

Arrêt N° 16/20 IV-COM

Audience publique du douze février deux mille vingt

Numéro CAL-2018-00346 du rôle

Composition :

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Henri BECKER, conseiller;
Thierry SCHILTZ, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société anonyme SOC.1.), établie et ayant son siège social à L- (...), (...), représentée par son conseil d'administration en fonction, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Yves Tapella d'Esch-sur-Alzette du 10 avril 2018,

comparant par Maître Virginie Brouns, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société par actions simplifiée SOC.2.), établie et ayant son siège social à F-(...), (...), représentée par ses organes statutaires en fonction, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Vannes sous le numéro (...),

intimée aux fins du prédit acte Tapella,

comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick Onimus, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par exploit d'huissier de justice du 13 avril 2015, la société **SOC.1.)** SA (ci-après: **SOC.1.)**) a fait donner assignation à la société de droit français **SOC.2.)** (ci-après: **SOC.2.)**), à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, pour s'entendre condamner à lui payer, à titre principal, le montant de 2.558.715,17 euros, sinon, à titre subsidiaire, le montant de 771.782 euros, outre les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice, sinon à partir du jugement à intervenir, jusqu'à solde.

La demande était basée principalement sur la responsabilité contractuelle de la société **SOC.2.)**, sinon sur l'enrichissement sans cause, sinon sur la responsabilité délictuelle.

SOC.1.) demanda en outre une indemnité de procédure de 3.000 euros, l'exécution provisoire sans caution, ni cautionnement du jugement ainsi que la condamnation de la défenderesse aux frais et dépens.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 19 janvier 2018, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile :

- a rejeté les moyens de nullité de l'assignation ;
- s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande ;
- a débouté les parties de leurs demandes respectives basées sur l'article 240 du NCPC ; et
- a condamné **SOC.1.)** aux frais et dépens avec distraction au profit de Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS.

Pour statuer ainsi, les juges de première instance ont relevé que le moyen de nullité de l'assignation, basé sur des inexactitudes dans l'indication de la forme sociale de la défenderesse, était à rejeter motif pris que la défenderesse n'avait pas établi avoir subi un préjudice résultant de cette indication inexacte. Ils ont de même rejeté le moyen de nullité de l'assignation, basé sur une erreur dans l'indication du mode de comparution, comme non fondé, le mode de comparution ayant été correctement indiqué dans l'assignation.

Le tribunal a ensuite constaté que la partie défenderesse n'est pas domiciliée au Luxembourg; que les parties avaient mené des pourparlers en vue de conclure un contrat portant sur la mise à disposition de **SOC.2.)** par **SOC.1.)** d'une plateforme d'achat d'espace

publicitaire et ils ont retenu que même en l'absence d'un contrat écrit entre parties, il y a eu accord de volontés sur les éléments principaux, dont notamment l'objet et le prix. Le tribunal a partant conclu que le litige relève du domaine contractuel.

Ayant constaté que la clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux de Vannes n'avait pas fait l'objet d'une acceptation par **SOC.1.)**, les juges de première instance ont dit que la compétence territoriale devait être déterminée en application de l'article 7 (1) b du règlement Bruxelles I bis, le contrat entre parties étant à qualifier de contrat de prestation de services.

Après avoir retenu que les prestations étaient à fournir au siège de **SOC.2.)**, donc en France, le tribunal s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande de **SOC.1.)**.

Par exploit d'huissier de justice du 10 avril 2018, **SOC.1.)** a interjeté appel contre le jugement du 19 janvier 2018 qui lui avait été signifié le 13 mars 2018.

L'appelante demande à la Cour, par réformation du jugement, de :

*« faire droit aux demandes de **SOC.1.)** et les dire justifiées et fondées,*

*principalement, dire la demande de **SOC.1.)** basée sur la responsabilité contractuelle, respectivement sur la faute contractuelle de **SOC.2.)** fondée ;*

*partant condamner **SOC.2.)** à payer à **SOC.1.)** la somme de 10.055.830 euros au titre de dommages et intérêts, sinon la somme de 7.541.872 euros au même titre, augmentée des intérêts sur base de l'article 3 de la loi modifiée du 18 avril 2004, sinon augmentée des intérêts au taux légal, à partir de la demande en justice jusqu'à solde, sinon à partir du jugement jusqu'à solde ;*

*à titre subsidiaire, dire la demande de **SOC.1.)** basée sur la responsabilité délictuelle, respectivement sur une faute précontractuelle de **SOC.2.)** fondée ;*

*partant, condamner **SOC.2.)** à payer à **SOC.1.)** la somme de 10.055.830 euros au titre de dommages et intérêts, sinon la somme de 7.541.872,50 euros au même titre, augmentée des intérêts sur base de l'article 3 de la loi modifiée du 18 avril 2004, sinon augmentée des intérêts au taux légal, à partir de la demande en justice jusqu'à solde, sinon à partir du jugement jusqu'à solde ;*

*à titre infiniment subsidiaire, dire la demande de **SOC.1.)** basée sur l'enrichissement sans cause de **SOC.2.)**, respectivement de l'appauvrissement de **SOC.1.)**, fondée ;*

*partant, condamner **SOC.2.)** à payer à **SOC.1.)** la somme de 10.055.830 euros au titre de dommages et intérêts, sinon la somme de 7.541.872,50 euros au même titre, augmentée des intérêts légaux sur base de l'article 3 de la loi modifiée du 18 avril 2004, sinon augmentée des intérêts au taux légal, à partir de la demande en justice jusqu'à solde, sinon à partir du jugement jusqu'à solde ;*

*rejeter l'ensemble des demandes de **SOC.2.)** ;*

*condamner **SOC.2.)** à payer à **SOC.1.)** une indemnité de procédure de 3.000 euros ;*

*condamner **SOC.2.)** aux frais et dépens avec distraction au profit de Me BROUNS,*

voir ordonner l'exécution provisoire, nonobstant appel et sans caution ni cantonnement ».

Les moyens de la partie appelante

A l'appui de son appel limité, **SOC.1.)** reprend textuellement ses développements de première instance et fait valoir que **SOC.2.)** a, en date du 4 août 2010, fautivement résilié le contrat conclu entre parties. Elle réclame l'indemnisation de son préjudice découlant de cette résiliation abusive et chiffre le quantum de son dommage sur base d'un rapport établi par l'expert **EXP.1.)**.

L'appelante conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a exclu l'application de la clause attributive de juridiction insérée au projet de contrat, mais elle fait grief au tribunal de s'être déclaré territorialement incompétent.

L'appelante affirme que, contrairement à ce qu'ont retenu les juges de première instance, la prestation caractéristique aurait consisté dans le travail informatique effectué par des informaticiens basés à Luxembourg pour « fabriquer » sur mesure la plateforme commandée par **SOC.2.)**.

Sur base de ces développements, **SOC.1.)** conclut à la compétence des juridictions luxembourgeoises.

Quant au fond, elle soutient que la clause obligeant les parties de rechercher un règlement amiable ne serait pas valable et qu'il y aurait lieu d'appliquer au litige la loi luxembourgeoise en tant que :

- loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle (article 4.1.b) du Règlement Rome I), sinon en tant que

- loi du pays dans lequel le dommage (i.e. l'appauvrissement de l'appelante) survient (article 12.2.a) du Règlement Rome II), sinon en tant que

- loi du pays avec lequel l'obligation présente les liens les plus étroits (article 12.2.c) dudit Règlement) sinon, en tant que

- loi de l'enrichissement sans cause (article 10 paragraphe 1 ou paragraphe 4 du Règlement Rome II).

Suite aux contestations de l'intimée des conclusions du rapport d'expertise **EXP.1.**), l'appelante verse un rapport complémentaire du 14 décembre 2018 ainsi qu'un ultime rapport du 6 mars 2019 de cet expert pour contredire les conclusions du rapport d'expertise LERTI (Laboratoire d'expertise et de recherche de traces numériques) du 9 octobre 2018.

Les développements de la partie intimée

L'intimée **SOC.2.)** demande à titre principal à la Cour de confirmer le jugement entrepris. A titre subsidiaire, elle conclut à la nullité sinon à l'irrecevabilité des demandes adverses.

Elle soulève in limine litis « *le caractère nouveau des montants réclamés à hauteur d'appel et partant leur irrecevabilité* ». Elle souligne que **SOC.1.)** avait dans l'acte introductif d'instance réclamé le montant principal de 4,5 millions d'euros (la Cour constate que dans l'assignation, le montant réclamé par **SOC.1.)** se chiffre à 2.558.715,17 euros respectivement à 771.782 euros) tandis qu'en instance d'appel, **SOC.1.)** réclame, sur base du (premier) rapport d'expertise de **EXP.1.)**, la somme de 10.055.830 euros. **SOC.2.)** estime qu'il y a ainsi tentative d'escroquerie à jugement.

A l'appui de sa demande concernant l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises, l'intimée reprend ses développements faits en première instance sur base des dispositions du Règlement Bruxelles I bis.

Elle rappelle d'abord que l'article 14 du prétendu contrat prévoit, en cas d'échec d'un règlement amiable, une clause d'élection de for au profit des juridictions françaises.

En application de cette clause, les juridictions luxembourgeoises seraient territorialement incompétentes pour connaître du litige.

L'intimée interjette donc appel incident.

A titre subsidiaire, et au cas où cette clause ne serait pas applicable, l'intimée invoque les articles 4 (1) [domicile du défendeur] ,7 (1) a) [lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande],

respectivement 7(2) [lieu du fait dommageable] du règlement Bruxelles I bis.

SOC.2.) reprend ensuite ses développements faits en première instance relatifs à diverses irrecevabilités.

Ainsi, elle soulève le défaut d'immatriculation de l'activité commerciale de **SOC.1.)** au RCS et donc une violation de l'article 22 (1) de la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et des Sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. Sur base de ce moyen, elle soulève l'irrecevabilité de la demande en paiement de **SOC.1.)**.

L'intimée invoque encore le non-respect par **SOC.1.)** de la clause de règlement amiable et elle soutient que l'action en justice, exercée au mépris de cette clause obligatoire, serait prématurée et donc irrecevable.

Quant au fond, et en cas de réformation du jugement, l'intimée sollicite le renvoi de l'affaire devant le tribunal autrement composé aux fins de la sauvegarde du double degré de juridiction.

Finalement, **SOC.2.)** formule une demande reconventionnelle pour procédure abusive et vexatoire et elle requiert une indemnisation à hauteur de 100.000 euros.

Appréciation

Les appels, principal et incident, interjetés dans les formes et délais de la loi sont recevables.

Il est constant en cause que l'appelante n'a pas entrepris le jugement en ce qu'il a déclaré inapplicable la clause d'élection du for, mais elle reproche au tribunal d'avoir - dans le cadre de l'application du Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit Règlement Bruxelles I bis, - dit que le lieu de l'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande (i.e. la prestation ou fourniture de service) se trouve en France.

Selon **SOC.1.)** il convient, en matière de prestation de services, de prendre en compte le lieu d'exécution matériel concret (cf. Cour 11 juill. 2012 ; Pas. 36 ; p. 145). Elle affirme que, contrairement au jugement dont appel, la prestation caractéristique consiste en l'occurrence dans le travail informatique réalisé depuis le Luxembourg pour « *fabriquer* » la plateforme informatique. Au vu de ces développements, l'appelante conclut à la compétence des juridictions luxembourgeoises.

Elle explique encore qu'en admettant que les parties n'aient pas été liées par un contrat, les juridictions luxembourgeoises seraient territorialement compétentes en tant que celles du lieu où le dommage s'est produit.

A titre encore plus subsidiaire, l'appelante base sa demande sur l'enrichissement sans cause et expose que les juridictions luxembourgeoises seraient également compétentes pour statuer sur cette demande.

a) quant à la validité de la clause attributive de juridiction

L'intimée **SOC.2.**), en concluant à titre principal à l'application de la clause d'élection de for au profit des juridictions françaises, interjette appel incident.

Cet appel n'est toutefois pas fondé alors que c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal a retenu que la clause attributive de juridiction, prévue à l'article 14 d'un contrat non signé, n'est pas applicable alors qu'elle n'a pas fait l'objet d'une acceptation de la part de **SOC.1.**)

b) quant à la clause relative au règlement amiable

En l'absence d'un contrat écrit et à défaut d'une acceptation spéciale de la clause obligeant les parties à rechercher d'abord un règlement amiable, les développements des parties quant à cette clause ne sont pas pertinents.

c) quant à l'application du Règlement Bruxelles I bis

En l'absence d'une clause attributive de juridiction, la compétence territoriale doit être déterminée conformément au Règlement Bruxelles I bis.

Selon la CJUE la notion de « *matière contractuelle* », au sens de l'article 7, point 1, du Règlement Bruxelles I bis, doit être interprétée de manière autonome en vue d'assurer l'application uniforme de celle-ci dans tous les États membres. Pour relever d'une telle matière, l'action du demandeur doit mettre en cause une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre (cf. arrêt CJUE, C-419/11 du 14 mars 2013, *Če. sp.*, points 45 à 47 ; arrêt CJUE, C-375/13 du 28 janvier 2015, *Ko.*, points 37 et 39).

Selon la jurisprudence, relèvent de même de la matière contractuelle toutes les obligations qui trouvent leur source dans le contrat dont l'inexécution est invoquée à l'appui de l'action du demandeur (cf. arrêt CJCE, 14/76 du 6 octobre 1976, *D. Bl.* ; arrêt CJCE, 9/87 du 8 mars 1988, *Ar.*).

Le Règlement Bruxelles I bis donc est applicable en l'espèce alors que la responsabilité de **SOC.2.)** est recherchée au titre d'une résiliation fautive d'un prétendu contrat.

Il est constant en cause que malgré l'absence d'un contrat écrit, les parties étaient liées contractuellement suite à leur accord de volontés. Le litige, qui a trait à un contrat de prestation de services, relève de la matière contractuelle de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 7 du Règlement Bruxelles I bis.

Les parties n'ont pas entrepris le jugement du 19 janvier 2018 en ce qu'il a qualifié leurs relations, qui consistaient dans la mise à disposition par **SOC.1.)** à **SOC.2.)** d'une plateforme d'achat, de contrat de fournitures de services.

C'est d'ailleurs à bon droit que le tribunal a retenu cette qualification. Le contrat de développement de logiciel (sur mesure) est qualifié par une doctrine unanime de louage d'ouvrage étant donné que son objet consiste fondamentalement en une prestation de travail, de nature intellectuelle comportant analyse, conception et programmation (cf. Revue du droit des technologies de l'information – n° 68-69/2017 p. 9 et s.).

L'article 7 précité, relatif aux compétences spéciales, dispose - en ce qui concerne ses passages pertinents en l'espèce - ce qui suit :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

- (...)

- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;

(...) ».

L'appelante, pour conclure à la compétence des juridictions luxembourgeoises, soutient que la prestation caractéristique aurait consisté dans le travail informatique réalisé par des informaticiens basés à Luxembourg pour la réalisation sur mesure de la plateforme commandée par **SOC.2.)**.

L'intimée invoque les articles 4 (1), 7 (1) a, respectivement 7 (2) du Règlement Bruxelles I bis pour conclure à l'incompétence des juridictions luxembourgeoises.

Ainsi, **SOC.2.)** conteste formellement que **SOC.1.)** ait procédé à la création ou fabrication sur mesure d'une plateforme informatique et elle expose que les versions des projets de contrats mentionnent tous une « *plateforme mondiale* » déjà existante.

La Cour tient à relever que le contrat conclu entre **SOC.1.)** et **SOC.2.)**, même s'il porte sur la fourniture d'une plateforme informatique, n'est pas un contrat électronique. Il n'y a partant pas lieu d'appliquer les jurisprudences de la CJCE rendues en matière de contrats informatiques ou de commerce électronique (cf. Revue du droit des technologies de l'information n° 68-69/2017 p. 9 et s.).

En matière de contrats de fournitures de services, la prestation caractéristique ne consiste pas, tel que l'affirme l'appelante, dans la « *création* » du service (i.e. elle se réfère au fait de « *fabriquer* » la plateforme) étant donné que ce fait et le lieu où il est accompli sont sans importance. Il est donc non concluant d'examiner si en l'espèce l'appelante a procédé ou non à la création sur mesure d'un logiciel informatique.

En effet, « *selon la jurisprudence de la Cour, la notion de «services», au sens de l'article 5, point 1, sous b), du règlement n° 44/2001, dont le libellé est identique à celui de l'article 7, point 1, sous b), du règlement n° 1215/2012, implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération (voir, en ce sens, arrêt du 14 juillet 2016, Gr., C-196/15, EU:C:2016:559, point 37 et jurisprudence citée)* » (cf. CJUE, 15 juin 2017, Sa. Ka., Aff. C-249/16, Co. Y. Bo.).

En matière de fournitures de services, l'article 7 du Règlement Bruxelles I bis attribue une compétence spéciale aux juridictions de l'Etat membre du lieu où en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis. Or, il ressort des éléments du dossier que la plateforme informatique devait servir à **SOC.2.)** (i) d'optimiser son budget média et de gérer tout le workflow d'achat depuis les appels d'offres jusqu'au règlement de **SOC.2.)** et (ii) de permettre à son département Achat de certifier ses procédures depuis les appels d'offres auprès des régies jusqu'à la certification de la facturation. Les prestations relatives à la plateforme sont donc fournies et utilisées à partir du siège social de **SOC.2.)**.

Ceci n'est d'ailleurs pas contesté par **SOC.1.)** alors que l'appelante fait uniquement valoir que la fourniture de la plateforme au siège social ne constitue pas la prestation caractéristique du contrat.

Au vu de ce qui précède, les juges de première instance ont à juste titre déclaré qu'ils sont territorialement incompétents motif pris que les services à fournir par **SOC.1.)** auraient dû être fournis dans l'Etat du siège du client.

Finalement, la Cour tient encore à préciser que l'article 7 précité fait partie des compétences spéciales prévues par le Règlement Bruxelles I bis. Celles-ci créent des compétences alternatives qui s'ajoutent à celle prévue aux dispositions générales. Or, même en cas d'application de l'article 4.1. selon lequel « les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre », les juridictions luxembourgeoises doivent se déclarer incompétentes pour connaître des demandes de **SOC.1.)**.

Le jugement est à confirmer quoiqu'en partie par adoption d'autres motifs et l'appel principal n'est donc pas fondé.

d) quant aux demandes subsidiaires de l'appelante

Les demandes subsidiaires en responsabilité délictuelle sinon sur base de l'enrichissement sans cause sont irrecevables alors qu'il est établi que les parties étaient liées par un contrat.

e) quant à la demande reconventionnelle

SOC.2.) réclame du chef de procédure abusive et vexatoire la condamnation de **SOC.1.)** au paiement de la somme de 100.000 euros. Elle soutient que **SOC.1.)** a abusivement introduit et poursuivi une action en justice en réclamant des montants purement fantaisistes.

La demanderesse sur reconvention précise que le montant réclamé à titre d'indemnisation se compose tant de ses frais d'avocats que de l'indemnisation de son préjudice moral pour atteinte à son image. Le préjudice moral consisterait dans le fait de « *devoir provisionner dix millions d'euros pouvant potentiellement entraîner la faillite de la société, sinon le licenciement d'une grande partie du personnel, ne pas entamer de stratégie de développement en raison du risque de devoir payer dix millions d'euros pour des prestations ni pertinentes, ni reçues, etc.* ».

L'article 6-1 du code civil dispose que « *Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus* ».

Il est de principe que l'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute que si elle constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

En l'espèce, l'intimée n'a pas établi que l'appel interjeté par **SOC.1.)** constitue l'exercice malveillant, de mauvaise foi des droits ou sans utilité réelle pour leur titulaire de sorte que la demande de **SOC.2.)** en indemnisation à titre de procédure abusive et vexatoire est à rejeter comme non fondée.

f) quant aux demandes sur base de l'article 240 du NCPC

L'appelante requiert une indemnité de procédure de 5.000 euros (page 27 de la motivation de l'acte d'appel) qu'elle réduit à 3.000 euros (dans le dispositif de l'acte d'appel).

Au vu du sort réservé à son appel, la demande de l'appelante sur base de l'article 240 du NCPC n'est pas fondée.

L'intimée sollicite une indemnité de procédure de 7.500 euros. Comme il paraît inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais irrépétibles qu'elle a dû exposer pour se défendre dans le cadre de l'instance d'appel, il y a lieu de faire droit à sa demande pour la somme de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS

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

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

déclare l'appel incident non fondé ;

déclare l'appel principal non fondé ;

partant, **confirme** le jugement du 19 janvier 2018 ;

dit non fondée la demande reconventionnelle ;

déboute la société anonyme **SOC.1.)** de sa demande sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne la société anonyme **SOC.1.)** à payer à la société par actions simplifiée **SOC.2.)** une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel ;

condamne la société anonyme **SOC.1.) SA** aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS sur ses affirmations de droit.