

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/3935/2010

ACJC/674/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 11 MAI 2012

Entre

X._____ ("**X.**_____"), ayant son siège _____ Etats-Unis d'Amérique, appelante d'un jugement rendu par la 17ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 septembre 2011, comparant par Me Christophe Rapin, avocat, 65, rue du Rhône, case postale 3199, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Y._____ **LTD** ("**Y.**_____ **LTD**"), ayant son siège _____ Irlande, intimée, comparant par Me Benjamin Borsodi, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16 mai 2012.

EN FAIT

A. a) X._____ (ci-après : X._____), dont le siège est aux Etats-Unis, est une société active dans la fourniture de services de télécommunications aux opérateurs et aux transporteurs de trafic voix.

b) Y._____ LTD (ci-après : Y._____ LTD), dont le siège est en Irlande, est une société active dans la fourniture de services de télécommunications aux particuliers et plus spécialement dans la vente de cartes de télécommunications prépayées.

c) Les 23 et 30 juillet 2007, X._____ et Y._____ LTD ont signé un contrat de services de télécommunications, selon lequel X._____ s'engageait, contre rémunération, à acheminer les télécommunications internationales vers le commutateur de Y._____ LTD, en vue de leur transmission vers leurs destinations.

La période de facturation était de 7 jours et X._____ devait faire parvenir à Y._____ LTD ses factures dans les 3 jours ouvrables. Ces dernières devaient être payées dans les 7 jours à compter de leur réception, d'abord en dollars puis, dès le 14 janvier 2008, en euros (avenant des 9 et 11 janvier 2008).

En cas de retard de paiement, X._____ pouvait faire courir un intérêt au taux de 0,5% par jour à compter de la date à laquelle la somme était due jusqu'à la date de son paiement.

Le contrat était soumis et devait être interprété conformément au droit suisse. Les parties reconnaissent la compétence exclusive des tribunaux suisses.

d) Y._____ LTD a accumulé du retard dans le paiement des factures suivantes, couvrant la période de facturation du 28 avril au 1er juin 2008 :

- facture du 5 mai 2008 :	26'941 € 07
- facture du 12 mai 2008 :	39'402 € 93
- facture du 19 mai 2008 :	59'134 € 72
- facture du 26 mai 2008 :	52'583 € 20
- facture du 2 juin 2008 :	14'594 € 06
soit au total :	192'655 € 98

Y._____ LTD allègue ne pas avoir été en mesure de s'acquitter desdites factures en raison de difficultés financières temporaires et inattendues. Elle n'a toutefois pas contesté les montants dus, ni la qualité des services fournis.

e) Le 2 juin 2008, X._____ a cessé de fournir ses services à Y._____ LTD, qui n'a plus eu accès aux lignes de X._____.

f) Le 24 novembre 2008, Y._____ LTD a versé à X._____ 20'000 €.

X._____ n'a pas émis de réserves à réception de ce paiement.

g) A partir du 5 février 2009, X._____ a adressé divers courriels à Y._____ LTD, réclamant le paiement de l'intérêt de retard de 0,5% par jour prévu par le contrat des 23 et 30 juillet 2007.

Aucune réponse n'a été apportée à ces courriels.

h) Le 26 mai 2009, Y._____ LTD a versé 50'000 € à X._____. Cette dernière en a confirmé la réception le lendemain sans émettre de réserves.

Le même jour, Y._____ LTD a écrit à X._____ pour l'informer du paiement et de son intention de régler le solde rapidement. Elle demandait l'envoi d'une facture complète, à l'exclusion des frais.

Par retour de courrier électronique, X._____ a répondu à Y._____ LTD que le solde dû, compte tenu du dernier versement, était de 122'655 € 98 et qu'elle pouvait décider de renoncer aux intérêts prévus contractuellement si Y._____ LTD proposait un calendrier de paiement satisfaisant et le suivait scrupuleusement (*«Preliminary, you can take your overdue amount, which is 172'655.98 EUR, and deduct the amount wired today. You will receive the outstanding without penalties. And yes, we, in fact, can decide to skip these penalties if you propose reliable payment schedule and will follow it precisely»*).

i) Après diverses tractations, Y._____ LTD a, le 29 mai 2009, proposé à X._____ de lui verser 65'000 € durant la semaine du 1er au 5 juin, ensuite de quoi X._____ rétablirait les lignes; les relations commerciales pourraient ainsi se poursuivre sur la base de périodes de facturation de 7 jours et de délais de paiement de 7 jours. Enfin, après le rétablissement des lignes, Y._____ LTD verserait 15'000 € chaque semaine *"afin de régler les montants restant dus"*.

j) X._____ a donné son accord sur ce plan de remboursement.

k) Y._____ LTD n'a pas effectué le versement de 65'000 € dans le délai convenu, de sorte que X._____ n'a pas rétabli les lignes.

l) Le 7 août 2009, X._____ a agi devant les tribunaux irlandais afin d'obtenir la dissolution de Y._____ LTD en raison des montants - factures et pénalités - impayés.

m) Le 19 août 2009, Y._____ LTD a versé à X._____ la somme de 122'655 € 98.

n) Le 26 août 2009, le Tribunal saisi en Irlande a rayé la cause du rôle, selon X._____ en raison de la clause contractuelle prévoyant la compétence exclusive des tribunaux suisses et selon Y._____ LTD en raison du paiement intervenu.

o) Par courrier du 9 février 2010, X._____ a mis en demeure Y._____ LTD de lui verser, avant le 19 février 2010, les pénalités non payées, soit la somme de 379'946 € 14 plus intérêts à 5% l'an depuis le 8 août 2009.

Ce courrier n'a pas reçu de réponse.

- B. a)** Par acte déposé le 26 février 2010 au greffe du Tribunal de première instance, X._____ a assigné Y._____ LTD en paiement, sous suite de frais et dépens, de 379'946 € 14 avec intérêts à 5% l'an dès le 9 août 2009, ainsi que de 10'481 € 48 à titre d'intérêts moratoires sur les factures payées tardivement.

En substance, la demanderesse estimait que dans la mesure où Y._____ LTD n'avait pas respecté les conditions posées par l'accord du 29 mai 2009, celui-ci n'était plus valable. Y._____ LTD lui devait ainsi la peine conventionnelle prévue à l'article 4.6 du contrat des 23 et 30 juillet 2007, soit 0,5% par jour de retard dans le paiement des factures.

En outre, le contrat disposait que l'exécution de l'obligation principale, c'est-à-dire le paiement des factures, se cumulait au paiement de la peine conventionnelle. Partant, des intérêts moratoires étaient également dus compte tenu du retard avec lequel Y._____ LTD avait payé les factures en cause.

Enfin, des intérêts moratoires étaient dus sur le montant de la peine conventionnelle.

b) Dans sa réponse du 15 décembre 2010, Y._____ LTD a conclu, avec suite de dépens, principalement au rejet de l'action, subsidiairement à la réduction de la clause pénale à un montant ne dépassant pas 5% de la valeur totale de la prestation principale.

Elle a considéré que la peine conventionnelle était d'une importance telle qu'elle était contraire aux bonnes mœurs et, partant, nulle. Subsidiairement, cette peine devait faire l'objet d'une réduction en tant qu'elle était excessive. Enfin, il n'était pas possible de cumuler la peine conventionnelle avec des intérêts moratoires.

- C.** Par jugement du 5 septembre 2011, reçu le 9 septembre suivant, le Tribunal de première instance a rejeté la demande en paiement formée par X._____ à

l'encontre de Y._____ LTD et l'a condamnée à verser une indemnité de 20'000 fr. à Y._____ LTD à titre de participation aux honoraires de son conseil.

Dans la décision querellée, le Tribunal a considéré que le courriel du 29 mai 2009, rédigé par Y._____ LTD et accepté par X._____, constituait une transaction extrajudiciaire, laquelle avait emporté novation, de sorte que les droits accessoires liés au rapport juridique précédent - soit le contrat de juillet 2007 - étaient devenus caducs.

- D.** a) Par acte adressé à la Cour de justice le 7 octobre 2011, X._____ a formé appel dudit jugement.

Elle a conclu à ce que Y._____ LTD soit condamnée à lui verser, sous suite de frais et dépens, la somme de 379'946 € 14 avec intérêts à 5% l'an dès le 9 août 2009, ainsi que 10'481 € 48 à titre d'intérêts moratoires sur les factures payées tardive-ment.

X._____ fait grief au Tribunal de première instance de ne pas avoir suffisamment motivé son jugement; de n'avoir pas tenu compte de la condition suspensive qui était incluse dans la transaction du 29 mai 2009; d'avoir retenu à tort que ladite transaction emportait novation et de n'avoir pas tenu compte des réserves qu'elle avait émises avant et après le paiement de la dette principale par Y._____ LTD.

A l'appui de ce qui précède, X._____ fait valoir des allégués nouveaux concernant des faits antérieurs au premier jugement; elle produit par ailleurs des pièces nouvelles relatives à ces allégués.

b) Dans sa réponse à l'appel, Y._____ LTD conclut à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens.

c) Le 31 janvier 2012, les parties ont été informées par la Cour de la mise en délibération de la cause.

- E.** Les moyens soulevés par les parties seront examinés ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

- 1.** **1.1.** Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce de la contestation d'une décision notifiée après le 1er janvier 2011, la voie de droit est régie par le nouveau droit de procédure.

1.2. La valeur litigieuse en cause étant supérieure à 10'000 fr., seul un appel motivé et interjeté par écrit auprès de la Cour dans un délai de 30 jours à compter de sa notification est recevable (art. 308 al. 1 et 2, art. 311 CPC).

Déposé en temps utile et selon la forme prescrite, le présent appel est donc recevable.

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC), la Cour applique la maxime des débats et le principe de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

- 2.** **2.1.** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes : a. ils sont invoqués ou produits sans retard; b. ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

2.2. Dans le cas d'espèce, hormis les documents dont la production peut être exigée en appel (décision querellée), l'appelante a produit des pièces nouvelles et a allégué des faits non soumis aux premiers juges. Ces allégués et pièces concernent des faits survenus en 2009, antérieurement au prononcé du premier jugement, et constituent donc des "faux novas". L'appelante n'explique pas pour quelle raison elle aurait été empêchée de les alléguer et de produire les pièces y relatives devant le Tribunal. Ces pièces et allégués sont dès lors irrecevables (JEANDIN, *Code de procédure civile commenté*, 2011, n. 3 et 8 ad art. 317 CPC).

- 3.** Le litige revêt un caractère international, ni l'une ni l'autre des parties n'ayant son siège en Suisse.

Dans ce cadre, il n'est pas contesté que les tribunaux suisses sont compétents à raison du lieu, conformément à l'article 18.1 du contrat (art. 17 al. 1 de la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2010 (RS 0.275.11), en relation avec l'art. 63 al. 1 de la Convention de Lugano révisée, du 30 octobre 2007 (RS.0275.12), entrée en vigueur pour la Suisse au 1er janvier 2011 et pour l'Union Européenne au 1er janvier 2010).

Le droit suisse est applicable (art. 116 al. 1 LDIP et art. 18.1 du contrat).

- 4.** Dans un premier grief d'ordre formel, l'appelante reproche au Tribunal de première instance d'avoir motivé son jugement de manière plus que sommaire, violant ainsi son obligation de motivation.

4.1. Il découle du droit d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. que l'autorité a l'obligation de motiver ses décisions. Pour ce faire, il n'est pas nécessaire que l'autorité traite tous les points soulevés par les parties et réfute expressément

chaque argument en particulier. L'autorité peut au contraire se limiter aux points qui sont essentiels pour la décision. La motivation doit être rédigée de telle manière que le justiciable puisse se rendre compte de la portée de la décision et puisse saisir l'instance supérieure en pleine connaissance de cause (ATF 135 III 513 consid. 3.6.5; ATF 134 I 83 consid. 4.1).

4.2. Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 135 I 187 consid. 2.2; ATF 122 II 464 consid. 4a).

La violation du droit d'être entendu peut exceptionnellement être réparée par l'instance de recours si celle-ci peut revoir librement tant les faits que le droit (ATF 133 I 201 consid. 2.2; ATF 127 V 431 consid. 3d/aa).

4.3. En l'espèce, contrairement à ce qu'indique l'appelante, le Tribunal de première instance a exposé les faits qui l'ont conduit à admettre une novation. Il s'agissait premièrement du constat que le message électronique du 29 mai 2009 constituait une transaction extrajudiciaire, laquelle, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, entraînait en principe cette novation. Cette conclusion était confirmée, selon le premier juge, par le fait que l'appelante avait accepté la dernière proposition de l'intimée sans prévoir de pénalité en cas de retard dans les versements. Enfin, le fait que la transaction n'ait finalement pas été exécutée ne changeait rien à la qualification du contrat.

C'est ainsi à tort que l'appelante se prévaut d'une violation, par le premier juge, de son obligation de motivation, respectivement de la violation de son droit d'être entendue. En outre, l'appelante a parfaitement compris la portée du jugement entrepris, qu'elle a pu attaquer en pleine connaissance de cause.

Au demeurant, la Cour de justice disposant d'un plein pouvoir d'examen, une éventuelle violation du droit d'être entendue de l'appelante serait réparée par la présente procédure.

Ce grief sera dès lors écarté.

- 5.** L'appelant reproche au Tribunal de première instance d'avoir retenu à tort que le courriel du 29 mai 2009 emportait novation.

5.1. La novation est un contrat qui porte sur l'extinction d'une dette par la création d'une nouvelle (art. 116 al. 1 CO; ATF 126 III 375 consid. 2e/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_190/2009, du 27 mai 2009, consid. 3.4; TERCIER, *Le droit des obligations*, 4^e éd., 2009, n. 1444; GONZENBACH/GABRIEL-TANNER, *Commentaire bâlois*, 5^e éd. 2011, n. 2 ad art. 116 CO; PIOTET, *Commentaire romand*, 2003, n. 1 ad art. 116 CO). Elle se forme comme tout contrat et les règles

des art. 1, 11 ss, 23 ss et 32 ss CO lui sont donc applicables (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1997, p. 769).

La novation ne se présume pas (art. 116 al. 1 CO); sa conclusion par actes concluants demeure l'exception (ENGEL, op. cit., p. 769). La novation suppose que les contractants aient manifesté sans équivoque la volonté d'éteindre l'ancienne créance. La preuve incombe à la partie qui s'en prévaut. La novation ne résulte pas sans plus de la signature d'un nouveau titre de créance. L'existence de sûretés que la novation éteindrait (cf. 114 CO; TERCIER, op. cit., n. 1446; PIOTET, op. cit., n. 12 ad 116 CO) constitue un indice que le créancier n'avait pas l'intention de nover. Pour dire si la dette primitive est éteinte ou si elle subsiste, on tiendra compte en premier lieu des déclarations des parties et des intérêts en présence. N'ont pas d'effet novatoire les simples modifications qui, sans toucher l'existence de l'obligation initiale, en modifient l'objet, qu'il s'agisse du montant de la dette, de sa durée, du taux de l'intérêt ou des sûretés constituées en faveur du créancier. De même, l'octroi de délais de paiement n'emporte pas novation (ATF 31 III 586, consid. 4.2.3.3; ATF 107 II 479 consid. 3, JdT 1982 I 355, not. 357; arrêt du Tribunal fédéral 5A_190/2009, du 27 mai 2009, consid. 3.4; ENGEL, op. cit., pp. 768 et 761: cf. ég. GONZENBACH/GABRIEL-TANNER, op. cit., n. 3 et 6 ad art. 116 CO).

5.2. La transaction ou règlement transactionnel est le contrat par lequel les parties mettent fin, par des concessions réciproques, à un litige ou à une incertitude dans laquelle elles se trouvent au sujet d'un rapport de droit (TERCIER, Les contrats spéciaux, 4^e éd., 2009, n. 8103). La transaction suppose ainsi l'existence d'un litige ou d'une incertitude et se distingue de la remise de dette, au sens de l'art. 115 CO, par laquelle le créancier éteint une dette certaine alors que cette certitude fait précisément défaut dans la transaction (TERCIER, op. cit., n. 8107 et 8119). De plus, la novation n'est pas un élément nécessaire de la transaction qui emporte fixation d'une créance en suite de concessions réciproques, puisque l'ancienne créance peut ne pas avoir existé et que la transaction n'en demeurerait pas moins valable (PIOTET, op. cit., n. 4 ad art. 116 CO). La doctrine critique ainsi justement la jurisprudence fédérale selon laquelle les transactions emportent novation (ATF 105 II 273 = JdT 1980 I 358) dans la mesure où, s'il y avait véritablement novation, l'inexistence de l'ancienne créance rendrait la transaction inefficace (PIOTET, op. cit., n. 4 ad art. 116 CO).

5.3. En l'espèce, à aucun moment de la procédure de première instance, les parties n'ont allégué avoir conclu le 29 mai 2009 un contrat ayant effet novatoire. Au contraire, la proposition de l'intimée de verser 65'000 € puis 15'000 € par semaine "*afin de régler les montants restant dus*", sans indiquer de montant précis, démontre clairement que l'ancienne créance demeurait pleinement valable. Par ailleurs, selon les termes mêmes de l'intimée, le courriel du 29 mai 2009

consistait en un plan de paiement (cf. mémoire de réponse à l'appel, p. 6), lequel n'emporte pas novation selon la jurisprudence précitée (cf. supra consid. 5.1). Les parties n'ont pour le surplus pas manifesté sans équivoque la volonté d'éteindre l'ancienne créance.

A cet égard, il ne serait pas admissible que le seul octroi d'un délai de paiement entraîne pour le créancier la perte des sûretés prévues; à défaut, en effet, il suffirait d'obtenir un tel délai et de ne pas le respecter pour n'avoir pas à honorer les obligations accessoires découlant du contrat, ce qui serait contraire au principe de fidélité contractuelle, ainsi qu'à la bonne foi en affaires.

Enfin, les intérêts en jeu pour l'appelante - créancière - étaient particulièrement importants au regard des pénalités convenues. Ainsi, à défaut de manifestation expresse, on ne saurait imputer à l'appelante la volonté d'avoir renoncé sans autre aux sûretés que le contrat de juillet 2007 lui garantissait.

5.4. Il découle de ce qui précède que c'est à tort que le premier juge a retenu l'existence d'une novation. Partant, les relations entre les parties demeuraient régies par le contrat de juillet 2007, lequel prévoyait, notamment, une peine conventionnelle.

5.5. Pour les mêmes raisons, on ne peut admettre que l'acceptation, par l'appelante, du plan de paiement proposé par l'intimée ait entraîné *ipso facto* la renonciation inconditionnelle par l'appelante à la peine conventionnelle prévue, ce d'autant que ladite renonciation était, dès l'origine des discussions entre les parties, liée au respect du calendrier de paiement prévu.

6. Il reste à examiner si les pénalités prévues sont dues.

6.1. La clause pénale, également appelée peine conventionnelle, consiste en la convention génératrice d'obligations aux termes de laquelle le débiteur d'une obligation principale résultant d'une convention promet au créancier une prestation, dans l'hypothèse où le débiteur de l'obligation principale ne l'exécute pas ou ne l'exécute qu'imparfaitement (CHAPPUIS, Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires, in RSDA 2/2003 p. 66).

L'invocation d'une peine conventionnelle suppose que la condition soit remplie, c'est-à-dire que l'obligation principale visée par le contrat ait été inexécutée, respectivement exécutée imparfaitement. Le débiteur doit porter une responsabilité quant à l'inexécution ou à l'exécution imparfaite du contrat. Pour se libérer du paiement de la peine, il doit démontrer qu'il ne porte aucune responsabilité s'agissant de cette exécution contractuelle imparfaite (EHRAT, Commentaire bâlois, n. 14 ad art. 160 CO).

Dans un contrat synallagmatique, la mise en œuvre de la peine conventionnelle suppose que le créancier respecte ou ait, pour sa part, entièrement respecté ses propres obligations contractuelles (EHRAT, op. cit., n. 16 ad art. 160 CO).

La peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage (art. 161 al. 1 CO).

6.2. Lorsqu'une peine a été convenue en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution ou la peine convenue (art. 160 al. 1 CO).

En revanche, selon l'art. 160 al. 2 CO, lorsque la peine a été stipulée en vue de l'inexécution du contrat au temps ou dans le lieu convenu, le créancier peut demander à la fois que le contrat soit exécuté et la peine acquittée, s'il ne renonce expressément à ce droit ou s'il n'accepte l'exécution sans réserves.

En d'autres termes, pour conserver ses droits, le créancier doit formuler des réserves au plus tard lors de l'exécution de la prestation principale. Une déclaration explicite de réserves n'est pas nécessaire lorsque le créancier a implicitement réservé son droit par une manifestation de volonté claire, en particulier s'il fait valoir en justice son droit à la peine au moment de l'exécution ou s'il a requis la poursuite de l'entrepreneur pour le montant de la peine. Le débiteur doit clairement comprendre l'intention du créancier de réclamer la peine conventionnelle (COUCHEPIN, La clause pénale, 2008, n. 1610 et 1624; GAUCH, Der Werkvertrag, 2011, n. 700 et 705; KOLLER, Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen, in PJA 1996/12, pp. 1518 ss, 1519).

Une réserve émise après que la peine conventionnelle est due, c'est-à-dire après que le débiteur est en retard, mais avant l'exécution proprement dite, n'a pas besoin d'être renouvelée (GAUCH, op. cit., n. 706; KOLLER, op. cit., p. 1519).

6.3. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'intimée ne s'est pas acquittée des factures litigieuses dans les délais fixés par le contrat liant les parties. De son côté, l'appelante a entièrement respecté ses obligations contractuelles.

Le 24 novembre 2008, l'intimée a versé 20'000 euros à l'appelante, qui n'a pas émis de réserves à réception de ce paiement, de sorte que ses droits tirés de la clause pénale se sont éteints de manière définitive pour les créances couvertes par ce montant.

Il en va de même du paiement de 50'000 euros en date du 26 mai 2009. Certes, l'appelante avait auparavant réclamé par courriel les pénalités de retard. Toutefois, au moment du versement, elle n'a pas émis de réserve, indiquant au contraire qu'elle serait disposée à renoncer à toute pénalité en cas de respect strict d'un calendrier de paiement à établir.

En revanche, s'agissant du solde des factures en suspens, soit 122'655 € 98, il ressort du dossier que l'appelante a manifesté dès le 5 février 2009 sa volonté d'obtenir le paiement des pénalités convenues. Certes, lors des négociations de fin mai 2009, elle s'est déclarée prête à y renoncer. Cela étant, ladite renonciation était liée au respect du calendrier de paiement prévu. Or, celui-ci n'a pas été tenu, ce que l'intimée ne conteste pas. Enfin, l'intimée ne s'est acquittée des montants dus qu'après l'ouverture, par l'appelante, d'une action en justice en Irlande, destinée à recouvrer tant les factures en souffrance que la peine conventionnelle. Par ce biais, l'appelante a manifesté de manière clairement reconnaissable sa volonté d'obtenir paiement des pénalités convenues, formulant ainsi les réserves exigées par l'art. 160 al. 2 CO. Il importe dès lors peu qu'elle ait ou n'ait pas émis de réserves expresses lors de la réception du paiement de 122'655 € 98 en date du 19 août 2009.

6.4. Il découle de ce qui précède que, conformément au contrat de juillet 2007, une peine conventionnelle est due pour le solde des factures à hauteur de 122'655 € 98.

7. 7.1. L'intimée conteste le montant de la peine conventionnelle.

7.1.1. Les parties fixent librement le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO). La peine stipulée ne peut toutefois pas être exigée lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite ou immorale ou lorsque, sauf convention contraire, l'exécution de l'obligation est devenue impossible par l'effet d'une circonstance dont le débiteur n'est pas responsable (al. 2).

Aux termes de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. Il s'agit d'une norme d'ordre public, donc impérative, que le juge doit appliquer même si le débiteur n'a pas demandé expressément de réduction (ATF 133 III 201, consid. 5.2; MOOSER, Commentaire romand, 2003, n. 5 et 6 ad art. 163 CO; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3^e éd., t. II, n. 87; EHRAT, op. cit., n. 10 ad art. 163 CO).

Le juge observera toutefois une certaine réserve, car les parties sont libres de fixer le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO) et les contrats doivent en principe être respectés; une intervention du juge n'est nécessaire que si le montant fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité (ATF 133 III 201, consid. 5.2; ATF 133 III 43 précité, consid. 3.3.1; ATF 114 II 264 précité, consid. 1a).

Une réduction de peine se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue. Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut

pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute et de la violation contractuelle, de l'intérêt du créancier à l'exécution de l'obligation, de la situation économique des parties, singulièrement de celle du débiteur. Comme indice de disproportion, il faut prendre en considération non pas le dommage survenu, mais le dommage maximal auquel s'exposait le créancier. Il convient également de ne pas perdre de vue les éventuels liens de dépendance résultant du contrat et l'expérience en affaires des parties. La protection de la partie économiquement faible autorise davantage une réduction que si sont concernés des partenaires économiquement égaux et habitués des affaires (ATF 133 III 201, consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_107/2011, du 25 août 2011, consid. 3.1; ATF 133 III 43 précité, consid. 3.3.2 et 4.2 et les références). Il faut tenir compte également du fait que la peine n'est due qu'une fois ou lors de chaque violation du contrat (ATF 68 II 169 = JdT 1943 I 99 consid. 3 p. 105), ainsi que du but répressif de la peine (ATF 116 II 302 = JdT 1991 I 170 consid. 4 p. 173).

7.1.2. Le pouvoir d'appréciation du juge (art. 163 al. 3 CO; art. 4 CC) se rapporte tant au caractère excessif de la peine qu'à la question de l'étendue de la réduction (ATF 133 III 201, consid. 5.2; MOOSER, op. cit., n. 7 ad art. 163 CO).

Si le juge reconnaît que la peine est excessive, il doit en principe seulement la réduire pour qu'elle ne le soit plus (ATF 133 III 201, consid. 5.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8^e éd., vol. II, n. 4052, p. 342). Autrement dit, il ne doit pas la fixer au montant qu'il estimerait correct (ATF 133 III 201, consid. 5.2). La réduction de la peine ne pourra pas avoir pour effet que la peine soit inférieure au montant que le créancier pourrait obtenir selon les règles ordinaires, c'est-à-dire en l'absence de clause pénale (MOOSER, op. cit., n. 8 ad art. 163 CO et les références).

7.1.3. Il n'appartient pas au créancier de prouver que la peine stipulée est appropriée, mais au débiteur d'alléguer et d'établir des faits qui justifient une réduction (ATF 133 III 201, consid. 5.2; ATF 133 III 43 précité, consid. 4.1; ATF 114 II 264 consid. 1b).

7.1.4. Dans l'ATF 133 III 201 précité, le Tribunal fédéral a fixé la peine conventionnelle à 10% du prix de vente total, en s'inspirant notamment de l'art. 227h al. 2 phr. 2 CO relatif à la vente avec paiements préalables (consid. 5.5).

En outre, appelé à se prononcer sur la validité d'une clause d'intérêts conventionnels de 26%, le Tribunal fédéral s'est référé au concordat intercantonal réprimant les abus en matière d'intérêts conventionnels, du 8 octobre 1957, lequel prévoyait un taux d'intérêt maximal de 1% par mois et une prestation supplémentaire à la charge de l'emprunteur de 0,5% par mois au maximum pour

les frais et débours justifiés du prêteur, soit 18% au maximum par an. Dans son arrêt, il a confirmé la réduction à 18% du taux d'intérêt initialement convenu, faute pour le prêteur d'avoir exposé les raisons pour lesquelles un taux d'intérêt de 26% se justifiait dans le cas d'espèce (ATF 93 II 189 = JdT 1969 I 530).

Dans l'intervalle, ledit concordat a été dénoncé par de nombreux cantons suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2003, de la loi fédérale sur le crédit à la consommation. Son ordonnance d'application fixe à 15% le taux d'intérêt annuel maximal (art. 1 OLCC).

7.2. En l'espèce, l'intimée conteste le montant de la peine conventionnelle, au motif qu'elle correspondrait à un taux annuel de 182,5%, montant d'autant plus choquant selon elle que l'appelante ne ferait valoir aucun dommage autre que celui lié aux intérêts débiteurs. Les pénalités dues mettraient en danger sa liberté économique. Leur montant serait en outre largement excessif au vu de la nature du contrat, soit la fourniture de services de télécommunications. Enfin, l'appelante s'était déclarée prête à renoncer aux pénalités.

7.3. *In casu*, la peine conventionnelle s'élève à 0,5% par jour de retard. D'après le décompte produit par l'appelante en première instance, le montant total des pénalités relatives au solde des factures de 122'655 euros 98 s'élèverait à 266'981 euros 16. Les pénalités représenteraient ainsi plus du double du montant dû, dépassant ainsi largement, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce qui est admissible au regard du droit et de l'équité. La pénalité fixée est ainsi manifestement excessive.

Par ailleurs, si un taux d'intérêt de 0,5% par jour de retard pourrait éventuellement, quoique difficilement, se justifier sur un court laps de temps aux fins d'exercer une forte pression sur le débiteur afin qu'il s'exécute le plus rapidement possible, un tel taux ne saurait en aucun cas être cautionné en cas d'inaction du créancier. En l'espèce, en effet, il ressort du dossier que c'est seulement en février 2009, soit plus de 8 mois après le retard de paiement que l'appelante a exigé le paiement des pénalités convenues, faisant ainsi accroître de manière disproportionnée les pénalités encourues par l'intimée.

7.4. Il convient dès lors de réduire le montant de la peine conventionnelle prévue.

Parmi les circonstances à prendre en considération, on mentionnera le fait - ainsi que le relève à raison l'intimée - que les 36 premières factures, d'un montant total de près de 800'000 euros, ont été payées en temps utile et qu'effectivement, la crise financière a pu empêcher l'intimée de régler les factures suivantes en temps voulu. Cependant, en dehors de la brève période de fin mai 2009 où un important échange de correspondances électroniques a eu lieu, l'intimée n'a pas pris contact avec l'appelante pour l'informer de ses difficultés financières, respectivement

solliciter un nouveau délai de paiement. Par ailleurs, c'est seulement après que l'appelante a introduit une action en paiement que l'intimée s'est acquittée du solde des factures en souffrance.

L'intimée n'a ainsi fait preuve ni de la fidélité contractuelle, ni de la bonne foi en affaires, à laquelle pouvait légitimement s'attendre sa partie cocontractante. Sa faute en relation avec la violation du contrat apparaît dès lors importante.

De son côté, l'appelante a entièrement respecté ses obligations contractuelles.

S'agissant de l'intérêt de cette dernière, créancière, à ce que les factures en souffrance soient payées rapidement, il faut relever que c'est seulement 8 mois après l'échéance de la dernière facture qu'elle a adressé à l'intimée des rappels. C'est dire que l'intérêt à une stricte exécution du contrat n'était pas pour elle d'une importance capitale. Enfin, l'appelante s'est à plusieurs reprises déclarée prête à renoncer aux pénalités en cas de paiement des factures.

La présente cause ne porte pas sur une vente, de sorte que la référence que fait le Tribunal fédéral à l'art. 227h CO (cf. ATF 133 III 201 précité) n'est ici pas applicable.

En revanche, se fondant sur l'ancien concordat intercantonal réprimant les abus en matière d'intérêts conventionnels, le Tribunal fédéral avait considéré que le taux d'intérêt conventionnel maximal admissible en Suisse était de 18% (cf. ATF 93 II 189 précité). Ce taux a été porté à 15% suite à l'adoption de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (cf. art. 1 OLCC), lequel sera retenu par la Cour.

7.5. Les sommes que doit l'intimée à l'appelante sont dès lors les suivantes :

Facture	Montant	Exigibilité	Pénalité accumulée jusqu'au	Jours	Intérêt dû (nb jours / 365 x 15%)	Somme due
19.05.08	€ 55'478.72	26.05.08	09.08.09	440	18.08%	€ 10'030.55
26.05.08	€ 52'583.20	02.06.08	09.08.09	433	17.79%	€ 9'354.55
02.06.08	€ 14'594.06	09.06.08	09.08.09	426	17.51%	€ 2'555.42
TOTAL	122'655.98					€ 21'940.52

L'intimée sera ainsi condamnée à verser à l'appelante la somme de 21'940 euros 52, avec intérêts à 5% l'an dès le 9 août 2009, cette date n'étant pas contestée par l'intimée.

8. L'appelante réclame encore à l'intimée la somme de 10'481 euros 48 à titre d'intérêts moratoires sur les factures payées tardivement.

8.1. Si la clause pénale couvre le droit à l'intérêt moratoire, le cumul est exclu (cf. not. COUCHEPIN, op. cit., n. 1182).

En revanche, si la peine conventionnelle est éteinte, le créancier conserve les droits que lui confèrent les articles 97 ss et 102 ss CO (MOOSER, op. cit., n. 14 ad art. 160 CO; COUCHEPIN, op. cit., n. 1604; GAUCH, op. cit., n. 707).

8.2. En l'espèce, le contrat prévoit explicitement que tout retard de paiement a pour conséquence que des intérêts de retard sont dus. La clause pénale litigieuse couvre dès lors le droit à l'intérêt moratoire, de sorte que le cumul est exclu s'agissant du solde des factures payées le 19 août 2009 à hauteur de 122'655 euros 98.

En revanche, s'agissant des factures réglées antérieurement à hauteur de 70'000 euros et pour lesquelles la peine conventionnelle est éteinte, les articles 102 ss CO sont applicables.

Ainsi, dans la mesure où le contrat liant les parties prévoyait explicitement une date d'exigibilité des factures adressées à l'intimée, celle-ci s'est retrouvée en demeure par la seule expiration de cette date (cf. art. 102 al. 2 CO).

Elle doit dès lors les sommes suivantes à titre d'intérêt moratoire:

Facture	Montant	Exigibilité	Paiement	Jours de retard	Intérêt dû (nb jours / 365 x 5%)	Somme due
05.05.08	€ 20'000.-	12.05.08	24.11.08	196	2.68%	€ 536.-
05.05.08	€ 6'941.07	12.05.08	27.05.09	380	5.21%	€ 361.63
12.05.08	€ 39'402.93	19.05.08	27.05.09	373	5.11%	€ 2'013.49
19.05.08	€ 3'656.-	26.05.08	27.05.09	366	5.01%	€ 183.17
TOTAL	€ 70'000.-					€ 3'094.29

8.3. Au bénéfice de ce qui précède, le jugement entrepris sera annulé et l'intimée condamnée à verser à l'appelante les montants susmentionnés de 21'940 € 52, avec intérêts à 5% l'an dès le 9 août 2009, et de 3'094 € 29, sans intérêts, l'appelante n'ayant pas conclu à ce que l'intimée y soit condamnée.

- 9.** L'appelante succombe sur l'essentiel de ses prétentions. Elle sera ainsi condamnée aux trois quarts des frais de première instance et d'appel, arrêtés dans leur totalité à 40'103 fr. (art. 104 al. 1, 105 al. 1 et 106 al. 1 et 2 CPC et 111 al. 1 et 2 CPC; art. 17 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, du 22 décembre 2010 - RTFMC - E 1 05.10). Ce montant est, en ce qui la concerne entièrement couvert par les avances de frais qu'elle a effectuées.

L'intimée sera quant à elle condamnée à rembourser à l'appelante le quart des frais de première instance et d'appel, soit 10'025 fr. 75.

L'appelante sera par ailleurs condamnée à verser à l'intimée la somme de 22'500 fr., débours et TVA inclus, à titre de dépens de première instance et d'appel réduits dans la même proportion (art. 96 et 105 al. 2 CPC; art. 84, 85 al. 1 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X._____ contre le jugement JTPI/13056/2011 rendu le 5 septembre 2011 par le Tribunal de première instance dans la cause C/3935/2010-17.

Déclare irrecevables les allégués nouveaux et les pièces nouvelles du 7 octobre 2011 d'X._____.

Au fond :

Annule ce jugement.

Et, statuant à nouveau :

Condamne Y._____ LTD à verser à X._____ la somme de 21'940 € 52, avec intérêts à 5% l'an dès le 9 août 2009.

Condamne Y._____ LTD à verser à X._____ la somme de 3'094 € 29.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Statuant sur les frais de première instance et d'appel :

Arrête les frais judiciaires de première instance et d'appel à 40'103 fr.

Condamne X._____ aux trois quarts desdits frais, soit 30'077 fr. 25, entièrement couverts par les avances de frais qu'elle a effectuées, acquises à l'Etat.

Condamne Y._____ LTD à rembourser à X._____ le quart des frais d'appel, soit 10'025 fr. 75.

Condamne X._____ à verser 22'500 fr. à Y._____ LTD à titre de dépens de première instance et d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Monsieur Pierre CURTIN, Madame Nathalie LANDRY, juges; Barbara SPECKER, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Barbara SPECKER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.