

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du dix-neuf décembre deux mille dix-neuf

Numéro 42986 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

1) A.), demeurant à L-(...), (...),

2) B.), demeurant à L-(...), (...),

héritières légales de la succession de feu **C.)**, décédé le 4 février 2016, ayant, par acte notifié d'avocat à avocat en date du 10 mars 2016, repris l'instance introduite par feu **C.)**,

appelantes aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 21 octobre 2015,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, représentée aux fins de la présente procédure par **Maître Yves PRUSSEN**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC1.) (anciennement **SOC1'.**) S.A.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte SCHAAL,

comparant par Maître Guy PERROT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par arrêt du 15 mars 2018, la Cour a

- dit les appels principal et incident recevables,
- donné acte à **A.)** et **B.)**, prises en leur qualité de seules héritières de la succession de feu Monsieur **C.)**, qu'elles reprennent volontairement l'instance enrôlée sous le numéro 42986 contre la société anonyme **SOC1.)** (anciennement **SOC1'.)** S.A.) et déclaré la reprise d'instance recevable,
- dit les demandes de **A.)** et **B.)**, ès qualités, irrecevables pour autant qu'elles visent à réformer les dispositions du jugement du 5 février 2013,

pour le surplus,

quant à la demande principale

- rejeté la demande tendant à enjoindre à la **BQUE1.)** d'expliquer le sens des dividendes de **SOC2.)** Advisory et leur mode de calcul, sinon à ordonner une enquête et à entendre sur ces points **D.)**, **E.)**, **F.)**,
- rejeté la demande en nomination d'un consultant,

avant tout autre progrès en cause,

- nommé expert Monsieur André WEIL, demeurant à L-1260 Luxembourg, 79, rue de Bonnevoie,

avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon de déterminer dans un rapport écrit, motivé et détaillé, sur base des documents comptables de la société anonyme **SOC1.)** (anciennement la société anonyme **SOC1'.)** le montant des commissions auquel peuvent encore éventuellement prétendre **A.)** et **B.)**, ès qualités, au titre des commissions prélevées sur les clients visés par le point 2 de l'avenant au contrat de travail du 1er août 1996, pendant la période allant du 1er janvier 2009 au 23 mai 2009,

- dit que l'expert n'a pas à tenir compte des ristournes et commissions en rapport avec les investissements des clients **SOC2.)**, ainsi que des ristournes sur l'activité **SOC2.)**, ainsi que des montants de rétrocessions payés par les banques sur les comptes en question, y compris ceux d'**BQUE2.)** et du **BQUE3.)**,

partant rejeté la demande tendant à voir condamner l'intimée à produire les informations relativement aux investissements des clients visés par l'avenant au contrat de travail dans **SOC2.)** et celles relativement aux ristournes de la **BQUE1.)** relativement à cet investissement dans **SOC2.)** ainsi que les dividendes touchés par **SOC2.)** Advisory en rapport avec le placement effectué pour le compte des clients, y compris des contrats entre **SOC2.)** Advisory ou la **BQUE1.)**, d'une part, et les actionnaires de **SOC2.)** Advisory, d'autre part, en rapport avec la participation des différents actionnaires dans **SOC2.)** Advisory, et les ristournes payées par la **BQUE1.)** en rapport avec les investissements dans **SOC2.)** Advisory, sous peine d'astreinte de 1.000,- EUR par jour de retard.

En date du 12 décembre 2018, l'expert André WEIL a déposé son rapport, dans lequel il conclut :

« Mes calculs et pointages me permettent de considérer que la somme restant due à feu M. C.) au titre de ses commissions pour la période du 1^{er} janvier au 23 mai 2009 est de 79.193,27 EUR ».

Les appelantes demandent à la Cour de déclarer nul ledit rapport d'expertise, l'expert n'ayant, malgré leur insistance, pas vérifié les chiffres proposés par l'intimée.

En outre, elles demandent de déclarer la demande en répétition de l'indu irrecevable, sinon non fondée, et partant, à être déchargées des condamnations en paiement du montant de 300.867,84 EUR ainsi que d'une indemnité de procédure de 1.500,- EUR, prononcées à leur encontre en première instance.

A titre subsidiaire, si la Cour devait estimer que la demande en répétition de l'indu est recevable, elles lui demandent de charger un autre expert pour faire la vérification des chiffres avancés par l'intimée.

En outre, elles demandent que la partie adverse soit condamnée à lui payer la somme de 25.000,- EUR au titre des dommages et intérêts pour procédure vexatoire et abusive, sinon que l'indemnité de procédure évaluée initialement à 5.000,- EUR dans l'acte d'appel soit portée au montant de 25.000,- EUR.

Les appelantes reprochent à l'expert de n'avoir effectué aucune vérification personnelle, se contentant de pointer les chiffres présentés par l'intimée. Il n'aurait pas non plus répondu à leurs questions concernant une discordance incompréhensible entre les revenus produits par certains comptes en 2009 et 2010, ou encore concernant le fait que certains comptes ayant figuré dans le premier rapport, ne figuraient plus sur la deuxième liste. A toutes leurs doléances, l'expert aurait répondu qu'une instruction plus poussée nécessiterait trop de travail et entraînerait partant des frais trop élevés.

Concernant la demande en répétition de l'indu, elles font plaider qu'il conviendrait de se placer au moment où le montant a été payé par l'intimée, à savoir en 2010, et où il était dû. Le montant de 472.000,- EUR aurait en effet été payé au titre d'arriérés consécutifs, non prescrits, qui n'avaient pas encore été payés à feu

C.) La Cour ne saurait, plusieurs années plus tard, affirmer que depuis la date du paiement il y aurait eu prescription et qu'il y aurait partant lieu à restitution.

La demande de l'intimée découlerait en fait d'une erreur sinon d'une formulation malencontreuse des juges de première instance.

Elles donnent encore à considérer que puisque la Cour n'a pas inclus toutes les commissions dont elles avaient fait état dans la mission de l'expert, l'expertise ne présentait plus d'intérêt pour elles et qu'elles ont partant proposé à l'intimée de s'arranger. Cette dernière, abusant selon elles de son droit en profitant d'une erreur des juges de première instance, aurait refusé, désireuse de récupérer le montant qu'elle avait librement versé à **C.)** en 2010.

L'intimée demande la confirmation du jugement entrepris, en ce qu'il a condamné feu **C.)** à lui payer une indemnité de procédure de 1.500,- EUR.

Pour le surplus, elle diminue sa demande en répétition de l'indu au montant de 221.674,57 EUR et demande à la Cour, par réformation dudit jugement, de condamner **A.)** et **B.)** à lui payer ledit montant avec les intérêts de retard au taux légal à compter du décaissement opéré par elle, ainsi que la capitalisation de ces intérêts à partir du 1^{er} juin 2011, en application des dispositions de l'article 1154 du Code civil, et ainsi de suite d'année en année, jusqu'à solde.

En outre, elle demande de les condamner, par réformation, à lui payer le montant de 126.485, 99 EUR au titre du préjudice matériel, en raison des frais d'avocat exposés par elle, avec les intérêts de retard à compter des différents décaissements.

Enfin elle sollicite une indemnité de procédure de 15.000,- EUR.

Elle fait plaider que l'expert aurait en date du 5 décembre 2018 soumis son rapport aux parties pour discussion et que ces dernières n'auraient fait aucun commentaire.

Elle aurait fourni à l'expert les pièces pertinentes de sa comptabilité et l'expert aurait effectué sa mission, telle que demandée par la Cour. Il n'appartiendrait pas à l'expert de se déplacer en personne chez elle et d'extraire les données nécessaires des disques durs, comme le ferait un juge d'instruction lors d'une perquisition. En outre, les appelantes n'auraient pas contesté la façon de procéder identique lors de la première expertise.

Elle conteste les affirmations des appelantes quant à d'éventuelles discordances ou omissions dans sa comptabilité.

Elle demande partant à la Cour d'entériner le rapport d'expertise.

Concernant sa demande en répétition de l'indu, elle fait plaider que **C.)**, lui-même, avait dans sa requête introductive d'instance, demandé la déduction du montant afférent de 472.000,- EUR et que le principe de l'estoppel lui interdirait de se contredire.

Par ailleurs, l'obligation de remboursement des appelantes trouvant son origine dans le contrat de travail de feu **C.)**, le paiement du 1^{er} juin 2010 ne découlerait pas d'une obligation naturelle et serait partant sujet à répétition.

Les appelantes ayant introduit leur demande avec une légèreté blâmable et persisté dans leurs errements en introduisant une requête en interprétation et une requête en relevé de déchéance jugées toutes deux irrecevables, elle estime avoir droit, au titre de son préjudice matériel, au remboursement des importants frais d'avocat qu'elle a dû déboursier.

Les appelantes répliquent que leur position serait toujours restée la même et que ce serait au contraire celle de l'intimée qui aurait varié au cours du temps. En effet, en octobre 2010, alors qu'**C.)** réclamait le paiement de sa rémunération variable pour les années précédentes, l'intimée lui aurait fait savoir qu'elle considérait le paiement de 472.000,- EUR comme un achat partiel de sa clientèle. Or, elle avait effectué le virement litigieux avec la mention « Prime pour l'année 2009 », ce pour des raisons fiscales.

Le paiement de 472.000,- EUR ayant été effectué dans le contexte de l'ensemble de la rémunération variable impayée et d'un éventuel transfert des droits du défunt à **SOC1'.)**, il serait déconnecté du contrat.

D'ailleurs, alors qu'**C.)** aurait réclamé ledit montant au titre de sa rémunération variable, l'intimée aurait précisé dans son procès-verbal de l'assemblée générale que « *MS et C.) informent le CA de SOC1'.) que MS et C.) ont convenu que SOC1'.) paie la somme de 472.000,- EUR à C.) pour fidéliser C.) et sa clientèle à SOC1'.)*. Il s'agit d'une affaire unique donc elle ne qualifie pas pour la circulaire sur les rémunérations variables ».

Quant au rapport d'expertise, les appelantes donnent à considérer qu'un projet de rapport leur a été communiqué en date du 5 décembre 2018 et que le rapport définitif a été déposé le 12 décembre 2018, ce qui ne leur aurait pas laissé le temps de commenter le rapport. Par ailleurs, l'expert aurait refusé de procéder lui-même à l'analyse de la comptabilité de l'intimée et se serait uniquement basé sur les quelques extraits choisis, respectivement confectionnés, par le comptable de l'intimée sans que personne ne puisse en vérifier la véracité, ni le caractère complet. Si, lors de la première expertise, **C.)** n'a pas contesté la façon de procéder de l'expert, cela était dû au fait que l'intimée ne pouvait, à cette époque, dissimuler l'existence de certains comptes puisqu'**C.)** disposait des connaissances et de la documentation afférentes. Ceci ne serait cependant pas le cas de ses héritières ni de son mandataire.

Selon l'intimée, la question du montant de 472.000,- EUR aurait définitivement été tranchée par un jugement ayant acquis autorité de chose jugée et l'arrêt du 15 mars 2018.

Appréciation de la Cour d'appel

Quant à la demande en nullité de l'expertise

La Cour se réfère à ses développements énoncés dans l'arrêt du 15 mars 2018, relatifs à l'autorité de chose jugée du jugement du 5 février 2013 quant à l'institution de la mesure d'instruction ordonnée par ledit jugement et quant au libellé de la mission de l'expert. De même, elle rappelle qu'elle a retenu qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des ristournes sur l'activité **SOC2.**) et des montants de rétrocessions payés par les Banques sur les comptes en question, y compris ceux d'**BQUE2.**) et du **BQUE3.**)

L'expert, se référant à ses remarques faites dans son rapport d'expertise du 12 janvier 2015, a précisé que les pièces produites par l'intimée, qui sont des copies issues de sa comptabilité, sont sincères et probantes et que le fait d'aller contrôler sur place, documents par documents, l'ensemble des justificatifs entraînerait des délais et des coûts supplémentaires préjudiciables pour les parties, sans que la demande ne soit justifiée, l'intimée ayant versé des pièces comptables détaillées.

L'expert, sur base desdites pièces, en arrive à la conclusion que le montant redû au titre des commissions pour la période du 1^{er} janvier au 23 mai 2009 (5 mois) est de 79.193,27 EUR, sachant que celui retenu dans son expertise du 12 janvier 2015 pour la période allant du 24 mai 2009 au 29 novembre 2010 (18 mois) était de 171.132,16 EUR.

La Cour constate que lors des opérations de la première expertise, les pièces produites par l'intimée n'ont pas été contestées quant à leur sincérité, la partie appelante ayant seulement exigé que l'intimée verse également les pièces pour la période du 1^{er} janvier au 24 mai 2009, de même que les pièces relatives à des postes au sujet desquels la Cour, dans son arrêt du 15 mars 2018, a retenu que l'expert n'avait pas à tenir compte.

La Cour retient que lors de la seconde expertise, l'expert, rendu attentif par le mandataire des appelantes, qui estimait que les pièces produites par l'intimée n'étaient ni sincères ni complètes, était à même d'en apprécier le caractère complet, sincère et probant, au vu notamment des pièces produites par l'intimée lors de la première expertise, qui avait le même objet sauf qu'elle visait la période suivant la période concernée par la seconde expertise.

A défaut d'un indice concret quant à un éventuel manque de sincérité des pièces produites par l'intimée, la Cour retient qu'une vérification sur place de l'entière comptabilité concernée, dans le respect du contradictoire et de la protection des données, entraînerait des coûts et des délais importants qui ne se justifient pas. Les parties ayant pu formuler leurs observations, l'expert y ayant répondu, le tout dans le respect du contradictoire, il n'y a pas partant lieu de faire droit à la demande en annulation du rapport d'expertise déposé le 12 décembre 2018.

Quant à la demande reconventionnelle en répétition de l'indu

Aux termes de l'article 1376 du Code civil, celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. De même, selon l'article 1235 du même code tout paiement suppose une dette, ce qui est payé sans être dû est sujet à répétition.

Le caractère indu du paiement est constitué par l'absence de cause justifiant le paiement intervenu.

La charge de la preuve du paiement indu, donc de l'absence de cause, appartient à celui qui en réclame la restitution.

Or, au vu des pièces versées au dossier et des renseignements fournis, la Cour constate que l'intimée n'a pas établi qu'au jour du paiement celui-ci était dépourvu de cause.

En effet, tel que développé dans l'arrêt du 15 mars 2018, il est indéniable qu'**C.)** avait accepté de déduire le montant de 472.000,- EUR du montant auquel il pouvait encore prétendre pour la période allant de 2004 à 2010, mais non de celui redû pour la seule période allant du 24 mai 2009 au 29 novembre 2010. Il ne s'est jamais contredit sur ce point.

En outre, si les premiers juges ont retenu que la demande était prescrite en ce qui concerne la période allant de 2004 au 24 mai 2009, cela ne revient pas à dire qu'au moment du paiement aucune commission n'était due pour cette période. Et quand bien même l'intimée aurait payé, en date du 1^{er} juin 2010, des dettes qui étaient déjà prescrites à cette date, il aurait, par son paiement, renoncé à invoquer la prescription.

La Cour constate d'ailleurs, que l'intimée a, pour la première fois, en date du 30 juin 2015, réclamé le remboursement du paiement prétendument indu, après que les premiers juges ont, par une mauvaise appréciation des conclusions de l'actuelle partie appelante, sinon par une formulation malencontreuse, dit qu'il y avait lieu de déduire l'intégralité du montant de 472.000,- EUR, bien qu'ils aient restreint la période concernée à 17 mois au lieu de 6 ans.

Par ailleurs, si le virement du 1^{er} juin 2010 énonce sous « Communication » « *Commission 2009* », force est de constater que dans un courriel adressé à **C.)** en date du 22 octobre 2010, **G.)** écrit :

« *Bonjour C.)*,

Il est clair que nous ne sommes pas du même avis sur la nature du paiement de 472.000 EUR à toi en mai 2010.

*Nous le considérons comme un achat partiel de ta clientèle. Tu le considères comme une prime sur l'année 2009.....Il s'agit d'un paiement pour la fidélisation d'C.) et sa clientèle à **SOC1'.**), comme notulé dans le CA du 24 juin 2010 ».*

Le rapport CA auquel **G.)** se référait précise en effet sous le point 4 que « *MS et C.) informent le CA de **SOC1'.**) que MS et C.) ont convenu que **SOC1'.**) paie la somme de 472.000 EUR à C.) pour fidéliser C.) et sa clientèle à **SOC1'.**). Il s'agit d'une affaire unique donc elle ne qualifie pas pour la circulaire sur les rémunérations variables.* » (Pièce 20 de Maître PRUSSEN).

Il suit de ce qui précède que le montant de 472.000,- EUR peut également correspondre au prix payé pour fidéliser la clientèle d'**C.)**.

En tout état de cause, la Cour retient que l'intimée reste en défaut d'établir que le paiement du montant de 472.000,- EUR a été effectué sans cause.

Il n'y a dès lors pas lieu à répétition du montant de 221.674,57 EUR correspondant au solde négatif dégagé par l'expert, de sorte que le jugement entrepris est à réformer en ce qu'il a condamné C.) à payer à la société SOC1'.) le montant de 300.867,84 EUR.

Quant à la demande reconventionnelle en paiement de dommages et intérêts eu égard aux frais d'avocats exposés

L'intimée fait plaider que feu C.) aurait agi avec une légèreté blâmable en réclamant des commissions pour une période prescrite, respectivement, pour une période pour laquelle elles avaient déjà été payées, puis en introduisant une requête en interprétation, puis une requête en relevé de déchéance, puis enfin en relevant appel contre le jugement du 29 septembre 2015, révélant ainsi « *une intention malicieuse ou vexatoire, une volonté mauvaise ou dolosive ou encore une faute lourde grossière inexcusable* ».

La jurisprudence luxembourgeoise admet que la circonstance que l'article 240 du Nouveau code de procédure civile permet au juge, sur le fondement de l'équité, d'allouer à une partie un certain montant au titre des sommes non comprises dans les dépens, dont les honoraires d'avocat, n'empêche pas une partie de réclamer ces honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice (cf. Cass. 9 février 2012, n° 5/12, n° 2881 du registre).

Force est de constater que l'intimée qui, au demeurant ne verse aucune pièce de nature à établir son préjudice, à savoir les frais et honoraires d'avocats, dont elle réclame le remboursement, n'établit pas non plus que la partie appelante aurait commis une faute.

En effet, le simple fait d'avoir exercé à tort une action en justice ou d'y avoir résisté injustement, puisque l'exercice d'une action en justice est libre, ne constitue pas une faute de nature à engager sa responsabilité.

En l'espèce, les différentes actions introduites par la partie appelante, mêmes si elles n'ont pas abouti, ne sont pas à considérer comme fautives.

Par ailleurs, les frais exposés auraient pu être limités si l'intimée n'avait pas, à tort, insisté pour que l'expert, lors de la première expertise, ne tienne pas compte des commissions prélevées sur la clientèle d'C.) pendant la période allant du 1^{er} janvier au 24 mai 2009 et n'avait pas persisté à réclamer le montant prétendument indu, bien que la partie adverse lui ait proposé de mettre fin au litige suite à l'arrêt du 15 mars 2018.

Quant à la demande en dommages et intérêts pour procédure vexatoire et abusive

Les appelantes font plaider que l'intimée aurait sciemment essayé d'induire les juridictions en erreur et déformé la réalité du dossier et persisté à réclamer le remboursement d'une somme qui ne lui était pas due.

L'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute, pouvant donner lieu à des dommages et intérêts, que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

Un tel abus de droit dans le chef de l'intimée n'ayant pas été établi, les appelantes sont à débouter de leur demande.

Quant aux demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile

L'intimée étant déboutée de sa demande reconventionnelle, il y a lieu de réformer le jugement entrepris, en ce qu'il lui a alloué une indemnité de procédure, et de décharger les appelantes de la condamnation afférente.

Les parties n'ayant, au vu de tous les éléments du dossier, pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais exposés et non compris dans les dépens, leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à déclarer non fondées.

PAR CES MOTIFS:

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

vidant l'arrêt du 15 mars 2018,

dit l'appel partiellement fondé,

dit l'appel incident non fondé,

réformant,

dit non fondée la demande reconventionnelle de la société anonyme **SOC1.)** en répétition de l'indu,

partant décharge **A.)** et **B.)**, agissant ès qualités, de la condamnation au paiement du montant de 300.867,84 EUR, prononcée contre feu **C.)**,

décharge **A.)** et **B.)**, agissant ès qualités, de la condamnation au paiement du montant de 1.500,- EUR prononcée contre feu **C.)** sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

dit non fondée la demande de la société anonyme **SOC1.)** en paiement de dommages et intérêts pour frais d'avocats,

dit non fondée la demande de **A.)** et **B.)**, agissant ès qualités, en paiement de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire,

dit non fondées les demandes des parties basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

fait masse de tous les frais et dépens des deux instances et les impose aux parties par moitié.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Lotty PRUSSEN, président de chambre, en présence du greffier Alain BERNARD.