

Jugement commercial n°2018TALCH06/00067

Audience publique du jeudi, dix-huit janvier deux mille dix-huit.

Numéro 180 121 du rôle

Composition :

Laurent LUCAS, juge-président ;
Joe ZEIMETZ, juge ;
Jackie MORES, juge ;
Claude FEIT, greffière.

Entre :

Madame **A.**), née le (...) à (...) ((...)), de nationalité (...), demeurant à (...),

élisant domicile en l'étude Maître Laurence FRISING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistée de Maître Corinne KHAYAT et Maître Sébastien SEGARD, cabinet UGGC Avocats, demeurant tous les deux à Paris (France),

demanderesse,

défenderesse sur reconvention, comparant par Maître Laurence FRISING, assistée de Maître Sébastien SEGARD, avocats à la Cour susdits,

et :

la société anonyme **SOC.1.) SA**, 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,

défenderesse,

demanderesse par reconvention, comparant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, représentée aux fins des présentes par Maître Ariel DEVILLERS, avocat à la Cour, en remplacement de Maître François KREMER, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit des qualités et considérants du jugement commercial numéro 24/2017, rendu le 12 janvier 2017 dont le dispositif est conçu comme suit :

« le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sixième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

déclare recevable l'exception de caution judiciaire soulevée par la société anonyme **SOC.1.)** s.a.,

ordonne à **A.)** de fournir une caution et de consigner à la Caisse de consignation le montant de 5.000,- € à titre de caution judiciaire,

dit qu'à défaut de versement de ce montant, le jugement ne pourra intervenir à la demande de la partie demanderesse,

tient l'affaire en suspens ».

L'affaire fut reproduite à l'audience publique du 14 février 2017 et après plusieurs remises elle fut utilement retenue à l'audience publique du 5 décembre 2017, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Laurence FRISING, assistée de Maître Sébastien SEGARD, exposèrent leurs moyens.

Maître Ariel DEVILLERS, en remplacement de Maître François KREMER, répliqua et exposa les moyens de sa partie.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

jugement qui suit :

Faits

A.), étant ingénieur en chimie organique, a fondé en 2006 la société de droit coréen **SOC.2.)** (ci-après « **SOC.2.)** ») afin de créer une nouvelle gamme de produits cosmétiques d'origine coréenne sous la marque **X.)**. En 2007, elle a fondé, ensemble avec **B.)**, la société de droit français **SOC.3.)** (ci-après « **SOC.3.)** »), **SOC.2.)** étant alors détenue à hauteur de 100% par la société **SOC.3.)**. Le 6 juillet 2012, conformément à un protocole d'accord signé le 10 mai 2012, la société anonyme **SOC.1.)** SA (ci-après « **SOC.1.)** ») a acquis 527 actions représentant 50,14% du capital de **SOC.3.)** pour le montant de 2.757.849,- EUR, soit 5.233,11 EUR par action. Ce protocole d'accord prévoyait également que **A.)** et **B.)**, restées chacune actionnaire de **SOC.3.)**, continuent à travailler pour **SOC.3.)**.

Le même jour, **A.)**, **B.)** et **SOC.1.)** ont signé un « *pacte d'associés* » destiné à régir leurs relations au sein de **SOC.3.)**. Au terme de ce pacte, les associées de **SOC.3.)** sont notamment convenues :

- de la mise en œuvre d'une augmentation de capital réservée à **SOC.1.)** par émission de 350 actions nouvelles au profit de **SOC.1.)** pour un prix de souscription de 5.233,11 EUR par action, de sorte qu'à la suite de cette augmentation de capital, la participation de **A.)** et de **B.)** dans **SOC.3.)** était ramenée à 37,4%, soit 18,7% chacune ;

- des conditions d’une éventuelle cession de l’ensemble des actions de **A.)** et **B.)** et notamment (i) d’une option d’achat au profit de **SOC.1.)** des actions de **A.)** et de **B.)** en cas de départ de celles-ci de **SOC.3.)** et (ii) d’une option de vente à **SOC.1.)** de 30% au plus de la participation de chacune des fondatrices à l’issue d’une période de trois ans, le tout selon une formule de calcul du prix de cession prédéfinie.

Le 29 juin 2015, **A.)**, **B.)** et **SOC.1.)** ont conclu un nouveau pacte d’actionnaires sous forme d’un « *mémoire d’accord* », remplaçant intégralement, à l’exception des « *définitions* », le précédent « *pacte d’associés* ». Aux termes de ce mémoire d’accord, les parties sont convenues de promesses de vente des actions de **A.)** et **B.)** au profit de **SOC.1.)** ainsi que de promesses d’achat desdites actions par la société **SOC.1.)** pour un prix de base et d’un éventuel complément au prix de base.

L’article 2.2.1 du mémoire d’accord dispose que « *le prix de base [...] des Titres concernés sera égal, pour chacune des Fondatrices à (CA N-1 + 8 x EBITDA N-1) / 2 où*

CA N-1 : désigne le chiffre d’affaires consolidé réalisé par l’activité X.) sur les 12 derniers mois précédant le dernier arrêté de comptes semestriels (31 mars ou 30 septembre) à la date d’exercice de l’Option d’Achat certifié par le commissaire aux comptes de SOC.1.) ;

EBITDA N-1 : désigne l’EBITDA consolidé réalisé par l’activité X.) sur les 12 derniers mois précédant le dernier arrêté de comptes semestriels (31 mars ou 30 septembre) certifié par le commissaire aux comptes de SOC.1.) à la date d’exercice de l’Option d’Achat, pour autant que l’EBITDA N-1 soit supérieur à zéro. Dès lors que l’EBITDA considéré est inférieur à zéro, il ne sera pas pris en compte dans le calcul du Prix de base ».

A.), ayant démissionné en 2016 de ses fonctions de directeur général de **SOC.2.)** et ayant quitté le groupe constitué par **SOC.3.)** et **SOC.2.)**, a notifié le 4 avril 2016 à **SOC.1.)** sa décision de lever l’option de vente de sa participation au sein de **SOC.3.)**, conformément à l’article 3 du mémoire d’accord du 29 juin 2015.

Le 14 juin 2016, **SOC.1.)** a pris acte de ladite levée d’option et lui a adressé :

- une situation comptable consolidée de « *l’activité X.)* » arrêtée au 31 mars 2016 faisant apparaître un chiffre d’affaires de 9.449.000,- EUR et un EBITDA négatif de 1.941.000,- EUR ;
- un projet de contrat de cession des actions de **A.)** pour un prix de base de 883.525,- €.

A.) a renvoyé un projet d’acte de cession de ses actions pour le montant de 4.724.500,- EUR à titre de prix de base.

Le 5 juillet 2016, **A.)** a fait parvenir une mise en demeure à **SOC.1.)**, réclamant le paiement du montant de 4.724.500,- EUR et demandant de lui faire parvenir un exemplaire complet des comptes de **SOC.3.)**.

Procédure

Par exploit d’huissier de justice du 30 septembre 2016, **A.)** a assigné **SOC.1.)** à comparaître devant le tribunal d’arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Suivant jugement du 12 janvier 2017, il a été ordonné « à **A.)** de fournir une caution et de consigner à la Caisse de consignation le montant de 5.000,- € à titre de caution judiciaire ».

Ledit montant de 5.000,- EUR a été consigné le 19 janvier 2017 au nom et pour compte de **A.)** à la Caisse de consignation.

Prétentions et moyens des parties

A.) demande de voir constater et dire qu'à la suite de la levée de l'option de vente consentie à **SOC.1.)** dans le cadre du memorandum d'accord du 29 juin 2015 sur la totalité de sa participation dans **SOC.3.)**, la cession de ses 262 actions au prix déterminé sur base de la formule de calcul fixée dans ledit memorandum d'accord, à savoir 4.724.500,- EUR, est devenue parfaite et ce avec effet au 14 juin 2016, conformément aux accords entre parties.

A.) sollicite par conséquent la condamnation de **SOC.1.)** au paiement du montant de 4.724.500,- EUR à titre de paiement du prix de base, à majorer des intérêts légaux à partir du 4 juillet 2016, date de la mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

A.) demande encore la condamnation de **SOC.1.)** au paiement du montant de 365.410,- EUR à titre de dommages et intérêts en indemnisation du préjudice subi le 28 septembre 2016 en raison de la baisse de valeur de l'euro depuis le 14 juin 2016, date d'exigibilité du prix de base, sinon à toute autre somme à déterminer par le Tribunal ou à dire d'experts, le tout à majorer des intérêts légaux à compter de la décision à intervenir, jusqu'à solde.

A.) requiert finalement la condamnation de **SOC.1.)** au paiement du montant de 70.000,- EUR à titre de dommages et intérêts en indemnisation du préjudice moral subi, à majorer des intérêts légaux à compter de la décision à intervenir, jusqu'à solde, du montant de 30.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que de tous les frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Laurence Frising qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

A.) fait valoir, à l'appui de sa demande, que les termes de la formule de fixation du prix de base sont clairs, précis et insusceptibles d'interprétation sous peine de dénaturation de ceux-ci, et qu'en application de cette formule, le prix de base lui revenant est de $(9.449.000,- \text{ EUR} + 0^8) / 2 = 4.724.500,- \text{ EUR}$. Elle souligne que ce montant correspond d'ailleurs à la valorisation de l'option de vente des participations de **A.)** et de **B.)** figurant dans les comptes annuels de **SOC.1.)** pour les exercices de 2013 à 2016. La formule de fixation du prix de base aurait clairement pour objet de déterminer le prix de chacune des participations détenues par **A.)** et par **B.)** dans **SOC.3.)**, et non la valeur de l'ensemble des actions de la **SOC.3.)**. Il ressortait ainsi notamment de plusieurs rapports d'expertise versés par ses soins que rien ne permettrait à **SOC.1.)** d'appliquer unilatéralement à la formule de calcul du prix de base le pourcentage de 18,7%, correspondant au pourcentage des participations détenus par **A.)** dans **SOC.3.)**. Il résulterait encore desdits rapports d'expertises que le prix obtenu par application de la formule de prix contractuellement prévue est très proche de la valeur des actions de **A.)** dans **SOC.3.)** déterminée par d'autres méthodes d'évaluation, et que les rapports d'expertises versés par **SOC.1.)** portent non pas sur une évaluation de **SOC.3.)**, mais sur une autre entité, à savoir « l'activité **X.)** », qui n'est cependant pas une entité juridique, ainsi que sur des données n'étant pas pertinentes et ne permettant pas d'évaluer la valeur des actions de **A.)** dans **SOC.3.)**. Ainsi les prétendues charges supplémentaires dont entend se prévaloir **SOC.1.)** et qui grèveraient le résultat de l'activité

X.), ne seraient pas comptabilisées dans les comptes de **SOC.3.)**, et ne sauraient lui être imputées. **SOC.1.)** ne rapporterait d'ailleurs aucune preuve relative à la prétendue dégradation financière de l'activité **X.)**, affirmation qui serait contredite aussi bien par les derniers comptes publiés par **SOC.3.)** au 31 mars 2016 ainsi que par les déclarations publiques de **SOC.1.)**.

A.) soutient encore qu'elle est de nationalité coréenne, qu'elle vit avec sa famille à (...) et que la monnaie en cours en Corée du Sud est le won sud-coréen. La demande en paiement du montant de 365.410,- EUR à titre de dommages et intérêts correspond au préjudice financier prétendument subi en raison de la différence entre le montant du prix lui dû, à savoir 4.724.500,- EUR, converti en won sud-coréen à son cours au 14 juin 2016, date à laquelle la cession des participations de **A.)** est devenue parfaite et à laquelle leur prix aurait dû être payé, et le montant du prix converti en won sud-coréen à son cours au jour du paiement effectif. Si l'euro avait le 14 juin 2016 une valeur de 1324,26 won sud-coréen, l'euro n'avait en date du 28 septembre 2016 qu'une valeur de 1.229,19 won sud-coréen, de sorte que la perte de change subie au moment de la présente demande en justice correspond à la somme de 365.410,- EUR. **A.)** argue qu'il s'agit d'un dommage prévisible, dans la mesure où **SOC.1.)** ne pouvait ignorer au moment de la signature du mémorandum d'accord que la demanderesse est domiciliée en Corée du Sud.

A.) estime encore que l'attitude de **SOC.1.)** et sa contestation du montant du prix de base est révélatrice d'une attitude déloyale de **SOC.1.)** et d'un comportement vexatoire de celle-ci, lui ayant causé un préjudice moral à hauteur de 70.000,- EUR.

A.) demande à voir débouter **SOC.1.)** de sa demande en nomination d'un expert judiciaire afin de calculer le prix de base, au motif que la mise en œuvre de la formule de calcul du prix de base ne présente aucune difficulté technique.

A.) s'oppose à la demande en annulation de l'option de vente figurant au mémorandum d'accord pour erreur-obstacle sur l'objet du contrat, formulée à titre subsidiaire par **SOC.1.)**, aux motifs qu'il n'existerait aucune erreur matérielle sur la formule de prix négocié par les parties et que l'application de la formule de prix permet une valorisation des titres de **A.)** proche de leur valeur réelle.

A.) conteste également la demande en annulation adverse de l'option de vente pour absence de cause au motif que les titres ont une valeur certaine et constituent dès lors une réelle contrepartie.

La promesse d'achat des titres par **SOC.1.)** ne constituerait non plus un pacte léonin, de sorte que **SOC.1.)** serait à débouter de sa demande en annulation de l'option de vente basée sur l'article 1855 du Code civil.

A.) demande finalement le rejet de la demande reconventionnelle de **SOC.1.)** en obtention de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire, ainsi que de la demande de **SOC.1.)** basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

SOC.1.) fait valoir que la valeur de référence à prendre en compte pour le calcul de la valeur des titres de **SOC.3.)** est celle de l'activité **X.)**, qui regroupe toute l'activité liée à la marque **X.)**, jadis centralisée au niveau de **SOC.3.)**, avant sa répartition entre les différentes entités du « groupe **SOC.1.)** ».

SOC.1.) avance que la formule de calcul $(CA\ N-1 + 8 \times EBITDA\ N-1) / 2$ a pour objet de déterminer la valeur d'entreprise de l'activité **X.)** et non directement le prix de base de la participation de **A.)**. Afin d'obtenir ce prix de base, il faudrait appliquer à la valeur d'entreprise de l'activité **X.)** ainsi obtenue, le pourcentage de détention de titres par **A.)** dans le capital de **SOC.3.)**, à savoir 18,7%. Le prix à payer à **A.)** correspondrait dès lors au résultat obtenu par la formule de calcul figurant au mémorandum d'accord x 18,7%, à savoir $[(9.449.000,-\ EUR + 0^8) / 2] \times 18,7\% = 883.525,-\ EUR$. Ce montant correspondrait d'ailleurs à environ 18,7% de la valeur réelle de l'activité **X.)**.

SOC.1.) plaide encore que la valorisation des options minoritaires figurant dans les comptes annuels de 2016 de **SOC.1.)** n'est pas une référence fiable, pour avoir été fondée sur la seule version de 2015 du plan de développement de la marque **X.)** préparé par **A.)** et **B.)**. Ce n'est qu'en 2016, après que **SOC.1.)** a repris ces missions, qu'elle aurait remarqué que le plan de développement de 2015 contiendrait des prévisions irréalistes, de sorte que la dette relative aux prix d'acquisition des actions de **A.)** et de **B.)** dans les comptes de **SOC.1.)** aurait été revue à la baisse pour correspondre à peu près au montant de 883.525,- EUR.

SOC.1.) demande à titre principal de lui donner acte que son interprétation de la formule de calcul litigieuse est la seule interprétation correcte et de débouter **A.)** de sa demande. **SOC.1.)** estime que la clause de prix de l'option devra être interprétée en sa faveur sur base de l'article 1162 du Code civil.

A titre subsidiaire, **SOC.1.)** sollicite la nomination d'un expert avec pour mission de déterminer le montant à payer par **SOC.1.)** à titre de prix de base de la participation de **A.)** sur base des articles 432 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

A titre plus subsidiaire, et pour le cas où l'interprétation de **A.)** quant à la clause de prix était retenue, **SOC.1.)** demande l'annulation de l'option de **A.)** sur base de la théorie de l'erreur-obstacle, les parties ne s'étant pas, au moment de la formation du contrat, accordé quant à la méthode de calcul, de sorte qu'il y aurait erreur quant au prix.

SOC.1.) demande également l'annulation de l'Option pour absence de cause, au motif que si l'interprétation de **A.)** quant à la formule de calcul du prix de base était retenue, **SOC.1.)** serait tenue d'acquérir les titres litigieux pour un prix « *ridiculement haut* ».

SOC.1.) sollicite encore l'annulation de l'option sur base de l'article 1855 du Code civil, estimant qu'elle constitue un pacte léonin.

A titre encore plus subsidiaire, **SOC.1.)** considère que la demande adverse est irrecevable, sinon non fondée, au motif que le prix de l'option serait payable au plus tard le 31 décembre 2019 en application de l'article 3 du mémorandum d'accord, et qu'il ne serait donc pas encore échu.

SOC.1.) conteste encore le principe et le quantum des dommages et intérêts sollicités par **A.)**. **SOC.1.)** fait valoir que le prétendu dommage résultant du taux de change du won sud-coréen n'était pas prévisible, le mémorandum d'accord stipulant que les paiements se font en euros. En tout état de cause, le cours de change entre euros et wons sud-coréens se serait rétabli entretemps et aurait même dépassé le niveau de juin 2016.

SOC.1.) conteste également la demande de **A.)** en indemnisation de son préjudice moral, au motif que la partie demanderesse n'expliquerait ni en quoi consisterait son prétendu préjudice, ni ne verserait aucune pièce le justifiant.

SOC.1.) sollicite à titre reconventionnel la condamnation de **A.)** au paiement du montant de 60.000,- EUR pour procédure abusive et vexatoire, ainsi qu'une indemnité de 30.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Appréciation

Quant à l'interprétation de la formule de calcul du prix de base

Aux termes de l'article 1134 du Code civil les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties qui les ont faites et elles s'exécutent de bonne foi d'après l'article 1134 alinéa 3 du même Code. Il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent.

L'article 1163 du Code civil précise encore que les conventions ne comprennent que les choses sur lesquelles les parties se sont proposées de contracter. Le juge ne peut pas étendre et modifier les stipulations précises que renferme une convention et les adapter à une situation nouvelle.

Ces dispositions contractuelles ont partant une force contraignante entre les parties et s'imposent en tant que telles tant aux parties qu'aux juges (Cour, 24 novembre 2016, n°41981 du rôle).

Le juge ne saurait, sous prétexte d'équité ou pour toute autre raison, modifier le contenu du contrat. En présence d'une clause claire et précise, le juge ne peut que se plier à la loi des parties, sans modification, adjonction ou amputation possibles (JurisClasseur Civil, art. 1134 et 1135, Fasc. 11 : Contrats et obligations. n^{os} 27 et suivants).

Le 4 avril 2016, **A.)** a décidé de lever l'option de vente de ses titres, sur base de l'article 3 du mémorandum d'accord.

Aux termes dudit article « **SOC.1.)** *consent irrévocablement à chacune des Fondatrices (A.) et de B.) une promesse d'achat de la totalité des Titres qu'elles détiennent respectivement et/ou viendraient respectivement à détenir si les Fondatrices décident ensemble ou séparément, de lever l'Option de Vente qui leur est consentie individuellement. [...]. Les Fondatrices pourront exercer individuellement l'Option de Vente qui leur est consentie à tout moment à compter du 1^{er} janvier 2016 et ce jusqu'au 30 septembre 2019 inclus. L'Option de Vente ne pourra être exercée qu'en une seule fois par chacune des deux Fondatrices et portera sur la totalité des Titres qu'elle détiendra au moment de la réalisation de la Cession résultant de l'exercice de l'Option de Vente. [...] Le prix d'exercice de l'Option de Vente sera identique au prix d'acquisition des Titres en cas d'exercice de l'Option d'achat (Prix de base et Complément de Prix éventuel) [...] ».*

L'article 2.2 du mémorandum d'accord dispose que « *le prix d'acquisition des Titres en cas d'exercice de l'Option d'Achat sera constitué d'un prix de base et d'un éventuel complément de prix* ».

Il est constant en cause qu'aucun complément au prix de base n'est dû en l'espèce, de sorte que le prix d'acquisition des titres à payer par **SOC.1.)** à **A.)** est composé du seul prix de base, dont le montant est litigieux.

L'article 2.2.1 du mémorandum prévoit que « *le prix de base [...] des Titres concernés sera égal, pour chacune des Fondatrices à : (CA N-1 + 8 x EBITDA N-1) / 2 [...]* ».

Conformément à l'article 1 du mémorandum d'accord, il y lieu de se référer au pacte d'associés du 6 juillet 2012 afin de connaître la signification du terme « *Titres* », lequel y est défini de la manière suivante : « *Titres signifie (i) les actions de la Société [SOC.3.)] que les Parties [A.), B.) et SOC.1.)] possèdent actuellement ou viendraient à posséder ultérieurement* » [...].

Il ressort clairement et précisément des dispositions contractuelles ci-dessus, que la formule de calcul du prix de base a pour vocation de déterminer le prix des titres, à savoir l'ensemble des actions de **SOC.3.)** détenus par **A.)** au moment où elle lève l'option de vente de ses titres et non de fixer la valeur d'entreprise de l'activité **X.)**. Si aux termes de l'article 2.2.1 du mémorandum d'accord le chiffre d'affaire et l'Ebitda à prendre en compte dans le cadre de la formule de calcul sont ceux relatifs à l'activité **X.)**, il ne ressort néanmoins d'aucune disposition du mémorandum d'accord que ladite formule aurait pour objet de calculer la valeur d'entreprise de l'activité **X.)**, valeur à laquelle il faudrait appliquer le pourcentage de détention des titres par **A.)** afin d'en déterminer le prix de base. Suivre l'argumentation de **SOC.1.)**, dont notamment les développements relatifs à la valeur réelle de l'activité **X.)** qu'il faudrait prendre en compte dans le cadre de l'interprétation à donner à la formule de calcul du prix de base, aurait dès lors pour conséquence de dénaturer les obligations découlant du mémorandum d'accord.

Il y a dès lors de retenir comme bonne et valable l'interprétation de **A.)** relative à la formule de calcul du prix de base. Les valeurs à insérer dans la formule en question, à savoir le CA N-1 et l'EBITDA N-1 n'étant pas litigieux, le prix des titres à payer **SOC.1.)** est de $(9.449.000,- \text{ EUR} + 08) / 2 = 4.724.500,- \text{ EUR}$.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande subsidiaire de **SOC.1.)** en nomination d'un expert judiciaire en vue de déterminer le montant à payer par **SOC.1.)**.

Quant à l'annulation de l'option de cession pour erreur-obstacle sur l'objet du contrat

Il est admis en doctrine et en jurisprudence qu'à côté de l'erreur sur la substance de la chose, il existe l'erreur obstacle qui est donnée lorsqu'en réalité, les consentements des parties ne se sont pas rencontrés.

La notion d'erreur-obstacle correspond au souci de sanctionner certaines erreurs qui, sans entrer dans les prévisions de l'article 1110 du Code civil, reposent néanmoins sur un malentendu fondamental faisant obstacle à l'existence même du consentement. Il s'agit par conséquent d'hypothèses où les contractants ne se sont pas compris.

La preuve de l'erreur est à la charge de la partie qui prétend que son consentement a été vicié.

L'objet de la preuve est double, voire triple.

Le demandeur doit d'abord démontrer la réalité de son erreur. Cette première démonstration est elle-même double, puisqu'elle oblige à établir, d'une part, que le consentement a été donné dans une certaine croyance et, d'autre part, que cette croyance était contraire à la réalité.

La victime de l'erreur doit ensuite prouver que l'erreur avait un objet tel que la nullité soit encourue. Spécialement, il lui appartient d'établir que la méprise a porté sur une qualité substantielle de la chose.

Le demandeur doit enfin établir que son erreur a eu un caractère déterminant.

Il résulte des pièces et des développements des parties que le texte du mémorandum et notamment la formule de calcul a fait l'objet de discussions entre parties, de sorte que c'est en connaissance de cause que **SOC.1.)** s'est engagée. Il ne résulte cependant d'aucune pièce versée en cause, que **SOC.1.)** était au moment de la signature du mémorandum d'accord convaincue que la formule de calcul litigieuse avait pour objet de déterminer la valeur de l'activité **X.)** et non directement le prix de base des titres de **A.)** et de **B.)**. Il est d'ailleurs difficilement concevable que **SOC.1.)**, en tant que professionnelle et faisant partie d'un groupe international, n'ait pas intégré une telle précision au mémorandum d'accord si tel avait été son intention, notamment au vu du fait que les termes clairs et précis du mémorandum d'accord, tel que signé par les parties, ne permettent d'aboutir qu'à la conclusion soutenue par **A.)**.

SOC.1.) ne rapportant dès lors pas l'existence de son erreur au moment de la signature du mémorandum d'accord, sa demande en nullité de l'option de cession pour erreur-obstacle sur l'objet du contrat est à rejeter.

Quant à l'annulation de l'option de cession pour absence de cause

L'article 1108 du Code civil prévoit que « *Quatre conditions sont nécessaires à la validité d'une convention : - le consentement de la partie qui s'oblige ; - sa capacité de contracter ; - un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; - une cause licite dans l'obligation* ».

La cause de l'obligation du débiteur est le but immédiat et direct qui le conduit à s'engager. La cause d'un contrat est objective, nécessaire à la validité des actes juridiques, elle est toujours la même pour chaque catégorie d'actes. Dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation de l'une des parties est l'obligation de l'autre (Dalloz, Lexique de termes juridiques, verbo cause).

Il y a absence de cause dans un contrat synallagmatique lorsque toute contrepartie est absente (en cas d'absence d'objet de l'obligation du cocontractant, de contrepartie dérisoire ou de disparition de celle-ci, ignorée au moment de la formation du contrat).

Il appartient dès lors à **SOC.1.)** de rapporter la preuve que le mémorandum d'accord était dépourvu de cause au jour de sa conclusion.

Le mémorandum d'accord a pour objet de déterminer les modalités de cession d'actions par le biais d'une option d'achat, sinon d'une option de vente, en contrepartie d'un prix déterminable à l'aide d'une formule conventionnellement fixée, de sorte que le moyen tiré de la nullité du contrat pour absence de cause est à rejeter.

Quant à l'annulation de l'option de cession sur base de l'article 1855 du Code civil

Dans sa version applicable au moment de la signature du mémorandum d'accord et de la levée d'option par **A.**), l'article 1855 du Code civil disposait que « *La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.*

Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés ».

Une convention contenant une promesse de cession et d'achat d'actions ne constitue pas un pacte léonin, et ne contrevient donc pas à l'article 1855 du Code civil. Une telle convention, n'ayant pour objet que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux, est, même entre actionnaires, sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux et ne porte donc pas atteinte au pacte social (Cass. Franç. Comm. 23 mars 1999, n° de pourvoi 97-10077 ; Cass. Franç. Comm. 22 février 2005, n° de pourvoi 03-16336).

Dès lors, l'option de cession, n'ayant pas pour objet de porter atteinte au pacte social en altérant la participation aux bénéfices, ou la contribution aux pertes des actionnaires de **SOC.3.)**, ne saurait être considérée comme une clause léonine, de sorte que **SOC.1.)** est également à débouter de sa demande en nullité de l'option de cession sur base de l'article 1855 du Code civil.

Quant à l'échéance de l'option de cession

Aux termes de l'alinéa 3 de l'article 3 du mémorandum d'accord, « *[l]e prix d'exercice de l'Option de Vente sera identique au prix d'acquisition des Titres en cas d'exercice de l'Option d'achat (Prix de base et Complément de Prix éventuel) et sera payé, au plus tard le 31 décembre 2019, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités (comptant ou échange) ».*

Il y a dès lors lieu d'analyser les conditions et modalités de paiement en cas d'exercice de l'option d'achat.

L'article 2.2.1 du mémorandum d'accord dispose que « *[...] [l]e Prix de Base sera payé comptant par **SOC.1.)** à chacune des Fondatrices (par virement ou chèque au choix de **SOC.1.)**) contre remise des actes de cession signés dans un délai de 10 jours ouvrés suivant la certification du CA N-1 et de l'EBITDA N-1 par le commissaire aux comptes de **SOC.1.)**, ou, si les Fondatrices renoncent à la certification du commissaire aux comptes, dans un délai de 30 jours ouvrés suivant la notification d'exercice de l'Option d'Achat. [...]* ».

Par courrier du 14 juin 2016, **SOC.1.)** a pris acte de la levée d'option par **A.)** et lui a adressé une situation comptable consolidée et certifiée de l'activité **X.)**, arrêtée au 31 mars 2016 et faisant apparaître un chiffre d'affaires de 9.449.000,- EUR et un EBITDA négatif de 1.941.000,- EUR. « *L'audit report* » du commissaire aux comptes de **SOC.1.)** porte la date du 6 juin 2016, de sorte que le prix de base aurait dû être payé le 16 juin 2016.

Il y a dès lors lieu de faire droit à ce chef de la demande de **A.)** et de condamner **SOC.1.)** à lui payer le montant de 4.724.500,- EUR avec les intérêts légaux à partir du 5 juillet 2016, date de la mise en demeure, jusqu'à solde.

Quant à la demande en obtention de dommages et intérêts à hauteur de 365.410,- EUR

Pour être réparable, le dommage allégué doit être certain et non hypothétique ou éventuel. Il ne suffit pas non plus qu'il apparaisse seulement comme probable ou possible. La condition de la certitude du préjudice se rattache à l'exigence de la preuve même de son existence, cette preuve incombant à celui qui se prétend être victime. L'exigence de certitude porte sur le principe du dommage, non sur son étendue (G. RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^e édition, Pasicrisie, n°1109).

Il est constant en cause que le prix de cession des titres litigieux est à payer en euros en application du mémorandum d'accord. **A.)**, ayant la charge de la preuve, ne verse aucun élément prouvant qu'elle avait l'intention, voire même qu'elle a toujours l'intention de convertir le montant du prix de cession de ses titres, qui lui sera payé en euros, en wons sud-coréens.

Le simple fait de posséder la nationalité sud-coréenne et d'être domiciliée en Corée du Sud ne saurait constituer une preuve suffisante en ce sens. Cette affirmation de **A.)**, n'étant étayée par aucun élément soumis à l'appréciation du présent tribunal, reste à l'état de pure allégation, de sorte qu'elle est à débouter de sa demande.

Quant au préjudice moral

En ce qui concerne le dommage moral dont se prévaut **A.)**, il y a lieu de rappeler que le préjudice moral est celui qui ne se traduit pas par une perte en argent, parce qu'il porte atteinte à un droit extrapatrimonial, le préjudice matériel se traduisant par une perte évaluable pécuniairement.

Si **A.)** se dit avoir été heurtée par l'attitude de **SOC.1.)**, elle ne prouve cependant pas en quoi le comportement de **SOC.1.)** lui aurait causé un préjudice extrapatrimonial de sorte que ce chef de la demande est également à rejeter comme non fondé.

Quant à la demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire et quant aux demandes en obtention d'indemnités sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

Au vu du sort du litige, **SOC.1.)** est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire ainsi que de sa demande en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La demande de **A.)** en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer fondée en son principe, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

Le tribunal évalue ex aequo et bono les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 2.500,- EUR.

SOC.1.) est encore à condamner aux frais et dépens de l'instance, sauf qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande en distraction, l'assistance par un avocat à la Cour n'étant pas requise en matière sommaire.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sixième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les demandes principale et reconventionnelle en la forme,

dit la demande principale partiellement fondée,

condamne la société anonyme **SOC.1.) SA** à payer à **A.)** le montant de 4.724.500,- EUR avec les intérêts légaux à partir du 5 juillet 2016 jusqu'à solde,

dit la demande reconventionnelle de la société anonyme **SOC.1.) SA** en obtention d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire non fondée et en déboute,

condamne la société anonyme **SOC.1.) SA** à payer à **A.)** une indemnité de 2.500,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit la demande de la société anonyme **SOC.1.) SA** en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée et en déboute,

condamne la société anonyme **SOC.1.) SA** aux frais et dépens de l'instance.