

N° 82 / 2020
du 11.06.2020
Numéro CAS-2019-00098 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, onze juin deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,
Simone FLAMMANG, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

- 1) **A)**, demeurant à (...),
- 2) **la société à responsabilité limitée SOC1)**, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

demandereses en cassation,

comparant par la société à responsabilité limitée DCL AVOCATS, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Guy PERROT, avocat à la Cour,

et:

- 1) **la société anonyme SOC2)** (anciennement Soc8) S.A. et précédemment SOC9)), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),
- 2) **la société anonyme SOC3)** (anciennement Soc10) S.A.), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),
- 3) **la société anonyme SOC4)**, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),
- 4) **la société à responsabilité limitée SOC5)**, établie et ayant son siège social à (...),

représentée par son gérant, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

5) la société à responsabilité limitée SOC6), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

6) B), demeurant à (...),

défendeurs en cassation,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

7) Maître C), avocat à la Cour, demeurant à (...),

défendeur en cassation,

comparant par Maître Virginie BROUNS, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

8) la société anonyme SOC7), 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 Jean MINDEN, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 89/19, rendu le 19 juin 2019 sous le numéro 44973 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 12 juillet 2019 par A) et la société à responsabilité limitée SOC1) à la société anonyme SOC2), à la société anonyme SOC3), à la société anonyme SOC4), à la société à responsabilité limitée SOC5), à la société à responsabilité limitée SOC6), à B), à Maître C) et à la société anonyme SOC7), déposé le 19 juillet 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 28 août 2019 par la société SOC7) à A), à la société SOC1), à la société SOC2), à la société SOC3), à la société SOC4), à la société SOC5), à la société SOC6), à B) et à Maître C), déposé le 9 septembre 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 11 septembre 2019 par Maître C) à A), à la société SOC1), à la société SOC2), à la société SOC3), à la société SOC4), à la société SOC5), à la société SOC6), à B) et à la société SOC7), déposé le 12 septembre 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 10 septembre 2019 par la société SOC2), la société SOC3), la société SOC4), la société SOC5), la société SOC6) et B) à A), à la société SOC1) et à la société SOC7) et les 10 et 11 septembre 2019 à Maître C), déposé le 12 septembre 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du président Jean-Claude WIWINIUS et les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait dit fondée la demande en paiement de dommages-intérêts de la société Soc8), actuellement SOC2), dirigée contre A) et la société SOC1) pour violation d'une clause de non-concurrence. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Sur le premier moyen de cassation :

« Tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon du refus d'application de la loi, en l'espèce de l'article 100-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la << Loi de 1915 >>) qui dispose :

<< La loi reconnaît comme sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique :

- 1° (...);*
- 2° (...);*
- 3° (...);*
- 4° (...);*
- 5° la société à responsabilité limitée (...);*
- 6° (...);*
- 7° (...).*

Chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés. (...). >>

première branche

en ce que

la Cour d'appel a considéré en page 11, paragraphe 5, qu'A) est partie à la convention de cession d'actions du 28 mai 2013 au motif qu'elle est le seul actionnaire et bénéficiaire économique de la société SOC1), au profit de laquelle les actionnaires de la société SOC8) S.A. (actuellement SOC2) S.A.) ont, d'une part, renoncé à appliquer une décote de 20% au prix des actions cédées et ont, d'autre

part, souscrit un engagement de rétrocession en cas de nouvelle cession avant le 31 décembre 2014.

alors que l'article 100-2 de la Loi de 1915 énonce, de manière claire et ne laissant place à aucune équivoque, que la société à responsabilité limitée est dotée de la personnalité juridique et qu'elle constitue une individualité juridique distincte de ses associés, distinction que la Cour d'appel n'a pas effectuée en assimilant la société SOC1) à A), cette dernière n'étant juridiquement pas la cédante au contrat de cession.

deuxième branche

en ce que

la Cour d'appel a considéré en page 12, paragraphe 1^{er}, que la concession financière en contrepartie de l'engagement de non-concurrence pris par A) ne saurait être qualifiée de dérisoire au motif que la renonciation à la décote, évaluée à hauteur de 215.000 €, consentie par les actionnaires au profit de la société SOC1), dont A) est l'unique bénéficiaire économique, équivalait plus ou moins au salaire d'A) durant la période de 19 mois (en réalité 18), soit pendant la durée de l'engagement de non-concurrence, de sorte que celui-ci n'était pas dépourvu de cause.

alors que l'article 100-2 de la Loi de 1915 énonce que la société à responsabilité limitée est dotée de la personnalité juridique et qu'elle constitue une individualité juridique distincte de ses associés, distinction que la Cour d'appel n'a pas effectuée en appréciant dans le chef d'A) le caractère réel et sérieux de la concession financière, et partant la cause de son engagement, alors que la concession financière était consentie au profit du cédant, la société SOC1).

troisième branche

en ce que

la Cour d'appel a considéré en page 12, paragraphe 4, que dans la mesure où A) est l'associée unique et seule bénéficiaire économique de la société SOC1), la contrepartie financière stipulée au profit de la société SOC1) lui revenait intégralement.

alors que l'article 100-2 de la Loi de 1915 énonce que la société à responsabilité limitée est dotée de la personnalité juridique et qu'elle constitue une individualité juridique distincte de ses associés, distinction que la Cour d'appel n'a pas effectuée en estimant que la concession financière consentie par les actionnaires à la société SOC1) revenait intégralement à A).

quatrième branche

en ce que

la Cour d'appel a considéré en page 14, paragraphe 3, que dans l'obligation de non-concurrence imposée à A) a été indirectement rémunérée par le paiement d'un prix des actions de 20% supérieur à celui prévu par le pacte d'actionnaires, soit l'équivalent de 215.000 €.

alors que l'article 100-2 de la Loi de 1915 énonce que la société à responsabilité limitée est dotée de la personnalité juridique et qu'elle constitue une individualité juridique distincte de ses associés, distinction que la Cour d'appel n'a pas effectuée, en estimant que le paiement à la société SOC1) du prix des actions sans décote constituait une rémunération indirecte d'A) au titre de l'obligation de non-concurrence souscrite. ».

Sur la première branche du moyen :

Sous le couvert du grief tiré de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'interprétation, par les juges du fond, des clauses de la convention litigieuse entre parties, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen, pris en sa première branche, ne saurait être accueilli.

Sur les deuxième, troisième et quatrième branches du moyen réunies :

Sous le couvert du grief tiré de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, des éléments de fait leur soumis les ayant amenés à conclure qu'A), en tant que bénéficiaire économique, profitait de la contrepartie financière, stipulée en faveur de la société SOC1), qui lui revenait intégralement, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches, ne saurait être accueilli.

Sur le second moyen de cassation :

« Tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon du refus d'application de la loi, en l'espèce de l'article 249, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de Procédure civile qui dispose :

<< La rédaction des jugements contiendra les noms des juges, du procureur d'Etat, s'il a été entendu, ainsi que des avoués ; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements >>.

en ce que

La Cour d'appel a conclu, en page 14, paragraphe 5, que la clause de non-concurrence souscrit par A) et par la société SOC1) était valable, après avoir considéré, en page 13, paragraphes 2 à 7 et en page 14, paragraphes 1^{er} et 2, qu'elle était limitée dans le temps et dans l'espace et, en page 14, paragraphes 3 et 4, qu'elle était assortie d'une contrepartie financière, mais en s'abstenant de répondre aux moyens soulevés par les demanderesses en cassation qui avaient conclu à la nullité de la clause de non-concurrence, eu égard à l'imprécision de son objet et de l'activité interdite.

alors que l'article 249 du Nouveau Code de Procédure civile énonce que les jugements énonceront les motifs sur lesquels ils sont fondés. ».

Le défaut de réponse à conclusions constitue une forme du défaut de motifs, qui est un vice de forme.

Une décision est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré.

En retenant, dans une rubrique intitulée « *quant à la validité de la clause de non-concurrence* », que

« La clause de non-concurrence est une stipulation contractuelle qui a pour objet d'interdire à une partie de faire concurrence à une autre partie en exerçant une activité professionnelle similaire pendant la durée ou après l'expiration des relations contractuelles. Restreignant la faculté, pour le débiteur de l'obligation d'abstention, d'exercer librement une activité, elle porte atteinte à des libertés fondamentales, la liberté d'entreprendre et la liberté du travail.

Il est admis que pour être valable, une clause de non-concurrence doit être limitée soit dans le temps, soit dans l'espace (ou les deux), elle doit être destinée à protéger les intérêts légitimes du bénéficiaire de la clause, elle ne doit pas placer la personne tenue à l'obligation dans une situation ne lui permettant plus d'exercer normalement sa profession et elle doit être proportionnelle (Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial, Concurrence, n°100 et ss.). L'exigence de proportionnalité, qui s'apprécie par rapport à l'objet du contrat, met en balance l'intérêt légitime du créancier de la clause de non-concurrence, exposé aux risques concurrentiels que représente le débiteur, et l'atteinte apportée au libre exercice de l'activité professionnelle du débiteur, la nature et la durée des relations entre les parties sont appréciées à ce titre.

En l'espèce la clause de non-concurrence est limitée dans le temps (19 mois) et dans l'espace (Luxembourg, Belgique et France) sauf le secteur résidentiel en France qui a été réservé à A).

Tel que les premiers juges l'ont constaté, pendant les 7 premiers mois de l'applicabilité de la clause, A) était encore liée par le contrat de travail conclu avec la société SOC10) SA jusqu'à l'expiration du préavis le 31 décembre 2013 (dispense de travail avait été accordée à la salariée), de sorte que l'atteinte à la liberté de travail en raison de la clause actuellement litigieuse était, de fait, limitée à 12 mois.

La durée contractuellement prévue de 19 mois ne peut donc être considérée comme excessive.

S'il est vrai que l'étendue géographique de l'obligation de non-concurrence est relativement large, cet état des choses s'explique par le large champ d'action des sociétés du groupe SOC10) dont il est constant qu'il est actif au Luxembourg, en Belgique et en France. A cela s'ajoute qu'A) assumait une fonction dirigeante au sein de ce groupe et qu'elle était au contact de la clientèle nationale et internationale pendant une durée de presque 11 ans. Elle a développé le secteur de la location de bureaux pour le compte du groupe SOC10) qui était le numéro 1 sur le marché luxembourgeois pendant 10 ans (suivant le curriculum vitae d'A)).

La clause contient d'ailleurs une exemption spécialement demandée par A) en ce qui concerne le secteur résidentiel en France dans lequel elle a travaillé avant d'entrer aux services de la société SOC10) de 1991 à 1998.

L'étendue géographique de la clause de non-concurrence est donc adaptée au rayon d'action du groupe SOC10) voire à celui d'A) elle-même.

Tel que les premiers juges l'ont encore relevé, A) est détentrice d'un baccalauréat en langues et en lettres et elle a fait une année de faculté de lettres et par la suite un diplôme de technicien supérieur en action commerciale de sorte que rien ne l'empêche de travailler dans un autre domaine.

La liberté de travailler d'A), même sur le territoire luxembourgeois, n'est donc pas excessivement limitée.

Enfin l'envergure financière et stratégique de l'opération économique ayant entouré la rédaction de la clause de non concurrence justifie également son étendue. Son obligation de non-concurrence a ainsi été indirectement rémunérée par le paiement d'un prix des actions de 20% supérieur à celui prévu par le pacte d'actionnaires, soit l'équivalence de 215.000 €.

Au vu de cette contrepartie dont A) a elle-même déclaré qu'elle << constitue une contrepartie réelle et suffisante à son profit au titre de l'engagement de non concurrence souscrit par elle >>, l'atteinte à la liberté de travailler est atténuée. »,

les juges d'appel ont répondu aux conclusions visées au moyen.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

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

Les demanderesses en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, leur demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge des défendeurs en cassation repris sub 1) à 6) ci-dessus l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de leur allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

La condition d'iniquité n'étant pas remplie dans le chef des défendeurs en cassation (SOC7) et C), leur demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

rejette les demandes des demanderesses en cassation et des défendeurs en cassation (SOC7) et C) en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne les demanderesses en cassation à payer aux défendeurs en cassation la société anonyme (SOC2), la société anonyme (SOC3), la société anonyme (SOC4), la société à responsabilité limitée (SOC5), la société à responsabilité limitée (SOC6) et B) une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

condamne les demanderesses en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Mario DI STEFANO, de Maître Virginie BROUNS et de Maître Jean MINDEN, sur leurs affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du premier avocat général Simone FLAMMANG et du greffier Viviane PROBST.

**Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
A)
et la société à responsabilité limitée SOC1)
contre
la société anonyme SOC2) S.A.,
la société anonyme SOC3) S.A.,
la société anonyme SOC4) S.A.,
la société à responsabilité limitée SOC5) s.à r.l.,
la société à responsabilité limitée SOC6) s.à r.l.,
B),
C),
et la société anonyme BALOISE ASSURANCES
LUXEMBOURG S.A.**

Le pourvoi en cassation introduit par A) et la société à responsabilité limitée SOC1) s.à r.l. par un mémoire en cassation signifié le 12 juillet 2019 aux défendeurs en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 19 juillet 2019 est dirigé contre un arrêt n°89/19 rendu en date du 19 juin 2019 par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement (n° 44973 du rôle). Cet arrêt n'a pas été signifié aux demanderesses en cassation.

Le pourvoi en cassation est recevable pour avoir été interjeté dans la forme et le délai prévus à l'article 7 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

La société anonyme SOC7) S.A., défenderesse en cassation, a signifié un mémoire en réponse en date du 28 août 2019 et l'a déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice en date du 9 septembre 2019.

Ce mémoire peut être pris en considération pour avoir été signifié et déposé dans la forme et le délai prévus à l'article 16 de la loi précitée du 18 février 1885.

C), défendeur en cassation, a signifié un mémoire en réponse en date du 11 septembre 2019 et l'a déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice en date du 12 septembre 2019.

Ce mémoire peut être pris en considération pour avoir été signifié et déposé dans la forme et le délai prévus à l'article 16 de la loi précitée du 18 février 1885.

La société anonyme SOC2) S.A., la société anonyme SOC3) S.A., la société anonyme SOC4) S.A., la société à responsabilité limitée SOC5) s.à r.l., la société à responsabilité limitée SOC6) s.à r.l. et B), défendeurs en cassation, ont signifié un mémoire en réponse

en date des 10 et 11 septembre 2019 et l'ont déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice en date du 12 septembre 2019.

Ce mémoire peut être pris en considération pour avoir été signifié et déposé dans la forme et le délai prévus à l'article 16 de la loi précitée du 18 février 1885.

Les faits et rétroactes

Suivant contrat de travail du 15 avril 2002, A) était aux services de la société SOC10) (devenue par la suite SOC2) S.A.) en tant que « *Key Account Manager* ».

En date du 18 septembre 2006, elle a signé un pacte d'actionnaires avec la société SOC9) S.A. (devenue par la suite SOC8) S.A., puis SOC2) S.A.), et s'est engagée à acheter 110 actions de catégorie B de cette société, qui détenait notamment la société SOC10) S.A (actuellement SOC2) S.A.).

Le 11 janvier 2001, A) a créé une société de participations financières, la société à responsabilité limitée SOC1), dont l'activité principale consiste à détenir les actions de la société SOC8) S.A (actuellement SOC2) S.A.). La société SOC1) appartient à 100 % à A).

Les 19 janvier et 14 juillet 2011, la société SOC1) a encore acquis un total de 90 actions de catégorie B de la société SOC9) (actuellement SOC2) S.A.), de sorte qu'elle détenait un total de 200 actions.

Suite à des mésententes entre actionnaires apparues en 2012, le contrat de travail d'A) a été résilié en date du 28 mai 2013 avec un préavis jusqu'au 31 décembre 2013 avec dispense de travail.

Le même jour, un contrat de cession d'actions et de sortie du pacte d'actionnaires de la société SOC8) S.A. a été signé et la société SOC1) a cédé ses actions de la société SOC8) S.A. (actuellement SOC2) S.A.) aux sociétés SOC4) S.A., SOC6) s.à r.l, SOC5) s.à.r.l. et à B) en cédant 50 actions à chacun des acheteurs.

Ce contrat comporte un article 7 qui se trouve à l'origine du litige entre les parties :

« Chaque Partie s'engage, dans un souci de bienveillance mutuelle, à respecter les intérêts de la Société SOC8), du groupe SOC8) au sens large, des sociétés appartenant au groupe SOC8), de l'ensemble des actionnaires, mandataires sociaux et employés du groupe SOC8) ainsi que ceux de A) et s'interdit pendant la durée du présent contrat toute communication négative, dégradante ou nuisible de quelque manière que ce soit à l'autre Partie.

A compter de la signature des présentes, A) et SOC1) s'engagent directement ou indirectement:

à n'exercer à titre personnel aucune activité susceptible de concurrencer l'activité connue à la date des présentes de la Société SOC8) ou d'une autre société du groupe;

à ne pas entrer au service d'une société ou d'une personne physique, ni à exercer une quelconque fonction et notamment des fonctions de direction ou d'administration, salariées ou non, dans une société susceptible de concurrencer l'activité connue à la date des présentes de la Société SOC8) ou d'une autre société du groupe;

à ne pas constituer, ni prendre une participation même minoritaire dans une société susceptible de concurrencer l'activité connue à la date des présentes de la Société SOC8) ou d'une autre société du groupe;

à ne pas démarcher et selon quelconque procédé que ce soit, le ou les clients, partenaires ou assimilés de la Société SOC8) ou d'une autre société du groupe, avec lequel elle aurait été en contact à l'occasion de ses mandats ou emploi salarié au sein de la Société SOC8) ou d'autres sociétés du groupe, pour leur fournir des prestations susceptibles de concurrencer l'activité connue à la date des présentes de la Société ou d'autres sociétés du groupe et à refuser toutes sollicitations de leur part pour de telles prestations;

à ne pas engager ni faire travailler d'aucune manière, tout collaborateur présent ou futur de la Société SOC8) ou d'une autre société du groupe. La présente interdiction vaudra, quelle que soit la fonction du collaborateur en cause, et même au cas où la sollicitation serait à l'initiative dudit collaborateur.

Le présent engagement sera valable à compter de la signature des présentes par A) et SOC1) et jusqu'au 31 décembre 2014 inclus.

Le présent engagement vaut pour les territoires du Grand-Duché de Luxembourg, de la France et de la Belgique.

Par dérogation, A) sera autorisée pendant cette période à exercer l'activité d'agent immobilier pour le seul secteur résidentiel sur le territoire de la France.

En contrepartie de cet engagement, les Cessionnaires accordent à A) et à SOC1) la contrepartie suivante (la « Contrepartie »):

- renonciation de la part des Cessionnaires à l'application de la décote de 20% sur le prix de rachat des actions cédées tel que stipulé à l'article 15.2 du Pacte, ce qui correspond à un montant supplémentaire de quelques deux cent quinze mille (215.000) euros au profit du Cédant;

- insertion d'un engagement de rétrocession à l'article 3 du présent Contrat au profit du Cédant.

A) et SOC1) se déclarent pleinement satisfaits par la Contrepartie et pour autant que de besoin, A) déclare qu'en sa qualité de bénéficiaire économique de SOC1), la Contrepartie constitue une contrepartie réelle et suffisante à son profit au titre de l'engagement de non concurrence souscrit par elle.

En cas de non-respect de la présente clause, A) et SOC1) s'engagent solidairement à verser à la Société SOC8) ou à toute société du groupe

victime de la violation (à déterminer librement par la Société SOC8)) dans les quinze jours de la constatation de l'infraction, une indemnité journalière d'un montant de deux mille (2.000) euros pendant toute la durée de l'infraction ».

Depuis le 13 janvier 2014, A) travaille en tant qu'agent immobilier au poste de directrice d'agence de la société SOC1) Luxembourg et exerce partant une activité concurrente à celle des sociétés du groupe SOC2) (ci-avant SOC10) GROUP).

Les 13 et 14 janvier 2014, la société SOC8) S.A., la société SOC10) S.A. et la société SOC1) S.A. ont mis A) et la société SOC1) en demeure de cesser la violation de la clause de non-concurrence stipulée dans la convention de cession d'actions et de sortie du pacte d'actionnaires signée en date du 28 mai 2013.

La société SOC8) S.A. (actuellement SOC2) S.A.) a assigné A) et la société SOC1) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour les faire condamner solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacune pour sa part, à lui payer la somme de 60.000 €, sous réserve d'augmentation en cours d'instance à raison de 2.000 € par jour pendant toute la durée de la violation de la clause de non-concurrence conventionnelle, avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde, sinon subsidiairement, les faire condamner solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacune pour sa part à lui payer la somme de 215.000 € avec les intérêts tels que de droit, invoquant à l'appui de sa demande la violation de la clause de non-concurrence souscrite par A) et au respect de laquelle la société SOC1) était solidairement tenue en vertu de la convention de cession d'actions et de sortie du pacte d'actionnaires signée en date du 28 mai 2013.

La société SOC8) S.A. a également fait pratiquer des saisies-arrêts à la hauteur d'un montant de 188.000 €, ce montant correspondant au montant réclamé au titre de la clause pénale lorsque les saisies-arrêts ont été pratiquées.

A) et la société SOC1) s'opposent à ces demandes en concluant à l'annulation, sinon à la réduction de la clause litigieuse.

Ces mêmes parties ont assigné les sociétés SOC2) S.A., SOC3) S.A., SOC4) S.A., SOC6) s.à r.l., SOC5) s.à r.l. et B) pour demander l'annulation, sinon la réduction de la clause de non-concurrence.

Par jugement du 3 mars 2017, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré valable la clause de non-concurrence et a rejeté la demande en réduction. Il a condamné A) et la société SOC1) solidairement à payer à la société SOC2) S.A. la somme de 706.000 € avec les intérêts légaux, et a validé la saisie-arrêt pour un montant de 188.000 € avec les intérêts légaux. La demande d'A) et de la société SOC1) basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile a été rejetée et A) et la société SOC1) ont été condamnées *in solidum* aux frais et dépens de l'instance et au paiement d'une indemnité de procédure.

Contre ce jugement, A) et la société SOC1) ont interjeté appel par exploit d'huissier du 26 mai 2017.

C) et la société anonyme SOC7) S.A. ont été mis en intervention forcée en instance d'appel aux fins de déclaration d'arrêt commun.

En date du 19 juin 2019, la Cour d'appel a rendu un arrêt déclarant les appels principal et incident non fondés, confirmant le jugement entrepris, déclarant non fondées les demandes d'A) et de la société SOC1) en paiement d'une indemnité de procédure en instance d'appel, et condamnant A) et la société SOC1) au paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance d'appel. L'arrêt a été déclaré commun à Maître C) et à la société anonyme SOC7) S.A.

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

Sur le premier moyen de cassation :

Le premier moyen de cassation est « *tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon du refus d'application de la loi, en l'espèce l'article 100-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales* » qui dispose :

« la loi reconnaît comme sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique :

(1°-4°)

5° la société à responsabilité limitée

(6°-7°).

Chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle de ses associés. »

Le moyen est articulé en 4 branches, qui font grief à l'arrêt dont pourvoi

-d'avoir considéré qu'A) était partie à la convention de cession d'actions du 28 mai 2013 au motif qu'elle est le seul actionnaire et bénéficiaire économique de la société SOC1) (1^{ère} branche)

- d'avoir apprécié dans le chef d'A) le caractère réel et sérieux de la concession financière, et partant la cause de son engagement, alors que la concession financière était consentie au profit du cédant, la société SOC1) (2^e branche)

-d'avoir considéré que dans la mesure où A) est l'associée unique et seule bénéficiaire économique de la société SOC1), la contrepartie financière stipulée au profit de la société SOC1) lui revenait intégralement (3^e branche)

-d'avoir considéré que l'obligation de non-concurrence imposée à A) a été indirectement rémunérée par le paiement d'un prix des actions de 20 % supérieur à celui prévu dans le pacte d'actionnaires, de sorte que le paiement à la société SOC1) du prix des actions constituait une rémunération indirecte d'A) au titre de l'obligation de non-concurrence souscrite (4^e branche)

Concernant la première branche :

Pour retenir la qualité de partie d'A) au contrat de cession d'actions signé le 28 mai 2013, la Cour d'appel s'est fondée sur la motivation suivante :

« Il découle du libellé de la convention du 28 mai 2013 qu'elle a été conclue entre la société SOC1), en qualité de « cédant », la société SOC6), la société SOC4), la société SOC5) et B) en qualité de « cessionnaires », en présence de la société SOC8), de la société SOC12), de D), de E), de F), d'A), de G) et de H), tous qualifiés de « parties » à l'acte.

(...)

Il en découle notamment que la convention « a vocation à définir les conditions et les modalités pratiques du départ d'A) (à savoir A)) et de la cession des 200 actions de la société SOC8) appartenant à SOC1). ».

Aux termes de la convention : « A) et SOC1) se déclarent pleinement satisfaits par la Contrepartie et pour autant que de besoin, A) déclare qu'en sa qualité de bénéficiaire économique de SOC1), la Contrepartie constitue une contrepartie réelle et suffisante à son profit au titre de l'engagement de non concurrence souscrit par elle.

En cas de non-respect de la présente clause, A) et SOC1) s'engagent solidairement à verser à la Société SOC8) ou à toute société du groupe victime de la violation (à déterminer librement par la Société SOC8)) dans les quinze jours de la constatation de l'infraction, une indemnité journalière d'un montant de deux mille (2.000) euros pendant toute la durée de l'infraction ».

L'engagement est stipulé valable à compter de sa signature par A) et la société SOC1) et ce jusqu'au 31 décembre 2014 inclus.

La convention porte la signature d'A), une fois à titre personnel et une fois à titre de représentante de la société SOC1).

Au vu de ces stipulations contractuelles claires et précises, les premiers juges ont retenu à bon droit qu'A) était bien partie à la convention du 28 mai 2013 et que son engagement de non-concurrence ne saurait être

qualifié d' « unilatéral » dans la mesure où elle reconnaît avoir reçu une contrepartie indirecte des actionnaires de la société SOC8) qui ont renoncé à appliquer une décote de 20% au prix des actions cédées par la société SOC1) dont elle est le seul actionnaire et bénéficiaire économique et qui ont souscrit un engagement de rétrocession au profit de cette société en cas de nouvelle cession des actions avant le 31 décembre 2014. »

Sous le couvert d'une violation de l'article 100-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, les demanderesses en cassation tentent de remettre en discussion l'interprétation par les juges du fond des clauses de la convention du 28 mai 2013. La Cour d'appel a, par une motivation suffisante et exempte de contradictions, exposé pourquoi A) devait être considérée comme partie à la convention litigieuse. Cette interprétation des clauses conventionnelles relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La première branche ne saurait être accueillie.

Concernant les 2^e, 3^e et 4^e branches :

Ces trois branches ont trait à la contre-partie financière de l'engagement de non-concurrence souscrit par A), et ils font grief à l'arrêt attaqué d'avoir fait l'amalgame entre A) et la société à responsabilité limitée SOC1), dotée d'une personnalité juridique distincte.

L'arrêt dont pourvoi a bien pris en considération le fait que la société SOC1) a une personnalité juridique distincte, mais a également pris en considération le fait qu'A) est le seul actionnaire et bénéficiaire économique de la société SOC1) pour considérer que le complément de prix de 215.000 € résultant de la renonciation à la décote de 20 % constituait pour A) une rémunération indirecte de son engagement de non-concurrence :

« En ce qui concerne la question de savoir si la clause de non-concurrence prévue à l'article 7 de la convention du 28 mai 2013 présentait effectivement une cause à savoir une contrepartie réelle et sérieuse, les premiers juges ont encore retenu à bon droit que tel était le cas en l'espèce en constatant que la somme de 215.000 € à laquelle a été évaluée la contrepartie financière de la concession faite par les actionnaires au profit de la société SOC1), dont A) est l'unique bénéficiaire économique, ne saurait être qualifiée de dérisoire alors qu'elle équivalait plus ou moins au salaire de celle-ci durant la période de 19 mois, soit pendant la durée de l'engagement de non-concurrence.

L'engagement pris par A) n'était donc pas dépourvu de cause.

A) soutient qu'il s'agirait d'une fausse cause alors que la contrepartie financière en question aurait été stipulée au seul profit du « cédant »

partant de la société SOCI) et non à son propre profit. Or, la société SOCI) aurait une personnalité juridique distincte de la sienne et seule celle-ci aurait profité de la renonciation à la décote et bénéficié de la rétrocession en cas de revente.

Dans la mesure cependant où il n'est pas contesté qu'A) est l'associée unique et seule bénéficiaire économique de la société SOCI), la contrepartie financière stipulée au profit de la société SOCI) lui revenait intégralement. Dans la convention A) a d'ailleurs déclaré « qu'en sa qualité de bénéficiaire économique de SOCI), la Contrepartie constitue une contrepartie réelle et suffisante à son profit au titre de l'engagement de non concurrence souscrit par elle ». »

Sous le couvert d'une prétendue violation de l'article 100-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, les demanderesses en cassation tentent de remettre en discussion l'appréciation par les juges du fond des éléments de fait leur soumis, et plus particulièrement leur conclusion qu'A) profitait indirectement du complément de prix concédé à la société SOCI).

Il s'agit d'une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Les 2^e, 3^e et 4^e branches ne sauraient être accueillies.

Sur le deuxième moyen de cassation:

Le deuxième moyen de cassation est « *tiré de la violation, sinon de la fausse application de la loi, en l'espèce de l'article 249, alinéa 1^{er}, du Nouveau code de procédure civile.* »

Le deuxième moyen reproche à l'arrêt attaqué un défaut de réponse à conclusions. La Cour d'appel aurait omis de répondre au moyen soulevé par les demanderesses en cassation qui avaient conclu à la nullité de la clause de non-concurrence pour imprécision de son objet et de l'activité interdite.

Les parties demanderesses se réfèrent plus particulièrement à leurs conclusions figurant à la page 14 de leur acte d'appel et à la page 23 de leurs conclusions du 27 juin 2017.

Le défaut de réponse à conclusions tiré de la violation de l'article 249, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile, constitue un vice de forme. Une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation expresse ou implicite, fût-elle incomplète ou viciée, sur le point considéré.

Pour conclure à la validité de la clause de non-concurrence, la Cour d'appel s'est basée sur les motifs suivants :

« Il est admis que pour être valable, une clause de non-concurrence doit être limitée soit dans le temps, soit dans l'espace (ou les deux), elle doit être destinée à protéger les intérêts légitimes du bénéficiaire de la clause, elle ne doit pas placer la personne tenue à l'obligation dans une situation ne lui permettant plus d'exercer normalement sa profession et elle doit être proportionnelle (Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial, Concurrence, n°100 et ss.). L'exigence de proportionnalité, qui s'apprécie par rapport à l'objet du contrat, met en balance l'intérêt légitime du créancier de la clause de non-concurrence, exposé aux risques concurrentiels que représente le débiteur, et l'atteinte apportée au libre exercice de l'activité professionnelle du débiteur, la nature et la durée des relations entre les parties sont appréciées à ce titre.

En l'espèce la clause de non-concurrence est limitée dans le temps (19 mois) et dans l'espace (Luxembourg, Belgique et France) sauf le secteur résidentiel en France qui a été réservé à A).

Tel que les premiers juges l'ont constaté, pendant les 7 premiers mois de l'applicabilité de la clause, A) était encore liée par le contrat de travail conclu avec la société SOC10) SA jusqu'à l'expiration du préavis le 31 décembre 2013 (dispense de travail avait été accordée à la salariée), de sorte que l'atteinte à la liberté de travail en raison de la clause actuellement litigieuse était, de fait, limitée à 12 mois.

La durée contractuellement prévue de 19 mois ne peut donc être considérée comme excessive.

S'il est vrai que l'étendue géographique de l'obligation de non-concurrence est relativement large, cet état des choses s'explique par le large champ d'action des sociétés du groupe SOC10) dont il est constant qu'il est actif au Luxembourg, en Belgique et en France. A cela s'ajoute qu'A) assumait une fonction dirigeante au sein de ce groupe et qu'elle était au contact de la clientèle nationale et internationale pendant une durée de presque 11 ans. Elle a développé le secteur de la location de bureaux pour le compte du groupe SOC10) qui était le numéro 1 sur le marché luxembourgeois pendant 10 ans (suivant le curriculum vitae d'A)).

La clause contient d'ailleurs une exemption spécialement demandée par A) en ce qui concerne le secteur résidentiel en France dans lequel elle a travaillé avant d'entrer aux services de la société SOC10) de 1991 à 1998.

L'étendue géographique de la clause de non-concurrence est donc adaptée au rayon d'action du groupe SOC10) voire à celui d'A) elle-même.

Tel que les premiers juges l'ont encore relevé, A) est détentrice d'un baccalauréat en langues et en lettres et elle a fait une année de faculté de lettres et par la suite un diplôme de technicien supérieur en action

commerciale de sorte que rien ne l'empêche de travailler dans un autre domaine.

La liberté de travailler d'A), même sur le territoire luxembourgeois, n'est donc pas excessivement limitée.

Finalement l'envergure financière et stratégique de l'opération économique ayant entouré la rédaction de la clause de non concurrence justifie également son étendue. Son obligation de non-concurrence a ainsi été indirectement rémunérée par le paiement d'un prix des actions de 20% supérieur à celui prévu par le pacte d'actionnaires, soit l'équivalence de 215.000 €.

Au vu de cette contrepartie dont A) a elle-même déclaré qu'elle « constitue une contrepartie réelle et suffisante à son profit au titre de l'engagement de non concurrence souscrit par elle », l'atteinte à la liberté de travailler est atténuée.

Les premiers juges sont donc à confirmer en ce qu'ils ont déclaré la clause valable et rejeté la demande en annulation de celle-ci. »¹

Il ressort de ces motifs que, pour apprécier l'exigence de proportionnalité, l'arrêt attaqué s'est référé à l'activité visée par la clause en se basant sur l'activité et le champ d'action des sociétés du groupe SOC10), la fonction assumée par A) au sein de ce groupe et l'exemption relative au secteur résidentiel en France. Il a ainsi implicitement, mais nécessairement considéré que l'objet de la clause litigieuse pouvait être déterminé.

L'arrêt comporte une motivation sur le point considéré.

Le moyen n'est pas fondé.

Conclusion

Le pourvoi est recevable.

Il n'est pas fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,

Le 1^{er} avocat général,

Marie-Jeanne Kappweiler

¹ Nous qui soulignons