Arrêt concurrence déloyale

Audience publique du vingt-cinq mars deux mille neuf.

Numéro 33896 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Pierre CALMES, premier conseiller;
Christiane BISENIUS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

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

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 23 juillet 2008,*

comparant par Maître Léon GLODEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

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

***intimée** aux fins du prédit exploit GLODEN,*

comparant par Maître Alex SCHMITT avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En vertu de deux ordonnances rendues sur requêtes les 20 décembre 2007 et 21 janvier 2008 et par exploits d'huissier des 29 décembre 2007 et 22 janvier 2008 la société anonyme unipersonnelle CCC a fait comparaître la société anonyme AAA et la société anonyme BBB devant le magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour, sur base de l'article 14 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 sur les pratiques commerciales, la concurrence déloyale et la publicité trompeuse, la société anonyme AAA s'entendre condamner à cesser dans un délai de huit jours à compter de la signification de l'ordonnance à intervenir tout acte de débauchage de salariés de la société CCC et la société anonyme BBB s'entendre condamner à cesser dans le même délai tout acte de débauchage de salariés et de clients de la société CCC.

Par ordonnance rendue le 25 avril 2008, le magistrat présidant la chambre commerciale a joint les demandes, a rejeté la demande dirigée contre le société anonyme AAA, a dit non fondée la demande dirige contre la BBB du chef de débauchage de clients et fondée la demande du chef de débauchage de personnel et a condamné la BBB de cesser dans les huit jours à compter de la signification de l'ordonnance tout acte de débauchage illicite de salariés de la société CCC.

De cette ordonnance lui signifiée le 13 juillet 2008 la BBB a relevé appel par exploit d'huissier du 23 juillet 2008 en assignant la société CCC devant la Cour supérieure de Justice siégeant en matière d'appels d'ordonnances et comme en matière de référé.

La société CCC oppose l'irrecevabilité de cet appel en soutenant que, conformément à l'article 23 de la loi du 30 juillet 2002, c'est le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale qui peut ordonner la cessation des actes de concurrence déloyale et qu'en vertu du parallélisme des formes, l'appel aurait dû être introduit devant la président de la chambre commerciale de la Cour d'appel.

L'article 23 de la loi du 30 juillet 2002 dispose dans son alinéa 3 que l'action en cessation est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 932 à 940 du nouveau code de procédure civile. L'appel contre les ordonnances de référé est porté devant la Cour d'appel et le moyen d'irrecevabilité n'est pas fondé.

La société CCC a exposé à l'appui de sa demande qu'elle a été constituée en 1992 avec comme objet social la conception, la mise en application et la commercialisation de services informatiques, que par convention du 20 juin 2003 elle a acquis de GGG, HHH et III la totalité des actions de la société JJJ, spécialiste dans l'implémentation du

progiciel SAP, que HHH, occupant les fonctions d'administrateur et d'administrateur-délégué de CCC, a démissionné de ses fonctions en date du 27 décembre 2006, que le 7 janvier 2007 il a envoyé un nombre massif de SMS type aux employés de CCC, les invitant à une réunion d'information concernant son projet d'entreprise, que le 7 février 2007 il a créé la société AAA, société holding, puis la société BBB, société de consulting qui se trouve en concurrence avec la société CCC, que depuis le mois de février 2007 la société CCC est victime d'un départ massif de collaborateurs occupant des fonctions clés, que sur vingt-huit personnes ayant quitté CCC quatorze travaillent pour BBB, que ces départs massifs ont entraîné une désorganisation et un affaiblissement de la requérante qui est dépourvue d'effectifs suffisants pour répondre aux besoins de ses clients et s'est vue dans l'obligation de faire appel à la société BBB qui, sur base de contrats de sous-traitance, a mis à la disposition de CCC ses anciens collaborateurs afin de lui permettre de finaliser les accords passés avec ses clients.

La société BBB a contesté avoir été à l'origine des départs des collaborateurs de la société CCC. Elle a exposé que la société CCC est une entreprise mondiale occupant 2.800 personnes et agissant dans deux domaines:

- le domaine du BPM concerne la modélisation des processus d'entreprise; il s'agit de décrire les processus d'une entreprise à l'aide d'outils logiciels graphiques et documentaires en vue d'une meilleure compréhension de ces processus, du contrôle de leurs coûts et de leurs performances; le logiciel de référence sur le marché dans ce domaine est actuellement le logiciel Aris Toolset, qui a été conçu par la société CCC laquelle détient 100% des droits; la vente de licences et de contrats de maintenance sur le logiciel Aris représente le secteur "Produits";

- le domaine BPI concerne la gestion opérationnelle de l'ensemble des fonctions de l'entreprise à l'aide de systèmes informatiques intégrés; dans ce domaine le logiciel de référence sur le marché est actuellement le progiciel SAP R/3, qui a été conçu par la société de droit allemand SAP AG, qui détient 100% des droits; la vente des prestations de conseil pour la mise en place du progiciel SAP représente le secteur "Consulting".

La société BBB, qui est active dans ce dernier domaine, a soutenu qu'en septembre 2006 le groupe CCC a connu une importante restructuration au niveau de la direction et a mis en place une nouvelle stratégie axée sur le développement du secteur d'activité le plus rentable, en l'occurrence le secteur "Produits", ce qui a entraîné une forte déstabilisation de son personnel et s'est traduit par les démissions de nombreux consultants, dont une partie seulement a rejoint la société BBB, tandis que d'autres se sont fait embaucher par des firmes concurrentes.

Le premier juge a dit que ces affirmations se trouvent contredites par la société CCC et par la documentation produite par elle, qu'il résulte d'autre part du message SMS envoyé par HHH qu'il y a eu incitation au départ par le représentant de BBB et débauchage systématique tendant à faciliter à BBB de devenir immédiatement opérationnelle grâce à l'expérience de ces salariés, avec la conséquence que CCC se trouvait dans l'obligation de recourir aux services de BBB moyennant contrats de sous-traitance. Il a dit que la volonté de nuire caractérisant le débauchage illicite s'analyse en l'occurrence en une volonté d'éliminer le concurrent du marché.

Rejetant l'argument de la société BBB que d'autres salariés d'CCC sont partis vers d'autres firmes en relevant que l'affirmation d'CCC que ces départs sont la conséquence des départs vers BBB ne se trouve pas contredite, le premier juge a dit que la perturbation des services de la société CCC suite au départ de tous ses salariés trouve son origine dans les manœuvres de HHH. Il a ajouté qu'on ne peut reprocher à la société CCC de ne pas avoir procédé au remplacement des employés débauchés qui étaient des employés qualifiés dont on ne peut compenser le départ par des embauches rapides. Il a donc retenu à charge de la société BBB un acte de concurrence déloyale, relevant qu'aucun comportement illicite ne peut toutefois être constaté dans le chef de la société AAA.

Le premier juge a dit non fondé, comme non suffisamment établi, le reproche de la société CCC en rapport avec le débauchage de clients.

L'appelante reproche au premier juge d'avoir permis à la société CCC de se prévaloir du SMS soi-disant envoyé par HHH au motif qu'en prenant contact avec les salariés de son ancien employeur, HHH a détourné le téléphone portable mis à sa disposition par l'ancien employeur qui n'a donc utilisé aucun moyen illicite pour découvrir la liste des appels.

Elle fait valoir qu'en avril 2007, donc trois mois après ces appels, la société CCC a envoyé à la société KKK, dont HHH est l'administrateur-délégué, une facture concernant les appels effectués à partir du téléphone mobile. Cette facture ayant été payée par HHH, les appels ne peuvent plus être considérés comme des appels faits à partir du téléphone mobile d'CCC.

La circonstance que la facture portant sur les communications du téléphone mobile mis à la disposition de HHH a été payée plus tard par ce dernier ne change rien au fait qu'à l'époque de ces communications la société CCC est entrée de manière tout à fait licite en possession de la liste des appels.

L'appelante soutient d'autre part qu'en produisant cette pièce, la société CCC a violé la loi du 2 août 2002 sur la protection des données personnelles en surveillant les appels téléphoniques, restant en défaut

de produire la preuve d'une autorisation préalable de la Commission pour la protection des données personnelles qui, aux termes de l'article 14 de la loi, est la condition pour surveiller les appels téléphoniques de ses employés.

Il n'est pas établi que la société CCC ait surveillé les appels téléphoniques de ses employés. Ainsi qu'il vient d'être dit elle est entrée en possession de la liste des appels du téléphone mobile mis à la disposition de HHH de manière tout à fait licite. Concernant le texte du SMS envoyé par HHH, il résulte des conclusions de l'intimée qu'il lui a été communiqué par des destinataires de ce SMS. Le moyen n'est donc pas fondé.

L'appelante fait enfin valoir que c'est à tort que le premier juge s'est référé à l'arrêt de la Cour de Cassation française du 23 mai 2007 (Juris-Data 2007-038970) qui a retenu que "*l'utilisation d'un SMS comme mode de preuve est un procédé loyal recevable, car son auteur ne peut ignorer que les messages sont enregistrés par l'appareil récepteur. Du fait d'une présomption de connaissance, la conservation du SMS étant une fonction automatique du téléphone, un SMS conservé peut être considéré comme un mode de preuve loyal et par conséquent recevable".* Elle soutient que cette jurisprudence n'est pas applicable en l'espèce, étant donné que HHH n'était plus employé de la société CCC au moment où il aurait envoyé le SMS.

Il est question dans l'arrêt de l'enregistrement par l'appareil récepteur. L'affirmation avancée à l'appui de ce reproche n'est donc pas pertinente.

De toute façon la société BBB reconnaît l'envoi du SMS litigieux, étant donné qu'en page 28 de sa note de plaidoiries elle reproche au premier juge d'avoir qualifié l'envoi de ce SMS d'incitation déloyale à quitter CCC, alors que HHH ne faisait rien d'autre que d'informer ses collaborateurs susceptibles de s'intéresser à son projet et de répondre à leurs questions.

La société BBB reproche en second lieu au premier juge d'avoir écarté l'attestation testimoniale de HHH au motif que la prise en compte de cette attestation placerait la société CCC dans une situation de net désavantage vis-à-vis de son adversaire et violerait ainsi l'article 6 § 1 de la Convention des Droits de l'Homme, et que HHH, étant appelé à la fonction d'administrateur unique et exerçant les pouvoirs dévolus au conseil d'administration, représente la personne morale en justice et devient partie. Elle fait valoir que la capacité de témoigner, régie par l'article 405 du nouveau code de procédure civile se caractérise par l'idée d'élargir le plus possible le cercle des personnes capables de témoigner et que le seul fait qu'il soit actionnaire unique de la société et membre du conseil n'empêche pas HHH de témoigner dans un litige mettant en cause la société BBB.

Le renvoi par le premier juge à l'article 6 de la Convention des Droits de l'Homme était en l'espèce superflu.

Conformément à l'article 399 du nouveau code de procédure civile il faut être tiers à l'instance pour pouvoir témoigner. Ainsi que l'a relevé le premier juge, il résulte des statuts de la société BBB que HHH est appelé à la fonction d'administrateur unique et exercera les pouvoirs dévolus au conseil d'administration de la société. D'après l'article 53 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, le conseil d'administration représente la société anonyme à l'égard des tiers et en justice.

HHH, représentant la société BBB dans le présent litige, est à considérer comme partie en cause et il ne peut dès lors déposer comme témoin (Cass. 30.6.2007, numéros 2193 et 2205 du registre).

C'est donc à bon droit que son attestation testimoniale a été écartée.

Il est acquis que le 7 janvier 2007 HHH a envoyé des SMS aux consultants SAP d'CCC, les invitant à une réunion d'information concernant son projet d'entreprise et les remerciant de leur discrétion.

En vertu du principe de la liberté économique le débauchage n'est pas par lui-même un acte contraire aux usages honnêtes. Il n'est que la manifestation de l'exercice d'une liberté qui implique la licéité de principe de la prospection et de l'"accaparement" de la clientèle et des travailleurs d'un concurrent (Fleur Longfils, note sous Mons 5.7.2000, n°16, RDCB 2001,256; Caluwé, Delcorde Leurquin, Les pratiques du commerce, éd. 1973, T.II, n°669).

L'invitation adressée le 7 janvier 2007 aux consultants d'CCC ne peut donc en elle seule être considérée comme un acte de débauchage illicite. La demande de discrétion formulée par HHH, considérée par le premier juge comme la preuve du caractère déloyal de son initiative, n'a pas nécessairement cette signification, pouvant aussi s'expliquer par la circonstance que son projet d'entreprise était seulement en voie de réalisation.

Le débauchage de personnel devient toutefois un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale s'il s'accompagne d'agissements ayant pour effet de créer la confusion entre les établissements, de désorganiser les services d'un concurrent ou de surprendre des secrets de fabrique (Cour 18.11.2000, P.31,415).

La société BBB fait valoir que, selon la doctrine et la jurisprudence récentes, la désorganisation de l'entreprise ne rend pas à elle-seule le débauchage irrégulier, étant donné que tout départ de salariés entraîne une certaine désorganisation, que le débauchage ne devient illicite que s'il procède de l'intention de nuire, ce que la société CCC est en défaut d'établir.

Il est vrai que la seule désorganisation de l'entreprise ne peut automatiquement rendre le débauchage illicite, mais celui-ci peut le devenir en raison des circonstances qui l'entourent, permettant de déceler une volonté de déstabiliser le concurrent, voire de l'éliminer du marché (Caluwé, Delcorde, Leurquin, op. et loc. cit.; Fleur Longfils, note citée, n° 24). Tout est question d'appréciation des éléments de l'espèce en vue de déterminer si le débauchage est resté dans les limites permises par la libre concurrence économique ou s'il rentre dans le cadre des actes contraires aux usages honnêtes.

C'est toutefois à bon droit que l'appelante reproche au premier juge d'avoir dit que le départ massif des salariés d'CCC et partant la désorganisation des services de cette société était la conséquence des manœuvres de débauchage de HHH.

Il résulte des pièces versées par la société BBB qu'en juillet 2006 la société CCC annonce une restructuration de ses services et la nomination aux fonctions de CEO (Chief Exeutive Officer) de MMM, responsable des ventes de logiciels et du marketing mondial. Il est dit dans l'annonce:
"The two divisions Software and Consulting will in future be managed more centrally. This will enable the software sales organization to leverage the outstanding global market opportunities for the ARIS product platform. In consulting, the accumulated technical and sector know-how will be applied more strongly across national borders".

Les deux parties s'accordent pour dire que dans le cadre de cette restructuration CCC a remplacé une structure par zone géographique par une structure par secteur d'activité.

La société BBB soutient d'autre part sans être contredite par CCC que cette réorganisation a été suivie au niveau mondial par le départ de plusieurs membres du management, dont celui, annoncé dans la presse dès septembre 2006, de LLL, remplacé au poste de CEO par MMM pour devenir CFO (Chief Financial Officer), dont également celui de HHH.

La société CCC conteste toutefois l'affirmation de l'appelante que cette restructuration aurait eu pour but de développer le secteur "Produits" au détriment du secteur "Consulting".

Si une telle affirmation n'est pas établie par les pièces versées, il n'en demeure pas moins que les événements de fin 2006 ainsi que la gestion de ces événements par CCC ont créé un malaise parmi ses consultants, dont plusieurs se sont souciés de leur avenir dans la société.

Ainsi dans son attestation testimoniale NNN déclare:

"Entre mi et fin 2006 le groupe CCC a communiqué avec nous via des webcasts "animés" par le nouveau CEO du groupe, MMM; nous avons vainement cherché dans ces discours sans conviction, des indications claires et concrètes sur la nouvelle structure organisationnelle, et spécifiquement pour le Luxembourg. Nous avions l'impression d'être des "oubliés". …

Le malaise était tellement présent en moi, que j'ai décidé à partir de septembre 2006, après plus de 10 ans au sein de la même société, de commencer "à écouter le marché"."

OOO exprime les mêmes appréhensions dans son attestation testimoniale:

"*Mais dans le milieu de l'année 2006, l'annonce de la réorganisation du groupe CCC et du changement de stratégie a ravivé mes craintes par rapport au développement de l'activité SAP Bi.*

D'une part CCC voulant se focaliser principalement sur le développement de l'activité BPM autour du logiciel ARIS, les moyens et la structure consacrés à l'activité de consulting SAP ne s'annonçaient pas prometteurs. D'autre part, la gestion séparée pour chaque domaine d'activité (produit et consulting) ne faisait que renforcer ce schéma à double vitesse. …

Au cours des mois suivants, les membres de mon groupe ont commencé eux aussi à émettre de sérieux doutes sur le succès de nos ambitions et de leur avenir au sein du groupe. Le manque de répondant, l'ambiguïté des communications et le peu de soutien de la structure n'ont fait qu'exciter leurs critiques et leurs inquiétudes. …

J'ai donc commencé à multiplier mes contacts à l'extérieur afin de sonder le marché, et les membres de mon équipe ont fait de même."

Ce malaise au sein de l'équipe des consultants d'CCC est confirmé dans des courriers adressés à HHH par PPP et QQQ, anciens collaborateurs d'CCC ayant quitté cette société pour rejoindre d'autres entreprises. Il est vrai, ainsi que le fait valoir la société CCC, que ces courriers ne peuvent valoir attestations testimoniales, mais ils constituent des éléments du dossier auxquels la Cour peut avoir égard et qui ne font que confirmer les déclarations contenues dans les attestations testimoniales.

Les affirmations de la société CCC que HHH aurait semé des propos dénigrants au sujet du groupe CCC et répandu la rumeur que les sociétés composant le groupe allaient se retirer de la consultance SAP restent à l'état d'allégations.

Il est d'autre part constant que parmi les 26 consultants qui ont quitté la société CCC depuis début 2007, seulement 14 ont rejoint l'appelante. Concernant le nombre de 14 collaborateurs, réaffirmé par la société CCC dans un courrier adressé à la Cour en cours de délibéré, et dont la société BBB demande le rejet, ce nombre est déjà énoncé dans le jugement entrepris et d'ailleurs implicitement admis par BBB, même si dans sa note de plaidoiries il est question de 11 collaborateurs.

Il résulte d'un relevé des collaborateurs démissionnaires, versé par la société CCC, et refiguré dans les conclusions de BBB dans un ordre chronologique des départs, que les trois premiers collaborateurs sont partis au mois de février 2007 vers des entreprises tierces. Il y a ensuite cinq collaborateurs qui ont été embauchés par BBB. Au mois de mars 2007 quatorze collaborateurs sont partis, dont six ont été embauchés par BBB et huit par des entreprises tierces. Au mois de mai 2007 trois ont été embauchés par BBB.

Au vu de cette chronologie des départs la Cour ne peut se joindre au premier juge en ce qu'il a retenu l'affirmation de CCC que suite au départ massif de salariés vers BBB d'autres employés auraient été amenés à quitter son service, ne voulant plus travailler dans une entreprise en pénurie de personnel qualifié.

Elle doit constater au contraire que près de la moitié des salariés ayant quitté CCC à la même époque sont partis vers d'autres entreprises, de sorte qu'en tout cas ces départs ne sont pas la suite d'une manœuvre de débauchage de la part de BBB.

Se pose d'autre part la question, surtout en considération des déclarations contenues dans les attestations testimoniales, si, en l'absence d'offre d'embauche de la part de BBB, les salariés qui ont rejoint cette société seraient restés auprès d'CCC ou s'ils ne seraient pas partis vers d'autres firmes. L'appelante verse parmi ses pièces une offre d'embauche ferme adressée le 8 janvier 2007 par la société SSS à NNN, qui a finalement rejoint BBB. Dans cette offre il est par ailleurs dit: *"After the different positive interviews you had with SAP, we are glad to make the following offer to you: …",* ce qui confirme les déclarations de ce témoin concernant ses démarches en vue de la recherche d'un nouvel emploi.

Il s'en suit que si suite aux départs qui ont eu lieu début 2007 il y a eu désorganisation des services de la société CCC, il n'est pas établi que cette désorganisation est la conséquence du débauchage de personnel reproché à l'appelante, respectivement qu'en l'absence de ce débauchage elle ne se serait pas produite.

Dans ces circonstances l'affirmation de la société CCC que les départs massifs de personnel n'ont eu lieu qu'en France, Belgique et Luxembourg, où la société BBB s'est implantée, n'est pas pertinente.

Il faut d'autre part relever que début mars 2007 BBB a conclu avec CCC des contrats de sous-traitance, permettant à cette dernière de continuer les contrats en cours avec le personnel qui était en charge de ces contrats et d'atténuer les effets d'une désorganisation de ses services, ce qui dément encore l'existence dans le chef de BBB d'une volonté d'éliminer le concurrent du marché, retenue par le premier juge.

On ne peut par ailleurs considérer la conclusion de ces contrats de sous-traitance comme une preuve de l'affirmation de la société CCC que le débauchage de personnel est illicite du fait qu'il a eu lieu en surnombre par rapport aux besoins de BBB en phase de démarrage. Le débauchage de personnel en surnombre peut être considéré comme dénotant de la part du débaucheur une volonté de déstabiliser le concurrent en lui enlevant des collaborateurs dont le débaucheur n'a en fait pas besoin. Cette volonté de déstabilisation est en l'espèce démentie par les contrats de sous-traitance. Il résulte d'autre part des considérants qui précèdent que les départs des salariés ne sont pas nécessairement la conséquence du seul débauchage de la part de BBB, mais qu'ils peuvent être dus à une démotivation profonde de ces salariés suite aux événements qui viennent d'être décrits et qui ont eu pour conséquence qu'un nombre important de salariés, et peut-être plus important qu'envisagé lors de l'envoi par HHH de son SMS, ont quitté CCC pour se diriger, entre autres, vers BBB.

Concernant enfin le remplacement du personnel ayant démissionné, CCC a fait valoir devant le premier juge qu'il s'agit de salariés qualifiés dont il n'est pas facile de compenser les démissions par des embauches rapides.

La société BBB soutient en instance d'appel que ce n'est qu'en novembre 2007 qu'CCC a publié sur son site Internet des offres d'emploi, ainsi qu'il résulte des pièces versées par elle. La société CCC dit qu'elle a lancé immédiatement les mesures nécessaires en vue d'embaucher de nouveaux programmateurs, sans verser aucune pièce à l'appui. Elle verse un graphique renseignant le nombre de ses consultants de janvier 2007 à octobre 2008 et dont résulte que ce nombre était au-dessus de trente en janvier et février 2007, pour tomber à sept en juillet 2007 et ne remonter qu'à onze fin 2008. La Cour ne peut croire que nonobstant les démarches qu'elle prétend avoir entreprises CCC n'ait pas réussi en près de deux ans à rétablir, sinon du moins à approcher de manière plus significative la composition initiale de son équipe de consultants.

Par réformation de l'ordonnance entreprise, il y a lieu de dire non fondée la demande formulée contre BBB du chef de débauchage de salariés.

La société CCC interjette appel incident contre l'ordonnance du 24 avril 2008 en ce qu'elle a dit non fondée sa demande en relation avec le débauchage de clients au motif que CCC n'a pas établi des faits autres que le départ de ses collaborateurs.

Contrairement à ce qu'affirme cette appelante, elle n'a toutefois pas démontré que le débauchage de personnel par BBB a eu pour conséquence nécessaire le débauchage de la clientèle.

CCC soutient que deux de ses clients ont été débauchés par BBB, à savoir RRR et TTT.

Concernant RRR, cette société semble avoir été cliente d'CCC Belgium. Dans un courrier adressé le 18 avril 2007 à CCC Belgium cette société dit:

"Attendu que CCC Belgium n'a pas rempli ses obligations d'installer au mois de janvier 2007 les licences et le software SAP sur notre système conformément au contrat de service conclu entre RRR Labs et CCC Belgium en décembre 2007".

En admettant que CCC puisse se prévaloir à l'encontre de BBB du départ du client RRR, il résulte de ce courrier qu'il a eu d'autres raisons qu'un éventuel débauchage de la part de BBB.

Le client TTT adresse le 26 février 2007 un courriel à CCC dans lequel il est dit:

"During our last Wednesday phone call you ensured me that the persons named below will persue our SAP implementation project. For this, and when required, you will find an arrangement with their new employer."

En réponse CCC adresse le 28 février 2007 à TTT le courriel suivant:

"*As I told you this afternoon all consultants who are currently working on your project will leave CCC and join BBB (the new company of HHH).*
For this reason I would like you to get directly in touch with BBB to keep the consultants on your project and to assure your project plans."

L'arrangement avec le nouvel employeur dont question dans le courriel du 26 février 2007 consistait certainement en la conclusion d'un contrat de sous-traitance.

Si la société CCC invite par la suite ce client de s'adresser directement à BBB, sans d'ailleurs expliquer pourquoi elle n'a pas eu recours en l'espèce à un contrat de sous-traitance, elle ne peut reprocher à BBB un débauchage du client.

L'appel incident n'est partant pas fondé.

Dans son acte d'appel la société BBB conclut par réformation du jugement entrepris à la condamnation de la société CCC à lui payer la somme de 50.000.- euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire et celle de 12.000.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Aucun élément ne permet d'établir que la société CCC ait en l'espèce fait dégénérer en abus le droit d'ester en justice et le premier juge est à confirmer en ce qu'il a dit la demande en dommages et intérêts non fondée.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure est cependant à dire fondée, étant inéquitable de laisser à charge de la société BBB l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en première instance. Par réformation il y a lieu de lui allouer la somme de 3.000.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

La société CCC, qui est à condamner aux frais et dépens des deux instances ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande formée en instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à dire non fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière de concurrence déloyale, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère Public entendu en ses conclusions;

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

dit l'appel incident non fondé et l'appel principal partiellement fondé;

par réformation de l'ordonnance entreprise,

dit non fondée la demande dirigée par la société anonyme CCC contre la BBB du chef de débauchage de salariés;

condamne la société anonyme CCC à payer à la BBB une indemnité de procédure de 3.000.- euros pour la première instance, et la condamne aux frais de la première instance;

confirme l'ordonnance pour le surplus ;

déboute la société anonyme CCC de sa demande formée en instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

condamne la société anonyme CCC aux frais et dépens de l'instance d'appel.