

-Arrêt civil-

Audience publique du vingt-six mars deux mille neuf.

Numéro 33221 du rôle

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,
Monique BETZ, premier conseiller,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Sandra MANGEN, greffier assumé.

Entre:

la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.A.R.L., établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 11 décembre 2007,

comparant par Maître François COLLOT, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC.2.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit THILL,

comparant par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 17 novembre 2005, la s.à r.l. **SOC.1.)** a fait donner assignation à la société anonyme **SOC.2.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'entendre condamner au paiement de 75.264 €, outre les intérêts, au titre d'une clause pénale contenue dans deux contrats d'entreprise signés successivement entre parties.

Par la suite elle a réduit sa demande au montant de 50.533,36 € hors TVA, soit 58.113,36 € TVA comprise.

Par jugement rendu contradictoirement le 16 octobre 2007, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit la demande de la s.à r.l. **SOC.1.)** non fondée et a débouté les deux parties de leurs demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

De cette décision, la s.à r.l. **SOC.1.)** a régulièrement relevé appel par exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 11 décembre 2007.

Elle reproche à la juridiction de première instance d'avoir considéré que l'existence d'un préjudice dû au fait de **SOC.2.)** S.A. n'est pas établie et d'avoir par conséquent dit la demande d'**SOC.1.)** non fondée.

Par conclusions notifiées le 7 mars 2008, la société anonyme **SOC.2.)** a régulièrement interjeté appel incident, critiquant le jugement de première instance en ce qu'il n' a pas dit que la clause 7 du contrat entre parties n'était pas valable dans son intégralité, sinon en ce qu'il n'a pas constaté qu'elle n'a point violé la clause 7 du contrat qui n'est constitutive que d'une obligation de moyens.

SOC.2.) S.A. invoque l'absence d'une faute dans son chef et l'absence d'un préjudice dans le chef d'**SOC.1.)**.

Par contrats des 3 janvier 2005 et 20 mai 2005, **SOC.2.)** S.A. a confié à la s.à r.l. **SOC.1.)**, prestataire de services, l'assistance dans le domaine de l'élaboration des rapports financiers de fonds d'investissement.

Le premier contrat était conclu pour la période du 17 janvier 2005 au 11 février 2005, le second pour celle du 11 juillet 2005 au 12 août 2005.

SOC.1.) a affecté son employé **A.)** à cette mission.

Les deux contrats contiennent sub 7. une clause relative aux restrictions concernant le recrutement, libellée comme suit : « Le Client et le Prestataire de service conviennent que le Client ne pourra recruter directement ou indirectement le personnel du Prestataire de services affecté à cette mission durant une période de deux ans à compter du terme de ce contrat. Si le Client, en dépit de cette règle, recrute le personnel du Prestataire de services affecté à cette mission durant une période de deux

ans à compter du terme de ce contrat, le Client versera une indemnité forfaitaire et mutuellement convenue d'un montant de EUR de mois d'honoraires (hors TVA). Cette restriction s'appliquera également à **SOC.2.)** S.A. ainsi qu'à toute société affiliée et apparentée. »

A.), qui avait été au service de la société **SOC.2.)** S.A. du 1^{er} février 2001 au 31 décembre 2004 (suivant courrier adressé par la société **SOC.2.)** S.A. à **SOC.1.)** le 25 octobre 2005) avant d'être employé par la s.à r.l. **SOC.1.)**, a, par un courrier du 4 septembre 2005, demandé d'être réintégré dans ses fonctions auprès de la société **SOC.2.)** S.A. et a, par courrier du 4 octobre 2005, présenté sa démission à la s.à r.l. **SOC.1.)** avec effet au 15 novembre 2005.

Il est constant en cause que par la suite **A.)** a recommencé à travailler auprès de la société **SOC.2.)** S.A.

L'intimée invoque l'absence de rencontre du consentement des parties sur l'article 7 du contrat ; elle n'aurait pas accepté que l'article 7 s'applique.

Si, tel que le fait relever l'appelante, l'associé de **SOC.2.)** S.A., **B.)**, a attesté que lors de la conclusion du premier contrat en date du 3 janvier 2005, la clause 7 a été discutée avec Monsieur **C.)** de la société **SOC.1.)** et qu'il a été clairement convenu qu'elle ne s'appliquerait pas, raison pour laquelle aucun montant n'aurait été indiqué, et s'il est exact que par rapport à la clause pénale aucun montant n'a été inscrit par les parties, il reste que l'article 7 intitulé « Restrictions concernant le recrutement » figure dans le contrat signé par les parties, qu'il n'a pas été enlevé du texte de la convention, ni biffé, ni n'a fait l'objet d'un lisez.

Une renonciation à l'application de la clause 7 avec l'obligation y précisée n'est donc pas établie dans le chef d'**SOC.1.)**.

Comme l'a retenu le tribunal, la clause pénale invoquée par **SOC.1.)** n'est pas valable pour indétermination de son objet, l'évaluation forfaitaire de l'indemnité convenue d'avance faisant défaut, mais la nullité de la clause pénale n'entraîne, au vœu de l'article 1227 du code civil, pas celle de l'obligation principale.

L'obligation principale visée est celle qui présente un lien avec la clause pénale et est donc en l'occurrence celle relative aux restrictions concernant le recrutement.

L'appel incident n'est donc pas fondé en ce qu'il tend à voir dire que toute la clause 7 se trouve dépourvue d'un quelconque effet juridique.

Pour qu'une responsabilité puisse être retenue dans le chef de l'intimée, une violation de la clause 7 de sa part doit être prouvée.

Recruter est synonyme d'embaucher, d'engager.

Or, par la conclusion - non contestée - du contrat de travail avec **A.)**, l'intimée a recruté ce dernier.

Elle a de ce fait, violé l'obligation de ne pas faire qui lui a été imposée par la clause de 7 de la convention entre parties.

L'obligation de ne pas faire est une obligation de résultat.

L'appel incident de la société **SOC.2.)** S.A. est donc également à rejeter sur ce point.

L'inexécution contractuelle étant établie à charge de l'intimée, celle-ci est présumée responsable.

Elle ne peut échapper à sa responsabilité qu'en prouvant la survenance d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

Ces critères ne sont pas remplis quant à la démission de **A.)** invoquée par la société **SOC.2.)** S.A. comme ayant été donnée sans qu'il y ait eu intervention de sa part.

La responsabilité de la société **SOC.2.)** S.A. est partant engagée.

A défaut de clause pénale, il appartient à la demanderesse **SOC.1.)** de prouver l'existence et l'envergure d'un préjudice en relation causale avec la violation par **SOC.2.)** S.A. de la clause 7 du contrat.

Dans le contexte de l'examen du dommage subi pas la société **SOC.1.)**, il y a lieu, en réponse aux développements afférents présentés par l'intimée de rappeler que la liberté de **A.)** de démissionner de son poste de travail auprès de la société **SOC.1.)** n'a pas déchargé la société **SOC.2.)** S.A. de son obligation de ne pas engager **A.)** pendant deux ans après la fin du contrat avec **SOC.1.)**.

Les indications de l'appelante quant à son préjudice ont varié : le 7 octobre 2005, la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** adresse à **SOC.2.)** S.A. une facture du chef de « recrutement fee for Mr. **A.)** as per attached contract » portant sur le montant de 16.800 € HTVA, soit 18.816 € TVA comprise ; dans une mise en demeure du 20 avril 2005, le mandataire d'**SOC.1.)** explique que la perte réelle s'élève à 50.533,36 €. Par la suite la société **SOC.1.)** réclame 75.264 € TVA comprise et dans l'acte d'appel elle chiffre son préjudice à 20.853,36 € TVA comprise, sinon à 18.133,36 € hors TVA, et subsidiairement à 18.816 € TTC, sinon 16.362 € hors TVA.

Les modifications opérées par la société **SOC.1.)** quant à l'évaluation du préjudice par elle invoqué n'impliquent pas que son préjudice ne soit pas certain.

C'est l'évaluation telle qu'elle résulte du dernier état des conclusions de **SOC.1.)** qu'il faut analyser.

La société **SOC.1.)** explique que le montant réclamé à titre principal représente le manque à gagner par elle subi en rapport avec un contrat de prestation de services par elle conclu avec la société **SOC.3.)** S.A. le 30 août 2005, ayant affecté **A.)** à ce projet de consultance. Le contrat commençait le 1^{er} septembre 2005 pour se terminer le 16 mars 2006. En tenant compte de ce que le contrat avec la société **SOC.3.)** prévoit que les quatre premières semaines du projet de consultance ne seraient pas facturées et de

ce que **A.)** a quitté la société **SOC.1.)** le 14 novembre 2005, l'appelante présente le décompte suivant pour la période allant du 15 novembre 2005 au 19 mars 2006 : [honoraires de consultance : 50 € hors TVA/heure x 8 heures par jour x 87 jours ouvrables = 34.800 € hors TVA] – [salaire de **A.)** : 4 x 4.166,66 € = 16.666,64 € hors TVA] = 18.133,36 € hors TVA, soit 20.853,36 € TVA comprise.

La position de l'appelante résulte de l'offre de preuve testimoniale qu'elle a présentée quant au préjudice par elle subi, ce dans les termes suivants :

« Dès que Monsieur **A.)** fit part de sa décision de rejoindre la société **SOC.2.)** S.A. (en septembre 2005), **SOC.1.)** en informa la société **SOC.3.)** S.A.

La mission d'assistance en fiscalité des fonds d'investissements qu'exécutait l'équipe de consultants de **SOC.1.)** S.A.R.L. auprès de **SOC.3.)** exigeait cependant des consultants ayant un profil professionnel très précis :

ceux-ci devaient en effet pouvoir justifier d'une grande expérience en matière d'administration de fonds combinée avec une expertise approfondie au niveau du reporting. Ce type de profil était à l'époque très rare sur le marché, raison pour laquelle **SOC.2.)** puis **SOC.3.)** par la suite firent appel à la concluante en la matière.

Le profil de Monsieur **A.)** était à ce titre particulièrement rare (et donc recherché) puisqu'il était capable :

- d'analyser les évolutions de la fiscalité des valeurs mobilières de droits luxembourgeois distribués à l'étranger (Allemagne, Autriche, Belgique...)
- de réaliser les études nécessaires afin d'assurer l'insertion opérationnelle de ces évolutions
- d'assurer un audit régulier sur les contrôles et les données fiscales produites par le métier
- d'assurer le suivi fiscal de tous les événements en cours de vie des fonds d'investissement (lancement de fonds, fusion, liquidation, distribution de dividende, clôture d'exercice fiscal ...)
- de disposer de fortes capacités de synthèse et de créativité.

Au moment de la démission de Monsieur **A.)**, **SOC.1.)** S.A.R.L. ne disposait pas d'autre consultant justifiant de la même expérience que Monsieur **A.)**. La société **SOC.3.)** préféra dès lors terminer la mission avec les 3 autres consultants (Madame **D.)**, Monsieur **E.)** et Monsieur **F.)**) jusqu'au 19 mars 2006 plutôt que de remplacer Monsieur **A.)** par une autre personne qui n'aurait pas pu justifier de la même expérience. »

L'intimée rappelle qu'en première instance, la société **SOC.1.)** avait affirmé que le contrat avec **SOC.3.)** fut prorogé jusqu'au 30 juin 2006.

Cette prorogation n'empêche pas que pendant la période du 15 novembre 2005 (fin du préavis de **A.)**) jusqu'au 19 mars 2006 (fin du contrat conclu par **SOC.1.)** avec **SOC.3.)** le 30 août 2005), l'appelante a subi un manque à gagner sur les honoraires qu'elle aurait pu toucher par la mise à disposition des services de **A.)**.

L'appréciation du degré de complexité des tâches confiées à **A.)** et l'observation de l'intimée qu' **SOC.1.)** avait l'obligation de pourvoir au remplacement de **A.)** dans le cadre de l'exécution du contrat **SOC.3.)** sont sans incidence, étant donné qu'il résulte d'un message électronique adressé le 10 novembre 2005 par **C.)** de la société **SOC.1.)** à **G.)** de la société **SOC.3.)** que celui-ci ne voulait pas remplacer **A.)** par une autre

personne afin de continuer la mission de fiscalité des fonds d'investissement et que la mission pour les trois autres membres de l'équipe continuait jusqu'au 19 mars 2006.

En conclusion des développements qui précèdent, la demande en indemnisation de la société **SOC.1.)** est à accueillir à concurrence du montant principal de 20.853,36 € réclamé.

Les intérêts légaux sont dus sur le montant de 18.816 € – renseigné dans la mise en demeure du 20 octobre 2005 – à partir de cette date, et à partir de la demande en justice – 17 novembre 2005 – sur le solde de (20.853,36 – 18.816 =) 2.037,36 €.

L'examen du surplus des développements des parties et des offres de preuve présentées s'avère superfétatoire.

L'appelante sollicite une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

L'intimée requiert l'octroi de 1.500 € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La demande présentée par la société **SOC.2.)** est à rejeter, la partie qui succombe des ses revendications ne pouvant prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Comme la société **SOC.1.)** a dû faire assurer sa défense pour rentrer dans ses droits, il paraît inéquitable de laisser à sa charge exclusive l'intégralité des sommes par elle exposées, non comprises dans les dépens.

Sa demande en obtention d'une indemnité de procédure est à adjuger à concurrence de 500 € pour la première instance et de 1.000 € pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel principal et l'appel incident,

dit l'appel incident non fondé,

en déboute,

dit l'appel principal fondé,

réformant :

déclare la demande de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** fondée,

condamne la société anonyme **SOC.2.)** à payer à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** la somme de 20.853,36 € avec les intérêts légaux sur la somme de 18.816 € à partir du 20 octobre 2005 jusqu'à solde et sur la somme de 2.037,36 € à partir du 17 novembre 2005 jusqu'à sole,

condamne la société anonyme **SOC.2.)** à payer à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** une indemnité de procédure de 500 € pour la première instance,

dit non fondée la demande présentée en instance d'appel par la société anonyme **SOC.2.)** sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

en déboute,

dit la demande présentée en instance d'appel par la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile partiellement fondée,

condamne la société anonyme **SOC.2.)** à payer à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme **SOC.2.)** aux frais et dépens des deux instances.