

Jugement civil no 100/2018 (XVIIe chambre)

Audience publique du mercredi, dix-huit avril deux mille dix-huit.

Numéro 181330 du rôle

Composition:

Michèle HORNICK, vice-présidente,
Tessie LINSTER, juge,
Emina SOFTIC, juge,
Arnold LAHR, greffier.

E n t r e

la société BANCA ARNER S.A., établie et ayant son siège social à CH-6900 Lugano, Piazza Manzoni, 8, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre du commerce et des sociétés du Canton Tessin sous le numéro CH-514.3.004.789-8,

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de Frank SCHAAL, huissier de justice de Luxembourg du 28 octobre 2016,

comparaissant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite au barreau de Luxembourg, établie à L-1855 Luxembourg, 41a, avenue J.F. Kennedy, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186371, représentée aux fins de la présente procédure par Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

la société BANOR CAPITAL Ltd, établie et ayant son siège social au 6TH floor, 16 Berkeley Street, London W1J 8DZ (Royaume-Uni), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre des sociétés de Londres (London Company House) sous le numéro 07189263,

partie défenderesse aux fins du prédit exploit MULLER, du 28 octobre 2016,

comparaissant par Maître Fabio TREVISAN, avocat, demeurant à Luxembourg,

E N P R E S E N C E D E :

la société anonyme CASA4FUNDS S.A.,

partie tierce saisie.

LE TRIBUNAL

Vu l'ordonnance de clôture du 31 janvier 2018.

Entendu le rapport fait en application de l'article 226 du Nouveau Code de procédure civile.

Entendu la société BANCA ARNER S.A., par l'organe de Maître Evelyne LORDONG, avocat, en remplacement de Maître François KREMER, avocat constitué.

Entendu la société BANOR CAPITAL Ltd, par l'organe de Maître Jean-Baptiste MEYRIER, avocat, en remplacement de Maître Fabio TREVISAN, avocat constitué.

Les faits

Suivant un *share sale and purchase agreement* du 14 janvier 2014, la société de droit anglais BANOR CAPITAL Ltd (ci-après la société BANOR CAPITAL) a acquis l'intégralité des 127.472 actions de la société anonyme CASA4FUNDS (ci-après la société CASA4FUNDS) de la société de droit suisse BANCA ARNER.

Le prix d'acquisition convenu est composé du

- « *price at closing* » (équivalent à la valeur nette des actifs VNA des comptes annuels de 2013 + 1.000.000 – le dividende de 2013),
- *deferred price 1* (200.000.-€) et du
- *deferred price 2* (300.000.-€, à condition que le bénéfice net de la société CASA4FUNDS au 31 décembre 2014 soit au moins de 500.000.-€).

Le *price at closing*, soit $(2.757.013 + 1.000.000 - 1.313.911 =) 2.443.102.-€$, a été réglé au 30 juin 2014.

Le *deferred price 1 + 2* n'a pas été payé.

La procédure

Par exploit d'huissier du 26 octobre 2016, en vertu d'une ordonnance présidentielle du 5 octobre 2016, la société BANCA ARNER a fait pratiquer saisie-arrêt entre les mains de la société anonyme CASA4FUNDS sur les sommes que celle-ci pourrait redevoir à la société BANOR CAPITAL pour sûreté et avoir paiement de la somme principale de 500.000.-€, avec les frais et intérêts échus ou à échoir, à compter de la mise en demeure du 2 juin 2015, sinon à partir de la requête du 4 octobre 2016, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit, notamment, mais pas exclusivement les actions détenues par la partie saisie BANOR CAPITAL dans le capital de CASA4FUNDS, ainsi que tout dividende dû à la partie saisie, actuellement et dans le futur du fait de sa participation dans le capital de CASA4FUNDS, notamment mais pas exclusivement les revenus dus à la partie saisie BANOR CAPITAL en cas de liquidation de la société CASA4FUNDS et du partage de son actif entre actionnaires, les sommes dues à la partie BANOR CAPITAL en remboursement de prêts éventuellement accordés par lui à CASA4FUNDS, notamment mais pas exclusivement en vertu de tout contrat de dépôt, de prêt, de société, d'avance ou autre, et plus généralement de tout contrat ou

quasi-contrat faisant naître au profit de la partie saisie BANOR CAPITAL, un quelconque droit de créance.

Cette saisie a été valablement dénoncée à la société BANOR CAPITAL par exploit d'huissier de justice du 28 octobre 2016, ce même exploit contenant assignation en condamnation au montant de 500.000.-EUR avec les frais et intérêts échus et à échoir, à compter de la mise en demeure du 2 juin 2015, sinon à compter de la requête du 4 octobre 2016, et en validité de la saisie-arrêt, ainsi qu'une demande en condamnation au paiement des frais et dépens avec distraction au profit de son avocat concluant ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000.-€, augmentée suivant le dernier état de ses conclusions à 10.000.-€.

La société BANCA ARNER demande, dans la mesure où il s'agit d'actions nominatives dans une société luxembourgeoise, à voir dire que les actions seront vendues par adjudication publique et par un officier public, de procéder à la nomination de l'officier public qui procédera à ladite vente et de fixer les modalités suivant lesquelles il lui appartiendra de rendre publique la vente des actions saisies et les modalités de cette vente.

La contre-dénonciation a été faite à la partie tierce-saisie par exploit d'huissier de justice du 4 novembre 2016.

Par ordonnance du 4 janvier 2017, le juge des référés a cantonné le montant de la saisie au montant de 550.000.-€.

Moyens et prétentions des parties

La **société BANOR CAPITAL** s'oppose à la demande au motif que des erreurs dans les comptes de la société depuis 2008 se sont révélées du fait de la surévaluation du prix d'acquisition de biens immobilisés et de la surestimation de leur durée d'utilisation, aux fins d'amortissement.

Suivant les recommandations formulées par le réviseur Ernst & Young, des corrections de valeurs pour dépréciation durable auraient été effectuées aux comptes au 31 décembre 2014 pour un montant total de 208.409,99.-€.

Elle en déduit que les comptes de 2013 de la société CASA4FUNDS, sur lesquels le prix d'acquisition a été calculé, ne reflétaient pas, au moment des négociations et de la détermination du prix, une image fidèle et sincère de la situation financière de la société.

Elle explique que suite à ces révélations, elle a suspendu le paiement du solde du prix d'acquisition et a demandé la nomination d'un expert judiciaire ayant pour mission notamment l'examen des comptes 2013, mesure à laquelle le juge des référés avait fait droit.

Or, la société BANCA ARNER se serait toujours opposée aux opérations d'expertise et l'arrêt du 13 juillet 2016 aurait fini par réformer l'ordonnance rendue.

Le raisonnement de la société BANCA ARNER, suivi par la Cour, d'après lequel même une correction aux comptes 2013 n'aurait pas d'effet sur le prix d'acquisition, serait erroné, dans la mesure où ce ne serait pas l'application en soi de la formule de calcul indiquée dans le contrat d'achat qui serait remise en cause mais les conditions dans lesquelles cette formule a été arrêtée par les parties.

Si les parties avaient su que l'évaluation des actifs ne correspondait pas à la réalité, elles auraient opté pour une autre formule de calcul. Par ailleurs, les corrections de valeur opérées dans les comptes 2014 impacteraient nécessairement les comptes 2013, et ceux d'avant.

La société BANOR CAPITAL demande dès lors, en ordre principal et à titre reconventionnel, l'instauration d'une mesure d'instruction.

La société BANOR CAPITAL soutient encore que la société BANCA ARNER ne l'a pas informée d'une assignation délivrée, le 11 juin 2014, à la requête du dénommé **A.**), ancien dirigeant de la société CASA4FUNDS, tendant notamment à la condamnation solidaire des sociétés BANCA ARNER et CASA4FUNDS au paiement d'un montant de 420.000.-€. A défaut d'avoir informé la société BANOR CAPITAL de cette assignation, quelques jours avant la *closing date* du 30 juin 2014, la société BANCA ARNER aurait méconnu ses obligations prévues à l'article 5.01.07 du contrat entre parties et ce indépendamment même de la question de savoir si ces informations lui étaient parvenues par un tiers.

Au cas où cette somme de 420.000.-€ avait été provisionnée, ce provisionnement aurait encore mécaniquement fait baisser le montant du bénéfice comptabilisé au bilan relatif à l'exercice clos au 31 décembre 2014.

En droit, la société BANOR CAPITAL considère qu'à défaut de certitude sur le caractère sincère et fidèle des chiffres sur lesquels reposait le prix d'acquisition, la créance invoquée par la société BANCA ARNER n'aurait aucun caractère certain, et il y aurait lieu d'annuler la saisie.

La défenderesse considère principalement qu'elle est victime d'une erreur sur la substance, lui permettant d'opter soit pour la résolution du contrat, soit pour l'attribution de dommages et intérêts, et ce sans devoir apporter la preuve d'une faute dans le chef de la société BANCA ARNER.

Par ailleurs, cette faute existerait du fait, par la société BANCA ARNER, de ne pas avoir versé au processus de *due diligence* préalable à l'acquisition la facture d'acquisition du matériel informatique du 28 février 2008.

La valorisation erronée des actifs informatiques aurait eu un impact direct sur l'appréciation de l'opération litigieuse, la valeur des actions étant déterminée par les éléments constituant l'actif et le passif de la société.

Après avoir constaté que les éléments informatiques étaient « *totalelement dépréciés et inutiles, en raison notamment de la rapide obsolescence des logiciels* » elle aurait été contrainte de les *remettre au rebut* et d'en acquérir d'autres, à ses frais.

Subsidiairement, la défenderesse considère que la société BANCA ARNER aurait profité d'un enrichissement sans cause, dès lors que le prix d'acquisition serait supérieur à la valeur réelle des titres.

Pour le surplus, la prise en compte de la somme non provisionnée de 420.000.-€ et des erreurs comptables pour 208.409,99.-€ aurait eu pour résultat que le bénéfice de l'exercice de 2014 aurait été inférieur à 500.000.-€ et que la somme de 300.000.-€ à titre de *deferred price 2* ne serait pas due.

Elle conclut enfin à voir condamner la société BANCA ARNER aux frais et dépens de l'instance, au paiement d'une indemnité de procédure de 15.000.-€ et à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

De son côté, **la société BANCA ARNER** conteste toute erreur d'évaluation des actifs et tout lien entre les immobilisations (corporelles et incorporelles) et les actifs.

L'affirmation de la société BANOR CAPITAL serait basée sur un simple email de la société EY du 25 février 2015 se référant à de nouvelles informations relatives à une mise hors service de matériel informatique. Les réviseurs d'entreprises, dont la société EY, auraient chaque année vérifié les comptes de la société CASA4FUNDS, mais n'auraient jamais critiqué l'évaluation des actifs.

Il y aurait lieu d'en déduire que la nécessité de réévaluer les actifs n'existait pas auparavant, et de présumer que la cause de la réévaluation des actifs était le remplacement du matériel informatique après l'acquisition, reconnue par la société BANOR CAPITAL.

Elle conteste formellement avoir surévalué les actifs en question.

En tout état de cause, même une surévaluation du prix d'acquisition des actifs n'aurait pas d'impact sur la VNA ni sur le profit net, et même une dépréciation d'un montant de quelque 200.000.-€ n'aurait pas pour effet de faire baisser le profit net de 2014 en-dessous de 500.000.-€.

Elle conteste encore l'existence d'une erreur sur la substance, excusable, invoquée par la société BANOR CAPITAL et les conséquences desquelles celle-ci se prévaut.

Pour ce qui est du litige introduit par **A.)**, la société BANCA ARNER souligne d'abord que la demande a été déclarée non fondée par un jugement du 7 février 2017, ensuite que la société BANOR CAPITAL en a bien été informée par courriel du jour-même de l'assignation, soit le 11 juin 2014. Aucune obligation comptable ou légale n'aurait existé de provisionner le montant réclamé par **A.)**.

Pour ce qui est de la demande reconventionnelle en nomination d'un expert, la société BANCA ARNER souligne qu'il s'agit non pas d'une demande, mais d'une offre de preuve, ne pouvant être ordonnée pour suppléer la carence des parties.

Au fond, elle se réfère aux conclusions annuelles des réviseurs d'entreprise et conteste encore toute rectification nécessaire sur les comptes antérieurs à 2013.

Même une expertise favorable à la société BANOR CAPITAL n'aurait pas pour résultat de mettre en doute sa dette envers la société BANCA ARNER, de sorte que la demande d'expertise serait sans objet.

Au contraire, il y aurait lieu de faire droit à la demande en condamnation pour les montants réclamés.

Aucune créance de la société BANOR CAPITAL vis-à-vis de BANCA ARNER ne serait établie.

Au contraire, au vu de sa créance certaine, liquide et exigible, la saisie-arrêt pratiquée par la société BANCA ARNER serait à valider.

La motivation du jugement

Conformément à l'article 693 du Nouveau Code de Procédure civile, tout créancier peut, en vertu de titre authentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur ou s'opposer à leur remise.

S'il n'y a pas de titre, le juge peut, sur requête, permettre la saisie-arrêt et opposition.

En principe, une créance contestée ne peut donner lieu à une saisie-arrêt valable, car il n'y a aucune certitude actuelle de son existence.

Toutefois une créance ne cesse d'être certaine du seul fait qu'elle est contestée, encore faut-il que la contestation soulevée soit assez sérieuse pour créer un doute (cf. Référé Luxembourg, 23 décembre 2008, n°926/2008, Cour, 7 novembre 1990, Pas.28, p.115).

En l'espèce, les parties ont conclu un contrat portant sur l'acquisition des titres de la société CASA4FUNDS.

Le calcul du prix d'acquisition sur base de la formule retenue et des éléments comptables existants n'est pas mis en cause par les parties.

Il s'ensuit que la demande en condamnation est en principe fondée pour le montant réclamé de 500.000.-€.

La société BANOR CAPITAL met en doute la régularité de la comptabilité de la société CASA4FUNDS sur base d'un courriel du réviseur d'entreprises EY du 25 février 2015.

Suivant ce courriel, la société EY propose la réduction des actifs d'immobilisations corporelles et incorporelles de 72.395.-€ au motif suivant :

« 1. Some assets are still recorded in the accounts as of 31 December 2014, but are seem not do be in use/do not exist any more¹, according to the pieces of information recently shared with us. If confirmed, accounting principles used by the company would instruct that assets no more in use should be fully written off for their respective residual value. The detail of these assets (software and hardware) is listed below (...) if we have missed or misunderstood some elements which would impact the amount to be written off, we would be pleased to be informed of those so we could consider such new elements. »

¹ Souligné par le tribunal

Pour le surplus, la société EY indique

« 2. Regarding the other tangible and intangible assets recorded in the annual accounts as of December 31, 2014, no² new elements have been brought to our attention that could question the compliance with the accounting principles selected by the company as regards the valuation of these assets and their depreciation rates based on their estimated useful lifetime, both approved by the Board of Directors at the time of acquisition/inception. Nevertheless if the management or the Board of Directors of C4F, whose latter will have to approve the annual accounts, has identified new elements which would challenge either this valuation of those assets and of the useful lifetime initially determined, we would be grateful to receive their view (...) »

Contrairement à l'argumentation de la société BANOR CAPITAL, le réviseur d'entreprise n'a dès lors pas trouvé d'éléments de nature à mettre en cause l'évaluation des éléments d'actifs et la durée d'amortissement décidées à l'époque.

Il résulte encore du premier paragraphe dudit courriel que la seule cause invoquée pour la radiation des éléments d'actifs est le fait que le matériel informatique en question n'est plus utilisé, respectivement n'existe plus.

Dans la mesure où la société BANOR CAPITAL admet avoir elle-même remplacé le matériel et le logiciel au motif qu'il était obsolète, elle ne saurait imputer ladite radiation à une faute de la société BANCA ARNER ni à une erreur des comptes antérieure.

Ces conclusions ne sont pas non plus mises en doute par un courriel du 17 mars 2015 de la dénommée **B.**), membre de la direction suisse de la société CASA4FUNDS proposant une dévaluation de 205.995,56.-€ au motif que du matériel software et hardware pour un montant total de 72.549,06.-€ n'était plus utilisé et que le logiciel Octopus pour 121.901,20 + 11.545,30.-€ devait arriver en fin de vie comptable le 31 décembre 2015).

Aucun élément du dossier ne permet dès lors de douter de la régularité des comptes en 2014 et a fortiori pour les années précédentes. Il y a lieu de rappeler que les comptes ont été audités toutes les années par des réviseurs d'entreprises agréées, soit d'abord la société Deloitte, ensuite la société EY, sans que des irrégularités n'aient été constatées.

Conformément à l'article 351 du Nouveau Code de procédure civile, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

La mesure d'instruction proposée par la société BANOR CAPITAL, tendant notamment à *« vérifier si pour chaque année depuis 2008, les comptes audités de la société CASA4FUNDS reflètent une image sincère et fidèle de la situation comptable, notamment eu égard aux actifs achetés à sa filiale de droit suisse CASA4FUNDS (facture du 28 février 2008 pour un montant de 1.632.000 CHF), dire si les principes comptables ont été respectés par les différents auditeurs, et le cas échéant, mentionner les fautes commises par eux et les quantifier, dire si les actifs litigieux provenant de la vente de matériel de CASA4FUNDS (Suisse) à CASA4FUNDS (Luxembourg) ont été amortis dans les comptes de cette dernière conformément aux*

² Souligné par le tribunal

principes comptables applicables (...), établir le cas échéant, des états comptables révisés et corrigés des éventuelles erreurs ou omissions pour chaque année en commençant par l'exercice clos au 31 décembre 2008 », ne s'appuie sur aucune demande concrète.

Il résulte encore des développements qui précèdent que les doutes avancés par la société BANOR CAPITAL quant à des erreurs de comptabilité ne sont étayés par aucun élément concret.

Il s'ensuit que la mesure d'instruction est irrecevable.

Pour ce qui est du défaut d'information allégué par la société BANOR CAPITAL, de l'introduction d'un litige à l'encontre de la société CASA4FUNDS, le 11 juin 2014, de nature à influencer sur le bénéfice de l'année 2014, il ressort du courriel du 11 juin 2014 de la dénommée **C.**), Head of Legal & Compliance de la société CASA4FUNDS à la direction de la société BANOR CAPITAL et de son annexe (pièce 14 de la société BANCA ARNER) que la société BANOR CAPITAL était informée, le jour-même de l'existence et de la teneur de cette assignation.

La société BANOR CAPITAL expose qu'il aurait incombé à la société BANCA ARNER de lui transmettre cette information et non à un tiers.

Or, elle reste en défaut de justifier son dommage en lien causal avec la faute invoquée à l'encontre de la société BANCA ARNER.

Ayant été informée de cette assignation, ses développements quant au non-provisionnement du montant lui réclamé dans l'assignation et son incidence éventuelle sur le résultat de l'exercice 2014, ne peuvent être imputés à la société BANCA ARNER.

A défaut du moindre élément de preuve permettant de déduire une erreur dans les comptes de la société CASA4FUNDS relatifs aux actifs d'immobilisation, ou un non-provisionnement fautif pour un montant de 420.000.-€, il s'ensuit que les éléments à la base du calcul du prix d'acquisition des actions CASA4FUNDS, tels qu'arrêtés par les parties, ne sont pas à mettre en cause.

Il s'ensuit que la demande en condamnation au paiement du solde du prix d'acquisition de 500.000.-€ est fondée.

Il y a lieu d'allouer les intérêts légaux sur cette somme à partir de la mise en demeure du 2 juin 2015.

Il y a lieu de valider la saisie-arrêt pratiquée pour le même montant.

L'article 715 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que *"Si la saisie-arrêt ou opposition est déclarée valable, il sera procédé à la vente et distribution du prix, ainsi qu'il sera dit au titre «De la distribution par contribution»"*, ne règle pas les modalités suivant lesquelles il sera procédé à la vente des avoirs saisis qui ne portent pas sur une créance de somme d'argent, mais sur un autre bien mobilier incorporel, comme les valeurs mobilières nominatives ou au porteur.

En présence du silence du code de procédure civile français, Glasson, Tissier et Morel (Proc. civ. 3e éd. T. 3, n° 1205) retiennent que cette question est abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

Il y a lieu de se référer à l'article 116 du Code de commerce relatif à la réalisation de valeurs mobilières gagées qui précise que les biens donnés en gage sont vendus publiquement.

Il y a partant lieu de faire droit à la demande suivant les modalités précisées au dispositif du présent jugement.

Au vu du bien-fondé de la demande, il n'est pas inéquitable de laisser à la seule charge de la société BANOR CAPITAL l'intégralité des frais, non compris dans les dépens, qu'elle a dû exposer dans le cadre du présent litige.

Au vu des éléments de la cause, il serait au contraire inéquitable de laisser à la charge de la société BANCA ARNER l'intégralité des frais, non compris dans les dépens, qu'elle a dû engager pour la défense de ses intérêts en justice.

Au vu des soins requis et de l'issue du litige, il y a lieu de faire droit à la demande d'indemnité de procédure pour un montant de 2.500.-€.

Finalement, concernant les frais d'huissier engendrés par la procédure de saisie-arrêt, l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile dispose que toute partie qui succombera sera condamnée aux frais.

Vu l'issue de la procédure, la société BANOR CAPITAL est dès lors à condamner aux dépens de la présente instance.

Il y a lieu de préciser que le tribunal siègera en matière commerciale, le litige se mouvant entre deux sociétés commerciales, dans le cadre de leur activité.

PAR CES MOTIFS

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, et sur rapport en vertu de l'article 226 du Nouveau Code de procédure civile,

reçoit la demande,

dit irrecevable la demande de la société BANOR CAPITAL Ltd tendant à l'instauration d'une expertise,

dit la demande de la société anonyme de droit suisse BANCA ARNER fondée,

condamne la société de droit anglais BANOR CAPITAL Ltd à payer à la société anonyme de droit suisse BANCA ARNER le montant de 500.000.-€ avec les intérêts légaux à partir du 2 juin 2015, jusqu'à solde,

pour assurer le recouvrement de la somme de 500.000.- EUR, avec les intérêts au taux légal à partir du 2 juin 2015 jusqu'à solde, et accessoires, déclare bonne et valable la saisie-arrêt formée entre les mains de la société anonyme CASA4FUNDS S.A. suivant exploit d'huissier du 26 octobre 2015 au préjudice de la société de droit anglais BANOR CAPITAL Ltd,

dit qu'en conséquence les sommes dont la tierce-saisie se reconnaîtra ou sera jugée débitrice, seront par elle versées entre les mains de la partie demanderesse la société de droit suisse BANCA ARNER S.A. en déduction et jusqu'à concurrence de la somme de 500.000.-€ avec les intérêts au taux légal à partir du 2 juin 2015 jusqu'à solde, et des accessoires,

dans la mesure où il s'agit d'actions nominatives dans une société luxembourgeoise, dit que les actions seront vendues par adjudication publique et par un officier public,

désigne l'huissier de justice Patrick KURDYBAN pour procéder à ladite vente,

ordonne la publication d'un avis dans les journaux LUXEMBURGER WORT et TAGEBLATT une semaine avant la date à fixer pour ladite vente,

condamne la société de droit anglais BANOR CAPITAL Ltd à payer à la société anonyme de droit suisse BANCA ARNER une indemnité de procédure de 2.500.-€,

déboute la société de droit anglais BANOR CAPITAL Ltd de sa demande d'indemnité de procédure,

condamne la société de droit anglais BANOR CAPITAL Ltd aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.