Arrêt commercial

Audience publique du trois février deux mille dix.

Numéro 33905 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***la société à responsabilité limitée AAA**, établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 12 juin 2008,*

comparant par Maître Joë LEMMER, avocat à Luxembourg ;

e t

***la société en nom collectif BBB**, établie et ayant son siège social à F-VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de WWW sous le numéro ……..., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du susdit exploit ENGEL,*

comparant par Maître Emmanuelle VION-HAYO, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 9 octobre 2006 la société en nom collectif BBB a fait comparaître la société à responsabilité limitée AAA, qui est actuellement dénommée AAA, devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale pour s'entendre condamner à lui rembourser la somme de 145.824,45 euros sur le fondement de l'article 1134, sinon de l'article 1376 du code civil.

A l'appui de cette demande la société BBB a exposé que le 29 juin 2001 elle a conclu avec la société AAA un contrat d'agence commerciale, que l'article 10 portant sur la commission de l'agent, c'est-à-dire la société AAA, dispose que "Dans le cadre de l'exécution du présent contrat l'Agent Commercial a droit à une commission qui est fixée à 15% du montant de la marge brute des opérations conclues par l'Agent Commercial …"; que pour les dossiers achevés en 2005 la société BBB a payé à la société AAA des avances de 223.577,45 euros, que la marge brute réalisée par la société AAA pendant la même période s'élève à 518.355.- euros lui donnant droit à une commission de 77.753.- euros, qu'elle a par conséquent encaissé un trop perçu de 145.824,45 euros qu'elle refuse de rembourser nonobstant mise en demeure lui adressée le 20 mars 2006.

Par jugement rendu le 28 février 2008 le tribunal a rejeté les fins de non recevoir opposées à cette demande par la société AAA, a dit la demande de la société BBB fondée à concurrence de la somme de 89.054,75 euros, a dit non fondée la demande reconventionnelle formée par la société AAA et a condamné cette société à payer à la société BBB la somme de 89.054,75 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

De ce jugement, qui lui a été signifié le 5 mai 2008, la société AAA a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 12 juin 2008.

L'appelante conclut à la nullité du jugement entrepris en soutenant qu'elle avait opposé in limine litis la nullité de l'acte introductif d'instance en raison de son libellé obscur, que le jugement indique d'ailleurs en page 2 que ce moyen avait été invoqué, que les premiers juges n'ont cependant pas répondu à ce moyen, n'ayant pris position que quant à l'autre moyen de nullité invoqué par l'appelante et motivé par le fait que la société AAA, visée dans l'exploit introductif d'instance, n'existe plus.

Le moyen est à rejeter, se basant sur des affirmations qui ne correspondent pas à la réalité. En effet dans leur jugement du 28 février 2008, les premiers juges, après avoir rappelé que la nullité résultant des articles 153 et 154 du nouveau code de procédure civile est une nullité de forme soumise à l'article 264 du même code, ont dit: "La défenderesse n'ayant cependant subi le moindre grief du fait que son

nom est altéré dans l'exploit, ni du fait que la motivation exposée dans l'exploit introductif d'instance est insuffisante, les fins de non recevoir soulevées sont à rejeter."

La Cour ne peut toutefois se rallier aux motifs énoncés par les premiers juges à l'appui du rejet du moyen du libellé obscur. Ainsi que le fait valoir à bon droit l'intimée, l'exposé des moyens figurant dans l'exploit introductif d'instance, tel qu'il se trouve ci-dessus reproduit, indique avec suffisamment de précision les motifs invoqués à l'appui de la demande, permettant au juge de déterminer le fondement juridique de cette demande et à la défenderesse de préparer utilement sa défense. Il répond dès lors aux exigences de l'article 154 du nouveau code de procédure civile.

L'appelante conclut encore à la nullité du jugement au motif que suite à un entretien dans le bureau de Madame la Présidente Christiane Junck les parties en cause ont pris des conclusions écrites relativement à la nomination d'un expert judiciaire et que le jugement entrepris n'a pas pris position quant à cette demande d'expertise.

Dans le jugement il est dit que la contestation de la défenderesse concernant le calcul des commissions n'est pas justifiée et qu'il convient d'en faire abstraction. Et les premiers juges d'en déduire: "Il n'y a partant pas lieu à institution d'une expertise", ce qui est une réponse suffisante aux conclusions afférentes des parties. La constatation de l'inutilité d'une mesure d'instruction ne doit par ailleurs pas figurer au dispositif du jugement.

L'appelante reproche d'autre part aux premiers juges d'avoir rejeté sa demande en nullité de l'exploit introductif d'instance basé sur le fait que la société assignée avait changé de dénomination sociale avant l'introduction de la demande en justice et que dès lors la société AAA n'existait plus au jour de la signification de l'acte introductif d'instance.

Les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont rejeté ce moyen de nullité, encore que pour d'autres motifs.

A l'examen de la copie de l'acte notarié de changement de dénomination sociale versée par la société AAA la Cour constate avec l'intimée que ce changement de dénomination sociale a été opéré le 2 octobre 2006. En bas de la copie de l'acte notarié du 2 octobre 2006 figurent les mentions:

"Pour expédition conforme, délivrée aux parties sur demande aux fins de publication au Mémorial, Recueil des Sociétés et Associations.
Esch-sur-Alzette, le 10 octobre 2006.
… Déposé au registre de commerce et des sociétés à Luxembourg, le 16 octobre 2006."

Conformément aux articles 8, 9 et 11bis de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, le changement de dénomination sociale n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour de sa publication au Mémorial.

La publication au Mémorial n'ayant pu avoir lieu qu'après le 16 octobre 2006, date du dépôt de l'acte au registre de commerce, l'exploit d'assignation du 9 octobre 2006 a valablement été signifié à l'appelante sous son ancienne dénomination sociale AAA.

Devant les premiers juges la société BBB avait exposé que la société AAA était intervenue en 2004 dans la réalisation de trois projets, à savoir CCC, DDD et EEE et qu'elle avait de ce fait droit aux commissions de 26.150.- euros, 29.376.- euros et 30.858.- euros, ces montants ayant d'ailleurs été facturés par la société AAA, que la moitié de ces commissions avait été payée, de sorte que sur le total redu pour 2004, soit 86.384.- euros, restait un solde de 43.192.- euros. Selon la société BBB, en 2005 la société AAA était intervenue dans la réalisation de trois autres projets, à savoir FFF, GGG et HHH et avait droit aux commissions de 34.659,90 euros, 33.333,30 euros et 9.760,05 euros, soit au total 77.753,25 euros.

La société BBB a valoir qu'à côté de la moitié des commissions redues pour 2004, elle a payé à la société AAA des avances mensuelles contractuellement prévues d'un total de 210.000.- euros, qu'elle a encore fait à la société AAA des avances hors contrat pour 56.769,45 euros, soit au total 266.769,45 euros, montant dont il y a lieu de retrancher le solde des commissions redues pour 2004, soit 43.192.- euros, de sorte que les avances à valoir sur les commissions redues pour 2005 s'élèvent à 223.577,45 euros et que le trop perçu est de 223.577,45 – 77,753,25 = 145.824.- euros. En ordre subsidiaire elle a conclu à la nomination d'un expert.

La société AAA a contesté avoir reçu paiement de la somme de 223.577,45 euros, elle a contesté que les commissions soient calculées de manière exacte et conformément aux stipulations du contrat et a conclu au rejet de la demande en remboursement. Elle a formulé une demande reconventionnelle en paiement de la somme de 164.137,25 euros lui redue au titre des commissions pour la réalisation des projets à CCC, DDD, EEE, FFF, GGG et HHH. Elle a déclaré ne pas s'opposer à une expertise mais a soutenu être intervenue dans d'autres opérations et sur quatorze chantiers et a demandé à ce que ces chantiers soient inclus dans le décompte.

Les premiers juges ont dit qu'une intervention sur d'autres chantiers est contestée par la société BBB et non établie par la société AAA qui ne formule d'ailleurs la moindre demande en rapport avec d'éventuelles prestations qu'elle aurait fournies pour ces chantiers de sorte qu'il convient de retenir qu'elle n'a pas établi être intervenue sur ses chantiers et qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

Ils ont constaté que la société AAA, tout en contestant le décompte des commissions redues par la société BBB dans le cadre des six chantiers pour lesquels elle reconnaît son intervention, réclame dans sa demande reconventionnelle et au titre des commissions redues pour ces mêmes chantiers exactement les mêmes montants, que sa contestation concernant le calcul de ces commissions n'est donc pas justifiée et qu'il n'y a pas lieu à institution d'une expertise.

Ils ont dit qu'il est avéré que la société BBB redoit à la société AAA à titre de commission pour les six projets ci-dessus énumérés la somme de 164.137,25 euros, qu'il résulte des extraits bancaires communiqués en cause qu'elle a payé les sommes de 14.688.- euros, 15.429.- euros, 13.075.- euros ainsi que des avances mensuelles d'un montant total de 210.000.- euros, soit en tout 253.192.- euros, que la société BBB qui affirme avoir encore avancé une somme de 56.769.45 euros pour mise à disposition d'un véhicule, d'un local, d'une ligne téléphonique etc., est cependant en défaut d'établir que ces frais ont été dépensés dans l'intérêt de la société AAA, de sorte qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de ces frais.

Ils en ont déduit que la demande de la société BBB est à dire fondée à concurrence de 253.192 – 164.137,25 = 89.054,75 euros.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'elle ne serait intervenue que sur six chantiers, alors qu'en réalité elle était intervenue sur quatorze chantiers, que pour les huit chantiers restants elle a été en relation d'affaires avec la société III, structure apparentée à la société BBB. Selon l'appelante, les avances payées par la société BBB englobent nécessairement tous les chantiers et non seulement les six chantiers qui sont l'objet de l'assignation adverse, que c'est donc à tort que les premiers juges n'ont pris en considération ces avances que par rapport à ces six chantiers et ont condamné la société AAA au remboursement d'un trop perçu de 89.054,75 euros.

A l'appui de ses affirmations elle verse plusieurs attestations testimoniales.

Les témoins JJJ et KKK attestent des interventions de la société AAA dans un projet à LLL, le témoin MMM atteste des interventions dans les projets DDD, GGG, CCC et FFF, lesquels font partie des six projets reconnus par la société BBB, ainsi que dans un projet NNN.

Le témoin OOO déclare qu'en sa qualité de gérante de la société PPP elle a vendu à la société III un terrain à QQQ et que son interlocuteur exclusif était Monsieur RRR de la société AAA.

La société BBB soutient qu'elle n'a rien à voir avec la société III et une relation entre les deux sociétés n'est pas établie, ni offerte en preuve. L'intimée fait d'autre part plaider qu'à côté des commissions qui

font l'objet du présent litige et qui se rapportent aux chantiers réalisés en 2005, d'importantes commissions ont été versées à la société AAA pour les années précédentes, commissions correspondant aux chantiers réalisés durant les années 2001 à 2004.

Par conclusions du 2 mars 2009 la société AAA se prévaut de différences entre les commissions touchées par elle et les commissions qui, selon elle, lui étaient contractuellement redus pour les projets LLL et NNN. Elle reconnait donc avoir touché des commissions pour ces projets, étant par ailleurs en défaut d'étayer de la moindre pièce les calculs opérés par elle pour établir les différences alléguées.

L'appelante formule d'autre part l'offre de preuve par témoins suivante:

" 1. *qu'entre 2002 et 2005, sans préjudice de date plus exacte, les dossiers ont été initiés et gérés exclusivement par la société AAA,*

2. que toutes les démarches ont été accomplies par la société AAA qui était le seul interlocuteur,

3. que la vente des terrains, la commercialisation et les compromis, entre autres, ont été signés par Monsieur RRR pour les dossiers DDD, GGG, CCC, FFF et NNN,

4. que Monsieur RRR a mené toutes les négociations pour le compte de la société BBB dans la vente de deux terrains à LLL,

5. que Monsieur RRR a été l'unique interlocuteur dans la vente d'un terrain sis à QQQ."

Les points 1. et 2. sont conçus en termes trop généraux et ne se rapportent pas à des faits précis. Les trois autres points se rapportent à des faits qui résultent d'ores et déjà des attestations testimoniales et qui, au regard des considérations qui précèdent, ne sont pas concluants.

Il s'avère dès lors inutile de procéder à la mesure d'instruction sollicitée.

Il s'en suit que la société AAA est en défaut de rapporter la preuve qu'elle serait intervenue sur d'autres projets pour lesquels elle n'aurait pas touché de commissions.

La Cour constate d'autre part avec les premiers juges que pour les six projets qui sont en discussion dans le présent litige, la société AAA formule une demande reconventionnelle pour le même montant que celui qui est avancé par la société BBB au titre des commissions redues, qu'elle reconnaît donc l'exactitude des décomptes relatifs à ces projets.

Il n'y a donc pas lieu à institution d'une expertise, étant à ajouter que l'article 351, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile s'oppose à ce la Cour charge un expert de la mission d'examiner si les affirmations de l'appelante concernant l'insuffisance de commissions lui payées pour d'autres projets, non appuyées de la moindre pièce, correspondent à la réalité.

C'est enfin à tort que l'appelante continue à soutenir que la société BBB n'a pas établi avoir payé la somme de 253.192.- euros. Ainsi que l'ont constaté les premiers juges, il résulte des extraits bancaires versés par l'intimée que le montant total des sommes payées à la société AAA à titre d'acomptes sur commissions et d'avances mensuelles s'élève à 253.192.- euros.

La demande reconventionnelle portant sur la somme de 164.137,25 euros au titre de commissions redues sur les projets actuellement en discussion reste non fondée, ces commissions ayant été prises en considération dans le décompte final de la société BBB.

L'intimée interjette appel incident contre le jugement du 28 février 2008 en ce qu'il n'a pas retenu les avances hors contrat d'un montant de 56.769,45 euros, dont le paiement résulte toutefois des pièces versées par elle.

Si différents paiements sont attestés par les pièces versées par la société BBB, il n'en résulte toutefois pas à quel titre ces montants ont été payés, respectivement s'ils ont été payés dans l'intérêt de la société AAA. L'appel incident n'est donc pas fondé.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

La société AAA, qui succombe dans son appel, ne peut de ce fait prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

La demande de la société BBB est cependant à dire fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 1.500.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

les dit non fondés et confirme le jugement entrepris;

condamne la société à responsabilité limitée AAA à payer à la société en nom collectif BBB une indemnité de procédure de 1.500.- euros;

déboute la société à responsabilité limitée AAA de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.