

Texte pseudonymisé

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**Arrêt N° 138/23 IV-COM**

Audience publique du quatre juillet deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2022-00712 du rôle

Composition:

Marianne EICHER, président de chambre;  
Michèle HORNICK, conseiller;  
Carole BESCH, conseiller;  
Eric VILVENS, greffier.

**E n t r e**

**la société anonyme SOCIETE1.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Geoffrey Gallé de Luxembourg du 4 juillet 2022,

comparant par Maître Isabelle Girault, avocat à la Cour, demeurant à Strassen,

**e t**

**la société à responsabilité limitée SOCIETE2.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

**intimée** aux fins du prédit acte Gallé,

comparant par Maître Mathieu Richard, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## **LA COUR D'APPEL**

Suivant contrat de services intitulé « contract for supply of services » (ci-après le Contrat) conclu le 15 juillet 2019 entre la société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après SOCIETE3.)) et la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL (ci-après SOCIETE2.)), cette dernière a mis à disposition de SOCIETE3.) l'un de ses salariés, en l'occurrence PERSONNE1.), pour une durée de quatre jours, facturé à 720 euros htva par jour.

L'article 9, sous l'intitulé « Non-sollicitation », du Contrat prévoit une clause formulée comme suit :

« Except prior written agreement, both parties will not hire, make hire, seek to hire, directly or indirectly, or via a third party, under any form of contract, any member of the personnel of the other party. This clause is applicable independently of the reason of the departure. After a period of three years where no work has been done by a member of the personnel for the client, this clause is not applicable anymore. Any breach of the contract will imply the paiement of 12 months of the global salary cost of the person ».

L'article 12, sous l'intitulé « Breach of contract », dispose :

« Should one of the parties breach in whole or part of the contract, it will be liable to pay a sum of 25000 euros for each breach of an article of the contract, to the other party, except when stated otherwise in the article ».

Il est par ailleurs constant en cause que SOCIETE2.) a embauché, avec effet au 1<sup>er</sup> juin 2021, le dénommé PERSONNE2.), précédemment engagé auprès de SOCIETE3.), poste dont ce dernier avait démissionné le 1<sup>er</sup> mai 2021 avec effet au 31 mai 2021.

Par courrier recommandé avec accusé de réception du 11 mai 2021, le mandataire de SOCIETE3.) a mis en demeure SOCIETE2.) de procéder, avant le 25 mai 2021, au paiement des montants de (12 x 4.334,58 ) 52.014,96 euros et 25.000 euros en application des articles 9 et 12 du Contrat.

Par acte d'huissier de justice du 15 juillet 2021, SOCIETE3.) a assigné SOCIETE2.) devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

siégeant en matière commerciale, pour l'y voir condamner à lui payer les montants de 52.014,96 euros en application de l'article 9 du Contrat et 25.000 euros en application de l'article 12 du Contrat, outre les intérêts, le montant de 5.000 euros au titre de frais et honoraires d'avocat engagés, ainsi que le montant de 2.000 euros au titre d'une indemnité de procédure.

Suivant jugement du 27 mai 2022, le Tribunal a dit nulle la clause de non-sollicitation insérée à l'article 9 du Contrat, a dit la demande de SOCIETE3.) non fondée, a dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et a condamné SOCIETE3.) aux frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, SOCIETE3.) a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier de justice du 4 juillet 2022.

SOCIETE3.) conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir déclarer sa demande fondée à hauteur des montants de 52.014,96 euros et 25.000 euros en application des articles 9 et 12 du Contrat, outre les intérêts, et du montant de 4.797 euros au titre de remboursement des frais et honoraires d'avocat réglés, ainsi qu'à se voir décharger de la condamnation aux frais et dépens de la première instance.

Elle sollicite en outre la condamnation de SOCIETE2.) au paiement du montant de 2.500 euros au titre d'une indemnité de procédure pour la première instance et le même montant pour l'instance d'appel ainsi que la condamnation de cette dernière aux frais et dépens des deux instances.

SOCIETE2.) conclut à la confirmation du jugement déferé et au rejet de l'intégralité des demandes de la partie adverse. Elle réitère ses moyens présentés en première instance et sollicite, suivant appel incident, la condamnation de SOCIETE3.) à lui payer un montant de 2.500 euros au titre d'une indemnité de procédure pour la première instance.

Elle conclut en outre à l'allocation d'une indemnité de procédure de 4.000 euros pour l'instance d'appel.

#### Position des parties

SOCIETE3.) explique que PERSONNE2.) a été engagé suivant contrat de travail du 1<sup>er</sup> janvier 2018 et a démissionné de son poste le 1<sup>er</sup> mai 2021 avec effet au 31 mai 2021. Ce dernier aurait été en mission auprès de la société SOCIETE4.) (ci-après SOCIETE5.) en sa qualité de salarié de SOCIETE3.) depuis décembre 2018.

Suite à la démission de son salarié PERSONNE2.), SOCIETE3.) en aurait informé son client PERSONNE3.) le 4 mai 2021 en lui proposant de le remplacer. A sa surprise, PERSONNE3.) l'aurait informée qu'PERSONNE4.) allait engager PERSONNE2.) et que ce dernier assurerait la continuité de la mission, de sorte qu'il n'y aurait pas besoin de le remplacer. Le contrat entre SOCIETE3.) et son client PERSONNE3.) aurait ainsi été repris « de fait » par PERSONNE4.) qui lui aurait « volé » ce contrat.

La responsabilité contractuelle de SOCIETE2.) serait par conséquent engagée en raison de la violation de la clause de non-sollicitation stipulée à l'article 9 du Contrat, et SOCIETE2.) devrait être tenue au paiement des dommages et intérêts forfaitairement convenus au Contrat. Les dommages et intérêts prévus aux articles 9 et 12 du Contrat seraient à cumuler dans la mesure où l'article 9 concernerait la seule violation spécifique de la clause de non-sollicitation, tandis que l'article 12 sanctionnerait, de manière générale, toute violation du Contrat.

L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir annulé la clause de non-sollicitation au motif « qu'il existe une disproportion entre, d'une part, l'objet du Contrat, et, d'autre part, l'étendue de la clause de sollicitation qui restreint tant la liberté du travail des salariés concernés que la liberté d'entreprendre des parties », et d'avoir retenu que la clause litigieuse viole les principes de liberté du travail et de liberté d'entreprendre énoncés par la Constitution et est partant à annuler pour être illicite, sans que le Tribunal ait motivé en quoi il y aurait violation de la liberté de travailler et de la liberté d'entreprendre.

Elle reproche encore au Tribunal de ne pas avoir relevé que la clause était réciproque, chacune des parties contractantes ayant les mêmes droits et obligations, et que cette clause était limitée dans le temps, en l'occurrence à une durée de trois ans.

SOCIETE3.) insiste sur la liberté de contracter en soulignant que le Contrat a précisément été librement conclu entre deux sociétés au pouvoir économique équivalent.

Elle fait en outre valoir que la liberté de travail viserait le travail des salariés et que la clause litigieuse n'interdirait pas aux salariés de travailler dans une autre entreprise, mais interdirait à SOCIETE2.) d'embaucher un salarié de sa partenaire, parfois concurrente sur les contrats. La liberté de travail ne serait dès lors pas remise en cause par la convention de non-débauchage conclu entre parties.

La liberté d'entreprendre ne serait pas remise en cause non plus. Ce serait SOCIETE2.) qui violerait la liberté d'entreprendre de l'appelante en ce qu'elle se trouverait dans l'impossibilité de continuer le contrat conclu avec PERSONNE3.) et de recevoir la contrepartie pécuniaire y

relatif. La simple restriction de la liberté de commerce serait licite, cette liberté pouvant être limitée, sans toutefois être supprimée.

SOCIETE3.) relève en outre que PERSONNE2.) a travaillé pour elle pendant deux ans. Le montant réclamé ne serait dès lors en rien disproportionné par rapport à l'enjeu du contrat « volé » par SOCIETE2.). Elle souligne en outre qu'SOCIETE2.) n'aurait pas pu ignorer à quoi elle s'engageait lors de la signature du Contrat. Cette dernière aurait ensuite, en connaissance de cause, fait le choix d'engager PERSONNE2.). Il n'y aurait dès lors aucune raison d'annuler le Contrat conclu entre les deux sociétés commerciales, ni de réduire le montant convenu au Contrat, SOCIETE3.) insistant que le présent litige s'inscrit dans un secteur très concurrentiel où les débauchages de salariés seraient fréquents.

Il n'y aurait pas lieu de faire application des dispositions du droit du travail alors que le litige s'articulerait entre deux sociétés, aucun salarié n'ayant signé le Contrat.

La décision rendue par la Cour de cassation française suivant arrêt du 27 mai 2021, citée par le Tribunal, viserait une toute autre hypothèse opposant des sociétés à pouvoir économique inégal. L'interdiction d'embaucher s'y serait inscrite dans le cadre d'une position dominante d'un groupe de sociétés par rapport à une autre société qui se serait vue imposer des restrictions très larges. Tel ne serait pas le cas en l'espèce. La Cour de cassation n'aurait d'ailleurs que reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir vérifié si l'équilibre économique a été maintenu.

SOCIETE2.) souligne que le Contrat a été conclu dans un contexte de « dépannage » afin de faire face à une urgence rencontrée par SOCIETE3.).

Aucun débauchage actif de PERSONNE2.) n'aurait été effectué, et ce dernier, préalablement à sa démission, aurait été affecté auprès de PERSONNE3.), tandis que le salarié PERSONNE1.), salarié mis à la disposition suivant le Contrat, aurait été en mission auprès d'un autre client.

La clause de non-sollicitation porterait atteinte à l'ordre public puisqu'elle tendrait à restreindre de manière injustifiée tant la liberté de travailler de l'ancien salarié de SOCIETE3.) que la liberté d'entreprendre de sa concurrente. Une « telle tentative d'accaparement des ressources du marché » ne serait pas conforme à l'ordre public économique.

La clause litigieuse serait en outre manifestement disproportionnée à l'intérêt poursuivi. Un intérêt légitime aurait été de « veiller en premier lieu à ce que SOCIETE3.) ne cherche pas à profiter du Contrat pour débaucher Monsieur PERSONNE5.) dans la suite immédiate du

marché, et que SOCIETE2.) ne profite pas du Contrat pour débaucher des salariés dont il aurait découvert le talent à cette occasion ».

SOCIETE2.) fait encore valoir que la clause ne serait pas limitée dans le temps et que tous les membres du personnel seraient concernés. Il y aurait ainsi disproportion entre la durée du Contrat (quatre jours) et l'étendue de la clause de non-sollicitation ( « trois ans dans le meilleur des cas ») et une disproportion entre le montant facturé au titre du Contrat et le montant des revendications adverses.

Il ne faudrait par ailleurs pas dissocier l'analyse de la clause de non-sollicitation de celle de la clause de non-concurrence en matière de droit du travail. Le salarié serait affecté dans ses droits subjectifs dont celui de travailler pour l'employeur de son choix, sans qu'il ne puisse s'y opposer. Une clause de non-sollicitation qui dépasserait le délai d'une année serait contraire à l'ordre public, en vertu de l'article L.125-8 du Code du travail. Il faudrait tenir compte, outre du Contrat en cause, des contrats unissant SOCIETE3.) et PERSONNE2.), et encore SOCIETE3.) et PERSONNE3.).

SOCIETE2.) évoque en outre que la clause en question interdit « de manière illimitée de recruter un membre quelconque du personnel de SOCIETE3.) », qu'une « telle attitude laisse indiquer une manoeuvre dolosive de la part de l'appelante qui a surpris de la sorte le consentement de l'intimée ». La revendication de cette clause serait contraire à l'exécution de bonne foi contractuelle.

La clause de non-concurrence ou de non-sollicitation violerait encore l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif à la liberté professionnelle et au droit de travailler.

A titre subsidiaire, SOCIETE2.) estime que l'appelante reste en défaut de rapporter la preuve d'un quelconque dommage, de sorte que la clause pénale ne s'appliquerait pas. A titre plus subsidiaire, elle conclut à la modération du montant découlant de la clause pénale dans la mesure où SOCIETE3.) n'établirait aucun dommage et que le montant fixé serait disproportionné par rapport à la durée et au prix facturé du Contrat.

En tout état de cause, les deux clauses pénales invoquées par SOCIETE3.) ne seraient pas d'application cumulative mais alternative.

#### Appréciation de la Cour

- Quant à la licéité de la clause de non-sollicitation

Les parties s'accordent à dire qu'elles sont des concurrentes dans le domaine de la consultance informatique, qu'elles mettent à disposition leurs propres consultants informatiques qui sont externalisés dans le

cadre de projets auprès d'un client, et que ce secteur est hautement concurrentiel.

La clause de non-sollicitation litigieuse, librement traduite de l'anglais, stipule ce qui suit :

« Sauf accord écrit et préalable, les deux parties s'interdisent expressément d'engager, de faire engager ou de chercher à engager, directement ou indirectement, ou par personnes interposées, tout membre quelconque du personnel de l'autre partie. Cette interdiction s'applique quelles que soient les circonstances de départ de ce membre du personnel. Après une période continue de trois ans sans aucune prestation réalisée par un membre du personnel pour le compte du client, cette clause n'est plus valable. Tout manquement à la clause entrainera le paiement de 12 mois du coût salarial global de la personne ».

C'est à juste titre que le Tribunal a relevé qu'il ne lui appartient pas d'interpréter une clause parfaitement claire et que dans la mesure où la clause de non-sollicitation prévoit expressément et de manière claire l'interdiction tant de la sollicitation et du recrutement que de l'engagement d'un salarié, l'initiative du contact entre PERSONNE2.) et PERSONNE4.), voire la question d'un démarchage actif, est sans pertinence en l'espèce.

De même, le fait que la mise à disposition ne concernait pas PERSONNE2.) est indifférent, dès lors que la clause litigieuse vise tout membre quelconque du personnel de l'autre partie.

SOCIETE2.) ayant embauché PERSONNE2.) alors qu'il avait été un salarié de SOCIETE3.) avant l'expiration d'un délai de trois ans depuis la dernière prestation réalisée par un salarié de SOCIETE2.) pour le compte de SOCIETE3.), les conditions d'application de la clause de non-sollicitation sont données et celle-ci est en principe applicable.

Il convient tout d'abord de reproduire les dispositions légales invoquées par les parties.

L'article 1131 du Code civil prévoit que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

En vertu de l'article 1133 du même Code « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

L'article 1134 du Code civil dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...) Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Aux termes de l'article 11 (4) de la Constitution « la loi garantit le droit au travail et l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit ».

L'article 11 (6) de la Constitution dispose que « la liberté du commerce et de l'industrie, (...) sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi ».

Selon l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article relatif à la liberté professionnelle et au droit de travailler, « 1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée. 2. Tout citoyen de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre (...) ».

Une clause de non-sollicitation, réciproque, lie deux entreprises qui prennent l'engagement de ne pas embaucher leurs salariés respectifs.

La clause de non-sollicitation inscrite au Contrat se distingue d'une clause de non-concurrence en ce qu'elle ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes SOCIETE3.) et SOCIETE2.), ces dernières s'interdisant d'embaucher les salariés de l'autre partie pendant une durée déterminée. En revanche, la clause de non-concurrence pose une interdiction générale au salarié de s'engager au service de tout employeur concurrent de son ancien employeur ou de s'installer à son compte pendant une certaine durée et dans un espace géographiquement déterminé.

A la différence des clauses de non-concurrence, la clause de non-sollicitation oblige le futur employeur potentiel et non pas le salarié et elle n'empêche pas l'ancien salarié de travailler dans une entreprise concurrente. La clause de non-sollicitation produit des effets moins radicaux qu'une clause de non-concurrence dans la mesure où, sur un secteur déterminé, elle n'empêche pas l'embauche du salarié par les entreprises concurrentes de son employeur non tenues d'une obligation de non-sollicitation.

Seul le salarié peut se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière ( Cass. com. fr 10 mai 2006, n° du pourvoi 04-10.149).

Tel que le souligne à juste titre SOCIETE3.), son ancien salarié PERSONNE2.) a été embauché par SOCIETE2.), au risque assumé par cette dernière de voir engager sa responsabilité pour méconnaissance de la clause de non-sollicitation et de se voir redevable de la peine pécuniaire fixée au Contrat. La clause litigieuse n'a dès lors pas fait obstacle au recrutement du salarié PERSONNE2.) par PERSONNE4.).

Il n'y a dès lors pas suppression de la liberté de travail consacrée par l'article 11 (4) de la Constitution ou par l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais simple restriction de cette liberté qui doit être justifiée, voire proportionnée aux intérêts à protéger, analyse qui sera faite ci-après.

Quant à la prétendue violation de l'article 11 (6) de la Constitution, s'il est vrai que la suppression de la liberté du commerce est contraire à la Constitution, il n'en est pas de même de la simple restriction de cette liberté qui doit poursuivre un objectif digne de protection.

La liberté du commerce peut partant être limitée, sans toutefois pouvoir être supprimée. Toute mesure d'interdiction générale et absolue violerait la prédite disposition constitutionnelle.

Dans son arrêt du 12 novembre 2015, n° 78/15, la Cour de cassation luxembourgeoise a même décidé « qu'une clause interdisant le débauchage de salariés ne restreint pas la liberté du commerce et de l'industrie ».

L'argumentation de SOCIETE2.), consistant à dire que la clause en question priverait la concurrence d'accès à la main-d'œuvre, et qu'elle mènerait à accaparer les ressources du marché, tombe à faux, dès lors que la clause litigieuse ne vise qu'un nombre limité de personnes, le personnel de la partie cocontractante, de sorte que SOCIETE2.) garde une capacité de recrutement certaine.

De même, contrairement à l'argumentation de l'intimée, la clause de non-sollicitation litigieuse est limitée dans le temps en ce qu'elle stipule qu'« après une période continue de trois ans sans aucune prestation réalisée par un membre du personnel pour le compte du client, cette clause n'est plus valable ».

Le seul fait que le Contrat a porté sur la mise à disposition d'un salarié sur une durée de quatre jours et que les salariés PERSONNE1.) et PERSONNE2.) étaient affectés auprès de clients différents, n'est pas de nature à invalider cette clause. Les offres de preuve par témoins y relatives, formulées à titre subsidiaire, manquent partant de pertinence.

Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour retient que la clause litigieuse, réciproque et limitée dans le temps, édicte de simples restrictions à la liberté de travail et à la liberté de commerce, et que les atteintes portées par cette clause sont proportionnées aux intérêts légitimes que la clause est censée protéger, compte tenu de l'objet du Contrat, à savoir le risque de débauchage et le risque concurrentiel susceptibles de mettre en péril l'activité de la société exerçant dans le secteur hautement concurrentiel de la consultance informatique. SOCIETE2.) ne discute par ailleurs pas que les deux sociétés contractantes ont un pouvoir économique équivalent.

Le moyen de la contrariété de cette clause à l'ordre public économique n'est partant pas fondé non plus.

Au vu des développements ci-avant, notamment en ce qui concerne les clauses de non-concurrence, et dès lors que le litige se meut entre les sociétés SOCIETE2.) et SOCIETE3.), les argumentations relatives aux clauses du contrat de travail conclu entre SOCIETE3.) et son ancien salarié PERSONNE2.) manquent de pertinence. Il en va de même pour les clauses du contrat conclu entre SOCIETE3.) et son client PERSONNE3.).

En instance d'appel, SOCIETE2.) évoque en outre qu'il « est clair qu'il n'était pas dans les prévisions contractuelles d'SOCIETE2.) qu'en signant le Contrat de service, elle s'interdisait de manière illimitée de recruter un membre quelconque du personnel de SOCIETE3.). Une telle attitude léonine laisse indiquer une manoeuvre dolosive de la part de SOCIETE2.) qui a surpris de la sorte le consentement de l'intimée ». Cette clause ne correspondrait pas à l'intention commune des parties, serait contraire à l'exécution de bonne foi contractuelle et « sans aucune contrepartie réelle », de sorte qu'elle serait nulle.

Tel que relevé ci-avant, et contrairement à l'argumentation de SOCIETE2.), la clause n'est pas illimitée dans le temps et elle est réciproque, consacrant les mêmes droits et obligations aux parties contractantes, en prévoyant que « les deux parties s'interdisent d'embaucher (...) tout membre du personnel de l'autre partie ». En outre, le libellé de cette clause est clair et il n'y a pas à rechercher une commune intention des parties.

Dans la mesure où SOCIETE2.) reste par ailleurs en défaut de caractériser une manoeuvre dolosive dans le chef de SOCIETE3.), - SOCIETE2.) n'exposant et a fortiori n'établissant aucunement les circonstances de la signature du Contrat -, et d'explicitier ses assertions selon lesquelles la clause serait contraire à l'exécution de bonne foi contractuelle et « sans aucune contrepartie réelle », ces moyens, non autrement développés, sont également à rejeter.

L'attestation testimoniale versée par SOCIETE2.), émanant de PERSONNE6.), SOCIETE6.) chez PERSONNE4.), manque également de pertinence à ces égards.

La Cour en retient, par réformation du jugement entrepris, que la clause litigieuse n'est pas nulle.

SOCIETE2.) ayant violé l'obligation de ne pas embaucher un salarié de SOCIETE3.), sa responsabilité contractuelle est engagée.

- Quant aux clauses pénales

A titre subsidiaire, SOCIETE2.) fait valoir que SOCIETE3.) n'aurait subi aucun dommage, de sorte que l'appelante ne saurait prétendre à l'application des clauses pénales.

Ce moyen n'est pas fondé dès lors que les parties ont inséré des clauses pénales dans leur contrat et qu'une telle sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations s'applique du seul fait de cette inexécution. Par conséquent, le créancier victime de l'inexécution n'a pas à démontrer l'existence d'un préjudice.

SOCIETE2.) conclut encore à la modération de la peine découlant de la clause pénale libellée à l'article 9 du Contrat, en se prévalant des dispositions de l'article 1152, alinéa 2 du Code civil.

SOCIETE3.) s'y oppose et souligne qu'il n'y a pas de déséquilibre entre les sociétés contractantes, de sorte qu'il n'y aurait aucune raison de réduire cette clause.

PERSONNE4.) aurait eu un intérêt financier certain, dès lors qu'elle aurait engagé PERSONNE2.) malgré la clause de non-sollicitation et malgré le risque de devoir payer l'indemnité conventionnelle, paiement que SOCIETE3.) avait déjà requis suivant courrier recommandé du 11 mai 2021, PERSONNE2.) ayant démissionné le 1er mai avec effet au 31 mai 2021.

Il importe de rappeler que l'application d'une clause pénale n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice, puisque ce préjudice a été à l'avance présumé et évalué dans le contrat.

Si l'article 1152 du Code civil consacre le caractère forfaitaire des dommages et intérêts convenus par les parties pour le cas d'inexécution par l'une d'elles des obligations découlant de leur contrat, toujours est-il que le législateur, dans un souci d'équité, a, par la loi du 15 mai 1987, donné au juge la possibilité de modérer ou d'augmenter la peine convenue si celle-ci est manifestement excessive ou dérisoire.

Toutefois, le pouvoir modérateur du juge pour prévenir des excès en la matière ne présente qu'un caractère d'exception, sous peine de remettre en cause la vertu coercitive et l'efficacité préventive de la clause pénale.

Le maintien de la clause pénale est la règle et sa réduction l'exception.

Si le juge refuse la modification demandée de la clause, il n'a pas à donner un motif à sa décision, car ce faisant il applique purement et simplement la convention des parties. En revanche, lorsqu'il décide de réajuster la clause manifestement excessive, il doit motiver sa décision, c'est-à-dire indiquer en quoi la clause est manifestement excessive.

A cet égard, il importe de relever que l'article 9 du Contrat prévoit que : « (...) les deux parties s'interdisent expressément d'engager, de faire engager ou de chercher à engager, directement ou indirectement, ou par personnes interposées, tout membre quelconque du personnel de l'autre partie (...) ». Cette clause a dès lors un caractère réciproque dans la mesure où tant SOCIETE3.) que SOCIETE2.) se sont interdites d'engager tout membre quelconque du personnel de l'autre partie, sous peine, en cas d'inexécution de cette obligation réciproque de non-engagement, de la sanction convenue par la clause pénale.

En outre, tel que relevé ci-avant, les sociétés contractantes sont actives toutes les deux dans le domaine de la consultance informatique, secteur hautement concurrentiel, elles le soulignent d'ailleurs de part et d'autre, et elles sont des entités au pouvoir économique équivalent, SOCIETE2.) ne le discute pas.

La Cour constate que SOCIETE2.), sauf à affirmer que SOCIETE3.) n'a pas subi de préjudice, ne fournit cependant pas d'éléments pertinents susceptibles de justifier une réduction de la peine convenue entre parties. Le seul fait que le Contrat portait sur une mise à disposition d'un salarié sur quatre jours au prix facturé de 3.369,60 euros ne suffit pas à établir un caractère manifestement excessif de la clause pénale. Il n'y a partant pas lieu de réduire le montant de la clause pénale.

La demande subsidiaire en réduction de la clause pénale libellée à l'article 9 du Contrat n'est dès lors pas fondée.

Quant au quantum réclamé par SOCIETE3.), SOCIETE2.) fait valoir que « l'appelante semble vouloir appliquer le coût salarial du salarié auprès de l'intimée, ce que le contrat du 15 juillet 2019 ne dit absolument pas ».

C'est à juste titre que SOCIETE3.) a mis en compte le salaire brut du salarié débauché, en l'occurrence PERSONNE2.), ce conformément aux dispositions de l'article 9 du Contrat. A défaut de contestations précises et circonstanciées du montant réclamé, il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, de déclarer la demande de SOCIETE3.) fondée à hauteur du montant de 52.014,96 euros, outre les intérêts.

SOCIETE2.) fait encore valoir que les deux clauses pénales invoquées par SOCIETE3.) figurant aux 9 et 12 du Contrat ne seraient pas d'application cumulative mais d'application alternative.

L'article 9 du Contrat, relatif à la clause de non-sollicitation, stipule : « (...) Any breach of the contract will imply the paiement of 12 months of the global salary cost of the person ».

L'article 12 prévoit en outre: « Should one of the parties breach in whole or part of the contract, it will be liable to pay a sum of 25000 euros for each breach of an article of the contract, to the other party, except when stated otherwise in the article ».

Dans la mesure où l'article 9 prévoit précisément une peine pécuniaire pour le cas particulier d'une violation de la clause de non-sollicitation stipulée dans ce même article, la clause pénale prévue à l'article 12 du Contrat n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce.

La demande de SOCIETE3.) en paiement du montant de 25.000 euros n'est partant pas fondée.

Le jugement déféré est à confirmer à cet égard, quoique pour d'autres motifs.

- Quant à la demande en communication de pièces

SOCIETE3.) demande à se voir communiquer « les montants gagnés par SOCIETE2.) grâce au contrat volé via le salarié Monsieur PERSONNE7.), montants qu'elle évalue à 10.500 euros par mois et pour lesquels elle se réserve tous droits ».

Une demande en production forcée de documents, en application des articles 288, 284 et 285 du Nouveau Code de procédure civile, ne saurait aboutir que dans la mesure où les pièces requises sont déterminées avec précision, où leur existence est vraisemblable et où les pièces sollicitées sont pertinentes pour la solution du litige.

La Cour constate que ces conditions ne sont pas remplies. Outre que cette demande manque de précision, la pertinence pour la solution du litige soumis n'est pas justifiée.

Cette demande est, partant, à rejeter.

- Quant à la demande de SOCIETE3.) en remboursement des frais et honoraires d'avocat

SOCIETE3.) conclut en outre, par réformation, à la condamnation de SOCIETE2.) au paiement du montant de 4.797 euros au titre de remboursement des frais et honoraires d'avocat.

SOCIETE2.) s'y oppose au motif que les conditions d'application ne sont pas réunies - l'appelante ni justifiant ni d'une faute ni d'un lien causal entre faute et préjudice allégués - , et que la comparution par ministère d'avocat à la Cour n'était pas requise devant le Tribunal.

Il y a lieu de rappeler que les frais et honoraires d'avocat peuvent donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure. Dans son arrêt du 9

février 2012, la Cour de Cassation a, en effet, retenu que les frais non compris dans les dépens, donc également les honoraires d'avocat, constituent un préjudice réparable sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Outre qu'un comportement fautif dans le chef de SOCIETE2.) n'est pas établi, SOCIETE3.) ne verse que des demandes et quittances de paiement de provisions qui ne permettent pas de vérifier les prestations mises en compte voire d'analyser le lien causal entre prétendus faute et préjudice subi. La demande en remboursement de frais d'avocat n'est dès lors pas fondée.

Le jugement déferé est à confirmer à cet égard.

- Quant aux indemnités de procédure

La condition requise pour l'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile n'ayant pas été établie en première instance, les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure ont été rejetées à juste titre.

Les appels en ce qu'ils portent sur ce volet ne sont partant pas fondés.

Succombant en appel, SOCIETE2.) est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

En revanche, étant donné qu'il serait inéquitable de laisser à la charge de SOCIETE3.) les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

**réformant,**

dit qu'il n'y a pas lieu à annulation de la clause de non-sollicitation insérée à l'article 9 du contrat de services intitulé « contract for supply of services » du 15 juillet 2019,

dit cette clause valable,

dit la demande de la société anonyme SOCIETE1.) fondée pour les montants de 52.014,96 euros et 1.000 euros,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) le montant de 52.014,96 euros, avec les intérêts tels que fixés par la loi du 18 avril 2004, telle que modifiée, relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, à partir du 15 juillet 2021, date de la demande en justice, jusqu'à solde, et le montant de 1.000 euros au titre d'une indemnité de procédure pour la première instance,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) aux frais et dépens de la première instance,

**confirme** le jugement déféré en ce qu'il a déclaré non fondées les demandes de la société anonyme SOCIETE1.) portant sur les montants de 25.000 euros et 5.000 euros,

dit la demande de la société anonyme SOCIETE1.) en communication de pièces non fondée,

dit la demande de la société anonyme SOCIETE1.) en remboursement de frais d'avocat pour l'instance d'appel non fondée,

déboute la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) le montant de 2.000 euros au titre d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) aux frais et dépens des deux instances, avec distraction en ce qui concerne l'instance d'appel, au profit de Me Isabelle Girault, sur ses affirmations de droit.