

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 23/24 – VII – CIV

Audience publique du vingt-et-un février deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2023-00222 du rôle.

Composition:

Jean ENGELS, président de chambre ;
Nadine WALCH, conseiller ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
Sammy SCHUH, greffier assumé.

E n t r e :

1) PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

2) la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

parties appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luana COGONI, en remplacement de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch/Alzette, en date du 25 janvier 2023,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220509, inscrite sur la liste V de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée KLEYR GRASSO GP, établie à la même adresse, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220442, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse,

et :

la société anonyme SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie intimée aux termes du susdit COGONI du 25 janvier 2023,

comparant par Maître Claude GEIBEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 10 décembre 2019, la société anonyme SOCIETE2.) (SOCIETE2.)) S.A. (ci-après la société SOCIETE2.)) a donné assignation à PERSONNE1.) et à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) sàrl, (ci-après la société SOCIETE1.)), afin de les voir condamner à rembourser divers montants que PERSONNE1.) se serait fait payer en sa qualité d'ancien administrateur-délégué, au-delà de sa rémunération convenue et arrêtée par le conseil d'administration.

Par jugement du 28 octobre 2022, le tribunal a condamné PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) *in solidum* à rembourser les factures intitulées « *Pet chemical* » de 2010 à 2014, considérées comme fictives et non dues, pour un montant total de 812.605,42 euros.

Il a condamné à titre individuel la société SOCIETE1.) à payer à la société SOCIETE2.) sur base de l'action de la répétition de l'indu, la somme de 329.947,42 euros du chef des « *Commission 4%* » reçues indument au cours des années 2011 à 2016 et la somme de 95.419,07 euros du chef de trois factures « *Commissions/Prestations* » pour les exercices 2012 et 2013.

Il a encore condamné PERSONNE1.) à titre individuel à payer à la société SOCIETE2.) la somme de 48.977,77 euros à titre de remboursement de frais de voyage et de déplacement trop perçus.

La demande reconventionnelle de PERSONNE1.) à voir condamner la société SOCIETE2.) à lui payer la somme de 12.779,01 euros correspondant à la prime de 4% sur le bénéfice de l'année 2016 a été rejetée comme étant non fondée et la somme de 5.480,40 réclamée du chef de frais de restauration relatifs à l'année 2017 a été reconnue recevable et fondée pour 872,40 euros et non fondée pour le surplus.

Ce jugement a été signifié à la requête de la société SOCIETE2.) à PERSONNE1.) et à la société SOCIETE1.) par exploit d'huissier du 20 décembre 2022.

L'appel formé par PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) par acte d'huissier du 25 janvier 2023 est recevable pour avoir été interjeté dans les formes et délai de la loi.

Par ordonnance du 28 novembre 2023 l'instruction a été clôturée et l'affaire renvoyée à l'audience des plaidoiries de la Cour du 17 janvier 2024.

Le mandataire de PERSONNE1.) et de la société SOCIETE1.) a annoncé par courrier du 11 janvier 2024, en application de l'article 226 nouveau du Nouveau Code de procédure civile, qu'il entend plaider l'affaire.

A l'audience de la Cour du 17 janvier 2024, il a plaidé et a précisé ses conclusions.

Le mandataire de la société SOCIETE2.) a répliqué.

Les faits et rétroactes

La société SOCIETE2.) a comme objet social la production, la fabrication, la réalisation ainsi que la vente de toutes sortes d'emballages. Elle est détenue directement et indirectement, à travers la société anonyme SOCIETE3.), par la famille Luppi.

PERSONNE1.) a été membre du conseil d'administration de la société SOCIETE2.) et délégué à la gestion journalière étant donné que les membres de la famille Luppi ne résidaient pas au Grand-Duché de Luxembourg.

PERSONNE1.) a été révoqué de ses fonctions d'administrateur-délégué lors d'une réunion du conseil d'administration du 29 mars 2017 et de ses fonctions d'administrateur par l'assemblée générale du 30 mars 2017.

La société SOCIETE2.) expose qu'elle ne se serait rendue compte de paiements irréguliers en faveur de PERSONNE1.) qu'après la révocation de ce dernier et qu'après vérification de sa gestion par les membres de la famille Luppi.

PERSONNE1.), après avoir décrit l'évolution des relations contractuelles avec la société SOCIETE2.) depuis mai 2001, date de l'institution de la prime de 4% sur le bénéfice annuel, jusqu'à la rupture des relations en mars 2017, souligne qu'il aurait été convenu, dans la mesure, où en tant que retraité, il ne pourrait pas facturer en nom personnel ses honoraires, que les factures seraient émises par la société SOCIETE4.), dont il serait administrateur et actionnaire, qui lui servirait de société de facturation, notamment pour la prime de 4% sur le bénéfice annuel. Ce mécanisme aurait été bien connu et accepté par la société SOCIETE2.) tel que cela résulterait du courrier lui adressé par le mandataire de la société SOCIETE2.) du 27 avril 2017.

Les factures « Pet chemical » et « Commissions/Prestations » actuellement critiquées correspondraient à des commissions rétrocédées aux clients importants de la société SOCIETE2.), calculées proportionnellement au chiffre d'affaires que la société SOCIETE2.) a pu avoir réalisé grâce aux commandes du client-bénéficiaire de la commission.

La société SOCIETE4.) a entretemps été dissoute et absorbée, avec reprise de l'actif et du passif, par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), ci-après la société SOCIETE1.), dont PERSONNE1.) est également l'administrateur.

L'instance d'appel

PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) concluent à la confirmation du jugement en ce que les premiers juges ont constaté la prescription de l'action en paiement dirigée contre PERSONNE1.) relative aux quatre factures de la commission de 4% relatives aux exercices 2010 à 2013, qu'ils ont retenu qu'il y aurait eu décharge de la part du conseil d'administration en ce qui concerne les factures des commissions pour les exercices 2014 et 2015 et qu'il y aurait prescription en ce qui concerne les trois factures relatives aux « Commissions/Prestations » relatives aux années 2012 et 2013.

La société SOCIETE1.) demande, par réformation du jugement entrepris, d'être déchargée des condamnations intervenues à son encontre du chef de ces factures pour cause de prescription, étant donné qu'elle n'aurait recueilli les commissions que pour le compte de PERSONNE1.).

PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) ne remettent pas en cause les bases légales retenues par le tribunal pour fonder les condamnations, le rejet de leur moyen d'irrecevabilité ayant consisté à contester *l'actio mandati* et le rejet partiel de la demande reconventionnelle de PERSONNE1.).

La société SOCIETE2.) n'a pas interjeté appel incident, de sorte que la prescription constatée de l'action en remboursement à l'égard de PERSONNE1.) et la décharge donnée à PERSONNE1.) en sa qualité d'administrateur-délégué pour les commissions de 4% à hauteur de 392.947,42 euros et les « Commissions/Prestations » d'un montant de 95.419,07 euros comme pour les dépenses pour déplacements professionnels, restent acquises.

Il résulte de ce qui précède que les factures suivantes restent en cause en instance d'appel :

a) en ce qui concerne PERSONNE1.):

- l'ensemble des factures « Pet chemical », de 2010, 2011, 2013 et 2014 pour un montant total de 812.605,42 euros

- les décomptes pour frais de voyage relatifs à l'année 2016 (deux semestres) à hauteur de 29.527,55 euros et de 19.450,22 euros, soit 48.977,77 euros,

- b) en ce qui concerne la société SOCIETE1.) :
- l'ensemble des primes sur bénéfice de 4% pour un montant total de 329.947,69 euros pour les années 2011 à 2016
 - les factures *Pet chemical* pour un total de 812.605,42 euros pour les années 2010 à 2014
 - les factures « *Commissions/Prestations* » pour un montant total de 95.419,07 euros pour les années 2012 à 2013.

Contrairement à la démarche suivie par le tribunal, les parties appelantes analysent le litige dans la motivation de leur acte d'appel et dans leurs conclusions de synthèse, non pas en fonction de la personne contre laquelle la demande est dirigée, mais en fonction des quatre chefs de demandes dirigées par la société SOCIETE2.) contre elles.

La Cour suivra en ce qui concerne les demandes subsistantes la même démarche.

1) En ce qui concerne les factures pour la prime des 4% du bénéfice annuel pour un montant total de 329.947,42 euros

Seule la société SOCIETE1.) a été condamnée à rembourser à la société SOCIETE2.), le montant réclamé de 392.947,42 euros.

Pour statuer ainsi le tribunal, a retenu qu'aux termes du procès-verbal du conseil d'administration de la réunion du 8 mars 2010, la prime de 4% sur le bénéfice en faveur de PERSONNE1.) à titre de rémunération variable supplémentaire, a été formellement supprimée.

En ce qui concerne PERSONNE1.), il a retenu que le délai d'action de prescription quinquennale de la société SOCIETE2.) pour agir en responsabilité contre son ancien administrateur, serait consommé pour les années 2011 à 2014 et, en ce qui concerne les années 2015 et 2016, PERSONNE1.) pourrait se prévaloir de la décharge qui lui avait été donnée en sa qualité d'administrateur.

La société SOCIETE1.), partie tierce aux relations ayant existé entre l'ancien l'administrateur-délégué et la société SOCIETE2.), ne pourrait pas s'emparer des dispositions relatives à la prescription quinquennale de la responsabilité des administrateurs vis-à-vis de la société, ni invoquer le moyen tiré de la décharge donnée par l'assemblée générale à son administrateur-délégué.

La société SOCIETE1.) ne pourrait pas non plus se prévaloir de la théorie de la facture acceptée vu que les paiements correspondraient à des primes et commissions payées à titre de rémunération supplémentaire de l'administrateur et ne s'inscriraient pas dans le cadre de relations commerciales nées à l'occasion des ventes commerciales ou des prestations de services offerts par la société SOCIETE1.) à la société SOCIETE2.).

Actionnée sur base de l'action de la répétition de l'indu, le tribunal a condamné la société SOCIETE1.) à rembourser les commissions de 4% perçues pour le compte de PERSONNE1.) depuis l'exercice 2010 et s'élevant à un montant total de 329.947,42 euros.

Les parties appelantes concluent à la confirmation du jugement en ce qui concerne PERSONNE1.) contre lequel la demande a été déclarée non fondée, mais sollicitent la réformation du jugement en ce que l'action en remboursement a été déclarée recevable et fondée à l'égard de la société SOCIETE1.) qui n'aurait été que le véhicule de facturation des primes de 4% du bénéfice annuel payées à l'administrateur-délégué PERSONNE1.).

De surcroît, le conseil d'administration du 8 mars 2010 n'aurait jamais décidé de ne pas maintenir la prime, fait qui serait confirmé par l'attestation testimoniale du comptable que le tribunal aurait rejetée à tort pour prétendu défaut de pertinence. La notoriété du paiement découlerait encore de la circonstance que la société SOCIETE2.) aurait récupéré la TVA sur les six factures litigieuses.

La société SOCIETE2.) renvoie à la motivation des premiers juges qui auraient correctement analysé les faits. Il y aurait lieu de se référer à la teneur du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 8 mars 2010 qui retiendrait que la prime annuelle de 4% sur bénéfice n'aurait pas été maintenue en stipulant qu'une rémunération fixe de 230.000,- euros par année remplacera l'actuelle forme de rémunération composée d'une partie fixe et d'une partie variable à hauteur de 4% sur le bénéfice annuel.

En date du 20 mars 2017, le conseil d'administration aurait encore constaté que la prime aurait été supprimée en 2010. Il en découlerait que les factures de l'outil de facturation que constituait la société SOCIETE1.) n'auraient pas été acceptées. Ces deux documents porteraient la seule signature de PERSONNE1.)

Ayant perçu les commissions indument payées, la société SOCIETE4.) devrait rembourser les montants sans pouvoir se prévaloir des moyens d'irrecevabilité propres à l'administrateur-délégué.

La Cour

Les commissions de 4% payées à la société SOCIETE1.) devraient constituer la rémunération complémentaire de PERSONNE1.).

Il appert du dossier et il n'a, à aucun moment, été contesté par l'une des parties que la société SOCIETE1.) ait servi à PERSONNE1.) de véhicule pour encaisser cette participation au bénéfice en sus de sa rémunération fixe mensuelle.

La convention initiale entre parties prévoyait que les honoraires supplémentaires variables de PERSONNE1.), seraient facturés par la société SOCIETE1.) et qu'aucun paiement n'aurait été directement reçu par PERSONNE1.) au titre de la commission de 4%.

En l'espèce, il n'est contesté par aucune des parties que c'était bien PERSONNE1.) en nom personnel qui était l'administrateur-délégué et conseiller de la société SOCIETE2.). Le contrat de mandat de gestion et de conseil et de prestations diverses s'était établi entre PERSONNE1.) et le conseil d'administration de la société SOCIETE2.).

PERSONNE1.) a ainsi perçu sa rémunération par l'intermédiaire de la société SOCIETE1.) qu'il avait mandatée pour établir la facturation pour ses propres services prestés à la société SOCIETE2.).

La facturation des montants redus à PERSONNE1.) par le biais de la société SOCIETE1.) n'était dès lors qu'une modalité de paiement, la société SOCIETE2.) ayant expressément souligné dans ses conclusions qu'elle n'a jamais conclu de convention de consultance ou autre avec la société SOCIETE1.).

Aux termes de l'article 1239 du Code civil, le paiement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par la justice ou par la loi à le recevoir pour lui.

Ce mécanisme de paiement des honoraires supplémentaires à PERSONNE1.) par le biais de sa société SOCIETE1.) a déjà été constaté et arrêté par la présente chambre de la Cour dans le même litige opposant PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) à la société SOCIETE2.), introduit suite à la rupture de leur relation, mais ayant visé d'autres types de rémunérations (cf. Cour 9 juin 2021 n°86/21 – VII-CIV : société SOCIETE2.) c/ PERSONNE1.) et société SOCIETE1.) et Cour 31 mai 2023 n76/23-VII-CIV société SOCIETE2.) c/ PERSONNE1.) et société SOCIETE1.)).

C'est en raison de ce mécanisme que la Cour avait décidé le 9 juin 2021 que PERSONNE1.) ne serait pas à mettre hors cause dans le cadre de la demande en répétition de rémunération indues dirigée contre lui et la société SOCIETE1.) au motif qu'il était le destinataire des rémunérations et qu'il serait de principe que le défendeur à l'action en répétition de l'indu est l'accipiens, qu'il ait reçu le paiement par lui-même ou par mandataire interposé (Cour 9 juin 2021 n°86/21 – VII, société SOCIETE2.) c/ PERSONNE1.) et société SOCIETE1.).

Il s'ensuit des considérations qui précèdent que les sommes ont été facturées et encaissées, à tort ou à raison, depuis 2011 à titre de commission de 4% sur le bénéfice annuel de la société SOCIETE2.), par PERSONNE1.) par le biais de la société SOCIETE1.), entité véhiculaire mandaté à cet effet.

Il s'ensuit que ces rémunérations sous forme de participation au bénéfice annuel de PERSONNE1.) sont soumises au même régime de prescription quinquennale et leur paiement est de même couvert par la décharge donnée par l'assemblée générale que celles payées directement à PERSONNE1.), indépendamment de la personne qui les reçoit au nom et pour le compte de PERSONNE1.).

Il y a lieu de réformer le jugement en ce sens et de dire non fondée la demande de société SOCIETE2.) à l'encontre de la société SOCIETE1.) pour la somme de 329.947,42 euros.

- **En ce qui concerne les factures pour rétrocession aux clients par le biais des factures « PetChemical »**

Après avoir constaté qu'il n'existerait aucune contrepartie en ce qui concerne ces factures et les virements, ni une pièce justificative, le tribunal a retenu que les affirmations de PERSONNE1.) et de la société SOCIETE1.) aux termes desquelles les sommes litigieuses correspondraient à des commissions rétrocédées proportionnelles au chiffre d'affaires réalisé avec le client, revirées au profit dudit client via la société SOCIETE1.), resteraient à l'état d'une pure allégation pour ne pas être étayées par aucun élément du dossier.

La société SOCIETE1.) ne produirait par ailleurs pas les documents bancaires établissant que les fonds prétendument rétrocédés, auraient été effectivement continués par elle à l'un des clients de la société SOCIETE2.) et ne fournirait pas les raisons pour lesquelles les commissions rétrocédées auraient dû transiter par le compte de la société contrôlée par PERSONNE1.).

La proposition de la société SOCIETE2.) à voir ordonner à la société SOCIETE1.) de produire les avis de débits a été rejetée au motif que la société SOCIETE2.) n'aurait, en l'absence de tout élément confortant tant sans peu les allégations des défendeurs, pas la charge de la preuve des dires de ces derniers.

En l'absence de tout commencement de preuve, le tribunal a rejeté l'offre de preuve par l'audition de témoins qui de surcroît, telle que formulée, ne contiendrait aucune indication concrète sur la manière dont les témoins proposés auraient été mis au courant de la pratique des commissions occultes.

A défaut pour PERSONNE1.) et de la société SOCIETE1.) d'avoir établi que les transferts litigieux auraient été effectués suite à un arrangement entre la société SOCIETE2.) et le client, le tribunal a retenu qu'ils ont été effectués dans le seul intérêt de PERSONNE1.) et réceptionnés par celui-ci sur le compte bancaire de la société SOCIETE1.).

PERSONNE1.) ne contestant pas avoir personnellement fait procéder aux paiements dont s'agit, le tribunal a dès lors retenu l'existence d'un détournement dans son chef au préjudice de la société SOCIETE2.) qui est fondée pour demander son remboursement à son ancien l'administrateur-délégué et à sa société d'encaissement.

PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) contestent avoir détourné de l'argent par dissimulation, toutes les factures auraient été connues par société SOCIETE2.) qui aurait non seulement consenti au mécanisme, mais celui-ci aurait même été mis en place par PERSONNE2.) lui-même dans les années 2010 à 2020.

Cet avantage aurait consisté à payer des rétrocessions aux clients importants de la société SOCIETE2.), dont le montant aurait été proportionnel au chiffre d'affaires réalisé avec ce client, via la société SOCIETE1.) qui aurait émis les factures sous la dénomination « *Pet chemical* », comptabilisées comme achat de matière première, à charge de la société SOCIETE2.).

PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) relèvent que la société SOCIETE2.) n'aurait jamais pu comptabiliser les montants rétrocédés dans la comptabilité en l'absence de toute pièce.

La société SOCIETE2.) conteste ces six factures intitulées pour être sans contrepartie, ni justification.

Elle relève qu'il n'existerait par ailleurs aucune correspondance entre les bénéfices réalisés suivant la comptabilité de la société et le montant des prétendues commissions proportionnelles rétrocédées au client. Elle souligne que des commissions auraient même été payées en dehors de tout chiffre d'affaires réalisé avec la société bénéficiaire.

Elle invite ensuite à opérer un calcul à l'envers, c'est-à-dire quel aurait dû être théoriquement le chiffre d'affaires réalisé, si la commission payée de 0,7 %, équivaldrait 812.605,42 avec mention « *Pet chemical* ».

Ainsi, si pendant les années 2010 à 2014 le montant des commissions accordées aux clients importants et s'élevant à 812.605,42 euros, correspondant à un faible pourcentage de son chiffre d'affaires réalisé avec ces clients importants, son chiffre d'affaire brut réalisé aurait dû correspondre à un « *chiffre énorme* ».

En ce qui concerne les commissions payées à la société « SOCIETE5.) » et prétendument calculé sur base de 0,40 euros/ tonnage vendu, le montant des commissions reversées à la société SOCIETE5.), correspond toutefois au double.

La société SOCIETE2.) maintient n'avoir jamais donné l'autorisation à PERSONNE1.) de procéder par commission de rétrocession et affirme tout ignorer de cette pratique ni d'ailleurs le nombre et l'identité des clients ainsi favorisés.

La partie intimée pose encore les questions sur les critères d'attribution dans le choix du client bénéficiaire de cette rétrocession et pour quelle raison le mécanisme des rétrocessions aurait été remplacé par un autre système de comptabilisation entre 2012 et 2013 pour reprendre à partir de 2014 et de s'arrêter définitivement en 2015. La circonstance que ces prétendues rétrocession auraient été comptabilisées sous une fausse désignation, aurait eu pour but de camoufler le détournement.

Elle s'interroge encore sur la nécessité de faire transiter la commission par une société contrôlée par PERSONNE1.) au lieu d'être virée directement sur un compte indiqué par le client-bénéficiaire.

La Cour

Il reste acquis en cause qu'entre 2010 et 2014, la société SOCIETE2.) a payé à la société SOCIETE1.) et à PERSONNE1.), la somme de 812.605,42 euros au titre de factures « *Pet chemical* ».

Les sorties de fonds sont justifiées par PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) par une prétendue pratique introduite par PERSONNE2.), approuvée par le conseil d'administration, ayant consisté à rémunérer les clients importants moyennant rétrocession de commissions.

Ni la société SOCIETE1.) ni PERSONNE1.) ne peuvent justifier une prestation ou contrevaletur fournie par la société SOCIETE1.).

La Cour constate encore avec le tribunal qu'aucune pièce n'est fournie quant au prétendu accord du conseil d'administration de rétrocéder des commissions à des clients et selon quels critères d'importance les destinataires auraient été choisis.

Il s'ajoute, ainsi que l'a relevé la partie intimée, que le montant viré à titre des factures « *Pet chemical* », ne correspond pas au montant du chiffre d'affaires effectivement réalisé.

A défaut de toute convention ou accord établi par l'organe social compétent autorisant la pratique des commissions, en l'absence de toute contreprestation de la part de la société SOCIETE1.) en faveur de la société SOCIETE2.), à défaut de toute correspondance entre le chiffre absolu de la commission payée et le chiffre d'affaires réalisé, ensemble avec le défaut de preuve du revirement des commissions perçues par la société SOCIETE1.) à son destinataire, la Cour retient avec le tribunal que ces virements ont été faits dans l'intérêt et au profit de PERSONNE1.).

Il y a lieu de confirmer le jugement sur ce point et de condamner PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) *in solidum* à payer à la société SOCIETE2.) la somme de 812.605,42 euros.

- **En ce qui concerne les trois factures de la société SOCIETE4.) portant comme objet « Commissions trimestrielles » et « Prestations trimestrielles » des années 2012 à 2013**

Le tribunal a constaté que ces paiements figurent en tant que « Commissions/Prestations » dans les comptes de la société SOCIETE2.) et en l'absence d'éléments de dissimulation, l'action en responsabilité dirigée contre PERSONNE1.) serait prescrite.

En ce qui concerne la société SOCIETE1.), le même mécanisme de rétrocession aurait été employé que celui en relation avec les factures « *Pet chemical* », mais en l'occurrence en relation avec les factures « Commissions/Prestations » pour 95.419,07 euros, émises par la société SOCIETE1.) sous la dénomination « Commission 1^{er} trimestre année 2012, Commission 2^{ième} trimestre (2012) et « Prestations 1^{er} trimestre (2013) ».

Ces factures auraient également été émises par les services administratifs de la société SOCIETE2.), validées et signées pour réception et comptabilisation par la comptable.

Vu que le mécanisme n'aurait pas été perpétré en clandestinité et sans dissimulation, l'action en remboursement serait prescrite vu que les délais de prescription pour réclamer le remboursement seraient acquis et devraient sortir leurs pleins effets.

La société SOCIETE4.) conclut à la réformation du jugement en soulignant la contradiction dans le raisonnement des premiers juges qui constatent la prescription de la demande envers PERSONNE1.), mais condamneraient la société véhiculaire au remboursement.

Les factures intitulées « Commissions » et « Prestations » auraient même été comptabilisées dans les comptes de la société SOCIETE2.), fait qui pourrait être établi par l'audition du comptable PERSONNE3.). Rejetant l'audition de ce témoin, le tribunal aurait dû prendre en considération l'attestation testimoniale du comptable, la preuve étant libre en matière commerciale.

La société SOCIETE2.) a contesté les factures par les mêmes observations que celles développées en relation avec les factures « Pet chemical » et a présenté son argumentaire ensemble pour ces deux types de facturation.

La Cour

Ainsi qu'il a été exposé ci-avant, PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) ne fournissent aucun élément susceptible de corroborer leur affirmation que les commissions correspondraient à des pourcentages accordés aux clients « SOCIETE5.) », SOCIETE6.) » et « SOCIETE7.) ».

Ainsi que le relève la société SOCIETE2.), les montants de ces prétendues commissions ne correspondent pas au chiffre d'affaires réalisé avec ces clients.

Pour les mêmes motifs que ceux exposés en relation avec les factures « Pet chemical », la Cour arrive à la conclusion que ces commissions qui ont été virées sur le compte de la société SOCIETE1.), ont profité à PERSONNE1.).

Ces Commissions/Prestations constituent encore une rémunération de PERSONNE1.) au même titre que les six factures établies par la société SOCIETE1.) du chef de « *Pet chemical* » ci-dessus.

Au vu de ce qui a été développé ci-dessus en relation avec le mécanisme de paiement des « Commissions de 4% », les présentes commissions constituent de même une partie de la rémunération de PERSONNE1.), contestée par la société SOCIETE2.), que celui-ci a encaissée par le biais de sa société SOCIETE4.).

Etant donné qu'il s'agit d'une forme de rémunération de PERSONNE1.) et que la société SOCIETE2.) les a virées au mandataire désigné par PERSONNE1.), chargé de les recevoir pour son compte, l'action en responsabilité est soumise au même régime de prescription quinquennale des actions en responsabilité dirigées contre les administrateurs.

Il s'ensuit que l'action de la société SOCIETE2.) est irrecevable pour cause de prescription et la société SOCIETE1.) est à décharger de la condamnation à payer à la société SOCIETE2.) la somme de 95.419,07 euros.

- **En ce qui concerne les décomptes pour frais de voyage pour l'année 2016 pour 48.977,77 euros dirigée contre PERSONNE1.)**

La juridiction de première instance a constaté que la demande en remboursement des frais de route et frais professionnels indument perçus serait prescrite pour les années 2010 à 2013 et que les dépenses relatives aux exercices 2014 à 2015 seraient couvertes par la décharge donnée par l'assemblée générale à l'administrateur-délégué.

Le tribunal a fait droit à la demande de la société SOCIETE2.) en ce qui concerne l'année 2016 en condamnant PERSONNE1.) à lui rembourser la somme de 48.977,77 euros (29.627,55 euros + 19.450,22 euros), à défaut d'avoir fourni les pièces justificatives.

L'offre de preuve par l'audition de témoins et notamment par l'audition du comptable PERSONNE3.) et de la secrétaire PERSONNE5.) et de PERSONNE6.), ne serait pas pertinente au motif qu'aucun témoin ne serait à l'heure actuelle en mesure de confirmer précisément quels frais de déplacement et de voyage se seraient trouvés accompagnés de pièces justificatives.

PERSONNE1.) conclut à la réformation du jugement en rappelant qu'aux termes des conventions de rémunération du 9 avril 2008 et du 16 décembre 2009, les frais de déplacement liés à son activité en dehors du siège social de la société, auraient été remboursables.

Conformément à ces conventions, il aurait toujours regroupé dans des fardes semestrielles un résumé des notes de frais établies selon le plan comptable, accompagnées des pièces justificatives. A aucun moment les administrateurs ou les actionnaires n'auraient manifesté un intérêt et ils auraient au contraire donné la décharge pour les exercices précédents.

En ce qui concerne l'année 2016, il aurait remis les originaux des pièces, ensemble avec ses déclarations semestrielles et n'aurait pas aperçu la nécessité de faire confectionner des photocopies. Ces faits sont offerts en preuve par l'audition de deux témoins travaillant dans le service administratif et comptable.

A l'heure actuelle il n'aurait plus accès à son bureau et à son ordinateur. Il aurait nonobstant tenté de retrouver des pièces et de reconstituer au moins partiellement le détail de ces deux notes de frais du 19 septembre 2016 et du 30 décembre 2016.

PERSONNE1.) estime que le tribunal aurait opéré un renversement de la charge de la preuve en retenant que les deux décomptes pour frais et dépens pour l'année 2016 n'auraient pas été accompagnés des pièces justificatives ou de ne pas avoir établi l'existence mêmes des déplacements.

La société SOCIETE2.) conteste les décomptes pour frais de voyage présentés par PERSONNE1.). Elle se réfère aux extraits de compte afin d'illustrer que PERSONNE1.) aurait, contrairement à ses allégations, utilisé la carte de crédit émise au nom de l'entreprise pour régler des dépenses faites au cour de ses voyages dans l'intérêt de la société qui avaient donc directement été réglées par le débit du compte de la société.

Les pièces versées par la partie appelante constitueraient des pièces unilatérales, des factures sans aucun justificatif de paiement. Ici encore les décisions ayant accepté les « décomptes » de voyage auraient été prises par la société SOCIETE2.) en la personne du demandeur lui-même qui se serait ainsi fourni à soi-même la justification.

Les pièces versées ne seraient pas concluantes et la société SOCIETE2.) offre de prouver par témoin que les décomptes des frais de voyage de PERSONNE1.) n'avaient pas été accompagnés des pièces justificatives.

La Cour

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

A partir du moment que les deux décomptes pour frais et déplacements pour l'année 2016 ont été enregistrés dans la comptabilité de la société SOCIETE2.) et que celle-ci a procédé au remboursement des sommes conformément aux décomptes présentés par PERSONNE1.), la charge de la preuve de l'erreur de remboursement et en cas de contestation postérieure, appartient à la société SOCIETE2.) et non plus à PERSONNE1.).

La société SOCIETE2.) réitère son offre de preuve par voie d'audition du témoin, en instance d'appel par la secrétaire PERSONNE5.), que PERSONNE1.) n'aurait jamais remis de telles pièces, et que, par conséquent, elles ne sont pas conservées dans les bureaux du siège.

La Cour estime qu'il est douteux que ce témoin se rappelle avec la certitude requise que les pièces justificatives manquaient dans la déclaration des deux décomptes litigieux et les faits offert en preuve sont d'ores et déjà contredits par l'attestation testimoniale de PERSONNE3.) versée par PERSONNE1.).

Par réformation du jugement entrepris, il y a lieu de décharger PERSONNE1.) du remboursement de la somme de 48.977,77 euros et de rejeter l'offre de preuve par auditions de témoins ou la nomination d'un consultant.

- **Quant aux indemnités de procédure**

PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) sollicitent, chacun individuellement, une indemnité de procédure de 2.500,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile contre la société SOCIETE2.), pour chacune des deux instances.

La société SOCIETE2.) sollicite pour sa part l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.500,- euros contre chacune des parties adverses pour chaque instance.

C'est à bon escient que le tribunal a débouté les parties de leurs demandes en allocation d'une l'indemnité de procédure en ce qui concerne la première instance.

L'indemnité de procédure ne peut être allouée à la partie succombante. Pour le surplus, l'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

En l'espèce, il ne paraît pas inéquitable de laisser à chacune des partie ses frais non compris dans les dépens à sa charge.

Il y a partant lieu de débouter les parties de leurs demandes respectives en allocation d'une l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

- **Quant aux frais et dépens**

Il y a lieu de condamner PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, et d'ordonner la distraction au profit de Maître Claude GEIBEN, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance dans ses conclusions récapitulatives notifiées le 5 octobre 2023.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel de PERSONNE1.) et de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.);

le dit partiellement fondé,

○ En ce qui concerne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (Luxembourg)

- décharge la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (Luxembourg) de la condamnation de 329.947,42 euros à titre des commissions de 4% pour les années 2010 -2015,
- décharge la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (Luxembourg) de la condamnation de 95.973,10 euros au titre de « Commission/Prestations » pour les exercices 2012 et 2013,

○ En ce qui concerne PERSONNE1.)

- décharge PERSONNE1.) de la condamnation de 48.977,77 euros à titre de remboursement des dépenses pour déplacement de l'année 2016,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

déboute la société anonyme SOCIETE2.) (SOCIETE2.)) de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure pour les deux instances, demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

déboute PERSONNE1.) et la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (Luxembourg) de leur demande en paiement d'une indemnité de procédure basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour les deux instances

condamne PERSONNE1.) et la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (Luxembourg), *in solidum*, à l'ensemble des frais et dépens des deux instances et ordonne la distraction au profit de Maître Claude GEIBEN, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.