

Arrêt N° 28/18 – VII – CIV

Audience publique du 31 janvier deux mille dix-huit

Numéro 43867 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

P),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 5 avril 2016,

comparant par Maître Jean-Philippe DRESCHER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

la société à responsabilité limitée de droit danois E) A/S,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 5 avril 2016,

comparant par Maître Christian STEINMETZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 18 décembre 2012, P) a assigné la société E) A/S à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer - à titre du prix de rachat de 312 actions de la société S) SA pour lesquelles il avait exercé son option de vente - la somme de 213.536,37 euros, avec les intérêts légaux à partir du 19 janvier 2011, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

P) sollicitait encore une indemnité de procédure de 8.000 euros, l'exécution provisoire du jugement et la condamnation de la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de son avocat.

Par jugement contradictoire du 3 janvier 2014, le tribunal a rejeté comme non fondés le moyen de nullité tiré du libellé obscur de la demande et le moyen d'irrecevabilité de la demande tiré du défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef du demandeur.

Par jugement du 23 octobre 2015, le tribunal, statuant contradictoirement et en continuation du jugement du 3 janvier 2014, a :

- déclaré non fondée la demande de P),
- en a débouté,
- rejeté les demandes de P) sur base des articles 240 et 244 du NCPC,
- déclaré fondée la demande reconventionnelle de la société E) A/S,
- déclaré valable la résiliation en date du 24 avril 2013 du « *Anteilhabervertrag* » aux torts exclusifs de P),
- condamné P) à payer à la société E) A/S la somme de 3.000 euros à titre d'indemnité de procédure, et
- laissé les frais et dépens de l'instance à charge de P).

Par exploit d'huissier du 5 avril 2016, P) a relevé appel du jugement du 23 octobre 2015 qui selon les déclarations du mandataire de la société E) A/S n'avait pas été signifié à l'appelant mais qui selon les déclarations de l'appelant, lui a été signifié par exploit d'huissier du 25 février 2016 (cf. page 3 de l'acte d'appel).

L'appelant conclut à la réformation du jugement en ce qu'il a dit que (i) n'étant plus le propriétaire des 312 actions de la société S) SA, il n'était plus titulaire de l'option de vente créée à son profit au sein de l'« *Anteilhabervertrag* » conclu le 7 janvier 2005 en vertu de la clause intitulée « *Kaufverpflichtung gegenüber von Herrn P* » et que (ii) la demande reconventionnelle de l'intimée tendant à voir constater la résiliation du « *Anteilhabervertrag* » aux torts exclusifs de l'appelant était fondée.

L'appelant demande encore à la Cour de constater qu'il a valablement exercé son option de vente et que dès lors sa demande à voir reconnaître son préjudice en raison de l'inexécution de l'obligation contractuelle par l'intimée est fondée.

Il sollicite la condamnation de l'intimée à lui payer la somme de 213.536,37 euros avec les intérêts légaux à partir du 19 janvier 2011, sinon à partir du jour de l'assignation jusqu'à solde.

P) conclut également au débouté de la demande reconventionnelle adverse et à la condamnation de l'intimée au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Les moyens de la partie appelante

P), après un bref rappel des faits, fait valoir que c'est à tort que les premiers juges ont décidé que n'étant plus propriétaire des 312 actions S), il n'était plus titulaire de l'option de vente créée à son profit par le « *Anteilhabervertrag* » du 7 janvier 2005 en vertu de la clause intitulée « *Kaufverpflichtung gegenüber von Herrn P* ». Selon l'appelant, cette clause constitue une promesse unilatérale d'achat par laquelle le promettant donne son consentement à un contrat futur tandis que le bénéficiaire conserve la liberté de lever ou non l'option ainsi consentie.

L'appelant soutient qu'il pouvait donc librement céder les 312 actions (faisant l'objet de la promesse de rachat) sans que cette cession n'entraîne l'extinction de son droit personnel résultant de l'option. Il expose que le tribunal a conclu à tort que n'étant plus titulaire des 312 actions S), il n'était plus titulaire du droit de lever l'option de vente relative à ces actions et il fait valoir qu'il devait uniquement être capable de vendre ces actions au moment de la formation de la vente laquelle était réalisée non pas au moment de la levée d'option mais (en application de l'article 40 al. 3 de la loi du 10 août 1915) uniquement au moment de la déclaration du transfert dans le registre des actions nominatives de la société. Dans la mesure où il était l'associé et le gérant unique de la société D) sàrl, il aurait toujours eu la

capacité juridique de transférer la propriété des 312 actions S) à l'intimée soit en les cédant d'abord en tant que gérant unique de la sàrl D) à lui-même puis à l'intimée soit en les cédant directement, toujours en sa qualité de gérant unique de la sàrl D), à l'intimée.

P) expose qu'en vertu du « *Anteilhabervertrag* » il dispose d'un droit personnel lequel ne découle pas de la propriété des actions et que ce droit ne découle pas non plus de la qualité d'actionnaire.

Les parties au contrat, en ayant pris soin d'identifier l'appelant personnellement comme bénéficiaire de ce droit d'option de vente, auraient manifesté leur intention de lui attribuer ce droit en qualité de personne physique de sorte que même après la cession des 312 actions S), le droit de lever l'option restait entre les mains de l'appelant et qu'il l'a donc en l'occurrence pu valablement exercer.

Il fait également grief aux premiers juges d'avoir déclaré fondée la demande reconventionnelle de la société E) A/S et d'avoir prononcé la résiliation du « *Anteilhabervertrag* » à ses torts exclusifs.

Selon l'appelant la clause « *Gegenseitiges Verkaufsrecht* » instaure un droit de préemption en vertu duquel les parties s'engagent mutuellement à ne pas céder leurs actions S) à d'autres actionnaires ou à des tiers, sans s'être préalablement offert leurs actions respectives. La clause de préemption constitue donc une restriction à la libre négociabilité des titres et doit en tant que telle être interprétée restrictivement. Un apport en nature n'étant pas assimilable à une vente, n'aurait pas privé l'appelant de son droit de faire un tel apport en nature de 47 actions S) lors de la constitution de la société D) sàrl, sans avoir proposé antérieurement lesdites actions à la société E) A/S. Le jugement entrepris serait à réformer sur ce point.

La cession des 265 actions restantes ne caractériserait pas non plus une violation d'une obligation contractuelle dans le chef de l'appelant motif pris que « *la cession des 312 actions de la société S) SA à la société D) sàrl* » n'a pas modifié la localisation du pouvoir dans la société S) SA comme la sàrl D) est une société « *que l'appelant contrôle directement* ».

P) expose encore qu'ayant fait part à l'intimée de son intention de lever l'option, la société E) A/S aurait été tenue de procéder au paiement du prix de rachat déterminé par lui et que suite audit paiement, la cession des actions aurait été déclarée dans le registre des actions nominatives. A ce moment, la vente aurait été formée. Comme il était le gérant et l'associé unique de la sàrl D), il aurait toujours eu le contrôle et la capacité juridique pour transférer la propriété des 312 actions.

L'appelant donne à considérer à ce sujet que lui-même et la sàrl D) font partie du même groupe (de sociétés) de sorte que la cession des 312 actions à cette dernière ne peut être considérée comme une intrusion d'un nouvel actionnaire dans le capital de la société S) et ne saurait partant être considérée comme violation ni de la clause « *Gegenseitiges Verkaufsrecht* » ni du « *Anteilhabervertrag* ».

A titre subsidiaire, l'appelant explique que même si la Cour admettait un manquement contractuel dans son chef (consistant dans une éventuelle violation du droit de préemption), il n'y aurait pas lieu à résiliation du contrat du « *Anteilhabervertrag* » mais tout au plus lieu à allocation de dommages et intérêts en application de l'article 1142 du code civil ; le bénéficiaire d'un droit de préemption ne pouvant solliciter ni l'annulation de la cession, ni l'exécution forcée de la cession à son profit.

Quant au montant réclamé de 213.536,37 euros, l'appelant explique avoir droit pour ces actions à un prix de cession qui, selon l'accord conventionnel entre parties, était à fixer en fonction des capitaux propres de la société S) tels qu'ils ressortaient des seuls comptes annuels disponibles lors de la levée de l'option à savoir ceux au 30 septembre 2010.

Les observations de la partie intimée

L'intimée expose qu'elle a reçu, par l'intermédiaire de son représentant légal J), le 7 avril 2016 par lettre recommandée à la poste et le 25 avril 2016 par exploit de signification lui remis par un huissier de justice danois l'acte d'appel KURDYBAN sans que ces deux actes ne soient accompagnés d'une traduction en langue danoise.

L'intimée expose ensuite que le jugement a été signifié à l'appelant le 25 février 2016 et qu'il avait donc la possibilité d'interjeter appel jusqu'au 5 avril 2016 à 24 heures.

L'acte d'appel n'ayant été réceptionné par l'intimée que le 7 avril 2016, l'appel serait tardif et devrait être déclaré irrecevable, sinon nul.

A titre subsidiaire, et au cas où il y aurait lieu de ne prendre en compte comme point de départ du calcul du délai d'appel que le jour du dépôt à la poste de l'acte d'appel par l'huissier, l'intimée conteste, à défaut de disposer d'une preuve contraire, que l'acte d'appel daté au 5 avril 2016 ait été déposé par l'huissier KURDYBAN à la poste à cette date.

L'acte d'appel serait partant encore irrecevable, sinon nul.

A titre encore plus subsidiaire, et au cas où l'acte aurait été remis à la poste le 5 avril 2016, il serait néanmoins irrecevable, sinon nul en raison de l'absence de traduction danoise pour violation des dispositions du Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007. L'intimée souligne n'avoir reçu une traduction danoise que par le biais de la communication de la pièce adverse n° 12 et elle relève que l'auteur de ce texte n'est pas indiqué de sorte qu'elle ignore s'il s'agit d'un traducteur.

Quant au fond, la partie intimée fait valoir que l'actuel appelant a, en violation flagrante de ses obligations contractuelles, vendu ses 312 actions de la société S), déclarée en état de faillite en date du 20 janvier 2014, à l'une de ses sociétés soit la sàrl D).

Elle affirme que la lecture isolée par la partie appelante de chacune des trois clauses essentielles de leur convention dénature complètement l'esprit et l'équilibre de la convention.

Elle insiste sur le fait que les trois clauses soient lues et, là où c'est indispensable, interprétées ensemble, dans l'ordre dans lequel elles figurent dans la convention.

L'intimée explique que selon les termes de la clause « *Gegenseitiges Verkaufsrecht* » les parties contractantes s'étaient mutuellement engagées à ne pas céder d'actions S) à un autre actionnaire ou à un tiers, sans avoir proposé auparavant, par écrit, l'achat de ces actions à son cocontractant. L'intimée concède que le terme « *Verkaufsrecht* » est quelque peu ambigu mais qu'il aurait été clair que l'intention des parties était de viser un « *Vorverkaufsrecht* » donc un droit de préemption. Ce dernier terme est en effet utilisé dans la clause « *Gegenseitige Verkaufspflicht* » (cf. « *sollte einer der Vertragspartner sein Vorkaufsrecht nicht in Anspruch nehmen...* ») et l'intimée rappelle que P) avait précisé en première instance qu'il s'agissait bien d'un *Vorkaufsrecht* et non pas d'un *Verkaufsrecht*.

Elle conteste l'interprétation adverse de la clause de préemption selon laquelle celle-ci ne serait pas applicable à un apport en nature d'actions mais uniquement à la cession au sens de vente d'actions. Elle fait valoir que la clause vise l'effet de la transmission c'est-à-dire le transfert de la propriété plutôt que sa cause (variable) telle que la vente, l'échange, la donation, l'apport ou la fusion.

Selon l'intimée, le terme générique de « *Aktienabtretung* » choisi par les parties contractantes signifie « cession » et englobe dès lors tous les modes

de transfert de la propriété des actions S) de sorte que tant leur vente que leur apport en société auraient été ainsi visés.

La société E) A/S souligne qu'il ressort de l'acte de constitution de la sàrl D) que l'appelant avait libéré en date du 13 septembre 2005 – à l'insu de l'intimée – le capital social de cette société par un apport de 47 actions S) et qu'il avait ultérieurement encore reconnu avoir vendu à D) sàrl ses 265 actions S) restantes. Elle en déduit que les 312 actions ne se trouvent donc plus dans le patrimoine de l'appelant et qu'elles ne sont donc plus des « *sich in seinem Besitz befindlichen Aktien* ». En cédant les 312 actions sans les avoir proposé en premier lieu à l'intimée, l'appelant aurait commis une violation de la clause « *Gegenseitiges Verkaufsrecht* ».

Par ailleurs, la société E) A/S conteste formellement que les parties auraient eu l'intention de prévoir la possibilité d'une dissociation entre le droit de propriété et le droit de disposer des actions S).

Elle se rallie à l'interprétation que les premiers juges ont donnée au terme de « *andere Aktieninhaber* » comme signifiant d'autres actionnaires de la société S) et que le terme de « *Drittperson* » vise les tiers par rapport à la société S) et non pas tel que l'affirme l'appelant des tiers par rapport aux signataires de l' « *Anteilhabervertrag* » de sorte que la cession d'actions à la sàrl D) ne constituerait pas une violation du droit de préemption puisque la sàrl D) serait à assimiler à P) et ne serait donc pas à considérer comme tiers. Le raisonnement de l'appelant serait d'ailleurs déjà contredit par le libellé de la dernière clause, soit la « *Gegenseitige Verkaufspflicht* ». Celle-ci indique clairement que par tiers au contrat il y a lieu d'entendre les tiers par rapport à la société S) et non pas les tiers par rapport aux signataires du contrat.

Au vu de ces développements, la partie intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris.

A titre subsidiaire, et au cas où le jugement serait réformé, l'intimée réclame à titre de dommages et intérêts pour les violations répétées commises par l'appelant la somme de 50.000 euros.

Elle conteste formellement le montant réclamé au titre du prix de rachat par P) et souligne que celui-ci savait, en tant qu'administrateur délégué de S), au moment où il formulait sa demande de rachat, qu'il avait été décidé au vu des pertes substantielles de cette société depuis l'exercice 2007/2008 de la liquider volontairement.

Elle réclame une indemnité de procédure de 3.000 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation

- quant à la recevabilité de l'acte d'appel qui est contestée

• pour tardiveté de l'acte d'appel

L'appelant rappelle que le jugement entrepris lui a été signifié le 25 février 2016 et que l'acte d'appel est daté au 5 avril 2016, de sorte que l'acte d'appel a été interjeté le dernier jour du délai d'appel de 40 jours.

L'acte ayant, en l'espèce, été envoyé au Danemark pour signification ou notification, il convient d'appliquer les règles édictées par le Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (ci-après le Règlement).

L'article 9 point 2 du Règlement dispose notamment que « *lorsque, conformément à la législation d'un Etat membre, un acte doit être signifié ou notifié dans un délai déterminé, la date à prendre en considération à l'égard du requérant est celle fixée par la législation de cet Etat membre* ».

Or, en l'espèce, il ressort de l'acte d'appel daté au 5 avril 2016 que l'huissier de justice Patrick KURDYBAN a « *adressé copie de (s)on exploit, le tout en deux exemplaires pour la partie assignée accompagnée du formulaire de demande de signification ou notification d'actes prévue à l'article 4, paragraphe 3 dudit règlement par lettre recommandée avec avis de réception à l'autorité requise à savoir JUSTITSMINISTERIET, Slotsholmsgade 10, 1216 KOBENHAVN K afin de signifier ladite copie à la partie assignée préqualifiée (...)* ».

L'acte d'appel ayant été introduit endéans le délai de quarante jours à partir de la signification du jugement, le moyen de la tardiveté soulevé par la partie intimée E) A/S n'est pas fondé et partant à rejeter.

• pour absence de traduction en langue danoise

L'intimée a encore conclu à l'irrecevabilité sinon la nullité de l'acte d'appel pour absence de traduction en langue danoise.

Ce moyen est fondé. Il ne ressort en effet pas de l'exploit de l'huissier KURDYBAN qu'une traduction en langue danoise y était annexée.

Par ailleurs, il est établi par l'attestation de non-accomplissement émanant du JUSTITSMINISTERIET datée au 18 mai 2016 et reçue par l'huissier KURDYBAN le 23 mai 2016 que le destinataire a refusé d'accepter l'acte en raison de la langue utilisée.

L'acte d'appel joint à cette attestation est l'acte d'appel rédigé en français et il n'y a pas de traduction danoise annexée.

Or, l'article 8 du règlement (CE) n° 1393/2007 précité dispose au sujet du « Refus de réception de l'acte » ce qui suit :

« 1. L'entité requise informe le destinataire, au moyen du formulaire type figurant à l'annexe II, qu'il peut refuser de recevoir l'acte à signifier ou à notifier, au moment de la signification ou de la notification ou en retournant l'acte à l'entité requise dans un délai d'une semaine, si celui-ci n'est pas rédigé ou accompagné d'une traduction dans l'une des langues suivantes:

a) une langue comprise du destinataire ou

b) la langue officielle de l'Etat membre requis ou, s'il existe plusieurs langues officielles dans cet État membre, la langue officielle ou l'une des langues officielles du lieu où il doit être procédé à la signification ou à la notification.

2. Si l'entité requise est informée que le destinataire refuse de recevoir l'acte conformément au paragraphe 1, elle en informe immédiatement l'entité d'origine au moyen de l'attestation prévue à l'article 10 et lui retourne la demande ainsi que les actes dont la traduction est demandée.

3. Si le destinataire a refusé de recevoir l'acte en vertu du paragraphe 1, il est possible de remédier à la situation qui en résulte en signifiant ou en notifiant au destinataire, conformément aux dispositions du présent règlement, l'acte accompagné d'une traduction dans l'une des langues visées au paragraphe 1. Dans ce cas, la date de signification ou de notification de l'acte est celle à laquelle l'acte accompagné de la traduction a été signifié ou notifié conformément à la législation de l'État membre requis. Toutefois, lorsque, conformément à la législation d'un État membre, un acte doit être signifié ou notifié dans un délai déterminé, la date à prendre en considération à l'égard du requérant est celle de la signification ou de la notification de l'acte initial, fixée conformément à l'article 9, paragraphe 2.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également aux modes de transmission et de signification ou de notification d'actes judiciaires prévus à la section 2.

5. Aux fins du paragraphe 1, les agents diplomatiques ou consulaires, lorsque la signification ou la notification est effectuée conformément à l'article 13, ou l'autorité ou la personne, lorsque la signification ou la notification est effectuée conformément à l'article 14, informent le destinataire qu'il peut refuser de recevoir l'acte et que tout acte refusé doit être envoyé à ces agents ou à cette autorité ou personne, selon le cas ».

En l'espèce, l'appelant reste en défaut d'établir qu'il a, conformément au point 3) ci-dessus, régularisé la procédure en signifiant ou en notifiant au destinataire, conformément aux dispositions du règlement, l'acte accompagné d'une traduction dans l'une des langues visées au paragraphe 1.

Au vu de ces développements, l'acte d'appel n'est pas recevable en la forme.

Les indemnités de procédure

L'appelant P) réclame une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

Au vu du sort réservé à son appel, cette demande est à rejeter.

La partie intimée a également formulé une demande en allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 euros pour la présente instance. Comme il est inéquitable, au vu des éléments de la cause et notamment de la résistance prolongée non justifiée de l'appelant à voir reconnaître que l'acte d'appel n'a pas été signifié dans les formes prescrites, de laisser à la charge de l'intimée l'intégralité des frais irrépétibles qu'elle a dû exposer, il y a lieu de faire droit à sa demande. Il y a donc lieu de condamner P) à payer à la société E) A/S la somme de 3.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral,

déclare l'acte d'appel irrecevable,

condamne P) à payer à la société E) A/S une indemnité de procédure de 3.000 euros,

condamne P) aux frais et dépens de l'instance d'appel.