

**N° 78 / 15.  
du 12.11.2015.**

**Numéro 3530 du registre.**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, douze novembre deux mille quinze.**

**Composition:**

Georges SANTER, président de la Cour,  
Irène FOLSCHIED, conseiller à la Cour de cassation,  
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,  
Jean-Claude WIWINIUS, conseiller à la Cour de cassation,  
Monique FELTZ, conseiller à la Cour d'appel,  
Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint,  
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

**Entre:**

**la société anonyme SOC1),** établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

**demanderesse en cassation,**

**comparant par Maître Bertrand COHEN-SABBAN,** avocat au Barreau de Paris, exerçant sous son titre professionnel d'origine à Luxembourg, assisté au sens des dispositions de l'article 9 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, telle que modifiée le 16 décembre 2011, par Maître Céline MARCHETTO, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**et:**

**la société anonyme SOC2), en abrégé SOC2),** établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

**défenderesse en cassation,**

**comparant par Maître Guillaume LOCHARD,** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

=====

## **LA COUR DE CASSATION :**

Vu l'arrêt attaqué rendu le 22 octobre 2014 sous le numéro 38636 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 8 janvier 2015 par la société anonyme SOC1) à la société anonyme SOC2), déposé au greffe de la Cour le 13 janvier 2015 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 4 mars 2015 par la société anonyme SOC2) à la société anonyme SOC1), déposé au greffe de la Cour le 5 mars 2015 ;

Sur le rapport du conseiller Irène FOLSCHEID et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

### **Sur les faits :**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait condamné la société anonyme SOC1) à payer à la société anonyme SOC2), en abrégé SOC2), une certaine somme pour débauchage d'un salarié en violation des conditions générales de la société SOC2), applicables entre parties ; que la Cour d'appel a confirmé ce jugement ;

### **Sur la recevabilité du pourvoi :**

Attendu que la défenderesse en cassation conclut à l'irrecevabilité du pourvoi au motif qu'il porte la signature de Maître Céline MARCHETTO, laquelle vaut, conformément à l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, élection de domicile chez elle, que le mémoire indique cependant aussi que la partie SOC1) comparait par Maître Bertrand COHEN-SABBAN, « en l'étude duquel domicile est élu », qu'il y a dès lors incertitude sur l'élection de domicile ;

Attendu que l'élection de domicile figurant en première page du mémoire en cassation se trouve derrière le nom de Maître Céline MARCHETTO, assistant Maître Bertrand COHEN-SABBAN, et confirme l'élection de domicile résultant de la signature du mémoire par Maître MARCHETTO ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Attendu que la défenderesse en cassation soutient ensuite que la partie adverse indique dans son recours que l'arrêt attaqué aurait été signifié le 14 novembre 2014, que le bordereau des pièces annexé au mémoire en cassation ne

mentionne cependant pas l'exploit de signification, de sorte qu'il serait impossible de vérifier le respect des délais de recours ;

Attendu que le bordereau des pièces versées par la demanderesse en cassation mentionne l'arrêt attaqué « signifié le 14 novembre 2014 » et l'exploit de signification est versé ensemble avec l'arrêt attaqué ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Attendu que la défenderesse en cassation soutient enfin que l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation prévoit que la demanderesse en cassation doit indiquer les dispositions de l'arrêt attaqué ; qu'en l'espèce la demanderesse indique dans son recours, sous l'intitulé « dispositions attaquées », que l'arrêt est attaqué en ce qu'il a dit non fondé l'appel principal et confirmé le jugement entrepris, que toutefois aucun de ses moyens ne discute ces dispositions attaquées ;

Mais attendu que le mémoire indique correctement sous l'intitulé « dispositions attaquées » les parties du dispositif attaquées par le pourvoi, les moyens étant dirigés contre les motifs des juges du fond qui sont à la base de la décision figurant au dispositif ;

Que ce moyen n'est pas non plus fondé ;

Que le pourvoi, introduit dans les forme et délai de la loi, est recevable ;

#### **Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis :**

tirés, **le premier**, « de la violation des dispositions de l'article 1134 du Code civil. En ce que la Cour d'Appel a retenu que

*<< d'après l'article 1135-1 du Code civil : ''les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées''. En l'occurrence, aux termes des articles 6.1 des conditions commerciales du contrat du 12 novembre 2008, 2.1 du contrat du 31 décembre 2008 et 3.1 du contrat du 25 janvier 2011 ''la formation du contrat entre SOC2) et le client ne sera définitive qu'après que celui-ci ait accepté d'une part l'offre et d'autre part qu'après que celui-ci ait lu et accepté les conditions générales SOC2) qu'il reconnaît avoir reçues et dont le seul volet commercial est résumé ci-dessous''. Les contrats ont tous été signés par le représentant de la Société SOC1), la signature étant précédée de la mention bon ''pour accord''. Il faut dès lors admettre que la société appelante a obtenu un exemplaire des conditions générales avant d'apposer sa signature par laquelle elle les a acceptées >>.*

*Pièce n°4 : page 5 paragraphes 3 à 5*

*Alors que l'article 1134 du Code civil dispose que << les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi >>.*

*Qu'en application des dispositions de l'article 1134 du Code civil, les parties avaient conditionné la formation définitive de leur contrat à la réalisation de deux étapes successives, distinctes et cumulatives dans la mesure où << la formation du contrat entre SOC2) et le client ne sera définitive qu'après que celui-ci ait (étape 1) accepté d'une part l'offre et (étape 2) d'autre part qu'après que celui-ci ait lu et accepté les conditions générales SOC2) qu'il reconnaît avoir reçues et dont le seul volet commercial est résumé ci-dessous >>.*

*Que la loi des parties s'impose au juge.*

*Qu'en << admettant >> que << la société appelante a obtenu un exemplaire des conditions générales avant d'apposer sa signature (sur l'offre) par laquelle elle les a acceptées >>, la Cour d'Appel a fait primer sur la volonté des parties les dispositions de l'article 1135-1 du Code civil, violant par la même les dispositions de l'article 1134 du même Code, encourageant alors la cassation. »*

**le deuxième, « de la violation des dispositions de l'article 1315 al. 1 du Code civil.**

*En ce que la Cour d'Appel a retenu que*

*<< Les contrats ont tous été signés par le représentant de la Société SOC1), la signature étant précédée de la mention bon ''pour accord''. Il faut dès lors admettre que la société appelante a obtenu un exemplaire des conditions générales avant d'apposer sa signature par laquelle elle les a acceptées >>.*

*Pièce n°4 : page 5 paragraphe 5*

*Alors qu'au vœu des dispositions de l'article 1315 al.1 du Code civil dispose : << celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver >>.*

*Que la Cour d'appel, constatant qu'(SOC2) invoquait l'effet obligatoire de l'article 10 de ses conditions générales, aurait dû faire incomber à l'intimée la charge d'apporter la preuve selon laquelle lesdites conditions générales avaient été convenues antérieurement, sinon concomitamment à l'acceptation par SOC1) de l'offre commerciale.*

*Qu'en << admettant >> que la société appelante a obtenu un exemplaire des conditions générales avant d'apposer sa signature par laquelle elle les a acceptées >>, sans faire incomber à l'intimée la charge d'apporter la preuve selon laquelle lesdites conditions générales avaient été convenues antérieurement, sinon concomitamment à l'acceptation par SOC1) de l'offre commerciale, la Cour d'Appel a violé les dispositions de l'article 1315 al.1 du Code civil, encourageant dès lors la cassation. »*

Attendu que, sous le couvert de violation des dispositions y invoquées, les deux moyens ne tendent qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond ;

Que les moyens ne sauraient dès lors être accueillis ;

**Sur le troisième moyen de cassation :**

tiré « de la violation des dispositions de l'article 1108 du Code civil. En ce que la Cour d'appel a retenu que

*<< Les contrats ont tous été signés par le représentant de la Société SOC1), la signature étant précédée de la mention bon ''pour accord''. Il faut dès lors admettre que la société appelante a obtenu un exemplaire des conditions générales avant d'apposer sa signature par laquelle elle les a acceptées >>.*

*Pièce n°4 : page 5 paragraphe 5*

*Alors que l'article 1108 du Code civil dispose que : << Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : - le consentement de la partie qui s'oblige ; - sa capacité de contracter ; - un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; - une cause licite dans l'obligation ».*

*Qu'en << admett(ant) que la société appelante a obtenu un exemplaire des conditions générales avant d'apposer sa signature par laquelle elle les a acceptées >>, la Cour d'Appel n'établit pas en quoi les conditions générales dont SOC2) se prévalait de l'effet obligatoire étaient celles qui étaient en vigueur lorsque les parties étaient en relations contractuelles.*

*Que faute pour la Cour d'appel d'établir en quoi les conditions générales dont SOC2) se prévalait de l'effet obligatoire étaient celles qui étaient en vigueur lorsque les parties étaient en relations contractuelles, le consentement de SOC1) SA auxdites conditions générales ne pouvait être présumé.*

*Que le consentement de SOC1) SA auxdites conditions générales ne pouvant être présumé, l'une des conditions essentielles à la validité d'une convention faisait défaut.*

*Que l'une des conditions essentielles à la validité d'une convention faisant défaut, la Cour d'Appel ne pouvait condamner SOC1) SA à l'exécution de l'obligation.*

*Que l'arrêt encourt dès lors la cassation. »*

Attendu qu'il ne résulte pas de l'arrêt attaqué que la demanderesse en cassation ait contesté que les conditions générales dont la société SOC2) se prévalait aient été celles qui étaient en vigueur lorsque les parties étaient en relations contractuelles ;

Que la Cour d'appel n'avait donc pas à procéder à la recherche dont l'omission lui est reprochée par le moyen ;

Qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ;

**Sur le quatrième moyen de cassation :**

tiré « du défaut de base légale,

*En ce que la Cour d'Appel a retenu que*

*<< quant à une prétendue violation de l'article 11 (6) de la Constitution, s'il est vrai que la suppression de la liberté du commerce est contraire à la Constitution, il n'en est pas de même de la simple restriction de cette liberté qui doit poursuivre un objectif digne de protection. La liberté de commerce peut partant être limitée, sans toutefois pouvoir être supprimée >>.*

*Alors que l'article 11 (6) de la Constitution dispose que : << La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi >>.*

*Que, partant, seule la loi peut restreindre la liberté du commerce et de l'industrie.*

*Qu'en se bornant à indiquer << s'il est vrai que la suppression de la liberté du commerce est contraire à la Constitution, il n'en est pas de même de la simple restriction de cette liberté qui doit poursuivre un objectif digne de protection >>, la Cour d'appel ne précise pas sur quelle base légale elle se fonde pour restreindre la liberté du commerce et de l'industrie.*

*Qu'elle prive ainsi sa décision base légale encourageant dès lors cassation. »*

Attendu qu'une clause interdisant le débauchage de salariés ne restreint pas la liberté du commerce et de l'industrie ;

Que le moyen est dès lors inopérant ;

**Sur le cinquième moyen de cassation :**

tiré « de la violation des dispositions de l'article 89 de la Constitution, sinon de la non-application, sinon de la fausse interprétation, sinon de la fausse application de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile ensemble l'article 587 du même Code.

*En ce que les juges d'appel n'ont pas motivé leur arrêt en droit en omettant de statuer sur la demande de l'appelante formulée au sein de ses conclusions notifiées le 05 avril 2013 au mandataire d'SOC2) et déposées au greffe de la Cour le 26 mars 2014 sollicitant qu'elle << enjoigne à la Société SOC2) avant tout*

*progrès en cause de et sur base de l'article 60 du Nouveau code de procédure civile de produire le dernier contrat signé avec X ainsi que le grand-livre comptable, rubrique client 'X' pour les années 2008 à 2013 >>.*

*Pièce n°5 : Conclusions de SOC1) déposées au greffe de la Cour le 26 mars 2014 et notifiées à Me LOCHARD le 05 avril 2013*

*Alors qu'aux termes de l'article 89 de la Constitution, tout jugement doit être motivé.*

*Que l'article 249 du Nouveau code de procédure civile précise que la rédaction des jugements contiendra les conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements,*

*Que l'obligation de motiver l'arrêt en droit protège le justiciable contre l'arbitraire et met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de cassation, d'où la nécessité pour le juge de motiver sa décision au fond et de répondre complètement aux conclusions qui lui ont été soumises,*

*Que l'arrêt attaqué ne contient aucune réponse, ni même incomplète ou implicite, quant à la demande formulée par les conclusions ci-avant mentionnées.*

*Que les juges d'appel, ayant omis de statuer, ont violé les dispositions susvisées et encourent la cassation. »*

### **Sur la recevabilité du moyen :**

Attendu que la défenderesse en cassation conclut à l'irrecevabilité du moyen au motif que la société anonyme SOC1) ne verserait à son appui que les conclusions des 5 avril 2013 et 17 mai 2013 et non celles des 7 décembre 2012, 17 décembre 2012 et 14 février 2013, de sorte qu'il serait impossible à la Cour de cassation d'examiner si la demande formée sur base de l'article 60 du Nouveau code de procédure civile a été maintenue ou non ;

Attendu que les conclusions antérieures à celles du 5 avril 2013, dans lesquelles la demande a été formulée, ne sont pas nécessaires pour procéder à l'examen proposé par la défenderesse en cassation ; qu'il ressort du dossier de procédure versé par la défenderesse en cassation que les conclusions du 5 avril 2013 sont les dernières qui ont été signifiées par la société SOC1), les conclusions du 17 mai 2013 étant la réponse de la société Soc2) ;

Que le moyen d'irrecevabilité n'est pas fondé ;

### **Sur le fond :**

Vu les articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile ;

Attendu qu'à l'appui de sa demande en modération de la peine stipulée et en réponse à l'affirmation de la société SOC2) que cette peine était amplement justifiée en raison de la perte du client X suite au départ du salarié débauché par SOC1), la demanderesse en cassation, contestant cette affirmation, avait soutenu que X était toujours client de la société SOC2) et avait formé la demande citée dans le moyen ;

Attendu qu'en se limitant à retenir « *que l'appelante reste en défaut de produire le moindre élément permettant de faire une comparaison entre le montant de la clause et le préjudice subi par la société SOC2)* », sans répondre à cette demande, la Cour d'appel a violé les dispositions susvisées ;

Que l'arrêt encourt dès lors la cassation ;

### **Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure :**

Attendu que la défenderesse en cassation, succombant en instance de cassation, ne peut prétendre à une indemnité de procédure ;

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la demanderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens ; qu'il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000.- euros ;

### **Par ces motifs :**

dit le pourvoi recevable ;

casse et annule l'arrêt rendu le 22 octobre 2014 par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, sous le numéro 38636 du rôle ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis et remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

condamne la défenderesse en cassation à payer à la demanderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.000.- euros ;

déboute la défenderesse en cassation de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais de l'instance en cassation, dont distraction au profit de Maître Céline MARCHETTO, sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt sera consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.