

Jugement commercial n°2018TALCH06/00128

Audience publique du jeudi, premier février deux mille dix-huit.

Numéro 177677 du rôle

Composition :

Nadine WALCH, vice-présidente ;
Laurent LUCAS, juge ;
Jackie MORES, juge ;
Elia DUARTE, greffière.

Entre :

1. la société à responsabilité limitée de droit suisse **GLOBAL FOOTPRINT ASSOCIATES GMBH**, établie et ayant son siège social en Suisse à CH-9053 Teufen AR, 35, Schützenbergstrasse, inscrite au registre de commerce du canton de Appenzell Ausserrhoden sous le numéro CH-273.490.546, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions;

2. Docteur **A.**), gérant, demeurant en Suisse à CH-(...),

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette, en date du 25 mai 2016,

comparant par la société anonyme LUTHER SA, établie et ayant son siège social à L-1736 Senningerberg, 1B, Heienhaff, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 195777, représentée aux fins des présentes par Maître Marie SINNIGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Senningerberg,

et :

1. la société à responsabilité limitée **TORNESE SARL**, établie et ayant son siège social à L-2163 Luxembourg, 40, avenue Monterey, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 160781, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

2. la société européenne de droit suède **HASSELBLAD S.E.**, établie et ayant son siège social en Suède à SE-417 56 Göteborg, 2, Utvecklingsgatan, inscrite au registre des sociétés de Suède sous le numéro 517100-0101, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Tom NILLES du 25 mai 2016,

comparant par la société anonyme constituée Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186371, représentée aux fins des présentes par Maître François KREMER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Faits

Le DR. **A.)** est le « *managing director* » de la société à responsabilité limitée de droit suisse GLOBAL FOOTPRINT ASSOCIATES GMBH (ci-après « GFA »).

La société à responsabilité limitée TORNESE SARL (ci-après « TORNESE ») et la société européenne de droit suédois HASSELBLAD SE (ci-après « HASSELBLAD ») font partie du groupe suédois HASSELBLAD.

Le 1er janvier 2014, GFA et TORNESE ont conclu un contrat de service et le 19 février 2014, GFA et HASSELBLAD ont également conclu un contrat de service, les deux contrats ayant comme objet la préparation à une introduction en bourse du groupe HASSELBLAD. Les contrats ont été conclus pour une durée de trois ans.

GFA s'est engagée à fournir des conseils de gestion à TORNESE et HASSELBLAD et le DR. **A.)** a occupé le poste de dirigeant au sein de ces deux sociétés en contrepartie d'une rémunération consistant en le paiement de « *fees* ».

Les parties ont prévu à l'article 3 de l'annexe 2 des contrats que « *depending on the quality of services provided and if the set objectives are achieved by the Service Provider the Company will pay an additional discretionary service fee for each six month period, upon evaluation, in an amount not exceeding 50% of the amount payable under (1) (the "Discretionary Service Fee")* ».

La procédure pour déterminer le montant de cette "*additonal discretionary service fee*" est prévue à l'article 3 de l'annexe 2 des contrats qui dispose que « *the amount of the Discretionary Service Fee shall be assessed every six months by the supervisory board of the Company and be based on key objectives determined by the supervisory board of the Company after discussion with the Service Provider every six months* ».

Le contrat conclu entre GFA et TORNESE prévoit aux articles 5.3 et 5.5 que les parties au contrat peuvent procéder à sa résiliation dans l'hypothèse d'une faute grave commise par l'autre partie dans l'exécution du contrat avec l'obligation de mettre la partie fautive en demeure de remédier à la violation de ses obligations dans les 30 jours qui suivent, s'il est possible d'y remédier.

Aux termes de l'article 6 de l'annexe 2 du contrat conclu entre GFA et TORNESE, GFA a droit à une « *Termination Fee* » dans le cas d'une résiliation unilatérale du contrat pour faute grave dans le chef de TORNESE. Le montant de cette « *Termination Fee* » est définie par le même article qui précise qu'il est de « *5/6 of the « Remaining Fee »* » tandis que la « *Remaining Fee* » est définie comme étant « *three times the Annual Service Fee minus Service Fees already paid* ».

L'article 2.2 de l'annexe 3 du contrat conclu entre GFA et TORNESE prévoit encore le remboursement par le groupe HASSELBLAD des frais autres que les frais de voyage et d'hébergement exposés par les salariés de GFA dans le cadre de l'exécution du contrat en disposant que « *for other expenses not covered by the Hasselblad Group's travel policy for external Service providers, the employees of the Service Provider are allowed to charge a lump sum of 20,9% of the fees / termination fee* ».

Par lettre du 16 mars 2015, GFA a procédé à la résiliation du contrat conclu avec TORNESE en application de l'article 5.5. en reprochant à TORNESE la violation grave de ses obligations.

Par lettre du 8 juin 2015, HASSELBLAD a procédé à la résiliation du contrat conclu avec GFA.

Procédure

Par exploit d'huissier du 25 mai 2016, GFA et le DR. **A.)** ont assigné TORNESE et HASSELBLAD à comparaître devant le tribunal de ce siège.

L'ordonnance de clôture de l'instruction a été prononcée le 25 octobre 2017.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 22 novembre 2017.

Prétentions et moyens des parties

GFA demande la condamnation de TORNESE au montant de 21.656,25 EUR sur base du principe de la facture acceptée avec les intérêts au taux légal de 8,5% sur base de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard (ci-après « la loi modifiée de 2004 »), à partir du 15 avril 2015.

Elle sollicite la condamnation de TORNESE au paiement des montants de 48.000.- EUR et de 16.000.- EUR à titre de rémunérations supplémentaires pour l'année 2014 et du montant de 392.109,38 EUR à titre de « *Termination Fee*», chaque fois avec les intérêts au taux légal de 8,5% sur base de la loi modifiée de 2004, à partir du 15 avril 2015.

Elle demande encore la condamnation de TORNESE au paiement du montant de 15.897,36 EUR, à titre de rémunération supplémentaire pour l'année 2015 avec les intérêts au taux légal de 8,5 % sur base de la loi modifiée du 2004, à partir du 16 octobre 2015.

Elle demande la condamnation de TORNESE au paiement du montant de 252.000.- EUR à titre de dommages et intérêts augmenté des intérêts compensatoires au taux de 3% à partir de la survenance du dommage le 15 avril 2015.

Le DR. **A.)** demande la condamnation de TORNESE au paiement du montant de 81.950,86 EUR à titre de frais de service exposés par lui dans le cadre de l'exécution du contrat, avec les intérêts au taux légal de 8,5% sur base de la loi modifiée de 2004.

GFA demande la condamnation de HASSELBLAD au paiement des montants de 17.010.- EUR et de 6.804.- EUR à titre de prestations supplémentaires pour le mois de juin 2015 avec les intérêts au taux légal de 8,5 % sur base de la loi modifiée de 2004 à partir du 12 juillet 2015 respectivement à partir du 30 juillet 2015.

Elle demande la condamnation de HASSELBLAD au montant de 6.804.- EUR à titre de prestations supplémentaires pour le mois de juillet 2015 avec les intérêts au taux légal de 8,5 % sur base de la loi modifiée de 2004, à partir du 25 août 2015.

Elle sollicite encore la condamnation de HASSELBLAD au paiement des montants de 11.968.- EUR et de 4.488.- EUR à titre de rémunération supplémentaire pour l'année 2015 avec les intérêts au taux légal de 8,5% sur base de la loi modifiée de 2004 à partir du 17 juillet 2015, ainsi que du montant de 27.810,30 EUR à titre de rémunération supplémentaire pour l'année 2015 avec les intérêts au taux légal de 8,5 % sur base de la loi modifiée de 2004, à partir du 27 septembre 2015.

Elle demande la condamnation de HASSELBLAD au paiement du montant de 66.234.-EUR à titre de dommages et intérêts avec les intérêts compensatoires au taux de 3% à partir du 15 juin 2015, date de la survenance du dommage.

Toutes ces demandes sont basées sur les articles 1134, 1135, 1146, 1147 et 1153 du Code civil.

GFA et le DR. **A.)** sollicitent finalement la condamnation solidaire des parties défenderesses au paiement d'une indemnité de 27.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que l'exécution provisoire sans caution du présent jugement.

GFA fait valoir que la facture numéro 0120150302 du 16 mars 2015 d'un montant de 21.656,25 EUR adressée à TORNESE relative à des prestations de service pour le mois de mars 2015 n'a pas été contestée de manière circonstanciée endéans un bref délai, de sorte que cette facture est à considérer comme facture acceptée.

Elle conclut à l'application du principe de la facture acceptée malgré le fait qu'elle admet que TORNESE a effectué un double paiement de la facture numéro 0120150201 relative aux prestations effectuées en février 2015 pour le montant 11.812,50 EUR et un paiement d'un montant de 7.875.- EUR en date du 7 avril 2015. Elle fait valoir qu'il n'appartenait pas à TORNESE d'imputer le paiement du montant de 11.812,50 EUR sur le montant de la facture litigieuse sans recueillir au préalable son accord, de sorte que ce paiement ne saurait valoir paiement de la facture litigieuse.

Elle soutient qu'elle a droit en vertu des articles 2 et 3 de l'annexe 2 du contrat conclu avec TORNESE à une rémunération supplémentaire qui devient exigible tous les six mois.

Elle fait valoir que la procédure pour déterminer cette rémunération supplémentaire n'est pas viciée alors même qu'il est prévu qu'elle doit être effectuée par le conseil de surveillance de TORNESE qui n'en dispose pas. En application de l'article 1159 du Code civil, cette

clause serait à interpréter dans le sens que les parties ont en réalité chargé le conseil de gestion de TORNESE de procéder à l'évaluation des primes et à la fixation des objectifs.

Elle estime que l'article 2 de l'annexe 2 du contrat est à interpréter dans le sens que son droit à la rémunération supplémentaire naît par la seule atteinte des objectifs. TORNESE ne disposerait dès lors que d'un pouvoir discrétionnaire pour décider du montant de la rémunération mais non de son exigibilité. Dans le cas contraire, si TORNESE disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour décider de l'octroi d'une rémunération supplémentaire, cette clause constituerait une condition suspensive potestative interdite par l'article 1174 du Code civil.

Elle en déduit qu'il y aurait lieu d'interpréter l'article 3 de l'annexe 2 du contrat relatif à la procédure d'évaluation de cette rémunération supplémentaire dans le sens que si TORNESE a omis de prendre position par rapport à l'évaluation de la rémunération supplémentaire avant son exigibilité, il est admis que les objectifs ont été atteints par la seule prestation des services et ce en application de l'article 1162 du Code civil.

L'atteinte des objectifs résulterait à suffisance du fait que TORNESE n'avait pas contesté les factures lui adressées reprenant les prestations. TORNESE aurait tacitement reconnu l'atteinte des objectifs en n'ayant pas procédé à l'évaluation au moment de l'exigibilité.

GFA en conclut qu'elle serait dès lors en droit de procéder à l'évaluation du montant de la rémunération supplémentaire étant donné que TORNESE a failli à ses obligations contractuelles en ayant omis d'entamer la procédure pour la fixer.

Elle aurait évalué la rémunération supplémentaire en application des critères, qui auraient fait l'objet de discussions entre parties en début des relations contractuelles mais n'auraient été définitivement fixés que le 30 mars 2015 et qui permettent d'apprécier l'atteinte des objectifs. Les montants réclamés seraient dès lors justifiés.

Elle conteste l'évaluation faite par HASSELBLAD et TORNESE en date du 30 mars 2015 pour l'année 2014 en faisant valoir que cette évaluation n'est pas basée sur la qualité des services prestés et sur des objectifs fixés.

Elle fait valoir qu'elle a droit au paiement d'une « *Termination Fee* » en application de l'article 6 de l'annexe 2 du contrat conclu avec TORNESE en ce qu'elle a dû procéder à la résiliation unilatérale du contrat pour fautes graves dans le chef de TORNESE.

Elle reproche à TORNESE de ne pas avoir respecté la procédure prévue à l'article 3 de l'annexe 2, en ayant omis de fixer les objectifs tous les six mois et d'entamer la procédure d'évaluation, et d'avoir procédé au paiement tardif de ses factures.

Elle précise qu'elle avait adressé plusieurs mises en demeure au DR. **B.**), son seul interlocuteur auprès de TORNESE, le sommant de procéder à la fixation des objectifs.

Elle conteste que la « *Termination Fee* » est manifestement excessive et s'oppose à sa réduction. L'affirmation de TORNESE quant au caractère excessif de la clause pénale resterait à l'état d'une allégation de fait.

Elle fait valoir que le but même de cette clause pénale est d'éviter qu'elle devrait procéder à l'évaluation de son préjudice. L'obligation d'établir le préjudice réellement subi enlèverait toute raison d'être à cette clause. Il serait évident qu'elle a subi un dommage de la résiliation anticipée du contrat.

Elle y ajoute que la réduction ne serait de toute façon pas envisageable étant donné que TORNESE est de mauvaise foi en ayant commis une faute grave dans l'exécution du contrat.

Le DR. **A.)** conclut au bien-fondé de sa demande en paiement de l'indemnité forfaitaire de 20,9 % de la « *Termination Fee* » prévue à l'article 2.2 de l'annexe 3 du contrat conclu avec TORNESE. Cette indemnité forfaitaire devrait couvrir les frais autres que les frais de voyage des salariés de GFA.

A l'appui de sa demande tendant à la condamnation de TORNESE au paiement de dommages et intérêts, GFA expose qu'elle a subi un manque à gagner consistant en la non-perception des rémunérations supplémentaires par la faute de TORNESE, qui serait à l'origine de la résiliation en ayant commis des fautes graves rendant l'exécution du contrat impossible.

A l'appui de ses demandes en paiement des montants de 11.968.- EUR et de 4.488.- EUR à titre de rémunération supplémentaire pour l'année 2014 et de 27.810,30 EUR pour l'année 2015 à l'encontre de HASSELBLAD, elle invoque les mêmes moyens que ceux développés dans le cadre de la demande en rémunérations supplémentaires formulée à l'encontre de TORNESE.

Elle conclut par ailleurs à l'exigibilité de prestations supplémentaires de vingt jours effectuées en juin et juillet 2015 dans le cadre du contrat conclu avec HASSELBLAD en phase de transition et en vertu d'un accord trouvé entre les parties et ce alors même que la limite fixée dans le contrat des jours à prester pour l'année 2015 fut atteinte.

GFA expose que le contrat conclu avec HASSELBLAD ne fut pas résilié étant donné que les motifs invoqués par cette dernière dans son courrier de résiliation du 8 juin 2015 ne sont pas assez graves pour justifier la résiliation. Le contrat aurait continué à produire ses effets.

A l'appui de sa demande en dommages et intérêts dirigée contre HASSELBLAD, GFA expose que HASSELBLAD aurait commis une faute grave en ayant rendu l'exécution du contrat impossible. Elle aurait subi un manque à gagner consistant en des prestations de services supplémentaires de deux jours et une perte d'une chance consistant en la rémunération supplémentaire qu'elle aurait pu percevoir pour les années 2016 et 2017.

TORNESE et HASSELBLAD contestent les demandes de GFA et celle du DR. **A.)**.

Elles contestent avoir commis des fautes graves dans l'exécution des contrats conclus avec GFA. Les paiements des factures leur adressées par GFA auraient tous été effectués endéans le délai fixé contractuellement.

Elles expliquent que seules deux factures ont fait l'objet d'un paiement tardif mais qui auraient été justifiés par le fait que ces factures contenaient des prestations futures non prévues par le contrat.

Elles soulèvent qu'en tout état de cause, le paiement tardif de factures ne saurait constituer un motif grave pouvant justifier la résiliation du contrat.

Elles s'opposent à la demande en paiement de GFA de la facture numéro 120150301 en soulevant que cette facture fut payée.

Elles précisent que les parties demanderesses avaient émis deux factures le 13 et le 16 mars 2015 portant le même numéro avec des montants différents, à savoir le montant de 19.687,50 EUR et le montant de 21.656,25 EUR. Elles auraient procédé au paiement de la facture émise en premier lieu d'un montant de 19.687.- EUR. Elles justifient leur refus de payer le solde restant de 1.968,75 EUR dû en vertu de la facture émise en second lieu par l'absence d'émission d'une note de crédit par TORNESE.

Elles contestent les primes fixées unilatéralement par GFA.

Elles contestent que la procédure de fixation des primes prévue à l'article 3 de l'annexe 2 des contrats n'ait pas été respectée étant donné que cette procédure n'était pas contraignante à leur égard.

Cette procédure ne pourrait de toute façon pas être suivie à la lettre dans le cadre du contrat conclu entre TORNESE et GFA étant donné que la procédure de fixation serait viciée en ce que le conseil de surveillance devrait selon les termes du contrat fixer la prime et que TORNESE en tant que société à responsabilité limitée n'en dispose pas.

Les parties défenderesses soutiennent que des discussions ont été menées pour fixer les objectifs, tel qu'il ressortirait de l'échange de mails entre le DR. **A.)** et le DR. **B.)**, « *Chairman of the supervisory board* » de HASSELBLAD résultant dans la décision d'octroyer une prime commune de 8.995,20 pour l'année 2014 à GFA.

Les demandes de GFA en paiement de rémunérations supplémentaires ne seraient dès lors pas fondées.

Aucune prime n'aurait été accordée à GFA pour la période postérieure à février 2015 de sorte que cette demande n'est pas fondée.

Elles s'opposent à l'allocation de l'indemnité de résiliation prévue dans le contrat conclu entre GFA et TORNESE en faisant valoir que TORNESE n'a commis aucune faute grave qui pourrait justifier la résiliation du contrat.

Elles estiment que la résiliation de GFA par lettre du 16 mars 2015 n'est pas valable en absence de faute grave dans le chef de TORNESE et que le contrat ne fut résilié par les soins de TORNESE qu'en date du 8 juin 2015 pour fautes graves dans le chef GFA.

Elles reprochent à GFA de ne pas avoir exécuté les contrats de bonne foi en ayant procédé à des facturations prématurées, à des surfacturations en ne pas respectant les seuils annuels conventionnels et à l'application d'un taux d'intérêts de retard démesuré à hauteur de 1,5% par mois. Il s'y ajouterait qu'elle aurait essayé dès la conclusion du contrat de déceler des fautes contractuelles dans le chef de TORNESE afin de pouvoir encaisser l'indemnité de rupture.

Elles demandent à titre subsidiaire, la réduction de cette clause pénale à un montant symbolique de 1.- EUR, sinon à tout autre montant que le Tribunal estimera opportun et équitable au regard des circonstances de l'espèce.

Elles font valoir que pour pouvoir apprécier si une clause pénale est manifestement excessive, le juge devrait comparer le préjudice réellement subi à l'indemnité prévue par la clause pénale. Les parties demanderesses seraient en défaut d'établir leur préjudice réellement subi. Elles en déduisent que les parties demanderesses n'auraient subi aucun dommage.

La clause pénale serait dès lors manifestement excessive et devrait faire l'objet d'une réduction.

Elles contestent par ailleurs le montant réclamé par GFA à titre de « *Termination Fee* » qui serait fixé sans autre précision quant au mode de calcul.

Elles contestent encore l'indemnité forfaitaire demandée par le DR. A.) à titre de frais exposés par lui en soulevant que cette indemnité est intimement liée à la « *Termination Fee* » qui n'est pas due.

Elles soulèvent que la demande en dommages et intérêts formulée par GFA à l'encontre de TORNESE n'est pas non plus fondée en l'absence de toute faute dans le chef de TORNESE.

Elles contestent la conclusion d'un « *transition agreement* » avec GFA et s'opposent dès lors aux demandes en paiement formulées à l'encontre de HASSELBLAD du montant de 17.010 EUR, du montant de 6.804.- EUR et du montant de 6.804.- EUR. GFA serait en défaut de prouver l'existence de cet accord, qui devrait être matérialisé par un contrat de prestation de services en application du droit suisse qui serait applicable en l'espèce.

Elles estiment que la résiliation du contrat conclu entre GFA et HASSELBLAD du 8 juin 2015 est valable en présence de fautes graves commises par GFA. Elles invoquent les mêmes fautes que celles reprochées à GFA dans le cadre de l'exécution du contrat conclu avec TORNESE. Elles y ajoutent que la démission du DR. A.) de ses postes au sein du groupe HASSELBLAD a également rendu impossible le maintien des relations contractuelles étant donné que le contrat a été conclu *intuitu personae*.

La demande de GFA relative à l'allocation de dommages et intérêts serait à déclarer non fondée étant donné que le contrat a été résilié par les soins de HASSELBLAD pour faute grave de GFA. Le montant de 66.234.- EUR ne serait d'ailleurs pas justifié.

TORNESE et HASSELBLAD contestent finalement la demande en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et réclament chacune une indemnité de 13.500.- EUR sur cette même base.

Motifs de la décision

Remarques préliminaires

L'assignation du 25 mai 2016 introduite par GFA et le DR. **A.**), ainsi que leurs conclusions sont rédigées en langue allemande. Les conclusions de TORNESE et HASSELBLAD sont en français et les pièces essentielles du présent litige sont en anglais.

Pour ne pas dénaturer le sens des termes en anglais et pour éviter de privilégier les traductions effectuées par l'une des parties, le tribunal n'en fait pas une traduction en français.

GFA et le DR. **A.**) formulent plusieurs demandes sur base des contrats conclus avec TORNESE et HASSELBLAD qui reposent sur différents fondements.

Dans un souci de clarté, le tribunal procède d'abord à l'analyse des demandes formulées à l'encontre de TORNESE puis à celles dirigées contre HASSELBLAD.

A. Quant aux demandes formulées par GFA et le DR. **A.**) à l'encontre de TORNESE

A.1. Quant à la demande de GFA relative au paiement de la facture numéro 0120150302 du 16 mars 2015

GFA invoque à la base de sa demande en paiement le principe de facture acceptée.

Le principe de la facture acceptée est un moyen de preuve permettant d'établir les modalités d'un marché. L'acceptation d'une facture constitue une manifestation d'accord au sujet de l'existence et des modalités d'un marché.

TORNESE n'a pas contesté la facture numéro 0120150302 émise le 16 mars 2015 pour un montant de 21.656,25 EUR qui a remplacé la facture d'un montant de 19.687,00 EUR portant le même numéro émise le 13 mars 2015, mais fait valoir qu'elle a payé la facture litigieuse en ayant effectué un double paiement d'une autre facture numéro 0120150201 et en ayant payé le solde 7.875.- EUR restant de la facture litigieuse. TORNESE admet que le solde de 1.968,75 EUR reste dû mais estime que le refus de paiement de ce solde est justifié par l'omission de régularisation de GFA par l'émission d'une note de crédit.

GFA ne conteste pas la réalité de ces paiements mais fait simplement valoir qu'il n'appartient pas à TORNESE d'imputer ces paiements sur le montant de la facture litigieuse.

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Il résulte des pièces versées par TORNESE qu'elle a effectué un double paiement de la facture n°0120150201 de février 2015 en date du 12 mars 2015 pour un montant de 11.812,50 EUR et qu'elle a payé le montant de 7.875.- EUR en date du 7 avril 2015.

TORNESE a à bon droit imputé le montant de 11.812,50 EUR sur le montant de la facture litigieuse, qui demeurait au moment de l'intervention des paiements la seule facture impayée entre parties.

Au vu de ce qui précède, TORNESE justifie le paiement du montant de 19.687.- EUR de la facture numéro 0120150302.

Un solde de 1.968,75 EUR demeure impayé de sorte que la demande de GFA est fondée à hauteur du montant de 1.968,75 EUR.

Il y a lieu de condamner TORNESE au paiement du montant de 1.968,75 EUR avec les intérêts tels que prévus au chapitre 1 de la loi modifiée de 2004 à partir de l'échéance de la facture.

A.2. Quant à la demande relative à l'«*additional discretionary service fee*»

GFA conclut à ce que des rémunérations supplémentaires pour l'année 2014 d'un montant de 48.000.- EUR et d'un montant de 16.000.-EUR et pour l'année 2015 d'un montant de 15.897,36 EUR sont dues en vertu de l'article 2 de l'annexe 2 du contrat conclu avec TORNESE.

Elle fait valoir que cette rémunération supplémentaire devient exigible par la simple atteinte des objectifs et que TORNESE ne disposerait que d'un pouvoir discrétionnaire pour en fixer le montant et non décider de son exigibilité.

Les parties ont prévu une « *additional discretionary service fee* » à l'article 2 de l'annexe 2 du contrat. Les parties ont bien pris le soin de préciser que cette « *additional discretionary service fee* » présente un caractère discrétionnaire.

L'allocation de cette « *additional discretionary service fee* » est conditionnée par la qualité des services prestés et par l'atteinte des objectifs fixés. Si ces conditions sont remplies, TORNESE allouera une « *additional discretionary service fee* » à GFA.

TORNESE peut toutefois aux termes du contrat fixer discrétionnairement le montant de cette « *additional discretionary service fee* ».

En signant cette clause, GFA a marqué dès le début des relations contractuelles son accord que le montant de cette « *additional discretionary service fee* » peut être librement déterminé par TORNESE.

Aucune ambiguïté quant au caractère discrétionnaire du montant de l'« *additional discretionary service fee* » ne résulte de cette clause de sorte qu'il n'y a pas lieu à l'application de l'article 1162 du Code civil.

TORNESE conteste que GFA soit en droit de toucher une « *additional discretionary service fee* ». Elle expose néanmoins qu'elle avait décidé, ensemble avec HASSELBLAD, de faire un geste en faveur de GFA en lui proposant une « *prime commune* » d'un montant de 8.995,20 EUR pour l'année 2014.

Il ne résulte d'aucune pièce que ce montant a été payé à GFA de sorte que la demande de GFA est fondée pour le montant de 8.995,20 EUR avec les intérêts tels que prévus au chapitre 1 de la loi modifiée de 2004 à partir de la demande en justice.

Il ne résulte pas des éléments du dossier qu'elles ont octroyé à GFA une « *additional service fee* » pour l'année 2015, de sorte que cette demande est non fondée.

A.3. Quant à la demande relative à la « *Termination Fee* »

Le tribunal précise qu'il reprend la chronologie des arguments des parties pour analyser cette demande.

GFA demande la condamnation de TORNESE au paiement de la « *Termination Fee* » d'un montant de 392.109,38 EUR en application de l'article 6 de l'annexe 2 du contrat conclu entre GFA et TORNESE. Il est prévu que le montant de cette « *Termination Fee* » consiste en « *5/6 of the « Remaining Fee »* » qui est définie comme étant « *three times the Annual Service Fee minus Service Fees already paid* ».

GFA a procédé à la résiliation du contrat conclu avec TORNESE par lettre du 16 mars 2015 en application de l'article 5.6, qui permet à GFA de résilier unilatéralement le contrat dans le cas d'une « *material breach* » dans le chef de TORNESE.

Il est admis, dans un contrat à durée déterminée conclu entre professionnels, tel le cas en l'espèce, que les parties peuvent prévoir ab initio une faculté de résiliation au profit de chacune d'elle (Cour, 8 décembre 2004, numéro 28376 du rôle).

GFA reproche à TORNESE d'avoir commis des fautes graves dans l'exécution du contrat à savoir le non-respect de la procédure prévue à l'article 3 de l'annexe 2, notamment en ayant omis de déterminer les « *key objectives* » tous les six mois, de l'atteinte desquels dépend l'octroi d'une « *additional discretionary service fee* », et en ayant payé tardivement ses factures.

TORNESE réfute les reproches et estime que la résiliation du contrat par GFA n'est pas valable. Elle aurait procédé valablement à la résiliation du contrat par lettre du 8 juin 2015 pour faute grave dans le chef de GFA.

Il est prévu à l'article 5.6 du contrat que GFA peut procéder à la résiliation du contrat dans le cas d'une « *material breach* » dans le chef de TORNESE. Les parties sont d'accord pour dire qu'une « *material breach* » correspond à la notion de faute grave.

La partie qui se sent lésée par une résiliation peut introduire à posteriori un recours judiciaire pour contester la rupture unilatérale du contrat par son cocontractant. Le rôle du juge consiste alors non à prononcer la résolution du contrat, mais à vérifier la régularité de la mesure prise par le créancier. Le tribunal, qui effectue donc un contrôle en amont, ne peut pas annuler la résiliation et il ne peut que constater son caractère abusif si elle n'est pas intervenue dans les conditions prévues par le contrat.

Le contrat a dès lors été résilié par GFA en date du 16 mars 2015 et il appartient dès lors au tribunal de déterminer, au vu des éléments lui soumis, si cette résiliation est justifiée ou abusive.

L'obligation principale de TORNESE dans le cadre du contrat consistait en la rémunération des services prestés par GFA.

Il ressort de la lecture de l'article 3 de l'annexe 2 du contrat conclu entre GFA et TORNESE qu'elle s'est engagée à fixer les objectifs à atteindre par GAF tous les 6 mois après des discussions avec cette dernière. L'octroi d'une « *additional discretionary service fee* » dépendait à la fois de l'atteinte des objectifs ainsi fixés et de la qualité des services prestés.

Elle s'est également engagée à procéder à l'évaluation de la « *Discretionary service fee* » tous les six mois.

Il ne résulte d'aucune pièce du dossier que TORNESE ait fixé tous les six mois les « *key objectives* » à atteindre par GFA et qu'elle ait procédé à l'évaluation de la « *Discretionary service fee* ». TORNESE n'a dès lors pas respecté ses obligations prévues à l'article 3 de l'annexe 2.

TORNESE a non seulement failli à une de ses obligations contractuelles, mais a également privé GFA en absence de fixation d'objectifs de la possibilité même de les atteindre et de pouvoir bénéficier d'une « *additional discretionary service fee* ».

TORNESE avance qu'elle n'aurait pas pu respecter la procédure au motif qu'elle est viciée en prévoyant que le conseil de surveillance devrait procéder à la fixation des objectifs alors même que TORNESE n'en dispose pas.

Aux termes de l'article 1156 du Code civil, on doit rechercher dans les conventions quelle a été la commune intention de parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

Interpréter une convention, c'est dès lors avant tout, rechercher la volonté des parties. Cette volonté qu'il s'agit de découvrir est celle qui a réellement déterminé les parties au moment où elles ont contracté, plutôt que celle que suggère la formulation littérale.

La commune intention des parties était de prévoir l'octroi d'une éventuelle « *additional discretionary service fee* » si GFA atteint les objectifs et si les services prestés sont d'une bonne qualité, ce qui avait pour objectif d'inciter GFA à prêter des services de qualité élevée. Les parties ont dès lors prévu une procédure opératoire pour évaluer les services prestés et fixer le quantum de cette « *additional discretionary service fee* ». La clause prévoyant que le conseil de surveillance devrait fixer les objectifs doit être lue en le sens que cette obligation incombe au conseil de gérance de TORNESE.

TORNESE prétend encore avoir respecté la procédure de fixation d'une « *additional discretionary service fee* » en ayant entamé des discussions et fixé des objectifs tel qu'il ressortirait d'un échange de mails entre le DR. **A.)** et le DR. **B.)** ayant abouti à l'octroi à GFA d'une « *additional discretionary service fee* » d'un montant de 8.995,20 EUR.

L'octroi de cette « *additional discretionary service fee* » a été décidé le 30 mars 2015 donc après la résiliation du contrat par GFA et ne permet donc pas de prouver qu'elle a respecté ses obligations pendant l'exécution du contrat.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que le non-respect de la procédure de fixation des objectifs constitue une faute grave dans le chef de TORNESE dans l'exécution du contrat de sorte que la résiliation de GFA pour faute grave est justifiée.

TORNESE demande à titre subsidiaire la réduction de la « *Termination Fee* », qu'elle juge manifestement excessive.

Une clause pénale est une évaluation conventionnelle et forfaitaire des dommages et intérêts contractuels qui a pour but d'éviter les difficultés d'évaluation judiciaire des

dommages et intérêts en établissant un forfait qui supprime toute discussion sur la réalité et l'importance du préjudice.

En raison du caractère comminatoire qui lui est propre, une clause pénale n'est pas à qualifier de manifestation excessive en raison du seul fait qu'elle est supérieure au dommage subi.

Le juge ne peut déroger exceptionnellement à l'application de la clause pénale à la demande de l'une des parties que lorsqu'il est établi que la peine conventionnelle est manifestement excessive ou dérisoire, compte tenu notamment de l'écart objectivement considérable entre le montant de la somme prévue au contrat pour indemniser le dommage et la valeur de celui-ci, du profit effectivement retiré par le créancier de l'application de la clause pénale, de la situation concrète des parties et de l'attitude des parties au moment de l'exécution.

L'exercice du pouvoir exorbitant ainsi reconnu au juge de toucher à une convention demeure exceptionnel et limité.

Pour apprécier le caractère manifestement excessif d'une clause pénale, le juge doit comparer le préjudice effectivement subi par le créancier et le montant de l'indemnité prévue.

La charge de la preuve du caractère manifestement excessif d'une clause appartient au débiteur de l'obligation contractuelle (Cour d'appel, 29 octobre 1997, no 17996 du rôle).

En l'espèce, TORNESE n'apporte pas le moindre élément de preuve, voire un début de preuve, pour établir le caractère manifestement excessif de la clause pénale, de sorte qu'il n'y a pas lieu à réduction.

TORNESE conteste encore le montant de 392.109,38 EUR qui fut fixé par GFA sans préciser en quoi le mode de calcul n'aurait pas été respecté.

Il est prévu que le montant de cette « *Termination Fee* » consiste en « *5/6 of the « Remaining Fee »* » qui est définie comme étant « *three times the Annual Service Fee minus Service Fees already paid* ».

L'article 1 de l'annexe 2 du contrat prévoit que l'« *Annual Service Fee* » s'élève au montant de 240.000.- EUR. GFA a pris compte dans son calcul de l'augmentation de « *Service Fee* » de 5% du 1er janvier 2015 en adaptant l'« *Annual Service Fee* » à cette augmentation.

GFA a fait une application de ce mode de calcul qu'elle précise dans la facture numéro 0120150304 du 16 mars 2015, à savoir $(240.000 + 252.000 + 252.000 - 240.000 - 11.812,50 - 21.656,25) * 5/6$.

La demande de GFA est dès lors fondée pour le montant de 392.108,38 EUR.

En ce qui concerne les intérêts réclamés sur ce montant, il y a lieu de relever que des dommages et intérêts ne tombent pas sous l'application de la loi modifiée de 2004. Le montant est dès lors à assortir des intérêts au taux légal à partir de la demande en justice.

A.4. Quant à la demande du DR. A.) relative à l'indemnité forfaitaire pour frais de services

Le DR. **A.)** demande la condamnation de TORNESE au paiement d'une indemnité forfaitaire de 81.950,86 EUR en application de l'article 2.2 de l'annexe 2 du contrat conclu avec TORNESE.

Cet article prévoit que « *for other expenses not covered by the Hasselblad Group's travel policy for external Service providers, the employees of the Service Provider are allowed to charge a lump sum of 20,9% of the fees/ termination fee.* »

En application de cet article, la demande du DR. **A.)**, dont le montant ne fut pas autrement contesté par TORNESE, est fondée.

Il y a lieu de condamner TORNESE au paiement du montant de 81.950,86 EUR avec les intérêts tels que prévus par le chapitre 1 de la loi modifiée de 2004 à partir de la demande en justice.

A.5. Quant à la demande de GFA relative aux dommages et intérêts

GFA demande la réparation de son préjudice subi de la résiliation anticipée du contrat par la faute de TORNESE.

Elle évalue son préjudice au montant de 252.000.- EUR. Ce montant serait constitué des rémunérations supplémentaires auxquelles elle aurait eu droit si le contrat n'avait pas été résilié.

Pour être réparable, le préjudice doit être licite, certain, direct, personnel, et en matière contractuelle, prévisible. L'exigence du caractère certain du dommage exclut tout dommage hypothétique, éventuel ou probable (G. RAVARANI, op.cit., p. 777, n°1006).

Le caractère de certitude est l'élément fondamental du préjudice indemnisable. A défaut d'être certain, le préjudice n'est pas réparable, soit que la victime n'a pas rapporté la preuve de son existence, soit qu'il n'existe pas (Cour d'appel, 20 novembre 2014, n°39462 du rôle ainsi que les références y citées).

L'octroi d'une « *additional discretionary service fee* » est conditionné par l'atteinte des objectifs préalablement fixés par TORNESE et par la qualité des services prestés. Son montant peut être fixé discrétionnairement par TORNESE.

Le préjudice allégué est dès lors purement hypothétique au motif qu'il n'est pas établi en l'état actuel que les objectifs pour les années 2015, 2016 et 2017 auraient pu être atteints et que TORNESE aurait alloué des « *additional discretionary service fees* ».

La demande de GFA en dommages et intérêts est dès lors non-fondée.

B. Quant aux demandes formulées par GFA à l'encontre de HASSELBLAD

B.1. Quant à la demande relative à l'«*additional discretionary service fee*»

Conformément aux développements effectués sous le point A.2. la demande de GFA en allocation d'un « *additional discretionary service fee* » pour les années 2014 et 2015 n'est fondée que pour le montant de 8.995,20 EUR.

Une « *additional discretionary service fee* » commune d'un montant de 8.995,20 EUR a été accordée à GFA par TORNESE et HASSELBLAD de sorte qu'il y a lieu de condamner HASSELBLAD et TORNESE solidairement au paiement du montant de 8.995,20 EUR avec les intérêts tels que prévus au chapitre 1 de la loi modifiée de 2004, à partir de la demande en justice.

B.2. Quant à la demande relative aux prestations supplémentaires

Il ne résulte pas de l'échange d'emails entre le 2 et le 4 juin 2015 entre le DR. **A.)** et **C.)**, « *CEO* » de HASSELBLAD qu'un accord concernant des prestations supplémentaires de service aurait été trouvé en date du 4 juin 2015.

Le DR. **A.)** a offert ses services à **C.)**, qui en a pris note mais sans avoir accepté cette offre.

Il ne résulte pas non plus des éléments soumis à l'appréciation du tribunal que GFA a effectivement presté les services qu'elle entend facturer à HASSELBLAD.

La demande relative à la rémunération de prestations supplémentaires prétendument effectuées dans le cadre du contrat conclu avec HASSELBLAD de GFA est dès lors non fondée.

Quant à la demande relative aux dommages et intérêts

GFA avance avoir subi un préjudice qui consiste en un manque à gagner de 3.402.- EUR en ce qu'elle n'a pas pu prester deux jours de service supplémentaires et en la perte d'une chance en n'ayant pas pu percevoir la rémunération supplémentaire qu'elle évalue au montant de 62.832.- EUR pour les années 2016 et 2017.

GFA reproche à HASSELBLAD d'avoir commis une faute en ayant rendu l'exécution du contrat impossible.

HASSELBLAD a procédé à la résiliation unilatérale du contrat conclu avec GFA en application de l'article 5.4 du contrat pour faute grave dans le chef de cette dernière par lettre du 8 juin 2015.

GFA estime que la résiliation par HASSELBLAD par lettre du 8 juin 2015 n'est pas valable en absence de faute dans son chef et que le contrat a continué à exister.

Il est un fait constant que le contrat a été résilié par HASSELBLAD en date du 16 mars 2015.

Il résulte des explications des parties que GFA avait atteint la limite des jours à prester dans le cadre du contrat de HASSELBLAD et il a été constaté qu'aucun accord quant à la prestation de jours de services supplémentaires n'a été trouvé entre les parties, de sorte que le préjudice consistant en un manque à gagner invoqué par GFA n'est pas établi. La

demande de GFA en condamnation de HASSELBLAD à des dommages et intérêts d'un montant de 3.402.- EUR n'est pas fondée.

GFA fait valoir avoir subi la perte d'une chance en n'ayant pas pu percevoir des rémunérations supplémentaires d'un montant de 62.832.- EUR pour les années 2016 et 2017. Le préjudice allégué est purement hypothétique étant donné qu'il n'est pas établi en l'état actuel que les objectifs pour les années 2016 et 2017 auraient pu être atteints et que HASSELBLAD lui aurait alloué des « *additional discretionary service fees* ».

La demande de GFA en dommages et intérêts pour le montant 62.832.- EUR n'est dès lors pas fondée.

Au vu de l'issue du litige, TORNESE et HASSELBLAD sont à débouter de leurs demandes en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier de ces dispositions.

GFA et le DR. A.) sont également à débouter de leurs demandes en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, alors qu'ils ne justifient pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sixième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement ;

reçoit les demandes ;

les **dit** partiellement fondées ;

condamne la société à responsabilité limitée TORNESE SARL à payer à la société à responsabilité limitée de droit suisse GLOBAL FOOTPRINT ASSOCIATES GMBH le montant de 1.968,75 EUR avec les intérêts que prévus au chapitre 1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement à partir de l'échéance de la facture jusqu'à solde ;

condamne la société à responsabilité limitée TORNESE SARL à payer à la société à responsabilité limitée de droit suisse GLOBAL FOOTPRINT ASSOCIATES GMBH le montant de 392.108,38 EUR avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde;

condamne la société à responsabilité limitée TORNESE SARL à payer au DR. A.) le montant de 81.950,86 EUR avec les intérêts tels que prévus par le chapitre 1 de la loi de 2004 à partir de la demande en justice jusqu'à solde;

condamne La société à responsabilité limitée TORNESE SARL et la société européenne de droit suédois HASSELBLAD SE solidairement à payer à la société à responsabilité limitée de droit suisse GLOBAL FOOTPRINT ASSOCIATES GMBH le montant de 8.995,20

EUR avec les intérêts tels que prévus au chapitre 1 de la loi de 2004, à partir de la demande en justice jusqu'à solde ;

déboute la société à responsabilité limitée de droit suisse GLOBAL FOOTPRINT ASSOCIATES GMBH et le DR. A.) de leurs demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

déboute la société à responsabilité limitée TORNESE SARL et la société européenne de droit suédois HASSELBLAD SE de leurs demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamne la société à responsabilité limitée TORNESE SARL et la société européenne de droit suédois HASSELBLAD SE aux frais et dépens de l'instance.