscur ne met pas fin à l'instance et ne relève pas du fondement de la demande, de sorte que l'appel contre cette disposition n'est pas recevable.

Il faudrait distinguer les jugements à dispositions multiples et les jugements qui contiennent plusieurs chefs de décisions. Dans un jugement à dispositions multiples, il serait de principe que chaque demande doit être examinée séparément quant à l'ouverture du droit d'interjeter appel. La disposition du jugement entrepris ayant rejeté le moyen de nullité de l'assignation dirigée contre A serait à considérer comme décision purement avant dire droit car elle ne tranche pas une partie du principal. L'appel ne serait partant pas recevable.

Il en serait de même de la disposition du jugement qui a reconnu la compétence du tribunal saisi pour connaître de la demande dirigée contre A.

A titre subsidiaire, B prend position quant au moyen de nullité pour libellé obscur de l'assignation du 20 avril 2018 dirigée contre la société A et sollicite la confirmation du jugement en ce que les juges de première instance ont retenu que celle-ci n'a pas pu se méprendre sur la portée de la demande.

Quant au reproche d'avoir omis de préciser les moyens de fait et de droit à l'appui de sa demande de condamnation solidaire des sociétés A et C, B renvoie à la doctrine selon laquelle une demande de condamnation solidaire dirigée contre deux parties tenues d'une même obligation serait claire et la question de savoir si les parties sont effectivement tenues pour le tout constituerait une question de fond et non de recevabilité.

B conteste finalement l'existence d'un principe d'indivisibilité de l'exception de nullité pour libellé obscur.

Subsidiairement, il prend également position quant au moyen de l'incompétence matérielle. Il remarque tout d'abord que ce moyen n'a pas été soulevé dans le cadre des procédures de rétractation des saisies-arrêts et les magistrats saisis de ces affaires n'ont pas soulevé d'office la violation d'une règle de compétence d'attribution pourtant

d'ordre public. Les affirmations des parties A et C selon lesquelles il existerait un lien inextricable entre salaire mensuel et entrée au capital et que la souscription des actions de A constituerait une rétribution salariale sont contestées par B. La souscription des actions de A n'aurait jamais été négociée avec la société D Associés Conseil et ne serait pas mentionnée dans le contrat de travail.

Le fait que les actions de catégorie C étaient soumises à une période dite de *vesting* et ne lui seront définitivement acquises qu'une fois révolue une période minimale au sein du groupe D ne saurait requalifier l'obligation de délivrance de ces actions en une obligation de paiement d'un salaire en nature. L'attribution des actions de catégorie A de A n'a d'ailleurs jamais été soumise à une condition de *vesting*.

L'obligation de livraison des actions de A prend sa source dans le MoU et non pas dans une relation de travail de B avec le groupe D tel que soutenu par les parties adverses.

B critique le jugement entrepris en ce que le tribunal a déclaré sa demande dirigée contre la société C irrecevable pour libellé obscur alors que les bases de sa demande étaient clairement énoncées dans l'assignation. Il aurait clairement indiqué en quelle fonction et sur quelle base la société C avait engagé sa responsabilité en rapport avec le défaut d'émission et de livraison des actions de A.

Il résulterait des exigences posées par l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile telles qu'interprétées par la jurisprudence, qu'il faut qu'une assignation démontre que les faits allégués (cause de la demande) permettent d'obtenir le résultat demandé (objet de la demande). Un exposé sommaire des moyens dans l'acte introductif serait suffisant et l'indication de la base légale et la qualification juridique des faits ne seraient pas requises. La nullité pour libellé obscur serait par ailleurs une nullité de forme qui requiert la preuve d'un grief conformément à l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile.

L'assignation introductive d'instance serait suffisamment claire en ce que B ne reprocherait pas seulement aux parties défenderesses de ne pas avoir livré les 8,25% des actions de la catégorie A mais il leur reproche également d'avoir manqué à leur obligation de les lui faire livrer.

Il aurait ainsi précisé en quelle fonction (cocontractant et promettant) et sur quelle base (responsabilité contractuelle pour inexécution consistant dans un défaut de livraison) la société C avait engagé sa responsabilité.

Il leur reproche une violation de leur obligation de porte fort qui est une obligation de résultat. De plus, la société C n'aurait subi aucun grief d'une éventuelle imprécision de l'assignation.

Au fond, dans le cadre de son acte d'appel, la société A reproche à B de ne pas avoir correctement exécuté ses obligations contractuelles, à savoir d'avoir omis de régler les montants prévus aux appels de fonds du 13 juillet 2017 et du 25 août 2017 pour un montant total de 543.511,60 euros.

Cet argument est contesté par B au motif que les termes du MoU seraient clairs et que le MoU prévaut jusqu'à la signature de tout document complémentaire éventuel (article 8). Or, le montant réclamé pour libérer les actions était bien supérieur au montant de 115.000 euros initialement convenu. Le MoU n'aurait pas prévu que B devrait également acquérir les actions de catégorie B et encore moins qu'il devrait les acquérir conjointement avec les autres actions de catégorie A et C.

Il donne également à considérer que l'émission des actions de catégorie A, B et C n'a eu lieu qu'en date du 17 juillet 2019.

En août 2017, B aurait d'ailleurs rappelé leurs obligations à ses cocontractants.

Il y a lieu de distinguer entre la souscription (l'associé s'engage à effectuer un apport d'un montant déterminé) et la libération du capital social (l'associé exécute son engagement) et verse la somme promise). La qualité d'associé est acquise dès la souscription et quelle que soit la date de libération.

Suivant la jurisprudence, la partie devant livrer les actions ne pourrait pas invoquer le non-paiement du prix pour refuser sur base de l'exception d'inexécution, de livrer les actions (Cour d'appel, 21 juin 2006, n° 29783 du rôle).

B réfute encore le moyen de l'indétermination du prix de souscription, le prix de souscription demandé pour les actions de catégorie A et C ne s'écartant pas substantiellement du montant indiqué dans le MoU et ne rendrait pas le prix indéterminé.

B donne finalement encore à considérer qu'il a bel et bien chiffré son préjudice en se basant sur le tableau de projection de versement de dividendes et en analysant le prospectus d'E ainsi que les statuts coordonnés d'E pour démontrer que les revenus générés par E devaient parvenir à A et ensuite être distribués à ses actionnaires. Des précisions supplémentaires auraient encore été données dans le cadre d'une note de plaidoiries versée en première instance après analyse des comptes sociaux d'E au 31 décembre 2017.

Appréciation

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il convient de joindre les deux rôles CAL-2019-00190 et CAL 2019-00370 et de statuer par un seul et même arrêt.

La recevabilité des appels

L'appel de la société A serait irrecevable, sinon nul pour ne pas avoir intimé la société C.

Il est généralement admis que l'appelant ne peut diriger son appel que contre celles des parties qui en première instance ont revêtu le rôle d'adversaire, en déposant des conclusions contre lui, respectivement qui ont profité des condamnations prononcées à son encontre. A l'inverse il ne peut pas diriger son appel contre ceux qui étaient du même côté de la barre et ont défendu les mêmes intérêts. Il y est dérogé en cas d'indivisibilité. Dans un tel cas de figure, l'appelant peut et doit même intimé tous ceux qui étaient partie en première instance, ou du moins ceux qui sont indivisiblement concernés par le point qu'il entend remettre en discussion en instance d'appel.

Toutes les fois que l'objet du litige est indivisible, le souci d'éviter que ne soient rendues des décisions contradictoires ou inexécutables si leur autorité ne s'étend pas à tous les cointéressés commande d'assigner en appel toutes les parties ayant figuré en première instance et ayant un intérêt au procès. Reste à savoir quand l'objet d'un litige est indivisible et ne peut donner lieu qu'à une seule et même solution. Faute de critère précis, doctrine et jurisprudence prennent généralement pour base l'impossibilité de fait qu'il y aurait d'exécuter deux décisions judiciaires, l'une rendue contre la partie non appelante et l'autre rendue en faveur de la partie qui a interjeté appel. Certaines décisions ont retenu comme critère d'indivisibilité l'impossibilité de différencier la situation des divers intéressés (Cour d'appel, 22 octobre 2008, Pas. 34, p. 294).

Le litige n'est indivisible que lorsque l'exécution conjointe des décisions distinctes, auxquelles il donnerait lieu, serait matériellement impossible (Cour d'appel, 6 novembre 2008, Pas. 34, p. 351).

Un litige doit être considéré comme indivisible en ce qui concerne l'appel lorsque l'objet de l'instance n'est pas susceptible de division, de telle sorte que si l'arrêt à intervenir sur un appel n'intimant pas toutes les parties en cause en première instance était contraire au jugement de première instance, il y aurait impossibilité absolue d'exécuter simultanément le jugement à l'égard des parties non intimées et l'arrêt à l'égard des parties présentes en instance d'appel (Cour d'appel, 28 mai 2014, n° 39968 du rôle; Cour d'appel, 8 juillet 1998, Pas.31, p.53).

En l'espèce, le litige n'est pas indivisible étant donné que quelles que soient les issues des demandes dirigées contre A et C, les décisions peuvent être exécutées simultanément sans contradiction. En effet, on peut facilement envisager l'hypothèse où la responsabilité de l'une des sociétés se trouve engagée tandis qu'il est jugé que l'autre société n'a pas commis de faute et ce nonobstant le fait que leur responsabilité solidaire est recherchée.

Le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut d'avoir intimé C est à rejeter.

B invoque encore que l'appel contre la disposition du jugement ayant rejeté le moyen du libellé obscur serait irrecevable. Selon lui, l'acte d'appel aurait dû se limiter à la question de la responsabilité de A.

Aux termes des articles 355, 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile, seuls peuvent être frappés d'appel immédiatement et indépendamment de la décision sur le fond les jugements qui, dans leur dispositif, tranchent une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction et les jugements qui, statuant sur une exception, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin au litige.

Si, par contre, le juge s'est prononcé sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou quelque autre incident qui ne met pas fin au litige et s'il n'a pas, dans le dispositif, vidé au moins une partie du fond même du litige, l'appel ne pourra être interjeté indépendamment de l'appel contre le jugement sur le fond.

La recevabilité de l'appel d'un jugement mixte suppose que l'appel porte sur le chef de la demande faisant l'objet de la décision définitive. En revanche, doit être déclaré irrecevable l'appel d'un jugement mixte qui se borne à critiquer la seule partie du dispositif ayant réservé le bien-fondé de la demande.

Le principal s'entend des prétentions respectives qui fixent l'objet du litige. Il en suit qu'un jugement qui statue sur une partie du principal et ordonne pour le surplus une mesure d'instruction ou une surséance n'est pas nécessairement mixte ; il ne le sera que si les deux chefs de la décision sont liés à la même demande. Si tel n'est pas le cas, pour la recevabilité de l'appel, on doit estimer qu'il existe deux décisions l'une, qui tranche le principal et l'autre qui est purement avant dire droit (Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas. 35.p. 44, n° 32932 et 33396 du rôle ainsi que les références y citées).

De même en cas de pluralité de parties, si le tribunal a prononcé des condamnations sur le fond à l'égard de certaines parties, l'appel n'est recevable qu'à l'égard de ces dernières. Pour chaque partie, le principal s'entend de l'objet du litige le concernant. Chaque rapport d'instance conserve sa propre autonomie et la « mixité » ne peut

résulter d'une appréciation d'ensemble (Cour d'appel, 30 juin 2010, n°33686 du rôle).

Les demandes dirigées, comme en l'espèce, par un même demandeur contre deux défendeurs différents constituent des demandes séparées, dont chacune a ses cause et partie défenderesse distinctes (Cour d'appel, 12 mars 2008, n°31848 du rôle, BIJ 2/2009, p. 34).

Il faut distinguer les jugements mixtes des jugements dits multiples qui comportent deux dispositions séparées, notamment lorsque la demande est dirigée contre deux défendeurs différents ou lorsque l'instance renferme deux demandes différentes. Il peut y avoir alors une disposition définitive sur une demande et une disposition avant dire droit sur la deuxième demande. Chaque demande doit être examinée séparément quant à l'ouverture du droit d'appel (Th. Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2^e édition, p. 740, note de bas de page 1689).

En l'espèce, il y a deux demandes différentes, l'une dirigée par B contre C qui a été déclarée nulle pour libellé obscur, et l'autre dirigée contre A. Suivant le dispositif de son assignation, B a formulé une seule demande principale à l'encontre de la société A, à savoir la voir condamner au paiement de dommages et intérêts pour inexécution contractuelle.

Le dispositif du jugement entrepris relatif à cette demande est comme suit : « se déclare compétent pour connaître de la demande pour le surplus, la reçoit en la forme, dit que la responsabilité contractuelle de la société anonyme A SA est engagée en raison du défaut de délivrance à B de 8,25% de ses actions de catégorie A, dit qu'il y a lieu d'ordonner une expertise afin de déterminer le préjudice accru de ce chef à B, avant toute autre progrès en cause, ordonne à la partie la plus diligente de détailler la mission qu'il y a lieu de confier à l'expert qui sera nommé par le tribunal ».

La recevabilité de l'appel interjeté par A est à apprécier par rapport à ce dispositif.

Le jugement a clairement tranché une partie du principal en retenant la responsabilité contractuelle de l'appelante et a ordonné une expertise. L'appel interjeté par A est partant à déclarer recevable et dans le cadre de cet appel, elle peut également mettre en cause le rejet par le tribunal de son moyen de libellé obscur.

En effet, avant d'avoir pu aborder le fond du litige et dès lors statuer sur une partie du principal, le tribunal a nécessairement dû trancher tout d'abord le moyen de nullité du libellé obscur.

La Cour ne se rallie pas à la solution retenue par l'arrêt du 14 janvier 2015 (Cour d'appel, n° 41128 du rôle, Pas. 37, p. 452), expressément cité par B. Il y a été dit que la disposition par laquelle le tribunal a rejeté le moyen de nullité de l'assignation tiré du libellé obscur ne met pas fin à l'instance et ne relève pas du fondement de la demande, de sorte que l'appel contre cette disposition n'était pas recevable. Or, déclarer l'appel recevable uniquement par rapport à la question principale de la responsabilité contractuelle pourrait conduire à la situation regrettable en l'espèce où la Cour se pencherait longuement sur la question complexe de cette responsabilité, renverrait, le cas échéant, le litige en première instance pour continuation des opérations d'expertise, et une fois saisie d'un appel contre le jugement définitif, pourrait annuler l'assignation introductive d'instance pour libellé obscur.

Du moment que la partie du jugement qui a tranché une partie du fond est incluse dans l'objet de l'appel, celui-ci est à déclarer recevable et il n'y a pas lieu à distinguer et analyser séparément la recevabilité de l'appel par rapport à chaque question tranchée.

La même solution s'impose quant à l'appel dirigé contre le chef du jugement qui s'est déclaré matériellement compétent pour connaître de la demande et qui a ordonné le principe d'une expertise.

L'appel de A est partant à déclarer recevable.

L'appel de B qui a été introduit selon les forme et délai prévus par la loi l'est également.

Le bien-fondé des appels

Le moyen de nullité de l'assignation introductive d'instance tiré du libellé obscur

La Cour est saisie tant de l'appel de A quant au volet du jugement qui a rejeté son moyen de nullité de l'assignation pour libellé obscur que de celui de B quant au volet du jugement ayant accueilli ce moyen par rapport à la demande dirigée contre C.

La Cour renvoie à l'exposé correct et exhaustif des juges de première instance quant aux exigences posées par l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile et aux conditions s'imposant à l'assignation introductive d'instance. Pour être complet, la Cour ajoute que le grief dont le défendeur doit rapporter concrètement la preuve, sans qu'il ne puisse se borner à en invoquer l'existence dans l'abstrait, peut être de nature diverse. Il réside généralement dans l'entrave ou la gêne portée à l'organisation de la défense en mettant le défendeur dans l'impossibilité d'organiser sa défense ou de choisir les moyens de défense appropriés.

Appliquées au cas d'espèce, le tribunal a conclu que A n'a pas pu se méprendre sur la portée de la demande dirigée contre elle étant donné que l'assignation fait clairement référence à son obligation de livrer des actions de catégorie A à B en exécution du MoU. Il a encore jugé que le fait de demander la condamnation solidaire, sinon in solidum des deux parties défenderesses ne pouvait créer de confusion dans l'esprit de A.

La société A reproche à B, sollicitant une condamnation solidaire, sinon in solidum entre les parties défenderesses, de ne pas avoir exposé les moyens de fait et de droit qui auraient été de nature à induire une telle responsabilité solidaire. En l'absence de motivation quant à cette solidarité, l'assignation serait équivoque. L'assignation ne spécifierait pas non plus de ventilation entre la part de responsabilité de chaque partie assignée, il ne lui aurait pas été possible de déterminer de manière précise ce qu'on lui reprochait et sur quels qualités, titres et motifs le demandeur se fondait.

L'assignation du 20 avril 2018 résume le litige comme suit à la page 2 : *« Le présent litige concerne l'inexécution d'un accord contractuel portant sur l'engagement de livrer sinon de faire livrer des actions de catégorie A de la société A tel que convenu par les parties à un contrat intitulé MoU daté du 5 janvier 2017 entre M. Rossignol d'une part et A et C d'autre part ».*

Nonobstant le fait que le contexte factuel dans lequel s'insère le présent litige puisse paraître complexe, le reproche adressé aux deux parties défenderesses est simple et consiste à ne pas avoir respecté les obligations contractuelles assumées aux termes du MoU. Il leur est reproché de ne pas avoir livré ou fait livrer les actions de catégorie A à B. Au vu de l'inexécution alléguée de cette obligation, B demande la condamnation solidaire, sinon in solidum des parties contractantes à lui payer des dommages et intérêts.

Dans la mesure où les deux parties A et C se sont engagées à exécuter cette même obligation et où la solidarité est présumée en matière commerciale, la société A n'a pas pu se méprendre sur le fait que sa responsabilité contractuelle pour inexécution fautive du MoU était recherchée.

Le jugement dont A se prévaut (TAL, 9 mai 2018, n° 157/2018, n° 171820, 171961, 171962, 175433, 176025 et 176026) et qui a retenu que *« les différents exploits, après avoir exposé les travaux et missions dont avaient été chargés les différentes entreprises, restent muets sur les raisons qui selon les parties demanderesses induiraient une solidarité entre elles pour des travaux n'ayant en partie absolument rien à voir les uns avec les autres »* et qui a conclu que les exploits ne comportent aucun exposé des motifs sur ce point, qu'ils sont partant obscurs et que l'absence d'une quelconque motivation permet encore de caractériser le grief dans le chef des parties

défenderesses, puisqu'elles sont mises dans l'impossibilité absolue de choisir leurs moyens de défense contre cette allégation de solidarité n'est pas transposable au cas d'espèce. En effet, le présent litige concerne une seule convention signée d'un côté par une personne et de l'autre côté par deux sociétés auxquelles il est reproché d'avoir fautivement inexécuté l'obligation y assumée.

Aux termes de l'article 1200 du Code civil « *il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier* ».

Dans la mesure où les parties commerçantes A et C se sont engagées à la même chose, obligation que Jacques B décrit comme « livrer ou faire livrer » les actions, une demande condamnation solidaire dirigée contre elles n'est pas obscure mais conforme au droit.

En ce qui concerne plus particulièrement C, le tribunal a accueilli le moyen de nullité pour libellé obscur en les termes suivants : « *B demande la condamnation solidaire, sinon in solidum de A et C en raison de l'inexécution de leurs obligations contractuelles découlant du MoU consistant en la livraison des actions de catégorie A de A. Or, si C est bien signataire du MoU, il n'y est pas précisé en quelle fonction et sur quelle base elle pourrait encourir une responsabilité en rapport avec l'émission et la livraison des actions de A. Aucune précision en ce sens n'a par ailleurs été apportée dans l'acte introductif d'instance, ni même lors des plaidoiries* ».

Il est un fait que C est signataire du MoU et que B lui reproche une inexécution contractuelle. C ne saurait raisonnablement avancer qu'elle ne comprend pas le reproche lui adressé alors qu'en signant le MoU elle a nécessairement assumé des obligations et doit savoir exactement à quelle fin elle est co-signataire de ce contrat. B reproche indistinctement aux deux sociétés défenderesses de ne pas avoir livré ou fait livrer les actions comme contractuellement convenu. Si l'assignation ne qualifie pas exactement par quel mécanisme juridique C pourrait être responsable de la non délivrance des actions litigieuses, toujours est-il que cette imprécision n'est que le reflet de l'imprécision du MoU. Or, cette imprécision quant aux obligations assumées par C ne l'a pas empêchée de signer le MoU et de s'engager contractuellement.

En tout état de cause, B a avec suffisamment de précision exposé les faits et l'objet de sa demande tant à l'égard de la société A qu'à l'égard de la société C.

A cela s'ajoute que la société C reste en défaut de prouver avoir concrètement subi un grief.

Il découle de tout ce qui précède que l'appel interjeté par la société A est à rejeter et le jugement à confirmer quant à ce volet. L'appel de B est à déclarer fondé et il y a lieu de dire, par réformation du jugement entrepris, que l'assignation dirigée contre la société C est régulière et n'encourt pas de nullité pour libellé obscur. Au vu de ce constant, l'analyse du moyen tiré de l'indivisibilité de l'exception pour libellé obscur est vain.

B demande à la Cour de dire que la responsabilité contractuelle de la société C est engagée à son encontre et de dire que celle-ci doit participer aux opérations d'expertise ordonnées par le jugement entrepris. Par une telle demande, il requiert l'évocation du litige.

Aux termes de l'article 597 du Nouveau Code de procédure civile, *« lorsqu'il aura appel d'un jugement avant dire droit, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même jugement »*. Cette disposition permet au juge d'appel d'évoquer le litige si la juridiction du premier degré, statuant sur un incident de procédure ou une exception, a mis fin à l'instance par un jugement définitif, donc sans avoir tranché le fond du litige. L'évocation n'est qu'une faculté et le juge d'appel est libre de renvoyer le litige devant les juges du premier degré.

En l'espèce, dans un souci de préserver le principe du contradictoire et le droit au double degré de juridiction pour chacune des parties en cause, il n'y a pas lieu à évocation de la demande dirigée contre C, mais à renvoi en première instance.

Le moyen de l'incompétence matérielle

Aux termes de l'article 25 du Nouveau Code de procédure civile, *« le tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail, aux contrats d'apprentissage et aux régimes complémentaires de pension qui s'élèvent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin »*.

La compétence matérielle du tribunal du travail s'étend à la plupart des litiges relevant du droit du travail opposant employeur et salarié (J.-L. Putz, Comprendre et appliquer le droit du travail, édition 2014-2015, p. 464, n° 710) et les litiges n'impliquant pas l'employeur ne relèvent pas de cette compétence.

Il en découle que le tribunal du travail est seul compétent pour connaître des contestations entre employeur et salarié.

La Cour renvoie à la motivation correcte des juges de première instance qui ont retenu qu'étant donné que l'obligation de livrer les

actions n'incombe pas à l'employeur de B, le litige ne saurait être considéré comme se mouvant entre un employeur et un salarié.

En effet, il est constant en cause que B a signé un contrat de travail avec D Associés Conseil et qu'il a conclu le MoU avec A et C aux termes duquel B souscrit à 8,25% d'actions de catégorie A de la société A.

Etant donné que le présent litige ne se meut pas entre B et son employeur, la compétence des juridictions du travail est exclue et il est oiseux pour la Cour d'analyser si la souscription aux actions de A faisait ou non partie d'un package salarial. En effet, même si l'attribution de ces actions devait rémunérer les services de B rendus à son employeur, toujours est-il qu'il n'a pas actionné son employeur mais les signataires du MoU.

Les décisions judiciaires citées par A ne sont pas pertinentes en l'espèce alors que dans le cadre de ces affaires, le salarié avait dirigé sa demande contre son employeur.

Le moyen d'appel tiré de l'incompétence matérielle est partant à rejeter et le jugement est à confirmer quant à ce volet.

La faute contractuelle

A fait valoir que B n'aurait jamais valablement souscrit aux actions de catégorie A et C. Comme il avait annoncé avoir besoin d'un financement bancaire, B ne se serait pas purement et simplement engagé à la souscription. Il ne serait d'ailleurs pas considéré comme souscripteur étant donné que dans son courriel du 22 décembre 2017 il demandait quand il serait possible de souscrire les parts A et C.

A défaut de souscription définitive, il ne saurait être question d'obligation de délivrance. B n'aurait de même pas réagi aux appels de fonds.

Le MoU ne réglerait pas la question de l'antériorité des obligations. Il fallait libérer le prix de souscription avant de procéder à l'émission de nouvelles actions et donc à la délivrance de celles-ci.

A défaut de prix déterminé ou déterminable, l'obligation de délivrer ou faire délivrer les actions n'existerait pas.

Quant au moyen de B suivant lequel la livraison des actions aux termes du MoU ne devait pas nécessairement se faire par le biais d'une augmentation de capital mais qu'elle aurait pu se faire par une autre société du groupe D et quant à la notion de promesse de porte-fort, la société A donne à considérer qu'une promesse de porte-fort constitue une exception au principe selon lequel on ne peut s'engager que pour soi-même et que l'article 1120 du Code civil est

d'interprétation stricte. En l'absence de toute mention de l'engagement par A pour une autre société du groupe D dans le MoU, ce dernier ne pourrait être qualifié de promesse de porte-fort.

Les parties ne mettent pas en cause la définition que les juges de première instance ont donné de la notion de souscription, ni leur exposé sur la nature juridique d'une souscription. La Cour y renvoie expressément.

La souscription au capital peut encore être définie comme étant un accord par lequel une personne s'oblige à contribuer à la formation du capital par des apports en contrepartie de l'engagement par la société de remettre des droits sociaux.

Cet engagement doit être pur et simple, toute condition à laquelle la souscription serait soumise étant réputée nulle, dans l'intérêt des créanciers comme des autres associés. Le souscripteur devient associé du fait de sa souscription, donc même avant la libération de son apport (A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 6^e édition, p. 71, n° 77).

La souscription est considérée comme l'acte juridique traduisant l'engagement pris par une personne, physique ou morale, d'être associée d'une société par actions et d'effectuer l'apport d'une somme ou d'un bien en nature, pour un montant au moins égal à la valeur nominale des titres qu'elle reçoit.

Le mot souscription présente ainsi deux aspects : d'une part, et avant tout, il exprime une obligation qui fonde la qualité d'associé de son débiteur ; mais, d'autre part, ce terme se réfère à un résultat matériel : la réunion, et non la libération, de l'ensemble des apports qui forment le capital de la société ; ainsi, pour les apports en numéraire, il faut bien distinguer la promesse de réaliser l'apport (la souscription) de la réalisation de cette promesse, c'est-à-dire du versement effectif des fonds dans la caisse sociale (la libération) (Jurisclasseur, Sociétés, Fasc. 114-10 Sociétés par actions, Constitution, Souscription des actions, n° 2).

A conteste l'existence d'une souscription valable et ferme.

Il est constant en cause qu'aucun acte formel de souscription n'a été signé par B contrairement à ce qui a été prévu par l'article 5 du MoU. A cet égard, le tribunal a retenu que A ne saurait invoquer ce fait alors que l'envoi des documents de souscription devait nécessairement lui incomber, B s'étant engagé à les signer suivant le MoU. Ce constat des juges de première instance, selon lequel la confection des documents de souscription incombait à A, n'est pas mis en cause par celle-ci, qui reste par ailleurs en défaut de préciser pour quelles raisons ces documents n'ont pas été soumis à B. La Cour en déduit qu'en ne présentant pas à B les documents de souscription à

signer, A n'a pas respecté les termes du MoU et a commis ainsi une faute contractuelle.

De plus, en s'adressant dans le cadre des *drawdown notices* des 13 juillet et 24 août 2017 à B en tant que « *dear Shareholder* » et en exposant que « *our Company is calling money from its shareholders on order to meet its commitment vis-à-vis E* », A a clairement considéré B comme souscripteur de ses actions et a nécessairement renoncé à la formalisation par écrit de cette souscription. Par ces courriers, elle a demandé la libération du capital souscrit (même si en l'espèce les fonds devraient dans une première phase être inscrits en compte-courant associé). Comme les fonds devaient être inscrits en compte-courant associé, il est clair que A a traité B comme un actionnaire (futur).

Ce constat n'est pas affecté par le contenu du courriel que B a adressé à Hervé F le 28 août 2017 et aux termes duquel il explique qu'il a besoin d'un financement bancaire pour honorer ces appels de fonds et que les banques auront besoin d'avoir accès à la documentation juridique.

Contrairement aux affirmations de A, B n'a pas soumis la souscription à une quelconque condition mais, tout au plus, la libération du capital souscrit a été conditionnée à l'obtention d'un prêt bancaire. Or, comme relevé ci-dessus, les actes de souscription aux actions et de libération de ces actions sont des opérations juridiques distinctes.

A avance encore que B ne se serait pas considéré lui-même comme souscripteur étant donné que dans ses courriels des 22 décembre 2017 et 23 janvier 2018 il écrivait « *quand penses-tu qu'il sera possible de souscrire les parts A et les parts C du fonds* », respectivement « *j'imagine que la documentation juridique de souscription des A Shares et des C Shares de A est maintenant finalisée* » et « *quand me sera-t-il possible de souscrire les parts A et C comme convenu dans le MOU que nous avons signé le 5/01/17 ?* ». Ce faisant, B a tout au plus demandé la formalisation par écrit de son engagement préalable.

Suivant les pièces versées, la société A n'a pas réservé de réponse à ces demandes.

A cela s'ajoute que dans le cadre de sa mise en demeure du 27 mars 2018, B, sollicitant la livraison des actions de catégorie A, et offrant le paiement du prix tel que fixé dans la *drawdown notice*, s'est clairement vu comme souscripteur, respectivement propriétaire légitime, de ces actions.

Pour le reste, il est admis que la législation luxembourgeoise ne soumet pas la validité de la souscription à un formalisme particulier.

Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de confirmer le jugement en ce que le tribunal a retenu que B et la société A étaient irrévocablement liés par la souscription des actions de catégorie A de A.

La société A critique encore le jugement en ce que le tribunal a retenu sa responsabilité contractuelle en faisant valoir qu'une augmentation de capital par apport en numéraire présuppose justement des fonds disponibles et que dès lors les souscripteurs doivent libérer le prix de souscription avant qu'il ne soit procédé à l'émission de nouvelles actions, et donc à la délivrance de celles-ci. Ainsi, A n'aurait pu s'exécuter que si préalablement le prix de souscription avait été payé. Il est reproché à B de ne pas avoir donné suite aux appels de fonds émis en juillet et août 2017.

Il est constant en cause qu'au moment où le tribunal a statué, l'augmentation du capital social de A n'avait pas encore été effectuée et que ce n'est que par décision de l'assemblée générale extraordinaire du 17 juillet 2019 que le capital social de A a été augmenté de 100.000 euros à 12.438.679,90 euros par l'émission d'actions de catégorie A, B et C toutes ayant une valeur nominale de 0,10 euros et toutes à libérer entièrement par compensation avec des créances détenues contre la société A par diverses sociétés dont notamment G. Dans ce contexte, la Cour constate que l'affirmation du tribunal suivant laquelle il résulte du document intitulé « certificat de créance » (non versé en appel) que la société G a avancé les fonds réclamés à B et a repris les droits de souscription à venir de B sur les actions A, B et C à venir n'est pas contestée.

Il est pareillement constant en cause que dans le cadre de sa mise en demeure du 27 mars 2018, B a demandé la délivrance des 8,25% des actions de catégorie A et a précisé que le prix de 16.500 euros tel qu'indiqué dans le premier appel de fonds du 13 juillet 2017 avait été déposé sur le compte-tiers de son mandataire et serait viré le jour de la réception d'une copie du registre d'actionnaires de A et d'une copie des statuts mis à jour.

La réponse à cette mise en demeure du 9 avril 2018 fait notamment état du fait que B n'aurait pas procédé dans les délais aux transferts de fonds exigés dans le cadre des appels de fonds pour la souscription des actions et qu'il n'aurait pas exprimé l'intention ferme de participer à la première levée de fonds relative à la souscription des actions de catégorie A. Il lui est encore reproché de faire valoir son droit de façon uniquement parcellaire, c'est-à-dire exclusivement par rapport aux actions de catégorie A.

Face à ces moyens, la Cour rejoint les juges de première instance en ce qu'ils ont dit que A opère une confusion lorsqu'elle affirme qu'en ne répondant pas favorablement aux appels de fonds, B aurait refusé de souscrire aux actions litigieuses, alors que le non-paiement des

sommes réclamées constitue seulement un défaut de libération et non de souscription. Or, A n'a pas réagi à ce défaut de libération, aucune mise en demeure n'ayant été adressée à B pour le sommer de s'exécuter, respectivement pour l'avertir des conséquences de son manquement.

Il résulte par ailleurs des pièces versées qu'en date du 28 août 2017, loin de refuser de se libérer, B a simplement averti A qu'il aurait besoin d'un financement bancaire et que les banques lui réclament des documents juridiques. A n'y a cependant réservé aucune suite.

A reste par ailleurs en défaut de prouver que la souscription des actions devrait nécessairement se faire dans un certain délai et qu'une fois passé ce délai, le potentiel souscripteur était forclos. En tout état de cause, ce moyen est d'autant moins convaincant que l'assemblée générale ayant décidé l'augmentation de capital social ne s'est tenue qu'en date du 17 juillet 2019 et que l'affirmation de A selon laquelle le retardement de l'assemblée générale était dû au manquement de B n'est pas prouvée.

Il découle de ce qui précède que c'est à bon droit que le tribunal a conclu que la société A n'a pas rempli son obligation contractuelle de délivrance d'actions de catégorie A en faveur de B au plus tard lors de la mise en demeure lui adressée en date du 27 mars 2018 et que l'appel de A sur ce point est à rejeter pour ne pas être fondé.

Le préjudice

La société A fait encore valoir qu'il incomberait à B de prouver l'existence et de chiffrer l'étendue de son dommage. Ainsi il lui incomberait de prouver que les actions litigieuses auraient eu une valeur de marché supérieure au prix de souscription global convenu entre parties. Le dommage pourrait tout au plus consister en l'impossibilité de jouir de la détention des titres.

Elle conteste que le préjudice pourrait correspondre à l'impossibilité d'obtenir les dividendes promis. Une action aurait une valeur de marché liée à l'incertitude de la pérennité de la société et ne se résumerait pas à la valeur des dividendes espérés. Le droit au dividende futur est nécessairement à la fois un droit conditionnel à un 1^{er} niveau car il dépend de l'existence de bénéfices réalisés par la société et un droit éventuel à un 2^{ème} niveau car en présence d'un résultat distribuable, il dépend encore d'une décision des actionnaires de distribuer ce résultat à titre de dividendes.

L'article 1184 du Code civil prévoit que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement. Il dispose également que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la

convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec des dommages et intérêts.

Par conséquent, la loi confère au créancier l'option entre l'exécution forcée du contrat et la résolution avec dommages et intérêts du contrat.

Or, l'exécution forcée de la convention peut revêtir deux formes, celle de l'exécution en nature ou celle de l'exécution par équivalent, lorsque l'exécution en nature n'est plus ou n'est pas possible, cette dernière n'étant autre qu'une demande en obtention de dommages et intérêts aux fins de réparation du préjudice résultant pour le créancier de l'inexécution des obligations du débiteur (Cour d'appel, 7 mai 2014, n° 39248 du rôle ainsi que les références y citées).

En effet, l'exécution par équivalent revête dans ce cas la forme d'une indemnisation du préjudice subi.

Le principe même de l'exécution forcée par équivalent n'est pas mis en cause par la société A.

Aux termes de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile « *[i]* incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Il incombe dès lors à B de prouver la faute, son dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage.

Afin de tenir compte de l'évolution du préjudice tant à la hausse qu'à la baisse, les dommages et intérêts s'évaluent au jour du jugement ou de la transaction qui les liquide. La victime a droit à la réparation totale du dommage qu'elle a subi. Il s'ensuit que la modification du dommage depuis le fait fautif doit être prise en considération et que l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur la valeur du dommage au jour du jugement ou de l'arrêt (Dalloz, Répertoire de droit civil, Dommages et intérêts, n° 27 et 29).

Les dommages et intérêts dus au titre de la responsabilité contractuelle doivent être évalués par référence exacte à l'exécution en nature du contrat. Les dommages et intérêts doivent être calculés de façon à placer le créancier dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté.

En d'autres termes, la réparation du préjudice causé par une faute doit mettre la partie lésée dans la même situation dans laquelle elle se serait trouvée au jour où la réparation est ordonnée, si la faute n'avait pas été commise. La réparation doit donc être intégrale : elle doit faire disparaître le plus complètement possible le dommage subi par la victime. Le préjudice est à réparer in concreto (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^e édition, Pasicrisie, p. 1165, n°1206).

Le principe de la réparation intégrale implique aussi que le montant de l'indemnité ne saurait être ni inférieur au préjudice, ni lui être supérieur en ce sens qu'il procurerait un enrichissement à la victime. Il ne doit résulter pour la victime ni perte, ni profit (G. Ravarani, op. cit., p. 1168, n° 1207).

En l'espèce, la Cour constate que depuis l'assignation introductive d'instance, les faits ont évolué mais que B, bien qu'il ait mentionné cette évolution (dont notamment l'assemblée générale du 17 juillet 2019 et la publication des comptes sociaux d'E au 31 décembre 2017), continue à solliciter des dommages et intérêts à hauteur de 2.503.270,40 euros tel que ce montant se dégage du tableau de projection de versement de dividendes. La Cour constate aussi que ce montant correspond à la projection des dividendes à verser pendant une période de temps limitée, à savoir entre 2017 et 2022.

Les parties restent en défaut d'établir les raisons ayant retardé la tenue de l'assemblée générale qui devait décider l'augmentation du capital social et donc l'émission des actions de catégorie A. En tout cas, l'affirmation de A selon laquelle le processus d'augmentation du capital aurait été retardé parce que B n'aurait pas répondu aux appels de fonds n'est pas prouvé et reste à l'état d'allégation.

La création de six nouvelles catégories d'actions de la société A (et notamment la création d'actions de catégorie A, elle-même subdivisée en actions de catégorie A-1 à A-10) n'a en effet été décidée que lors de cette assemblée générale, de sorte que B n'aurait matériellement pas pu en devenir titulaire avant le 17 juillet 2019.

S'il est vrai que la valeur d'une action ne se résume pas seulement aux dividendes escomptés, toujours est-il que B, en se basant sur le tableau de projections de dividendes, a limité le débat à ce volet et estime que son dommage se résume à la perte de dividendes.

Dans la mesure où les juridictions doivent évaluer le dommage in concreto au jour de leur décision, le préjudice invoqué par B, c'est-à-dire le fait d'avoir été privé de dividendes, peut être déterminé concrètement en ayant égard aux décisions prises par l'assemblée générale de A depuis juillet 2019. La détermination du dommage réellement subi par B à ce jour est possible étant donné qu'il suffit de vérifier s'il y a eu concrètement distribution de dividendes aux titulaires des actions de catégorie A (sous réserve d'éventuelles divergences quant aux différentes sous-catégories).

Dans ce contexte, la Cour donne à considérer que le prix de souscription à 8,25% des actions de catégorie A, tel qu'indiqué dans l'appel de fonds du 13 juillet 2017, doit être pris en compte et être déduit des dommages et intérêts à allouer à B.

Par ailleurs, dans la mesure où B réclame en tant que dommages et intérêts les dividendes auxquels il aurait eu droit pendant les années 2017 à 2022 et dans la mesure où il ne saurait être placé dans une situation plus favorable que celle qui aurait été la sienne s'il avait eu livraison des actions litigieuses, sa demande tendant à l'allocation de dommages et intérêts pour les dividendes dont la distribution n'a pas encore été décidée par A doit être considérée comme prématurée en l'état.

S'il est vrai qu'en termes de preuve de son dommage, B a maintenu son raisonnement exposé en première instance et n'a pas concrètement tiré les conclusions qui s'imposaient après la création des actions de catégorie A, toujours est-il qu'en réclamant au titre de dommages et intérêts les dividendes entre 2017 et 2022, il a apporté suffisamment de précisions pour situer le débat et pour permettre une évaluation concrète de son dommage.

Etant donné que l'ensemble des informations requises pour procéder à la fixation des dommages et intérêts ne sont pas forcément à la disposition de B, que A refuse de considérer comme actionnaire et qui n'est pas convoqué aux assemblées générales de A, il y a lieu de confirmer le jugement en ce que le tribunal a ordonné une expertise.

L'appel est partant à déclarer non fondé quant à ce volet. Dans la mesure où le tribunal ne s'est pas encore prononcé quant à la mission à confier à l'expert, mission qui tiendra forcément compte des développements précédents, il convient de renvoyer l'affaire en première instance pour continuation des débats.

Les indemnités de procédure

B sollicite de chaque partie une indemnité de procédure de 5.000 euros. Comme il reste cependant en défaut d'établir la condition d'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, sa demande requiert un rejet.

Comme l'appelante A succombe en instance d'appel, elle ne peut prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 (2) la loi du 20 juin 2020 portant prorogation de mesures concernant la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite,

ordonne la jonction des rôles CAL-2019-00190 et CAL 2019-00370,

rejette les moyens de nullités de l'acte d'appel introduit par la société anonyme A,

déclare les appels recevables,

dit l'appel de la société anonyme A non fondé,

dit l'appel de B partiellement fondé,

déclare l'assignation introductive d'instance du 20 avril 2018 dirigée contre la société à responsabilité limitée C recevable,

renvoie la demande dirigée contre cette société devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

confirme le jugement pour le surplus,

déboute B et la société anonyme A de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne les sociétés A et C aux frais et dépens de l'instance d'appel.