

- Arrêt commercial -

Audience publique du vingt-quatre janvier deux mille treize

Numéro 37124 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Elisabeth WEYRICH, conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

A.), demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 16 février 2011,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

1) la société anonyme SOC.1.) S.A. (anciennement SOC.2.) S.A.), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) la société anonyme SOC.2.) S.A. (anciennement SOC.1.) S.A.), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce

et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

3) la société anonyme SOC.3.) S.A., établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimées aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 3 juin 2009, A.) a fait donner assignation à la société anonyme SOC.2.) S.A., ci-après SOC.2.), et à la société anonyme SOC.3.) S.A., ci-après SOC.3.), pour les entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour sa part, à lui payer la somme de 583.000 euros, sinon tout autre montant à dire d'experts, avec les intérêts légaux, du chef « d'honoraires sous forme de tantièmes qui consistaient dans une participation aux bénéfices (ci-après profit share), calculée sur la marge nette (ci-après cash-flow), générée par les affaires qu'il apportait ».

Il avait demandé en outre la condamnation des sociétés défenderesses au paiement d'une indemnité de procédure et l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Par jugement rendu par le tribunal d'arrondissement le 25 novembre 2010, A.) a été débouté de toutes ses demandes, les juges de première instance ayant décidé que l'existence de la créance alléguée n'était pas établie et rejeté les offres de preuve par témoins et par expertise formulées par A.).

De ce jugement, signifié le 13 janvier 2011, A.) a régulièrement relevé appel le 16 février 2011, en intimant la société SOC.1.) S.A. (anciennement SOC.2.)), la société SOC.2.) (anciennement SOC.1.) S.A.) et la société SOC.3.).

A.) explique que SOC.2.) aurait fait l'objet d'une scission par constitution de société nouvelle, SOC.1.) S.A., suivant acte notarié du 21

octobre 2010, suite à laquelle une très grande partie des actifs détenus par SOC.2.) aurait été transférée à la société SOC.1.) S.A., que par actes du 30 novembre 2010 les sociétés SOC.1.) SA et SOC.2.) auraient échangé leur dénomination et qu'il existerait une confusion totale entre les deux sociétés.

A.) affirme avoir travaillé pour le groupe G.1.) (groupe G.1.) à partir de 2002 et qu'à partir de 2006, il aurait travaillé en tant qu'apporteur d'affaires pour les sociétés SOC.2.) et SOC.3.), appartenant au groupe de sociétés G.1.), son activité consistant dans la recherche de clients et de nouvelles affaires en vue de la conclusion d'opérations de financements structurés par les sociétés SOC.2.) et SOC.3.); sa rémunération aurait consisté dans une participation au bénéfice, le profit share, dont le calcul aurait été très complexe ; les termes du contrat y compris le mode de calcul du profit share auraient d'abord été définis oralement d'un commun accord entre parties le 7 février 2006, notamment avec B.), (CEO chez G.1.), puis consignés par écrit dans le document dénommé « Terms and conditions Profit share A.) », daté au 7 mars 2007 mais non signé.

L'accord en question n'aurait été que la continuation de ce qui avait existé antérieurement avec le groupe G.1.).

Il aurait été amendé de temps à autre par les parties et pour la dernière fois suite à deux réunions ayant eu lieu les 20 janvier 2008 et 6 février 2008 avec B.).

Sa collaboration avec le groupe G.1.), plus précisément avec SOC.2.) et SOC.3.), aurait pris fin le 31 janvier 2009, d'un commun accord, soit quatre mois avant qu'il n'eût été démis de ses fonctions d'administrateur.

A.) avait en effet été nommé aux fonctions d'administrateur des sociétés SOC.2.) et SOC.3.) par décisions prises en assemblées générales ordinaires des actionnaires, tenues le 7 février 2007, les actionnaires ayant fixé le montant de ses émoluments d'administrateur et l'ayant révoqué en date du 8 juin 2009.

A.) affirme avoir exercé les fonctions d'administrateur en sus de celles d'un apporteur d'affaires.

Il demande la réformation du jugement entrepris et la condamnation des sociétés intimées à lui payer au titre du « profit share » pour les années 2007 (solde), 2008 et 2009 le montant total de 583.000 euros.

Ce serait à tort que les juges de première instance ont affirmé que A.) n'avait pas rapporté la preuve de l'existence du contrat invoqué, ni de la rémunération y attachée, de l'exécution effective de ce contrat et des bénéfices en ayant découlé.

A.) reconnaît que le document daté du 7 mars 2007 a été rédigé par lui-même et qu'il n'a pas été signé entre parties.

Il fait valoir que le contrat est néanmoins parfait, ce par le simple échange des consentements, aucune forme n'étant nécessaire à sa validité.

La preuve de la réalité du contrat d'apporteur d'affaires, y compris de la rémunération sous forme de participation au bénéfice, conclu avec les sociétés intimées, préalablement discuté et échangé entre parties, les sociétés intimées ayant valablement été représentées par B.), contrat amendé par la suite à plusieurs reprises et exécuté, contrat à ne pas confondre avec celui se trouvant à la base de ses fonctions d'administrateur, découlerait de l'analyse des pièces du dossier, dont plus particulièrement un échange d'e-mails avec les dirigeants de G.1.) et des extraits de son compte bancaire auprès de B.1.), retraçant les montants perçus de la part des sociétés intimées au titre de l'exécution du contrat « profit share » pour les années 2006 et 2007 et réglés en 2007 et 2008.

B.) n'aurait jamais émis la moindre contestation par rapport à la teneur des e-mails, dont certains se seraient référés au « profit share », ni par rapport aux versions amendées du contrat, lesquelles A.) aurait systématiquement transmises à B.), à C.) et à D.).

Il conclut que le silence gardé par les destinataires de ses e-mails aurait valu acceptation de leur contenu, partant preuve du contrat, par application du principe de la facture acceptée à la correspondance commerciale.

Par ailleurs, les montants réglés à A.) en exécution du contrat pour l'année 2006 et pour l'année 2007 (à l'exception d'un solde de 7.000 euros), correspondraient exactement au mode de calcul du « profit share » tel qu'il figure parmi les dispositions de la version de contrat qu'il avait élaborée. S'il avait reçu le montant de 48.000 euros de chacune des sociétés SOC.2.) et SOC.3.) sur son compte le 11 juin 2007, alors qu'il venait de prendre ses fonctions d'administrateur seulement trois jours plus tôt, la raison en aurait été que 35.000 euros correspondaient au profit share pour l'année 2006, les 13.000 euros restants correspondant à une partie de la rémunération fixe que l'appelant touchait d'une des filiales italiennes du groupe pour laquelle il avait travaillé auparavant.

En ordre subsidiaire, A.) réitère son offre de preuve présentée en première instance et ajoute deux offres de preuve supplémentaires en cours d'instruction.

Les sociétés intimées SOC.2.) et SOC.3.) demandent que le jugement entrepris soit confirmé et que A.) soit débouté de ses demandes.

Les juges de première instance auraient retenu à bon droit qu'en l'absence de contrat signé entre parties, il aurait incombé à A.) de prouver qu'il avait conclu avec l'organe compétent de chacune des sociétés assignées un contrat d'apporteur d'affaires, dans le cadre duquel il aurait eu droit au paiement de tantièmes consistant en une participation aux bénéfices, que le contrat avait été exécuté par lui et que les affaires apportées par lui avaient généré en 2007, 2008 et 2009 un bénéfice ainsi que le montant des bénéfices réalisés.

Elles se rallient encore aux juges de première instance en ce qu'ils ont décidé ensuite que les paiements intervenus en faveur de A.) (pièce 5 de la farde I de Maître ADAM), s'ils semblent bien concerner des tantièmes, ne contiennent pas pour autant la preuve qu'ils aient été payés en exécution du contrat allégué, ni qu'un solde reste dû, de même que cette preuve ne ressort pas des échanges d'e-mails, aucun des e-mails ne faisant allusion à l'existence d'un contrat conclu avec un organe compétent de l'une ou l'autre des deux sociétés, ces e-mails étant par ailleurs tous postérieurs à la prétendue conclusion du contrat et échangés avec des personnes externes aux parties intimées.

Elles font valoir que le groupe et les membres dirigeants du groupe seraient des entités juridiquement distinctes des membres dirigeants de chacune des sociétés intimées.

Les sociétés intimées n'auraient jamais accepté et reconnu un quelconque montant au titre du profit share allégué. Concernant la formule de calcul telle qu'elle résulte de la « convention » du 7 mars 2007, elles font valoir qu'il aurait été facile pour A.) d'élaborer a posteriori des formules mathématiques à partir des montants lui payés dans le cadre de ses fonctions d'administrateur.

S'il y avait en effet eu des paiements en faveur de A.), ils auraient été effectués au titre de son activité d'administrateur, en vertu de décisions prises par l'assemblée générale des actionnaires. A.) n'aurait en réalité fait qu'exécuter son mandat d'administrateur, les opérations de financement structuré invoquées par l'appelant étant liées à ses fonctions d'administrateur, l'objet social des deux sociétés comprenant « *la prise de participation sous quelque forme que ce soit dans des entreprises luxembourgeoises ou étrangères, l'acquisition par voie d'achat, d'échange, de souscription, d'apport(...)* ».

En tout état de cause, même si un contrat d'apporteur d'affaires avait existé, aucune rémunération n'aurait été due en sus des tantièmes perçus pour sa fonction d'administrateur, l'activité d'administrateur ne pouvant être distinguée de la prétendue activité d'apporteur d'affaires, de sorte que cette prétendue activité aurait disparu au profit du mandat.

Les intimées font enfin valoir que le conseil d'administration est seul investi des pouvoirs les plus étendus pour non seulement décider des actes de gestion, mais également pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Dès lors, il aurait appartenu au conseil d'administration seul, plus précisément à deux membres du conseil au moins, en vertu de l'article 7 des statuts des sociétés, sinon à un administrateur délégué à cet effet, de conclure avec A.) un contrat d'apporteur d'affaires.

Elles concluent que B.) n'avait aucun pouvoir pour engager les sociétés SOC.2.) et SOC.3.).

A l'argument de A.) basé sur l'acceptation des e-mails par le silence gardé par les destinataires, les sociétés intimées opposent qu'en sa qualité d'administrateur, A.) aurait rempli une fonction purement civile, qu'elles n'auraient d'ailleurs pas disposé de numéro TVA pour l'appelant, que les e-mails n'auraient pas présenté le degré de précision requis par la jurisprudence pour entraîner acceptation au sens de l'article 109 du code de commerce, que les sociétés intimées auraient contesté les montants réclamés par deux courriers des 25 mars et 15 avril 2009 et enfin que l'échange d'e-mails aurait eu lieu avec des personnes externes aux parties intimées.

L'offre de preuve par témoins réitérée en instance d'appel serait à écarter pour les motifs retenus par les juges de première instance. Même si un accord avait été trouvé entre A.) et B.), ce dernier n'aurait de toute façon pas été l'organe compétent au sein des sociétés intimées pour conclure un contrat d'apporteur d'affaires et ni B.) ni D.) n'auraient eu le pouvoir d'approuver le contrat allégué.

Elle ne serait dès lors pas pertinente.

Il en serait pareillement des offres de preuve supplémentaires.

Il serait encore sans intérêt de prouver par voie d'expertise la réalité des opérations conclues par A.), ayant prétendument généré des bénéfices pour les sociétés intimées, en l'absence de contrat signé, déterminant les conditions d'exécution du contrat et le mode de calcul de sa rémunération.

A.) réplique que si les parties intimées ne disposaient pas de numéro de TVA pour l'appelant, la raison en aurait été qu'elles voulaient régler A.) sous forme de tantièmes et non pas sur base d'un contrat, entraînant le paiement de charges sociales et l'application de la TVA de 20% qu'elles n'auraient pas pu récupérer. Il ajoute que les parties intimées l'avaient maintenu comme administrateur jusqu'en juin 2009, précisément afin qu'il puisse toucher le solde du profit share sous forme de tantièmes, A.) ayant

par ailleurs été nommé administrateur de SOC.2.) et de SOC.3.) uniquement pour justifier sa rémunération moyennant paiement de tantièmes.

Il donne encore à considérer que les sociétés intimées confondent les fonctions qui sont attachées aux membres du conseil d'administration d'une entreprise avec son objet social, alors que, tandis que l'administrateur participe au processus décisionnel de l'entreprise dans tous les domaines stratégiques, tels que le budget, l'intendance, la gestion du personnel, et la comptabilité, son travail donnant lieu au paiement d'un profit share aurait consisté dans la recherche de nouveaux « partenaires », qui étaient des sociétés financières dont l'acquisition pour le compte de sociétés du groupe G.1.) s'avérait intéressante.

Finalement A.) fait valoir que B.) aurait à l'évidence, même s'il n'avait pas disposé de pouvoirs formels et n'avait pas été investi d'un mandat social au sein des sociétés SOC.2.) et SOC.3.), exercé des fonctions de dirigeant de fait, c'est-à-dire qu'il aurait en fait exercé la direction des deux sociétés au lieu et place de son organe légal ou sous son couvert, à savoir le conseil d'administration.

En ordre subsidiaire, A.) fait valoir qu'il pouvait légitimement penser que B.) avait les pouvoirs nécessaires pour engager les sociétés intimées, au regard du comportement de B.), dirigeant toutes les sociétés du groupe et de l'attitude passive des représentants statutaires des sociétés SOC.2.) et SOC.3.).

Il expose que lors de la constitution des sociétés SOC.2.) et SOC.3.), le conseil d'administration des sociétés aurait été composé jusqu'en 2008, à l'exception de lui-même et de C.), d'administrateurs mis à disposition des sociétés par la société fiduciaire SOC.4.) S.A. et que cette dernière aurait pris toutes les décisions en conformité avec les instructions qu'elle recevait des dirigeants, plus précisément de B.) de la société SOC.5.) Spa, société-mère de SOC.2.) et de SOC.3.), qui aurait été actionnaire à 100% de SOC.2.) et indirectement à plus de 90 % de SOC.3.). Il aurait été normal qu'aucune négociation ne se fasse avec le personnel de SOC.4.).

B.) aurait en effet exercé les fonctions de « Consigliere delegato », l'équivalent de l'administrateur-délégué au sein de SOC.5.) Spa, la société mère de SOC.2.) et de SOC.3.).

Les décisions, opérations, investissements, désinvestissements ou financements de SOC.2.) et SOC.3.) auraient toujours été tous négociés et décidés par B.) ou par les personnes auxquelles il avait délégué de tels pouvoirs. Toutes les opérations effectuées par A.) auraient toujours été décidées et approuvées par B.). Durant toutes les années pendant lesquelles A.) avait travaillé pour le groupe G.1.), B.) aurait été son principal

interlocuteur et toutes les instructions et décisions de B.) auraient toujours été suivies.

Les faits offerts en preuve par A.) étant susceptibles d'établir le bien-fondé de ses allégations, il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, d'admettre l'offre de preuve de l'appelant, telle que précisée dans le dispositif du présent arrêt, par la production d'attestations testimoniales.

PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel recevable,

donne acte à A.) de ses explications détaillées concernant les qualités des parties intimées,

avant tout autre progrès en cause, admet A.) à prouver par la production d'attestations testimoniales de B.), de C.), de D.) de E.) et de F.), à faire établir en conformité aux dispositions légales, les faits suivants :

« 1) Monsieur A.) a travaillé pour le groupe G.1.) (« Groupe G.1.) ») depuis septembre 2002. A partir de 2006, il travaillait en tant qu'apporteur d'affaires pour les sociétés SOC.2.) S.A. (« SOC.2.) ») et SOC.3.) S.A. (« SOC.3.) »). Sa rémunération consistait dans un « profit share » dont les termes avaient d'abord été définis oralement d'un commun accord entre parties, puis consignés par écrit dans le document dénommé « Terms and conditions profit share A.) ». A.) et B.), CEO du groupe G.1.), ont, en outre, toujours examiné ensemble de façon exhaustive et détaillée les « spreadsheets » qui étaient dressés suite aux transactions conclues et ont toujours été parfaitement d'accord sur le calcul et les montants qui étaient dus à A.)

2) Tous les administrateurs des sociétés SOC.2.) et SOC.3.), à l'exception de C.) et de A.), étaient des membres du personnel de la société fiduciaire SOC.4.) S.A., mis à la disposition des sociétés SOC.2.) et SOC.3.), jusqu'en 2008, année à partir de laquelle des membres du personnel de la société mère ont progressivement été nommés membres des conseils d'administration des deux sociétés, comme G.) et H.), tous deux nommés le 19 décembre 2008, en remplacement de deux employés de la société SOC.4.) S.A., I.) et J.)

3) Toutes les décisions, opérations, investissements, désinvestissements ou financements étaient toujours négociés et décidés par B.) ou par les personnes auxquelles il avait délégué de tels pouvoirs. Ainsi toutes les résolutions prises par le conseil d'administration des sociétés SOC.2.) et SOC.3.) étaient prises en parfaite conformité avec les instructions de B.). Le contrat conclu entre SOC.2.) et C.) avait été préparé par la partie concluante d'après les mêmes termes que le sien et a été amendé par B.) à plusieurs reprises avant sa signature par F.) (administrateur de SOC.4.) S.A.) après que B.) ait donné l'instruction à la partie concluante de le transmettre pour signature à F.).

4) La convention a été amendée de temps à autres suivant l'accord des parties. Elle a été modifiée pour la dernière fois suite à deux réunions qui ont eu lieu en date du 20 janvier 2008 et du 6 février 2008 entre A.) et B.). Durant cette réunion, il a été convenu que le « profit share » dû à A.) sur le « qualifying cash flow » jusqu'à hauteur d'un million d'euros serait réduit à 25 % à partir du « profit share » 2008 (payable en 2009) (il était de 30 % antérieurement à cette modification).

5) Suite à la décision de A.) de quitter le groupe en janvier 2009, il a eu une réunion avec B.) en date du 21 janvier 2009 à (...). Lors de cette réunion, A.) a annoncé à B.) qu'il souhaitait quitter le groupe et lui a transmis le « spreadsheet » relatif au « profit share computation » à cette date. Le montant redû à A.) à cette date sur base du spreadsheet s'élevait à 583.000,- EUR. Lors de cette réunion, B.) a explicitement accepté et reconnu les montants réclamés par A.) sur base de ce « spreadsheet ». Il a uniquement soulevé la question de la computation des frais (« allocated operating costs ») sur le « profit share » 2009. Ceux-ci étant de 500.000,- EUR sur toute une année, A.) ayant quitté la société le 31 janvier 2009, B.) s'est demandé s'il y avait bien lieu de faire une ventilation et de ne déduire les frais qu'à raison de 42.000,- EUR, soit un douzième de 500.000,- EUR.

6) Lors d'un entretien en date du 23 janvier 2009 à (...), en présence de A.), B.), K.) (CFO du groupe G.1.) et C.) (administrateur de SOC.2.) et de SOC.3.)), A.) a demandé quand le solde du « profit share » allait lui être réglé. B.) a demandé à A.) d'envoyer une copie du « spreadsheet » à K.) et C.) afin que ces derniers vérifient la computation des frais. Il a affirmé que dès que cette vérification des frais serait faite, le « profit share » serait réglé.

7) En date du 3 février 2009, B.) et A.) ont eu une réunion lors de laquelle A.) a redemandé à B.) quand le solde du « profit share » allait lui être réglé. B.) a soulevé la question de l'étalement du règlement du « profit share » et si le solde total devenait dû immédiatement par la cessation de leur relation d'affaires. A.) a rappelé à B.) qu'il avait été convenu entre parties que si les parties mettaient fin à leur relation d'affaires, le solde du « profit share »

serait immédiatement dû, tel que cela ressort de leur convention. B.) a confirmé à A.) qu'il remplirait ses engagements.

8) Le 3 février 2009, A.) a également eu une réunion avec D.), Human Resources Manager du groupe G.1.), ainsi que L.) (COO du groupe G.1.). B.) les a rejoints à la fin de la réunion. L.) a confirmé que sur le « profit share » payable en 2007, un montant de 7.000,- EUR restait à régler à A.). L.) a également soulevé la question de la computation des frais sur 2009. Mis à part cette question, les personnes présentes à la réunion étaient toutes d'accord sur le calcul et le montant du « profit share » réclamé par l'appelant.

9) Lors d'un entretien téléphonique entre A.) et D.) en date du 13 mars 2009, ce dernier a confirmé à A.) que les montants qu'il réclamait avaient été vérifiés et qu'ils étaient corrects. Il a confirmé que ces montants lui étaient dus, mais que le groupe se trouverait dans une situation financière délicate et que les sociétés auraient partant des difficultés à lui régler les montants en question.

10) Les clients apportés, respectivement les opérations conclues grâce à la partie appelante étaient les suivant(e)s :

- opération avec D conclue le 7-8 septembre 2006, respectivement 6 novembre 2006*
- opération avec C conclue le 20 décembre 2006*
- modification d'opération avec C conclue en avril/mai 2007*
- opération avec H conclue le 29 novembre 2007*
- opération avec S conclue le 8 décembre 2008*

Toutes les prédites opérations ont été approuvées par B.) et comptabilisées dans les livres des parties intimées et ont généré un « cash flow » au profit des parties intimées tel qu'il figure dans les pièces versées numéros 2 à 4 de la farde de pièce numéro 1 de la partie appelante. »

dit que la contre-preuve est réservée,

dit que A.) dispose d'un délai jusqu'au 15 mars 2013 pour verser les attestations demandées,

refixe l'affaire à l'audience publique de la neuvième chambre de la Cour d'appel du mercredi 20 mars 2013 à 9.00 heures, salle CR.2.29, pour permettre au magistrat de la mise en état de vérifier l'accomplissement du devoir à accomplir par A.),

réserve le surplus.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.