Deuxième Chambre Comm.

ARRÊT N°468

R.G : 09/01567

Mme Christèle PIETTON

Société REFLEX INFORMATIQUE SASU

C/

SODIFRANCE SA

Confirme la décision déférée dans toutes ses dispositions, à l'égard de toutes les parties au recours

Copie exécutoire délivrée

le :

à :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE RENNES

ARRÊT DU 15 DECEMBRE 2009

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

Monsieur Yves LE GUILLANTON, Président,

Madame Françoise COCCHIELLO, conseiller,

Monsieur Joël CHRISTIEN, Conseiller, entendu en son rapport,

GREFFIER :

Madame Béatrice FOURNIER, lors des débats et lors du prononcé

DÉBATS :

A l'audience publique du 04 Novembre 2009

devant Monsieur Joël CHRISTIEN, magistrat rapporteur, tenant seul l'audience, sans opposition des représentants des parties, et qui a rendu compte au délibéré collégial

ARRÊT :

Contradictoire, prononcé par Monsieur Yves LE GUILLANTON, Président, à l'audience publique du 15 Décembre 2009, date indiquée à l'issue des débats.

****

APPELANTES :

Madame Christèle PIETTON

Chemin de la Guiche

91830 LE COUDRAY MONTCEAUX

représentée par la SCP GUILLOU & RENAUDIN, avoués

assistée de Me Jacques SCHECROUN, avocat

Société REFLEX INFORMATIQUE SASU

73-75 rue de la Plaine

75020 PARIS

représentée par la SCP GUILLOU & RENAUDIN, avoués

assistée de Me Jacques SCHECROUN, avocat

INTIMÉE :

SODIFRANCE SA

Avenue St Vincent

Parc de la Bretèche

35760 ST GREGOIRE

représentée par la SCP GAUVAIN & DEMIDOFF, avoués

assistée de Me Benoît TREGUIER, avocat

EXPOSÉ DU LITIGE

Par acte du 4 juillet 2007, Christelle PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE ont cédé à la société SODIFRANCE la totalité des actions de la société par actions simplifiée API GROUP moyennant un prix composé d'une partie fixe de 8.510.000 réglés le jour de la cession et d'un complément payable le 1er mars 2008 et fixé, aux termes d'une clause dite de 'earn out', en fonction du résultat d'exploitation réel rapporté au chiffre d'affaires réalisé par la société cédée au cours de l'exercice 2007.

Prétendant que les résultats présentés par la société API GROUP au terme de l'exercice 2007 n'étaient inférieurs au seuil d'exigibilité du complément de prix qu'en raison de charges nouvelles conventionnellement exclues du mode de calcul du résultat d'exploitation, Madame PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE ont, par acte du 6 mai 2008, assigné la société SODIFRANCE devant le Juge des référés du Tribunal de Commerce de RENNES, lequel a, par une première ordonnance du 17 juin 2008:

- rejeté la demande en paiement d'une provision de 666.000 correspondant au complément de prix dû pour un résultat d'exploitation réel égal à 4 % du chiffre

d'affaires 2007,
- désigné un expert.

Après le dépôt du rapport de l'expert GENDRON intervenu le 1er décembre 2008, Madame PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE ont, par acte du 9 décembre 2008, à nouveau assigné la société SODIFRANCE devant le Juge des référés du Tribunal de Commerce de RENNES, lequel, a, par une seconde ordonnance du 24 février 2009, relevé que, si l'expert judiciaire avait déterminé un taux de résultat réel d'exploitation d'au moins 6 % du chiffre d'affaires ouvrant droit à un complément de prix de 1.000.000 , il subsistait néanmoins une contestation sérieuse tenant au fait que l'expert avait été désigné, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, pour apporter aux juges du fond les éléments techniques nécessaires à une détermination judiciaire du complément de prix, et n'avait donc pas reçu pour mission d'arbitrer ce prix selon les modalités et sur les bases contractuellement convenues entre les parties à l'acte de cession d'actions, de sorte qu'il:

- a dit n'y avoir lieu à référé,
- s'est déclaré incompétent au profit des juges du fond,
- a condamné Madame PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE au paiement d'une indemnité de 4.000 en application de l'article 700 du Code de procédure civile.

Madame PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE ont relevé appel de cette décision en demandant à la Cour de :

'Constater que l'accord des parties était qu'en cas de désaccord sur le montant des résultats à prendre en compte pour déterminer le montant de l'earn-out, elles s'en remettraient à dire d'expert ;

Constater que l'expert désigné en référé, conformément à la convention intervenue, a déposé son rapport qui constitue le dire d'expert prévu à ladite convention ;

Constater que l'expert a arrêté définitivement les bases du calcul qu'il convient de retenir en sorte que les provisions demandées correspondent à une créance certaine et insusceptible de contestation sérieuse ;

Condamner la société SODIFRANCE à payer à Madame PIETTON la somme de 400.000 à titre de provision sur le complément de prix dit earn-out, avec intérêts au taux légal depuis le 21 avril 2008 ;

Condamner la société SODIFRANCE à payer à la société REFLEX INFORMATIQUE la somme de 600.000 à titre de provision sur le complément de prix dit earn-out, avec intérêts au taux légal depuis le 21 avril 2008 ;

Le cas échéant, constater que l'argument du défaut d'accompagnement de Madame PIETTON ne concerne en rien la société REFLEX INFORMATIQUE qui n'avait, de ce fait, aucune obligation ;

Condamner la société SODIFRANCE à payer à la société REFLEX INFORMATIQUE et à Madame PIETTON la somme de 15.000 à chacune au titre de l'article 700 du Code de procédure civile'.

La société SODIFRANCE conclut quant à elle à la confirmation de la décision déférée et réclame en outre l'allocation d'une indemnité de 10.000 en application de l'article 700 du Code de procédure civile.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure ainsi que des prétentions et moyens des parties, la Cour se réfère aux énonciations de la décision attaquée ainsi qu'aux dernières conclusions déposées pour Madame PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE le 16 octobre 2009, et pour la société SODIFRANCE le 20 octobre 2009.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Aux termes du protocole de cession de contrôle de la société API GROUP, les parties sont convenues d'une clause de complément de prix ainsi conçue :

'À *titre d'earn-out, versement le 1er mars 2008 après établissement et arrêté des comptes annuels 2007 de la société API GROUP, de la somme de 1.000.000 sous condition d'atteinte par ladite société d'un résultat d'exploitation réel égal ou supérieur à 6 % du chiffre d'affaires 2007 (ligne GG de la liasse fiscale), à plus ou moins 100.000 .*

En deçà, le montant dû sera déterminé comme suit à partir d'un pourcentage de réalisation :

- *6 % et plus 1.000.000*
- *5 % 833.000*
- *4 % 666.000*
- *3 % 0*

Pour déterminer les résultats de la société d'API GROUP servant de base à la détermination de « l'earn out », les parties conviennent d'appliquer la méthode suivante :

- *arrêtés des comptes mensuels au cours d'une réunion bipartite ; aucune charge nouvelle significative ne devra être engagée sans l'accord des deux parties ;*
- *arrêté du bilan et comptes de la société API GROUP après analyse contradictoire entre les parties ou leurs mandataires, conformément aux principes comptables légaux et réglementaires ainsi qu 'aux usages, de telle sorte que ce bilan et ces comptes traduisent de façon sincère et fidèle la situation financière des sociétés et la réalité de leurs résultats.*

Les comptes de l'exercice 2007 seront arrêtés au plus tard le 29 février 2008.

En cas de désaccord des parties sur le montant desdits résultats, celui-ci sera définitivement déterminé à dire d'expert désigné d'un commun accord entre les parties ou, à défaut d'accord, par Monsieur le Président du Tribunal de Commerce du siège du cessionnaire saisi à la requête de la partie la plus diligente'.

Saisi en référé par les cédants d'une demande de provision de 833.000 , le Président du Tribunal de Commerce de RENNES, dans le ressort duquel la cessionnaire a son siège, a, par ordonnance du 17 juin 2008, rejeté cette première de mande de provision en ce qu'elle se heurtait à des contestations sérieuses mais a désigné, par application de l'article 145 du Code de procédure civile et au visa de la convention du 4 juillet 2007, un expert judiciaire avec pour mission de :

'Convoquer les parties et leurs conseils soit au siège de la société SODIFRANCE, soit à celui de la société API GROUP, en fonction de l'endroit où sont rassemblées les personnes et pièces utiles à la mission de l'expert ;

Prendre connaissance des dites pièces et notamment du protocole liant les parties tout particulièrement par la clause d'earn-out ;

Donner au Tribunal tout élément d'information sur les ventilations comptables effectuées au regard de la convention sus mentionnée, recueillir les dires et observations des parties quant aux éléments susceptibles de modifier la base de calcul du taux de référence donnant droit à Madame PIETTON et à la société REFLEX INFORMATIQUE de se prévaloir d'un complément de prix ;

Commenter les dires et soumettre éventuellement à l'appréciation du Tribunal des solutions conformes aux règles comptables et juridiques, dans le respect du protocole d'accord signé le 4juillet 2007 ;

Dresser un pré-rapport soumis contradictoirement aux parties qui auront la faculté d'y répondre dans un délai d'un mois'.

À nouveau saisi par Madame PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE après le dépôt du rapport de l'expert GENDRON concluant à un résultat d'exploitation rectifié de 961.000 représentant 5,60 % du chiffre d'affaires hors taxe de l'exercice 2007 ouvrant droit, compte tenu de la marge d'erreur de 100.000 contractuellement admise, au versement d'un complément de prix de 1.000.000 , le même Juge des référés a, aux termes de l'ordonnance attaquée du 24 février 2009, rejeté, pour cause de contestation sérieuse, la demande de provision aux motifs :

'Que la désignation d'un expert a été prononcée, conformément à la demande de Madame PIETTON et de la société REFLEX INFORMATIQUE, non pas sur le fondement contractuel de l'acte sous seing privé auquel elles se réfèrent aujourd'hui, ce qui aurait interdit, ipso facto, au juge des référés de définir une quelconque mission relevant des seules dispositions de la convention, mais sur le fondement juridique de l'article 145 du Code de procédure civile qui permet d'établir avant tout-procès la preuve de faits dont pourraient dépendre la solution d'un litige ;

Que l'expertise de Monsieur GENDRON constitue un tel élément de preuve en ce qu'il quantifie les postes de frais litigieux quoique incontestés sur le plan comptable, mais qu'il appartiendra aux juges du fond et à eux seuls, s'ils sont saisis du présent litige, d'apprécier en toute équité s'il convient, au regard de la convention liant les parties, de les exclure ou non de la base des frais servant à déterminer la seuil de déclenchement du complément de prix de vente de la société API GROUP'.

La Cour observe à cet égard qu'avant d'apprécier, non en équité mais en droit, s'il convient d'exclure diverses charges nouvelles des résultats d'exploitation déterminant le droit à complément de prix des cédants, les juges du fond auront d'abord à établir si, comme le soutiennent les appelantes, la disposition de la clause d'earn-out par laquelle les parties sont convenues qu'en cas *'de désaccord sur le montant desdits résultats, celui-ci sera définitivement déterminé à dire d'expert*' doit se comprendre comme le recours à l'arbitrage d'un tiers au sens de l'article 1592 du Code civil.

En effet, les conclusions de l'expert GENDRON ne pourraient, dans ce cas, être remises en cause qu'en raison d'erreurs grossières.

Cependant, il sera, à ce stade procédural, observé que les conditions dans lesquelles cet expert a été désigné suscitent des contestations sérieuses interdisant à la juridiction des référés d'allouer une provision.

En effet, bien que Madame PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE aient exprimé le 29 mars 2008 leur désaccord sur les modalités de calcul du résultat d'exploitation déterminant le droit à complément de prix des cédants, et en dépit de ce que les parties aient, les 3 et 5 juin 2008, à nouveau manifesté leur désaccord sur le choix d'un expert, l'ordonnance du 17 juin 2008 a désigné Monsieur GENDRON au double visa de la convention de cession d'actions du 4 juillet 2007 et de l'article 145 du Code de procédure civile avec une mission tendant certes à retraiter le résultat d'exploitation en considération de la clause de complément de prix, mais afin d'aboutir à un avis technique destiné à éclairer les juges du fond et non à un arbitrage du complément de prix s'imposant, sauf erreur grossière, aux parties.

Il n'appartiendra donc qu'aux juges du fond :

- dans le cas où ils interpréteraient la disposition de la clause d'earn-out relative à la saisine de l'expert comme le recours à l'arbitrage d'un tiers au sens de l'article 1592 du Code civil, de déterminer si l'avis technique donné par Monsieur GENDRON au terme de son rapport du 1er décembre 2008 peut être assimilé à l'arbitrage, exempt d'erreurs grossières, du complément de prix ;

- dans le cas contraire, d'apprécier, en s'appuyant sur l'avis technique de l'expert ou tous autres éléments de preuve produits, les prétentions des cédants au versement d'un complément de prix.

Dès lors, l'ordonnance attaquée sera confirmée.

Il ne serait en revanche pas inéquitable de laisser à la charge de l'intimée l'intégralité des frais exposés par elle à l'occasion de l'instance d'appel et non compris dans les dépens, en sorte qu'il n'y aura, au stade de l'appel, pas matière à application de l'article 700 du Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS, LA COUR :

Confirme l'ordonnance rendue le 24 février 2009 par le Juge des référés du Tribunal de Commerce de RENNES en toutes ses dispositions ;

Déboute les parties de toutes autres demandes contraires ou plus amples ;

Condamne Madame PIETTON et la société REFLEX INFORMATIQUE aux dépens d'appel ;

Accorde à la société civile professionnelle GAUVAIN et DEMIDOFF, avoués associés, le bénéfice des dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile ;

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT