Audience publique du dix octobre deux mille treize

Numéro 33992 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Agnès ZAGO, conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e :

1) A, administrateur de sociétés,

2) la société de droit italien B (anciennement C), établie et ayant son siège social à sous le numéro fiscal, représentée par A, en sa qualité d'administrateur unique,

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 11 août 2008 et d'une assignation en reprise d'instance de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 21 octobre 2011,

comparant par Maître Jean HOSS, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme de droit luxembourgeois D, établie et ayant son siège social à, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) la société anonyme de droit luxembourgeois E, établie et ayant son siège social à L, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) **F**, administrateur de sociétés, résidant à B-

intimés aux fins du susdit exploit STEFFEN,

comparant par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

4) **G**, sans état connu, veuve de H, administrateur de sociétés, ayant résidé à B-, décédé le 18 avril 2011, prise en son nom personnel comme héritière réservataire et comme administratrice légale de ses trois enfants mineurs pareillement héritiers réservataires,

assignée en reprise d'instance aux fins d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 21 octobre 2011,

défaillante.

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier du 21 décembre 2004, A et la société de droit italien C ont fait donner assignation à la société anonyme D - ci-après D -, à la société anonyme E, à H et à F à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour obtenir diverses condamnations.

Les demandeurs ont exposé que par un accord entre parties du 13 décembre 2001, A avait été engagé par la famille F qui gère un empire actif dans l'industrie alimentaire en général et du chocolat en particulier ; que I est le fondateur du groupe de sociétés et en est le « président stratégique », son fils aîné H est en charge des questions financières et de la production, l'autre fils F s'occupe de la commercialisation et des ventes, l'épouse de I, J, est « formellement présidente du conseil d'administration de la société anonyme E » et suit de très près les résultats de la gestion patrimoniale de la famille F ; que A s'était vu confier les trois missions suivantes : assurer le suivi, la coordination, l'organisation et l'amélioration de la gestion patrimoniale de la famille F et l'amélioration de la structure gérant le patrimoine privé de la famille F, assurer le suivi et la coordination des investissements industriels et commerciaux du groupe F, assurer l'identification et le développement des investissements de la famille F dans des activités complémentaires aux activités du groupe dans le domaine de l'alimentaire principalement et proposer des investissements soutenant le développement des activités du groupe F.

Les demandeurs ont fait valoir que A a durant l'année 2002 réussi à restructurer et à développer l'organisation de la gestion du patrimoine privé de la famille F, qu'il a participé aux activités des différentes sociétés du groupe F, que lors d'une réunion du 20 décembre 2002, H et F ont demandé à A d'établir une proposition d'investissement qui combinerait les intérêts de la famille F et les intérêts du groupe F.

Le projet K aurait été d'une importance capitale pour la famille et le groupe F ; par suite d'investissements dans des produits de capital à risque tant la famille F que le groupe F se seraient attendus à obtenir des rendements plus élevés ; l'activité de K aurait été axée principalement sur les investissements dans différentes sociétés de l'industrie agroalimentaire européenne.

La structure mise en place aurait consisté dans une société de capital à risque de droit luxembourgeois, K par l'intermédiaire de laquelle les investissements auraient transité et qui aurait bénéficié du statut de société d'investissement à capital à risque (SICAR), une fois publiée la loi du 15 juin 2004.

La société K aurait eu comme actionnaire commandité une autre société de droit luxembourgeois, K Une société de conseil constituée selon le droit italien, L, aurait fourni à K à son actionnaire commandité, K, des conseils en investissement. Les actionnaires de L étaient A et les personnes appartenant à l'équipe C qui allait gérer les investissements du projet K.

K avait comme actionnaires A, à travers sa société C, et la famille F, agissant par l'intermédiaire de D A fut nommé président du conseil d'administration et administrateur-délégué de K

Les demandeurs ont déclaré que le projet avait été établi longuement et en détail ; que jusqu'à Noël 2003, le projet K a toujours eu l'appui sans condition aucune de la famille F ; qu'un accord définitif a été documenté dans un écrit du 16 décembre 2003 ; qu'à Noël 2003, I n'était plus d'accord avec le projet K ; que le 30 janvier 2004, D a signifié à A son refus de participer dans le projet K.

L'attitude de la famille F, son retrait intempestif du projet K intervenu lors de la phase de lancement ayant entraîné l'abandon de projet K, aurait constitué la rupture des accords du 13 décembre 2001 et du 16 décembre 2003.

A a demandé de condamner :

- H et F solidairement, sinon in solidum à lui payer 104.000 € à titre de solde du bonus restant dû pour l'année 2003 en exécution de l'accord du 13 décembre 2001 ;

325.000 € au titre du bonus dû pour le premier semestre de l'année 2004 ;

le montant net d'impôt de 433.333 € au titre de la rémunération pour le premier semestre de l'année 2004 ;

450.000 € au titre de rétribution due pour le second semestre 2004 ;

- E seule ou E et H et F solidairement, sinon in solidum, à lui payer 25.000 € au titre d'une rétribution pour son poste de vice-président du conseil d'administration de E non payée pour les mois de mars à décembre 2003 ; et, suite à un redressement, à 26.875 €, subsidiairement à 5.000 €, à titre de rétribution de son poste de vice-président du conseil d'administration du 1^{er} janvier au 24 novembre 2004, date de sa révocation, sinon au 26 février 2004, date de l'assemblée générale ayant démis A de ses fonctions ;

- D sur base de l'accord du 16 décembre 2003, notamment de son article 7,I,(a), sinon en vertu de la responsabilité tirée de la rupture abusive d'une offre ferme et véritable, sinon de la violation du devoir de loyauté dans la phase précontractuelle des négociations, la somme de 2.400.000 € du chef de trois annualités de rémunération et 6.000.000 € à titre d'indemnité forfaitaire ;

400.000 € au titre de la rétribution due pour le second semestre 2004 ;
2.000.000 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi en raison de la réputation ternie auprès des banques les plus importantes et les plus prestigieuses d'Italie que A avait personnellement démarchées en vue du projet K.

A et C ont demandé de condamner D à payer à A et à C, sinon à A seul, sinon encore à C, 37.425.000 € au titre de la responsabilité pour *damnum emergens* et *lucrum cessans*, sinon pour perte d'une chance réelle et sérieuse de participer à un projet lucratif K, sinon pour rupture abusive d'une offre ferme et véritable, sinon de la violation du devoir de loyauté dans la phase précontractuelle des négociations.

Par jugement rendu contradictoirement le 6 juin 2008, le tribunal :
s'est déclaré compétent pour connaître des demandes dirigées contre la société anonyme E et la société anonyme D,
s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes dirigées contre H et F,
a déclaré la demande de A en condamnation à la rétribution pour 2004 pour son poste de vice-président du conseil d'administration de la société anonyme E recevable,
a déclaré les demandes non fondées.

Par acte de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 11 août 2008, A et la société B (anciennement C) ont relevé appel de ce jugement qui - d'après les actes de procédure versés - n'a pas fait l'objet d'une signification.

Les intimés concluent à l'irrecevabilité de l'appel principal pour autant que dirigé contre E, les appelants ne concluant pas à son égard ; subsidiairement ils demandent qu'elle soit mise hors de cause.

Pour le surplus, les intimés concluent au débouté de l'appel et déclarent interjeter appel incident par conclusions notifiées le 8 janvier 2009 contre le jugement de première instance en ce qu'il a :
admis l'attestation testimoniale de Maître EREDE, sinon l'a jugée pertinente,

admis le principe du droit à indemnisation quant à la demande en paiement d'indemnités de rupture et en paiement de la rétribution de A pour le second semestre 2004.

Les intimés soulèvent l'irrecevabilité de l'appel incident pour porter sur des motifs du jugement, seul le dispositif du jugement comptant et l'insatisfaction du plaideur devant la motivation du jugement ne justifiant pas un appel si, in fine, la décision comble ses demandes. En vertu de l'effet dévolutif de l'appel, celui-ci serait limité aux points contestés par les appelants.

Subsidiairement, les intimés demandent de tenir compte de l'ensemble de leurs moyens au titre de cet appel incident comme moyens de défense au fond à l'appel principal.

Suite au décès de H, une assignation en reprise d'instance a été signifiée le 12 octobre 2011 à la veuve de H, G, prise en nom personnel comme héritière réservataire et comme administratrice légale de ses trois enfants mineurs pareillement héritiers réservataires, M, N et O. L'assignation a été remise en personne à G le 15 novembre 2011 ; elle n'a pas été suivie d'une constitution d'avocat.

I) Quant à la recevabilité des appels

I)A) Quant à l'appel principal

A défaut de conclusions prises par les appelants à l'égard de la société anonyme E, l'appel pour autant que dirigé contre cette partie est à déclarer irrecevable.

L'appel dirigé contre D, H et F est à déclarer recevable pour avoir été formé dans les formes et délai de la loi.

I)B) Quant à l'appel incident

L'appel incident est à déclarer irrecevable, le jugement de première instance ayant donné gain de cause aux intimés.

Contrairement, toutefois, aux conclusions des appelants, les intimés confrontés à l'appel principal, peuvent réitérer leurs moyens n'ayant pas été suivis par la juridiction de première instance.

Ces moyens sont donc recevables.

II) Quant à l'appel dirigé par A contre H et F

L'appelant critique le jugement de première instance en ce que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande dirigée contre H et F en retenant que les conditions de l'article 6 du Règlement (CE) N° 44/2001 n'étaient pas remplies.

Le risque de décisions contradictoires serait patent : le paiement à effectuer par H et F aurait été réduit précisément pour tenir compte du rendement issu de la participation de A et de sa société C dans le projet K ; l'un n'irait pas sans l'autre, car l'un serait conditionné par l'autre.

L'accord du 13 décembre 2001 et le projet K seraient si étroitement liés qu'on ne saurait instruire et juger les demandes dirigées contre H et F et contre D séparément.

Les intimés font plaider que les juridictions luxembourgeoises sont internationalement incompétentes pour connaître de la demande, les frères F étant domiciliés en Belgique, les parties ayant elles-mêmes localisé conventionnellement le lieu d'exécution de la convention à Monaco et les demandes dirigées contre D d'une part et contre les frères F d'autre part différant par leur source, leurs débiteurs, leur objet, les parties.

L'article 2 du Règlement (CE) N° 44/2001 prévoit la compétence des juridictions de l'Etat dans lequel se trouve le domicile du défendeur.

L'article 5 du Règlement (CE) N° 44/2001 dispose que : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite dans un autre Etat membre :

1)a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. »

L'article 6 dispose sub 1) que : « Cette même personne peut aussi être atraite : s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément. »

A défaut de domicile de H et de F au Luxembourg, la compétence des juridictions luxembourgeoises n'est pas donnée de ce chef.

A requiert le paiement de 450.000 € à H et F au titre de rétribution pour le second semestre 2004 et présente une offre de preuve testimoniale tendant à établir que « pour le second semestre 2004, il a été convenu que A ait droit (...) à 450.000 € nets payés par la famille F. »

Cette demande est basée sur l'accord du 13 décembre 2001, A indiquant qu'elle porte sur la rétribution y prévue, mais telle que réduite par la suite.

Le jugement de première instance n'est pas critiqué en ce qu'il a retenu que le lieu d'exécution n'était pas au Luxembourg.

La demande formulée contre H et F n'étant pas basée sur l'accord du 16 décembre 2003 invoqué contre D, mais ne reposant que sur les relations convenues entre parties le 13 décembre 2001, le risque de décisions inconciliables à intervenir à l'égard de H et F quant à la revendication présentée à leur égard, d'une part, et à l'égard de D, d'autre part, n'est pas établi.

La décision de première instance est donc à confirmer en ce qu'elle a dit que les juridictions luxembourgeoises sont incompétentes pour connaître de la demande de A dirigée contre H et F.

III) Quant à l'appel dirigé par A contre D

A décrit sa mission en déclarant qu'il y a eu un changement générationnel au sein de F et que les tâches qui lui avaient confiées par l'accord de 2001 ne se sont pas limitées à la gestion du patrimoine privé de la famille F, que c'était un véritable travail à connotation industrielle et commerciale. Il affirme avoir eu une véritable mission pour le groupe F, avoir été le concepteur du projet K et avoir disposé du plus haut salaire au sein du groupe F.

Le projet K se serait nourri de la renommée et de la fortune de la famille F et du savoir-faire, de l'expérience et des contacts de A.

La structure du projet K aurait été mise en place en collaboration avec les conseillers de la famille F, et surtout avec J et H.

Selon l'appelant, les parties étaient dans la phase d'exécution de l'accord relatif au projet K.

Selon l'intimée, A promettait par l'accord de 2001 à la famille F sa collaboration « pour tous les aspects liés à la gestion et au meilleur rendement de notre patrimoine privé (ainsi défini pour le distinguer du patrimoine constitué par le Groupe Industriel F) ; cette collaboration avait pour but « de réaliser un projet de Family Office et de soumettre à la famille des opportunités de placement. » Il s'agissait d'assurer la cohérence entre les investissements familiaux et les activités du groupe. Il n'en reste pas moins que l'activité de A était limitée à la gestion du patrimoine privé. Une extension de sa fonction au niveau du groupe n'était envisagée comme éventualité que pour la deuxième année de collaboration. Or, cette extension des fonctions dans le groupe F n'a jamais eu lieu.

D déclare que A a, suite à la signature de l'accord de 2001, été nommé administrateur-délégué de la société de droit monégasque P par laquelle le patrimoine privé de la famille F était géré ; qu'il a ensuite été nommé comme directeur de la société italienne P.F & C, cette nomination ayant eu exclusivement pour but de permettre son affiliation à l'institut de la sécurité

sociale pour les dirigeants des entreprises industrielles en Italie ; qu'il a, enfin, été nommé vice-président du conseil d'administration des sociétés F & C. et E aux fins de lui procurer une certaine crédibilité en Italie et à l'étranger à l'égard de ses interlocuteurs potentiels. A n'avait cependant pas de fonction opérationnelle à l'intérieur du groupe.

III)A) Quant à la demande de A portant sur la somme de 8.400.000 €

Invoquant un accord du 16 décembre 2003, notamment son article 7,1,(a), sinon la responsabilité de D tirée de l'absence d'exécution par K de la promesse de porte-fort stipulée à cet article, sinon la responsabilité de D tirée de la rupture abusive d'une offre ferme et véritable, sinon la violation du devoir de loyauté dans la phase précontractuelle des négociations, A demande de condamner D au paiement de 8.400.000 € (trois annualités de rémunération à raison 2.400.000 € + une indemnité forfaitaire de 6.000.000 €).

III)A)1) Quant au « Bozza del 16 dicembre 2003 Accordo »

L'appelant fait valoir que c'est à juste titre que les juges de première instance ont retenu le caractère valable et contraignant de l'accord du 16 décembre 2003.

Il déclare que dans le cadre des nombreux contacts qu'il a eus avec H et J, à aucun moment un « feu vert » obligatoire de I pour la réalisation du projet K n'aurait été mis en avant comme condition sine qua non ; on n'aurait pas attendu un mot final de I. I aurait interrompu le projet définitivement convenu.

Il fait valoir qu'en droit italien, le défaut de signature n'a de conséquence qu'à l'égard de la clause d'arbitrage.

D conteste l'existence d'un accord valable entre parties.

Selon elle, la loi applicable à la question de l'existence du contrat est la loi italienne ; tout comme en droit luxembourgeois, la loi italienne exige la rencontre de la volonté des parties au contrat dans la formation du contrat. A défaut de signatures, il n'y aurait pas d'accord. Il serait juridiquement inexact de faire abstraction de la personnalité morale d'une société - D - en l'identifiant purement et simplement à ses bénéficiaires économiques. Les appelants ne parviendraient pas à démontrer entre quelles parties le contrat a été conclu. A défaut de la signature d'au moins deux de ses administrateurs, D n'a pas pu valablement exprimer son consentement. L'existence d'un mandat dans le chef de Q et de R ne serait pas établie.

Elle cite les clauses suivantes du document : « Toute modification du présent Accord devra être rédigé par un écrit et signé par tous les signataires.

Le présent Accord est contraignant et est au bénéfice des signataires et de leurs successeurs respectifs.

Aucun comportement de tolérance, même s'il est répété, de la part d'un des signataires envers des inexécutions ou des retards d'exécution des autres signataires ne pourra être interprété comme (...) renoncement des signataires non défailtants à faire valoir leurs propres droits.

Les signataires s'obligent à maintenir la confidentialité la plus scrupuleuse sur le contenu du présent Accord. »

Elle en conclut que les futures parties au contrat considéraient leur signature non seulement comme un élément déterminant de l'expression de leur volonté, mais encore qu'elles ont voulu ériger leur signature en condition de validité de leur convention ; à défaut de signatures, il n'y aurait pas d'accord.

Le document du 16 décembre 2003 sur lequel la demande est basée est un projet (« bozza ») non signé.

Aux fins de déterminer la loi applicable, il y a lieu de se référer à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 ne s'appliquant, au vœu de son article 28, qu'aux contrats conclus après le 17 décembre 2009.

L'article 8 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dispose sub 1. que : « L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables. »

L'article 8, alinéa premier de la Convention de Rome traite de façon générale de l'existence et de la validité du contrat ; il englobe et les vices du consentement et l'existence même de celui-ci, et plus largement, l'existence et la validité du contrat lui-même. Ce sont tous les aspects du contrat qui sont visés, à l'exclusion des questions de forme. (cf. Jurisclasseur Droit international, t.6, fasc. 552-15.)

Eu égard à l'article 3.1. de la Convention de Rome disposant que le contrat est régi par la loi choisie par les parties, et eu égard à l'article 10 g) du projet d'accord du 16 décembre 2003 aux termes duquel l'accord est réglé par la loi italienne, celle-ci est applicable.

Selon l'avis du Professeur S du 31 mars 2006, versé par les appelants, le contrat en cause a, sauf en ce qui concerne la clause d'arbitrage, pu être stipulé en forme orale.

Un second avis du Professeur S du 5 mai 2007 est versé en italien ; à défaut de traduction en français, il ne pourra pas être pris en considération.

Selon l'avis du Professeur T, versé par les intimés : « En conclusion (...) même dans le cas d'une hypothèse non prouvée, dans laquelle ait vraiment été parachevé un accord verbal avec le même contenu prévu par le projet contractuel rédigé par Maître CARPINELLI, cet accord verbal, pour le droit

italien, en vertu de l'article 1352 du code civil, serait considéré comme non valide ou de toute façon inefficace pour l'inadmissibilité de la violation du pacte qui conditionnait la volonté d'une stipulation à sa rédaction par écrit, pacte dont une révocation ne résulterait toutefois pas démontrée préalablement, ni une volonté survenue incompatible avec celle exprimée précédemment. »

L'article 1352 du code civil italien dispose que : « Si les parties ont consenti par écrit à adopter une forme spécifique pour la conclusion d'un contrat, il est supposé que le formalisme a été mis en service pour la validité de cette conclusion. (2725). » (Si le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma par la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta par la validità di questo.)

En l'espèce il n'est ni allégué, ni établi que les parties aient consenti par écrit à adopter la seule forme écrite pour la conclusion d'un contrat à intervenir.

Le fait que le projet d'accord du 16 décembre 2003 désigne les parties de « signataires » est donc sans incidence.

La rédaction d'un projet écrit avec la mention de la signature des parties, ce également pour des modifications futures, n'exclut pas un accord oral intervenu sur les éléments essentiels de l'accord.

Une disposition légale italienne imposant la signature des parties et par conséquent la forme écrite ad validitatem de l'accord faisant l'objet du litige n'est pas invoquée par les intimés.

Il y a dès lors lieu d'examiner si un accord parfait entre parties était, ou non, intervenu.

A fait valoir qu'il y a eu des actes d'exécution de l'accord, alors que D parle d'actes de préparation.

L'appelant explique que les sociétés K et L ont été constituées ; que les conseillers juridique et fiscal du groupe (KPMG et l'étude de Maître WILDGEN au Luxembourg) ont été engagés pour suivre le projet K et préparer la documentation juridique et fiscale nécessaire ; qu'en Italie, Maître CARPINELLI a été retenu comme avocat connu de A et de la famille F ; que des chasseurs de têtes retenus et payés par D ont contacté des gestionnaires potentiels pour diriger les sociétés ainsi constituées et que des salariés ont été recrutés ; qu'un business plan a été préparé par A avec la famille F ; que A a démarché des banques établies notamment en Italie pour rassembler les fonds complémentaires nécessaires au déUage du projet K ; qu'en partie H y a participé ; que fin 2003, A avait reçu l'engagement ferme de différentes banques italiennes ; que le projet K était donc sur les rails et que ne restaient que quelques détails à régler, comme par exemple la date du premier appel de fonds ; qu'un investissement avait même déjà été effectué en 2003 par D dans une société italienne U pour un montant de 15

millions d'euros dans un but de portage transitoire avec comme but avéré de le transférer à K.

D répond que dès les mois de septembre-octobre 2003, toute la structuration du projet K était déjà planifiée : qu'au mois de septembre 2003, A avait commencé à démarcher les investisseurs potentiels ; que D avait été créée le 28 avril 2003 ; que L avait été constituée le 24 octobre 2003 ; que l'administrateur-délégué de cette société avait été recruté par lettre d'engagement du 8 septembre 2003 ; que L s'était vu accorder un prêt de 550.000 € par une décision de l'assemblée générale extraordinaire de D du 14 novembre 2003.

Ainsi que le fait relever l'intimée, ces actes ont été antérieurs au 16 décembre 2003. Un accord définitif n'étant invoqué par A qu'à partir du 16 décembre 2003, les actes décrits ne peuvent pas avoir constitué des actes d'exécution d'un accord abouti.

Concernant l'investissement fait par D dans la société U, celui-ci est dans le « bozza » du 16 décembre 2003, qualifié seulement d'«opportunité d'investissement pour l'initiative K ».

La preuve de l'existence d'un accord définitif entre parties ne saurait donc en être déduite.

L'appelant fait encore plaider qu'après une longue négociation entre A, d'une part, et la famille F, agissant par l'intermédiaire de Q et R, de l'autre, et suite à l'intervention de H, un accord aurait été trouvé concernant les caractéristiques fondamentales du projet K et les rôles, droits et obligations respectifs de A et de la famille F. Le texte du 16 décembre 2003, documentant cet accord, rédigé par l'avocat commun de A et de la famille F, Maître CARPINELLI, reflèterait l'accord parfait entre les parties.

Selon D, il y aurait confusion quant à la détermination des parties au prétendu contrat ; il y aurait confusion de la société D avec la famille F ; il serait juridiquement inexact de faire abstraction de la personnalité morale d'une société en l'identifiant purement et simplement avec ses bénéficiaires économiques.

Elle invoque l'absence d'expression de volonté dans son chef. La signature de deux des administrateurs au moins ferait défaut, D n'aurait donc pas pu exprimer valablement son consentement. Ni Q, ni un autre négociateur n'auraient été des mandataires de D ayant reçu le pouvoir de conclure un acte juridique, un contrat, au nom et pour le compte de celle-ci.

Il y a lieu de constater que dans le projet d'accord figurent, d'un côté, A pour lui-même et pour des sociétés par lui contrôlées, et de l'autre côté, D.

Le projet d'accord ne renseigne donc pas de confusion des parties.

Il y a cependant lieu de remarquer que D était, selon les conclusions des intimés mêmes « conçue comme un véhicule d'investissement par lequel devaient transiter, entre autres, les investissements de la famille F dans le projet K. »

Il n'est pas contesté que Q et R, qualifiés par D d'hommes de confiance de la famille F, avaient le pouvoir de négocier au nom de D relativement au projet K, ni que J, H et F y ont participé en partie.

La question qui se pose d'abord est celle de savoir si Q et R avaient le pouvoir de conclure un accord liant D.

L'existence d'un mandat de conclure un accord engageant D, donné par les représentants de la société D aux deux négociateurs, Q et R, n'est pas établie.

Ni l'existence de pareil mandat dans le chef de J, H et F, ni la qualité d'administrateurs-délégués de D dans leur chef ne sont établies.

L'appelant fait état d'un mandat apparent dans le chef de Q et R; il aurait légitimement pu croire que le document du 16 décembre 2003 avait recueilli l'accord de la famille Fet donc de D.

D critique le jugement de première instance en ce qu'il a dit que le mandat accordé à A le 19 décembre 2003 de signer seul au nom et pour compte de la société K tous actes, contrats, documents de toute nature en rapport avec la réunion d'un cercle restreint d'investisseurs sélectionnés, intéressés par l'investissement dans la société K, fait preuve de ce que D en sa qualité d'actionnaire majoritaire de K a nécessairement marqué son accord global à l'accord documenté par l'écrit du 16 décembre 2003 en procédant à l'exécution des actes juridiques y prévus.

Il importe de rappeler que D en tant que société par laquelle devaient transiter les investissements de la famille F devait nécessairement conclure dans l'intérêt de la famille F; ses représentants ne pouvaient donc pas donner d'accord sans le consentement ou sans l'approbation de la famille F.

Or, les éléments fournis en cause établissent que la décision de conclure dépendait de l'avis, voire de l'accord final de I.

Il est, en effet, constant en cause que I s'est opposé au projet et que par la suite l'accord n'a pas été conclu. Il n'est d'ailleurs pas allégué que les autres membres de la famille Fet le conseil d'administration de D n'aient pas suivi cette prise de position.

L'appelant fait plaider que le comportement de la famille F, celui de I également, auraient démontré qu'elle approuvait le projet K. Le feu vert de I n'aurait pas été mis en avant comme condition sine qua non.

Dans l'acte d'appel, A qui connaissait la famille depuis l'accord entre parties de décembre 2001, parle d'un empire de la famille F, et dit que I est de facto le fondateur du groupe des sociétés et en est le « président stratégique. »

Dans ses conclusions, A dit qu'il a eu à connaître le caractère de I dès qu'il s'agissait d'innover et que les parties adverses ont bien raison d'indiquer qu'il était évident qu'un propriétaire - visant par là I- donnât son consentement à un investissement sur ses propres deniers.

Il verse en plus un article de presse paru le 3 décembre 2004 dans le « Corriere della Sera » avec une traduction en français, intitulé « Ferrero, roi du chocolat et Monsieur 3,4 milliards » qui note que : « De Monte-Carlo, où il réside, I, à 79 ans, détient encore le contrôle du groupe. (...) les décisions fondamentales sont toujours prises par le patriarche qui détient encore la totalité des actions. (...) Le futur du groupe alimentaire italien le plus important et le plus florissant dépend du vieux I. (...) »

Par ailleurs, ainsi que le souligne D, A a adressé le 12 juin 2002 un courrier par lequel il s'est déclaré prêt à exploiter son expérience et ses capacités de manager pour servir les intérêts du groupe et de la famille, non seulement à H et à F, mais aussi et en premier lieu à I. Il y a dit en plus qu'au cours des six mois de sa présence dans le groupe, il a compris les caractéristiques particulières et l'esprit de la société F.

Ces éléments démontrent que A connaissait le rôle de I au sein du groupe F, partant l'importance primordiale de l'avis de I en rapport avec les stratégies du groupe. Il savait nécessairement que sans l'accord de I, le projet K ne pouvait pas se réaliser.

Sans devoir examiner autrement les développements des parties relatifs au mandat apparent dans le chef des négociateurs de conclure un accord définitif, ce moyen ne saurait donc être accueilli.

L'appelant fait encore plaider que les membres de la famille F participaient de façon active à la gestion et faisaient preuve d'une autorité telle qu'ils paraissaient prendre seuls les décisions importantes qu'ils n'avaient aucun mal à imposer aux dirigeants de droit. I, et peut-être dans une moindre mesure J, H et F devraient être considérés comme dirigeants de fait de D.

Sans autre examen de l'incidence de ce moyen, il est à rejeter étant donné qu'à défaut d'accord dans le chef de I, une acceptation du projet d'accord de la part des « dirigeants de fait » n'est de toute façon pas établie.

L'appelant fait encore état de ce que l'intimée a payé les frais et honoraires des différentes prestations, qu'elle a racheté la participation de l'appelant dans K, et qu'elle a, selon ses conclusions, pris en charge les frais de constitution et de liquidation des sociétés K et L. La preuve de ce que les prises en charge visées ont été faites en exécution du projet d'accord n'est cependant pas rapportée, ces frais ayant été pris en charge au moment où il était acquis en cause que le projet K n'allait pas être réalisé.

En conclusion des développements qui précèdent, il y a lieu de constater non seulement que la conclusion d'une convention par D le 16 décembre 2003 laisse d'être établie, mais encore que le refus d'adhérer au projet est établi.

Dès lors, l'offre de preuve des appelants tendant à établir l'existence d'un accord entre parties par la production d'une attestation de Maître Sergio EREDE, avocat inscrit au Barreau de Milan, sinon par l'audition, par commission rogatoire, du rédacteur du « bozza » du 16 décembre 2003, Maître avocat inscrit au Barreau de Rome, est à déclarer irrecevable pour être d'ores et déjà contredite par les éléments du dossier.

L'examen des moyens développés quant à l'admissibilité des témoignages proposés, ainsi que celui de la question préjudicielle posée par les appelants sur la constitutionnalité de l'article 22 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, notamment au regard du principe constitutionnel de la sécurité juridique, de celui de la séparation des pouvoirs et des articles 84, 86, 49 et 89 de la Constitution, s'avèrent donc superfétatoires.

A défaut de prise en compte d'attestations testimoniales de Ret de Q, l'examen du moyen tiré de l'application du principe de l'égalité des armes s'avère à son tour inutile.

La demande de A pour autant que basée sur l'existence d'un accord définitif est donc à rejeter comme non fondée.

III)A)2) Quant à la responsabilité de D pour absence d'exécution d'une promesse de porte-fort

A invoque la responsabilité de D tirée de l'absence d'exécution par K de la promesse de porte-fort stipulée à l'article 7,l)a) de l'accord du 16 décembre 2003.

Cet article, réglant la cessation anticipée de la charge de A, est libellé comme suit : « Relativement aux hypothèses suivantes de cessation anticipée, le régime des rémunérations dues par K à M.C sera le suivant :

- a) révocation de la charge de Président de K sans juste cause, ou démission de M.C de ladite charge pour juste cause en faveur de M.C, en entendant par cela qu'il se sera produit sans l'accord de M.C un des deux cas suivants :
 1. limitation significative des pouvoirs de Président de K;
 2. concession des activités d'assistance et conseil en termes substantiellement identiques à ceux prévus dans le contrat avec
 3. , à des sociétés autres que
 4. .

Versement de la part de K à M.C (...) ».

Le tribunal a dit qu'il résulte du contrat que lesdites rémunérations et indemnités étaient à charge de K, qu'il est précisé que D et C feront tout ce qui est dans leur pouvoir pour assurer que les administrateurs de K approuvent la conclusion du contrat avec A, que cette promesse de porte-fort était relative à l'accomplissement par K de différentes opérations juridiques, que tant qu'il n'y avait pas de refus de cette société d'exécuter les obligations résultant desdits actes aucun droit n'était acquis, que conformément à l'accord il appartient partant à A de s'adresser à K pour réclamer paiement des rémunérations échues et des indemnités convenues, la responsabilité de D n'étant pas encore engagée.

A fait valoir que K a été dissoute par acte notarié du 5 mai 2004 ; qu'à cette époque, D était l'unique actionnaire de K , qu'un refus de ratification par le tiers entraînant de ce seul fait la responsabilité du porte-fort peut intervenir de manière implicite, que K n'existe plus et qu'il ne saurait exister de refus implicite plus évident et incontestable.

La responsabilité de D serait donc engagée.

A déclare avoir été contraint de démissionner du poste de président du conseil d'administration de K puisque le projet K a été abandonné.

Il présente une offre de preuve testimoniale quant à l'accord intervenu sur ce point.

D répond que les conditions de l'article 7) I) (a) ne sont pas remplies : il n'y aurait ni révocation de la charge de président de K sans juste cause, ni démission pour juste cause. L'hypothèse où le projet K n'aurait pas été réalisé du tout n'est pas visée par l'article 7) I) a).

A n'a pas été révoqué de sa charge de président de K et l'hypothèse visée sub a)2. n'est pas non plus invoquée.

A déclare avoir, sans son accord, perçu une limitation significative des pouvoirs de président du conseil d'administration de K . Il aurait été forcé de démissionner de ce poste puisque le projet K a été abandonné ; il ne serait pas parti de son gré. Avec l'abandon du projet K en cours de réalisation, le poste de président du conseil d'administration, que ce soit du point de vue juridique ou du point de vue économique, n'aurait pas valu grand-chose, s'agissant d'une société sans activité, d'une coquille vide.

Or, par l'emploi des termes « limitation des pouvoirs de président », les parties ont visé l'hypothèse d'une limitation des pouvoirs du président en fonctions et non pas la perte des pouvoirs de président du conseil d'administration résultant de la cessation d'activité de la société.

La demande de A n'est donc pas non plus fondée sur cette base.

III)A)3) Quant à la responsabilité de D pour rupture abusive d'une offre ferme et véritable, sinon tirée de la violation du devoir de loyauté dans la phase précontractuelle des négociations

L'appelant invoque une rupture abusive d'une offre ferme et véritable, sinon la violation du devoir de loyauté dans la phase précontractuelle des négociations. Il n'y aurait eu aucune intention de conclure un contrat.

Il fait plaider que les circonstances dans lesquelles la famille Fet, avec elle, D ont abandonné le projet K ne témoignent pas de la loyauté élémentaire à laquelle on peut et doit s'attendre dans la phase précontractuelle. D se serait subrepticement retirée du projet. La mauvaise foi serait donnée puisque A aurait continué à démarcher des investisseurs bien que ce fût peine perdue et que son avis ne fut même pas demandé sur les conséquences du scandale W suite auquel I aurait eu des craintes injustifiées en rapport avec le projet K. L'obligation de bonne foi imposerait de ne pas rompre les pourparlers de manière injustifiée ou brutale ou sans discussion sérieuse, elle commanderait, en particulier, de ne pas mettre fin brusquement aux pourparlers alors qu'on aurait suscité chez le partenaire une confiance légitime dans la conclusion du contrat.

D répond qu'aucune négociation n'a eu lieu entre elle et les appelants ; que les conditions d'une responsabilité délictuelle ne sont pas établies ; que chacun devrait pouvoir mettre fin librement aux pourparlers et qu'il n'y aurait pas eu rupture abusive de pourparlers ; subsidiairement, que dans la phase précontractuelle, chacun devrait pouvoir mettre fin librement aux pourparlers ; qu'il n'y aurait pas eu violation de l'obligation de bonne foi, ni faute patente, indiscutable.

Dans les conclusions échangées, les parties ne font pas état de dispositions légales italiennes, ni surtout de dispositions de droit italien divergentes des règles applicables en droit luxembourgeois. Concernant l'indemnisation en particulier, elles se réfèrent aux doctrines et jurisprudences luxembourgeoises et françaises.

Ce chef de la demande est donc examiné sur base du droit luxembourgeois et des règles de la responsabilité délictuelle.

Dans le cadre des développements relatifs à la responsabilité contractuelle, il a été retenu qu'il n'est pas établi qu'il y a eu mandat ou mandat apparent dans le chef de Q et de R pour conclure un accord définitif au nom de D.

Il est, toutefois, établi que Q et R ont mené des négociations en rapport avec le projet K qui devait avoir comme parties au contrat D et A ainsi que la société B. Il est de même constant en cause que D était le véhicule des intérêts de la famille Fet que c'est suite au refus de I de continuer le projet K qu'il y a été mis fin.

Il est de principe que tant que les parties sont en pourparlers, elles disposent de la liberté de rompre ; la rupture n'engage pas la responsabilité de son

auteur. « En vertu du principe de la liberté contractuelle, les négociateurs doivent conserver la liberté de ne pas contracter et donc de rompre les pourparlers. (...) Ce n'est que lorsqu'il y a abus de la liberté de rompre les pourparlers que la responsabilité de celui qui a pris l'initiative de la rupture peut être engagée si son partenaire en subit un préjudice.» (Droit de la responsabilité des contrats, LE TOURNEAU, nos 838, 839, 841 ; Jurisclasseur civil, art. 1109, nos 53, 54).

Pour que la rupture des pourparlers de négociation donne lieu à réparation, il faut qu'il y ait une faute de la part de la partie qui a mis fin aux négociations.

Il n'est pas établi qu'il n'y ait eu aucune volonté de conclure, ni qu'il y ait eu volonté de nuire, ni qu'il y ait eu mauvaise foi dans le chef de D.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, A était au courant de la position de I au sein du groupe F et de l'importance primordiale de son avis, voire de son accord. La question de savoir si ses craintes pour le projet K en considération du scandale de la faillite du « géant de l'agroalimentaire » W étaient justifiées ou non, est sans incidence ; ses craintes lui ont fait adopter une attitude prudente et il était de son droit, surtout eu égard à l'importance des investissements que la famille F aurait faits, de veiller aux intérêts financiers de la famille et d'éviter un risque éventuel qu'il appréhendait. La même considération vaut d'ailleurs si I avait eu la crainte dont A fait état, à savoir celle que son fils H s'engage dans la finance et se détourne de ses responsabilités concernant la production au sein du groupe F.

Comme A reconnaît avoir été mis au courant des réticences de I en décembre 2003, il ne saurait faire grief à D de ce que par la suite, au courant du mois de janvier 2004, il a néanmoins continué à démarcher des investisseurs potentiels.

Ni une opposition capricieuse au projet K, ni la violation du devoir de loyauté dans la phase précontractuelle des négociations n'étant établies, une rupture abusive d'une offre ferme et véritable n'est pas à retenir et la demande est également à rejeter comme non fondée sur ces bases.

III)B) Quant à la demande de A portant sur la somme de 400.000 €

Le montant de 400.000 € est réclamé par A à D au titre de la rétribution pour le second semestre 2004.

L'intimée fait valoir à juste titre que le Projet d'Accord n'est jamais devenu un contrat définitif.

L'offre de preuve testimoniale présentée par A tendant à établir que « pour le second semestre 2004, il a été convenu que A ait droit (...) à 400.000 € bruts à payer par K dont D s'était engagée, sinon portée fort », est donc à déclarer irrecevable pour ne pas être pertinente.

A ne saurait obtenir une rétribution en exécution de l'accord invoqué, non établi.

III)C) Quant à la demande en dommages et intérêts pour préjudice moral

A conclut à l'octroi de 2.000.000 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi en raison de la réputation ternie auprès des banques les plus importantes et les plus prestigieuses d'Italie qu'il avait personnellement démarchées en vue du projet K.

A défaut de responsabilité retenue dans le chef de D, cette demande est à son tour à rejeter comme non fondée.

IV) Quant à l'appel de A et de B: quant à la demande de A et de C, sinon de A seul, sinon encore de Cau paiement de 37.425.000 €

Ce montant est réclamé à titre de dommages et intérêts pour manque de gain et perte d'une chance, sinon pour rupture abusive d'une offre ferme et véritable, sinon pour violation du devoir de loyauté dans la phase précontractuelle des négociations.

Dans leurs développements, les parties se réfèrent à nouveau à la Doctrine et à la Jurisprudence luxembourgeoises et françaises.

Les appelants font valoir que l'accord du 16 décembre 2003 aurait modifié substantiellement la rétribution financière de A ; outre les rémunérations de A comme dirigeant de certaines sociétés participant au projet K, A et C se seraient vu accorder une participation dans le projet K.

Les appelants reprochent au tribunal d'avoir dit que le caractère direct et certain du dommage invoqué à titre de perte éprouvée ou de gain escompté n'est pas établi.

L'intimée conclut également au débouté de ce chef de la demande d'abord en ce qu'elle est basée sur un fondement contractuel, en invoquant par ordre de subsidiarité décroissant l'absence de contrat, la clause de résiliation unilatérale, l'incompatibilité de cette demande avec la demande relative aux indemnités de rupture, le défaut de perte éprouvée (*damnum emergens*), le défaut de gain manqué (*lucrum cessans*), le défaut de certitude du préjudice allégué.

Il n'y aurait pas non plus lieu d'indemniser sur base d'une perte d'une chance, la chance ne revêtirait aucun caractère de certitude.

La demande basée sur un fondement délictuel serait à son tour à rejeter ; l'intimée se réfère à ses développements relatifs aux indemnités de rupture.

Ainsi qu'il a été développé ci-dessus quant à l'appel interjeté par A, ni l'existence d'un accord définitif, ni une responsabilité de D ne sont établies.

L'appel en ce qu'il tend à l'obtention de la somme de 37.425.000 € est donc également à déclarer non fondé.

V) Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile

Chacun des appelants demande de condamner chacun des intimés au paiement d'une indemnité de procédure de 100.000 €.

Chacun des intimés demande de condamner chacun des appelants au paiement d'une indemnité de procédure de 25.000 €.

Les demandes des appelants sont, eu égard à la décision à intervenir, à déclarer non fondées, une partie qui succombe dans ses revendications ne pouvant pas prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Les demandes des parties intimées sont également à rejeter comme non fondées, l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'étant pas établie.

PAR CES MOTIFS

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

déclare l'appel principal interjeté par A et la société de droit italien B pour autant que dirigé contre la société anonyme E irrecevable,

déclare l'appel principal interjeté par A et la société de droit italien B pour autant que dirigé contre la société anonyme D, H et F recevable,

déclare l'appel incident irrecevable,

dit que les moyens de la société anonyme D ayant été rejetés en première instance et réitérés en instance d'appel sont recevables,

déclare l'appel principal non fondé,

en déboute,

confirme le jugement de première instance,

dit les demandes en obtention d'une indemnité de procédure présentées en instance d'appel par les appelants et par les intimés non fondées,

en déboute,

condamne A et la société Bin solidum aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Guy LOESCH, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

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.