Arrêt commercial

Audience publique du premier décembre deux mille dix.

Numéro 35325 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée AAA s.à r.l., *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 21 août 2009,*

comparant par Maître René WEBER, avocat à Luxembourg ;

e t :

BBB, *sans état connu, demeurant à VVV,*

intimé *aux fins du susdit exploit THILL,*

comparant par Maître Joë LEMMER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 13 août 2007 la société à responsabilité limitée AAA a fait comparaître BBB devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à lui payer du chef d'actes anticoncurrentiels, la somme de 597.325.- euros avec les intérêts légaux à partir du 24 mars 2004, sinon de la demande en justice jusqu'à solde et avec majoration du taux de l'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement.

La société AAA a exposé à l'appui de cette demande que BBB, qui exerçait la fonction d'administrateur-délégué au sein de la société, a créé et mis en place deux sociétés commerciales concurrentes, à savoir les sociétés anonymes CCC et DDD, pendant qu'il était en poste auprès d'elle et qu'il a débauché tant les membres du personnel de la requérante pour les engager dans les nouvelles sociétés que divers clients de longue date de la requérante.

Reprochant à BBB d'avoir manqué à son devoir de loyauté, la société AAA a conclu à voir retenir sa responsabilité sur base de l'article 59 de la loi sur les sociétés commerciales, subsidiairement sur base des articles 1998 et suivants du code civil, sinon sur base des articles 1372 et suivants du même code.

BBB a conclu à l'incompétence ratione loci, sinon ratione materiae du tribunal pour connaître de la demande au motif qu'il réside en France et que les faits lui reprochés concernent l'exécution de son contrat de travail. Faisant valoir qu'un rôle connexe a été introduit devant le tribunal de grande instance de XXX, il a d'autre part conclu au renvoi de l'affaire devant les juridictions françaises. Il a demandé un sursis à statuer au fond en attendant que les questions de compétence et d'irrecevabilité soient toisées. Prenant position en ordre subsidiaire quant au fond de l'affaire, il a contesté tout comportement déloyal envers la société AAA.

Par jugement rendu le 29 avril 2009 le tribunal, siégeant en matière commerciale, s'est déclaré compétent pour connaitre de la demande et l'a dit non fondée.

Par exploit d'huissier du 21 août 2009 la société à responsabilité limitée AAA a relevé appel de ce jugement non signifié.

BBB soulève la nullité, respectivement l'irrecevabilité de l'acte d'appel sur base de l'incompétence ratione loci et materiae et sur base de l'exception de connexité.

A l'appui de ce moyen de nullité, respectivement d'irrecevabilité de l'acte d'appel il invoque les moyens soulevés en première instance contre la demande dirigée contre lui.

Ces moyens n'affectent pas la régularité de l'appel. Le jugement ayant en l'espèce été rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg la Cour est compétente ratione loci et ratione materiae pour en connaître. En ce qui concerne l'exception de connexité, elle pourrait être soulevée si un deuxième appel avait été dirigé contre le même jugement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Dans le cadre de son moyen de nullité, respectivement d'irrecevabilité de l'acte d'appel BBB conclut en ordre subsidiaire à voir surseoir à toute décision jusqu'à ce que la juridiction française saisie de la question de l'autorité de chose jugée attachée au jugement rendu par le tribunal de travail d'YYY le 4 octobre 2005 concernant l'existence entre parties d'un contrat de travail au sens de la loi luxembourgeoise du 24 mai 1989 ait tranché ce point.

Cette question a trait à la compétence ratione materiae du tribunal d'arrondissement pour connaître de la demande de la société AAA, compétence que le tribunal a retenue au motif que la requérante entend voir engager la responsabilité de BBB sur base de l'article 59 de la loi sur les sociétés, sinon du mandat et qu'elle réclame l'indemnisation de son préjudice suite au défaut de loyauté de son administrateur, que le litige ne concerne donc pas l'exécution proprement dite du contrat de travail du défendeur.

Etant donné que BBB n'a pas relevé appel incident contre le jugement du 29 avril 2009, concluant, par réformation de ce jugement, à voir retenir l'incompétence ratione materiae du tribunal pour connaître de la demande, mais qu'il a soulevé ce moyen d'incompétence à l'appui de sa seule demande en nullité de l'acte d'appel, dont la régularité n'est pas affectée par cette question, la Cour n'a pas besoin de revoir la motivation des premiers juges sur ce point.

L'appel est à dire recevable.

Devant les premiers juges la société AAA a soutenu que BBB a démarché des clients via courriels envoyés à partir de son ordinateur de travail et elle a versé comme preuve de ce débauchage un rapport d'expertise unilatéral intitulé *"Investigation of computer"* établi par la société GGG qui a exploité les fichiers informatiques des ordinateurs de la société.

BBB a conclu au rejet de ce rapport d'expertise pour constituer une preuve obtenue frauduleusement et pour ne pas respecter le principe du contradictoire.

Les premiers juges ont dit que le rapport d'expertise fait état d'un courriel prétendument adressé par BBB à un certain JJJ, directeur de la société HHH, cliente de AAA (en réalité il s'agit d'un fournisseur), que ce courriel ne comporte cependant ni date, ni indication de l'émetteur ou du destinataire et ne saurait être pris en compte, que le rapport fait encore état d'un courriel prétendument adressé par BBB à FFF, directeur de la société EEE, lui communiquant les coordonnées de deux nouvelles sociétés qu'il entend créer avec des tiers, que l'existence de ce seul courriel ne permet cependant pas à lui seul de retenir un détournement de clientèle. Ils ont dit que le rapport GGG n'a pas d'incidence quant au fond du litige, de sorte qu'il est superfétatoire d'en analyser la question de la recevabilité.

Ils ont rejeté l'offre de preuve par témoins formulée en ordre subsidiaire afin d'établir le débauchage de clientèle au motif que les faits offerts en preuve ne permettent pas d'établir qu'il y ait eu de la part de BBB un démarchage des clients non conforme aux usages de commerce, tels que l'utilisation d'informations dénigrantes, le détournement de commandes, de listes ou de fichiers clients ou le fait d'entretenir dans l'esprit des clients une confusion entre sociétés concurrentes.

La société AAA maintient en instance d'appel ses reproches formulés à l'encontre de BBB concernant le débauchage de clientèle, faisant valoir que ce débauchage a eu lieu à un moment où BBB était encore à ses services. Elle soutient que du fait de ces actes de débauchage elle a perdu pendant trois années un bénéfice brut de 192.000 x 3 = 576.000.- euros, qu'elle a d'autre part dû engager un consultant pour réorganiser son entreprise suite à la démission de BBB et a dû exposer des frais évalués à 15.000.- euros, qu'elle a encore dépensé la somme de 6.325.- euros pour les recherches sur l'ordinateur de BBB. Elle conclut donc, par réformation du jugement entrepris, à la condamnation de BBB à lui payer la somme de 597.325.- euros.

BBB, de son côté, maintient ses contestations concernant une éventuelle prise en considération du rapport établi par la société GGG et conteste les reproches lui adressés par l'appelante, tout en rappelant qu'il n'était tenu par aucune clause de non-concurrence à l'égard de la société AAA.

La Cour retient avec les premiers juges que la clientèle d'un commerçant ne lui appartient pas et qu'elle est susceptible de recevoir des offres d'un concurrent, fut-il un ancien fournisseur ou un ancien employé, que pour être illicite l'appropriation de la clientèle doit être équivoque, c'est-à-dire accompagnée d'agissements contraires aux usages honnêtes.

En l'espèce la société AAA reproche à BBB d'avoir, pendant les derniers mois de son activité en qualité d'administrateur de la société, contacté deux fournisseurs de AAA pour leur proposer des contrats

avec une de ses sociétés nouvellement constituées. Tant la société EEE que la société HHH étaient en effet des fournisseurs de AAA, la société III, ancienne cliente de AAA, ayant par la suite été approvisionnée par une des sociétés de BBB en produits de la société HHH suite à la conclusion d'un contrat de fourniture avec cette société. La société AAA reproche d'autre part à BBB d'être en été 2003 et en tout cas avant le 12 août 2003 intervenu pour compte de ses sociétés auprès des responsables de différents hôpitaux en vue de les faire approvisionner par ses sociétés.

En admettant que ces prises de contact aient effectivement eu lieu alors que BBB exerçait encore son activité au sein de la société AAA, son comportement devrait être taxé d'indélicat, voire de déloyal à l'égard de cette société.

Mais ces prises de contact avec deux fournisseurs de la société AAA, ayant entraîné pour cette dernière la perte d'un client, de même que d'ailleurs les interventions auprès de responsables de plusieurs hôpitaux, afin de leur proposer un approvisionnement par les sociétés nouvellement créées par BBB, encore offertes en preuve par témoins, ne constituent en elles-mêmes pas des actes de concurrence déloyale, n'étant, d'après le récit qu'en fait l'appelante, accompagnées d'aucun agissement qui leur conférerait le caractère d'actes contraires aux usages honnêtes.

BBB n'étant tenu à l'égard de la société AAA par aucune clause de non-concurrence, il aurait, dès le lendemain de la fin de ses relations avec cette société, pu nouer les contacts que l'appelante lui reproche et ces contacts auraient certainement eu les mêmes suites. La circonstance que, ainsi que le soutient l'appelante, BBB aurait noué ces contacts dès le mois de juin 2003, soit deux mois avant la fin des relations contractuelles, ne lui a donc pas causé un préjudice qui ne lui aurait pas été causé si BBB avait attendu le 12 août 2003, date où le contrat avait pris fin. Il s'en suit que le manquement à son devoir de loyauté que l'appelante reproche à BBB ne lui a pas causé le préjudice dont elle réclame réparation.

A l'instar des premiers juges la Cour n'a donc pas besoin de départager les parties sur la question d'une prise en considération du rapport GGG et l'offre de preuve par témoins formulée par l'appelante en vue d'établir les débauchages de clients reste non pertinente pour les motifs énoncés dans le jugement entrepris.

La société AAA reproche d'autre part à BBB d'avoir, également pendant la durée des relations contractuelles entre parties, débauché des collaborateurs de AAA en vue de les faire engager par ses nouvelles sociétés.

Les premiers juges ont relevé que le débauchage de personnel ne devient répréhensible que s'il s'accompagne d'agissements qui ont pour

effet de créer une confusion entre commerçants concurrents ou qui ont pour effet de désorganiser les services des concurrents ou qui ont pour but de surprendre des secrets de commerce.

Ils ont dit qu'il résulte d'une attestation testimoniale établie par KKK que BBB lui aurait proposé à la fin du premier trimestre 2003 de quitter AAA et de joindre la société CCC respectivement la société DDD et qu'à cette occasion il lui aurait révélé le nom de quatre autres salariés de AAA censés participer au nouveau projet, que des certificats établis par le Centre Commun de la Sécurité Sociale en avril 2004 attestent que ces salariés son désormais déclarés auprès des nouvelles sociétés.

Ils ont dit qu'en l'absence d'autres précisions, par exemple le nombre total des salariés engagés auprès de AAA, la circonstance que quatre salariés aient rejoint une entreprise concurrente ne permet pas de conclure à un débauchage déloyal de personnel au sens des critères ci-dessus.

L'appelante maintient en instance d'appel son reproche, se prévalant de l'attestation testimoniale de KKK et ajoutant à son offre de preuve formulée en première instance le point suivant:

"qu'à partir de 2003, sans préjudice à une date plus précise, l'appelante a dû faire appel à un consultant indépendant, LLL, pour restructurer son entreprise qui connaissait de sérieuses difficultés suite à la défection de la moitié du personnel et de la chute du chiffre d'affaires dus aux débauchages de MMM".

Le débauchage de personnel, qui est établi par l'attestation testimoniale de KKK et les certificats du Centre Commun de la Sécurité Sociale et qui a été opéré par BBB pendant qu'il travaillait encore au sein de la société AAA, doit de ce fait également être taxé de comportement déloyal à l'égard de l'appelante.

Mais ici s'impose la même remarque que celle faite à propos du débauchage de clientèle: ce débauchage en lui-même n'est pas un acte de concurrence déloyale.

Les premiers juges ont retenu à ce sujet que le débauchage de personnel devient illicite lorsqu'il a pour effet de désorganiser les services du concurrent. Toutefois la désorganisation de l'entreprise ne peut à elle-seule rendre le débauchage illicite. En effet, s'il suffisait d'une atteinte aux intérêts professionnels d'un commerçant pour rendre l'acte illicite, tout débauchage deviendrait répréhensible. Pour devenir illicite le débauchage doit être contraire aux usages honnêtes. Or, en vertu du principe de la liberté économique le débauchage n'est en lui-même pas un acte contraire aux usages honnêtes. La lésion résultant du débauchage n'est rien d'autre que la conséquence du jeu économique. La désorganisation de l'entreprise n'est donc en soi pas

un critère suffisant. Il en est autrement si cette désorganisation n'est pas seulement un effet, mais aussi un but poursuivi par le concurrent. (Caluwé, Delcorde, Leurquin, Les pratiques du commerce, éd. 1973, T.II, n° 669; C.A. Liège, 9.5.1995, J.T. 1996, p.82; Fleur Longfils, note sous C.A. Mons 5.6.2000, RDCB 2001, n° 24).

Il n'est pas soutenu par l'appelante que le débauchage de personnel opéré par BBB ait créé une confusion entre les sociétés, qu'il ait eu pour but de désorganiser l'entreprise ou de s'approprier des secrets d'affaires de la société AAA. BBB aurait donc pu procéder à ce débauchage dès la fin des relations contractuelles entre parties sans qu'un acte de concurrence déloyale ne puisse lui être reproché. La société AAA ne justifie pas d'un préjudice particulier qui lui serait accru du fait que BBB y a procédé quelques mois avant la fin des relations contractuelles entre parties. Le seul préjudice avancé par l'appelante, qui peut être mis en rapport avec le débauchage de personnel, et encore seulement pour partie, est constitué par les frais d'un montant de 15.000.- euros qu'elle dit avoir exposés du fait de l'engagement d'un consultant pour réorganiser l'entreprise suite aux actes de débauchage de clientèle et de personnel reprochés à BBB et ces frais, s'ils ont dû être exposés, sont indépendants de la date de ces actes.

La société AAA a enfin reproché à BBB d'avoir tenu des propos dénigrants et diffamatoires à l'égard des bénéficiaires économiques de la société et maintient ce reproche en instance d'appel.

Le dénigrement ne s'identifie pas à la critique. Il existe un droit à la libre critique, qui doit s'exercer dans certaines limites sous peine d'être qualifié de dénigrement. Ainsi l'expression acceptable du droit de libre critique dépend du caractère objectif, neutre et motivé des propos tenus (Louis Vogel, Droit de la concurrence déloyale, n° 65).

C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que les faits relatés à ce sujet dans les attestations testimoniales versées par la société AAA (témoin KKK: "ne se gênait pas pour critiquer ouvertement"; témoin NNN: "a tenu des propos infamants") sont trop vagues quant à la teneur réelle des propos attribués à BBB pour permettre d'en déduire un dénigrement répréhensible.

Il s'en suit que l'appel n'est pas fondé et que le jugement est à confirmer, y compris, pour les motifs y énoncés, en ce qu'il a débouté la société AAA de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

BBB conclut à la condamnation de la société AAA à lui payer la somme de 10.000.- euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

Cette demande n'est pas fondée dès lors qu'aucun élément ne permet de retenir que l'appelante ait fait dégénérer en abus son droit d'ester en justice.

Les demandes formées en instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à rejeter, n'étant pas inéquitable de laisser à charge de chacune des parties les frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés en instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

dit l'appel recevable, mais non fondé;

confirme le jugement entrepris;

déboute BBB de sa demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire;

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

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