Arrêt commercial

Audience publique du deux mars deux mille onze.

Numéro 35609 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme AAA S.A., *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 29 décembre 2009,*

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à Luxembourg ;

e t :

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

intimée *aux fins du susdit exploit BIEL,*

comparant par Maître François COLLOT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 31 mars 2009 la société à responsabilité limitée BBB a fait comparaître la société anonyme AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 34.500.- euros TVA incluse, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500.- euros.

La société BBB a exposé à l'appui de sa demande que suivant contrat de prestation de service du 21 février 2008 elle s'est engagée à réaliser pour compte de la société AAA une mission d'assistance en matière de comptabilité de fonds d'investissement; que le consultant CCC a été affecté à cette mission qui a été exécutée les 22, 26, 27, 28 et 29 février 2008; que les prestations de la société BBB ont fait l'objet d'une facture datée du 11 mars 2008, laquelle a été acquittée sans réserve par la société AAA.

La société BBB a reproché à la société AAA d'avoir, en violation des obligations contractuelles, procédé au recrutement d'CCC avec effet au 1er décembre 2008 et a requis sa condamnation sur base de la clause pénale prévue au contrat.

La société AAA a contesté cette demande. Elle a soutenu qu'un contrat s'est formé entre parties par un échange d'e-mails en date du 20 février 2008 par lequel un accord a été trouvé sur la prestation à effectuer, le nom du consultant, la durée de la mission et le prix, qu'un contrat de prestation de services portant la date du 21 février 2008 ne lui a été adressé que le 27 février 2008, à un moment où la mission était déjà en cours d'exécution et ce contrat écrit reprend des conditions et obligations accessoires qui n'ont jamais été acceptées.

En ordre subsidiaire la société AAA a soulevé la nullité du contrat pour défaut d'objet et/ou de cause, respectivement illicéité de la cause et en ordre plus subsidiaire elle a conclu à la réduction de la clause pénale.

Par jugement rendu le 30 octobre 2009 le tribunal a condamné la société AAA à payer à la société BBB la somme de 30.000.- euros, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

De ce jugement, lui signifié le 24 novembre 2009, la société AAA a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 29 décembre 2009.

Pour rejeter la contestation de la société AAA sur une acceptation par elle de la clause pénale stipulée au contrat du 21 février 2008, les juges de première instance ont relevé qu'en matière commerciale il est de doctrine et de jurisprudence constantes qu'il existe une obligation morale de protester de la part du commerçant contre lequel est dirigé une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part, que cette obligation se justifie dans la mesure où les transactions commerciales doivent se développer dans la sécurité et la rapidité, exigences qui impliquent que soit réduit au minimum entre commerçants le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques, que la signification accordée au

silence dépendra des circonstances de l'espèce qui sont souverainement appréciées par le juge du fond.

Ils ont dit qu'il résulte des pièces versées qu'avant la conclusion du contrat litigieux, la société AAA a déjà eu recours aux services de la société BBB et que les parties ont signé des contrats écrits pour différentes missions en date des 29 décembre 2005, 13 et 24 juillet 2007, que ces contrats contenaient à chaque fois une clause de non sollicitation du personnel ainsi qu'une clause pénale correspondant à un mois d'honoraires. Ils en ont déduit que la société AAA ne saurait sérieusement affirmer qu'elle ignorait en date du 20 février 2008 qu'une telle clause faisait partie intégrante du contrat, que le seul élément nouveau par rapport aux contrats antérieurs est l'augmentation de la clause pénale à deux mois d'honoraires, expliquée par la société BBB par le risque accru résultant du fait que CCC était un ancien salarié de la société AAA.

Ils ont constaté sur base des pièces versées que le 27 février 2008 la dame EEE de la société BBB a transmis à DDD de la société AAA le contrat litigieux en annexe à un e-mail dans lequel elle lui demande de signer le contrat et d'en renvoyer un exemplaire, que DDD a répondu le jour même dans les termes suivants: "OK, merci, je m'en occupe". Ils ont relevé que la société AAA n'a émis aucune contestation à ce moment et qu'elle a réglé la facture sans réserve, que ce n'est qu'en novembre 2008, lorsque la société BBB lui reproche d'avoir embauché CCC en violation des dispositions contractuelles, que la société AAA conteste pour la première fois avoir marqué son accord sur la clause de non-débauchage du personnel.

Ils ont dit que cette contestation, émise neuf mois après la conclusion du contrat est manifestement tardive et ne saurait être prise en considération de sorte que la société BBB a rapporté la preuve de la teneur du contrat sur base du principe de la correspondance commerciale acceptée.

A l'appui de son appel la société AAA soutient que le contrat s'est définitivement formé entre parties par l'échange d'e-mails en date du 20 février 2008 et que l'e-mail adressé à l'appelante le 27 février 2008 auquel se trouvait annexé le contrat daté du 21 février 2008 constitue une nouvelle offre reprenant en partie les éléments sur lesquels un accord avait été trouvé, mais prévoyant en son article 6 une obligation supplémentaire à charge de AAA. Faisant plaider que l'acceptation d'une offre doit être ferme et précise et qu'elle doit porter sur toutes les conditions du contrat l'appelante conclut à voir dire que la nouvelle offre émise le 27 février 2008 ne la liait pas, n'ayant pas été acceptée par elle.

Par l'envoi à la société AAA du contrat écrit la société BBB n'a pas émis une nouvelle offre, mais elle a formalisé la relation contractuelle qui s'était formée par l'échange d'e-mails en communiquant à son cocontractant les modalités et conditions qui régissent cette relation contractuelle.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, ces modalités et conditions portées à la connaissance de la société AAA n'avaient pas besoin d'être acceptées expressément. La Cour rejoint les premiers juges pour dire que le silence gardé par le destinataire de la correspondance commerciale peut, selon les circonstances, valoir acceptation de son contenu et qu'en l'espèce la société AAA, qui s'est vu

communiquer le contrat écrit au plus tard le 27 février 2008, savait au vu des contrats antérieurement signés entre parties qu'une clause de non sollicitation du personnel combinée à une clause pénale était régulièrement insérée dans ces contrats. S'il est vrai que la clause pénale stipulée dans le contrat litigieux était plus élevée que celles antérieurement convenues entre parties, il n'en demeure pas moins que la société AAA n'a émis aucune protestation après la réception du contrat.

Ces considérations des premiers juges répondent également à l'argumentation de l'appelante que la réponse "OK, merci, je m'en occupe" donnée par DDD de AAA à EEE de BBB ne saurait valoir acceptation des termes du contrat. Ce n'est en effet pas cette réponse qui a été considérée par les premiers juges comme une acceptation, mais le silence qui s'en est suivi.

L'appelante soutient d'autre part que, conformément à l'article 109 du code de commerce, la preuve des contrats commerciaux se fait par l'échange de correspondance, que cela ne signifie cependant pas qu'elle se ferait par la correspondance non contestée. Selon l'appelante, l'échange de correspondance par lequel le contrat a été formé s'est réalisé le 20 février 2008 par l'échange d'e-mails entre parties, mais l'envoi par courrier électronique et par la poste du contrat écrit ne participe pas de cet échange de correspondance.

L'article 109 du code de commerce vise la correspondance, tout court, et d'après la doctrine et la jurisprudence le silence du destinataire peut valoir acceptation de la teneur de la correspondance commerciale (cf. Cour 26.5.2004, n° 27727 du rôle, citée par les premiers juges; Cloquet, La facture, n° 445).

La société AAA se prévaut ensuite de la position récente de la Cour de Cassation française (cf. JCL Civil, art. 1109, n° 50) qui exige qu'une clause accessoire doit être connue et acceptée au moment de la conclusion du contrat par celui auquel on l'oppose. Sont visées ici les clauses contenues dans des documents post-contractuels, tels la facture, un bordereau de livraison. Abstraction faite de ce que cette position n'est au demeurant pas partagée par la jurisprudence luxembourgeoise, le contrat du 21 février 2008 communiqué à la société AAA ne peut être considéré comme un document post-contractuel, faisant au contraire partie de la formation du contrat.

Il résulte de l'échange d'e-mails qui a eu lieu le 20 février 2008 entre 16.00 et 18.00 heures et qui a fait suite à un entretien téléphonique entre DDD et EEE, que la société AAA avait un besoin urgent d'un consultant pour résoudre les problèmes rencontrés par elle. Le consultant CCC a commencé sa mission le 22 février 2008. Dans ces circonstances la signature avant le début de la mission d'un contrat écrit, lequel était la règle entre parties, n'était pas possible et le contrat écrit transmis à la société AAA en cours d'exécution de la mission doit être considéré comme la formalisation des relations contractuelles formées par l'entretien téléphonique et les courriers électroniques du 20 février 2008.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont rejeté la contestation de la société AAA portant sur l'acceptation de la clause pénale contenue dans le contrat du 21 février 2008.

A l'appui de son moyen d'une nullité du contrat sur base des articles 1108 et 1126 et/ou 1131 du code civil, la société AAA a soutenu qu'il y a eu violation des articles L. 132-1, L.133-1 et L.133-2 du code de travail.

Elle reproche aux premiers juges de ne pas avoir examiné si la condition posée à l'article 132-1(4) pour dispenser le prêt temporaire de main d'œuvre des autorisations exigées par les points (1) et (2) de l'article 132-1, à savoir fourniture de personnel par une entreprise sur base d'un contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise conclu **dans le cadre de ses activités normales et permanentes** est remplie en l'espèce.

Elle fait valoir que l'objet social de la société BBB, tel qu'indiqué dans ses statuts comprend *"l'exécution de toutes expertises comptables, fiscales, économiques et financières, de tous mandats d'organisation technique, administrative et commerciale ainsi que toutes activités se rattachant directement à la profession d'expert-comptable, fiscal, économique et financier ou à celle de conseil en organisation"* et soutient que la mission faisant l'objet du contrat conclu entre parties ne rentre pas dans cet objet social.

Les parties sont d'accord pour dire que la mission confiée à la société BBB, reprise par l'appelante dans son offre de preuve afin d'établir le contenu de l'entretien téléphonique ayant précédé l'échange d'e-mails du 20 février 2008, est celle de *"faire un état de la situation comptable et technique d'un fonds particulier, recalculer toutes les valeurs nettes d'inventaire de ce fonds depuis juillet 2007, s'assurer que la situation comptable du fonds était de nouveau propre à partir de février 2008".*

Cette mission rentre dans l'objet social de la société BBB. L'argument de l'appelante qu'elle ne porte pas sur une expertise comptable, fiscale ou financière n'est pas pertinent, l'objet social renfermant également toutes activités se rattachant directement à la profession d'expert-comptable, fiscal, économique et financier.

L'appelante renvoie dans ce contexte au site internet de la société BBB et aux publications effectuées par elle au site internet FFF dont appert, selon elle, que l'intimée propose également des activités dépassant son objet social. Cette argumentation ne présente pas de pertinence dans le présent litige où la Cour est saisie de la question de la régularité au regard des dispositions invoquées du code du travail du seul contrat liant les parties au procès.

La Cour constate par ailleurs que la mission confiée à la société BBB est une mission très précise et clairement circonscrite, ce qui permet de conclure à la licéité de la mise à la disposition de la main d'œuvre (JCL Travail Traité, fasc. 3-20, n° 37). La Cour ne peut suivre l'appelante en ce qu'elle soutient que la définition précise de la mission n'est pas un critère décisif, se rencontrant également dans le travail à temps partagé ou dans le portage salarial. En effet la détermination de la mission du salarié constitue encore un des éléments contribuant à la licéité tant du travail à temps partagé que du portage salarial (ibidem, nos 120 ss.).

La société AAA soutient encore que c'est à tort que l'intimée, se référant au contrat conclu entre parties, invoque un prétendu défaut de transfert de l'autorité hiérarchique pour se soustraire à la nullité du contrat sur base des articles L-133-1 (1) et (2) du code du travail.

Dans ce contexte elle fait valoir en premier lieu qu'il faut vérifier la situation de fait qui prime sur les termes écrits du contrat. Elle n'explique cependant pas en quoi la situation de fait aurait en l'espèce dévié par rapport au contrat écrit. La Cour s'en tient donc aux stipulations du contrat lesquelles, dans la mesure où elles intéressent la question d'une éventuelle subordination juridique, sont les suivantes:

"2.3. Lors de l'exécution de cette mission, le Personnel du Prestataire de services ne peut assumer de fonctions de gestion ou de surveillance, ni interférer dans quelque processus décisionnel que ce soit chez le Client. Ceux-ci restent du ressort exclusif du Client. L'implication du personnel du Prestataire de services sera limitée à l'exécution de tâches spécifiques liées au présent Projet sous la direction étroite, le contrôle et la responsabilité du client.

2.4. Le Personnel du Prestataire de services pourra être tenu d'exécuter une part importante de sa tâche dans les locaux du Client. Néanmoins le Personnel du Prestataire de services ne pourra être ni ne sera, en aucune circonstance, considéré comme étant employé par le Client. Le Prestataire de services est seul fondé à exercer une autorité administrative sur son Personnel et assume l'ensemble des droits et obligations lui incombant à titre d'employeur à l'égard de son Personnel. …"

L'article 133-1 (1) du code de travail est de la teneur suivante:

"Est interdite l'activité exercée en dehors des règles visées aux chapitres Ier et II du présent titre par un employeur qui consiste à mettre des travailleurs engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et qui exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur".

D'après l'article 133-1 (2) les contrats conclus en violation de cette disposition sont nuls.

Dans le texte initial du projet de loi portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main d'œuvre, la disposition de l'actuel article 133-1 (1) portait *in fine*: *" … et qui exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité réservée normalement à l'employeur".*

Dans son avis (Doc. parl. 3346[3], p.26) le Conseil d'Etat donne à considérer que "cette disposition semble formulée de manière trop rigoureuse, puisqu'elle semble exclure dans une large part le recours à des prestations de services, qui sont inévitablement soumis dans une certaine mesure à l'autorité de l'utilisateur" et il propose de la remplacer par les termes qui forment la teneur actuelle de l'article 133-1(1).

L'appelante se prévaut à l'appui de son moyen de la dernière phrase de l'article 2.4 du contrat conclu entre parties où il est question de l'exécution des tâches spécifiques liées au projet sous la direction étroite, le contrôle et la responsabilité du client. Au vu de l'observation ci-dessus reproduite du Conseil d'Etat, on ne peut déduire de cette phrase un transfert vers la société AAA de l'autorité hiérarchique sur le consultant chargé de l'exécution de la mission confiée à la société BBB. Si un

pouvoir de direction et de contrôle est reconnu à la société AAA c'est toutefois uniquement en rapport avec les tâches spécifiques qui dépendent de la mission à exécuter, ce qui au vu de la description de cette mission, ayant consisté à revoir la situation comptable d'un fonds particulier géré par la société AAA, paraît normal.

C'est en tout cas à tort que l'appelante veut interpréter dans cette phrase les critères du lien de subordination qui se caractérise par l'exécution d'un travail sous lequel l'autorité d'un employer qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements. En effet le contrôle de l'exécution des ordres en tant que préalable de la sanction d'un manquement ne se rencontre pas en l'espèce, le problème d'une inexécution ou mauvaise exécution de la mission se posant dans le seul cadre des relations contractuelles entre les sociétés BBB et AAA.

Dans l'article 2.4 du contrat la société BBB s'est par ailleurs expressément réservé l'autorité administrative sur son personnel et a déclaré assumer l'ensemble des droits et obligations lui incombant à titre d'employeur à l'égard des son personnel. L'autorité tant hiérarchique qu'administrative est donc restée auprès d'elle.

Le contrat litigieux ne contrevient partant pas aux dispositions du code du travail invoquées et c'est à juste titre que les premiers juges ont rejeté le moyen de la mise à la disposition illicite de main d'œuvre.

Dans ces circonstances il n'y a pas lieu de prononcer un sursis à statuer en attendant qu'une décision soit intervenue sur une plainte déposée par l'Inspection du Travail et des Mines à l'encontre des dirigeants de la société BBB pour violation des dispositions du code de travail relatives au travail intérimaire et au prêt illégal de main d'œuvre, une telle décision n'ayant pas d'incidence sur le présent litige.

La société AAA reprend enfin son moyen du caractère excessif de la clause pénale, moyen que les premiers juges ont rejeté en relevant que la peine conventionnelle qui est simplement supérieure au préjudice mais dont le caractère abusif n'est pas manifeste doit être irréductible, que la société AAA ne fournit aucun élément concret pour démontrer que la peine stipulée est manifestement excessive par rapport au préjudice subi, le fait que le montant de la clause pénale représente huit fois le montant facturé n'étant pas pertinent, ne constituant pas un critère servant à déterminer un quelconque préjudice.

L'appelante maintient que le caractère manifestement excessif de la clause pénale réclamée résulte du fait qu'elle représente plus de 8 fois le montant facturé et que l'embauche du consultant CCC par AAA a eu lieu 8 mois après la fin de la prestation de services qui a duré 5 jours seulement.

Le caractère manifestement excessif d'une clause pénale doit être apprécié par rapport au préjudice subi, le juge utilise un raisonnement objectif, opérant une comparaison entre le montant de la peine et la valeur du préjudice (JCL Civil, art. 1146 à 1155, fasc. 22; E.D. Civil, vbo Clause pénale, n° 80).

L'appelante reste en défaut de produire le moindre élément permettant de faire une comparaison entre le montant de la clause pénale et le préjudice subi par la

société BBB. Ni la durée de la prestation de services auprès de AAA, ni le montant facturé pour cette prestation de services ne sont de nature à permettre une appréciation de ce préjudice. La circonstance que le consultant CCC a été embauché par AAA huit mois après la fin du contrat ayant lié les parties n'est enfin pas pertinente, l'appelante s'étant engagée à ne pas recruter pendant une période de deux ans après la fin du contrat.

La Cour ne peut donc conclure à un caractère manifestement excessif de la clause pénale par rapport au préjudice subi par la société BBB du fait du débauchage du consultant CCC, cette société faisant valoir que les consultants sont sa seule richesse et que ce sont eux qui représentent la valeur de l'entreprise.

L'appel est encore non fondé sur ce point et le jugement entrepris est à confirmer, y compris dans sa disposition portant sur l'indemnité de procédure.

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 et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

Celle de la société BBB est 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 2.000.- 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 l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne la société anonyme AAA à payer à la société à responsabilité limitée BBB une indemnité de procédure de 2.000.- euros;

déboute la société anonyme 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, dont distraction au profit de Maître François Collot, sur ses affirmations de droit.