

**Audience publique du vingt-neuf avril deux mille vingt**

Numéro CAL-2019-00230 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, président de chambre;  
Henri BECKER, conseiller;  
Yola SCHMIT, conseiller;  
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

**A.**), kinésithérapeute, demeurant à F-(...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 15 février 2019,

comparant par Maître Florence HOLZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

**B.**), kinésithérapeute, demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL du 15 février 2019,

comparant par Maître Rachel JAZBINSEK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 20 avril 2017, **A.)** a fait donner assignation à **B.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, afin de le voir condamner à lui payer le montant de 127.167,33 EUR, outre les intérêts au taux légal sur base de l'article 14 de la loi modifiée du 14 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, ces intérêts à partir du 14 novembre 2016 sinon à partir du 20 avril 2017 jusqu'à solde.

A l'appui de sa demande, il a fait valoir qu'il exploitait son propre cabinet de kinésithérapeute indépendant à **LIEU1.)** depuis 2005 et a en date du 30 juin 2009 conclu un contrat d'association avec **B.)**.

Le 16 juillet 2014, **B.)** a résilié le contrat moyennant le préavis conventionnel de deux mois avec effet au 26 septembre 2014.

Le demandeur reprochait à **B.)** d'avoir, dès le 6 octobre 2014, en violation de la clause contractuelle de non-concurrence, ouvert son propre cabinet de kinésithérapie à **LIEU2.)**, situé à 7 km de **LIEU1.)**, soit à une distance inférieure du rayon de 10 km convenu entre parties.

Il réclamait le paiement de la clause pénale contractuelle, soit l'équivalent du chiffre d'affaires d'une année.

En ordre subsidiaire il avait demandé à voir engager la responsabilité contractuelle de **B.)** pour violation de son obligation de loyauté pour avoir incité la patientèle à le suivre, en allant jusqu'à utiliser les données informatiques du cabinet, en donnant des soins à domicile à **LIEU1.)** et en débauchant le second collaborateur **C.)**.

Par demande ampliative formulée par conclusions du 6 novembre 2017, **A.)** avait encore demandé le paiement de rétrocessions dues à hauteur de la somme de 5.218 euros pour la période du 4 décembre 2009 jusqu'au 25 septembre 2014.

**B.)** a, à titre reconventionnel, demandé le paiement de 9.339 euros à titre d'indemnité de déplacement rétrocédées à tort à **A.)**, ainsi que le montant de 6.000 euros à titre de frais d'avocat.

Par jugement du 19 décembre 2018, le tribunal, après avoir écarté les moyens d'incompétence et d'irrecevabilité soulevés par **B.)**, a dit la demande principale recevable mais non fondée, et déclaré irrecevables tant la demande reconventionnelle que la demande ampliative formulée par **A.)**.

Pour statuer ainsi les magistrats de première instance ont considéré qu'au vu des restrictions très importantes apportées par la clause de non concurrence à l'activité professionnelle de **B.)** qui se voyait interdire toute activité professionnelle dans le domaine de ses compétences pendant trois ans et dans un rayon de dix km de distance de son ancien cabinet, celle-ci était disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi et tendait à empêcher le libre jeu de la concurrence et le libre exercice de sa profession par **B.)**, de sorte qu'il y avait lieu de l'annuler.

Les magistrats ont encore retenu qu'aucune violation de l'obligation de loyauté invoquée en ordre subsidiaire n'avait été établie à l'encontre de **B.)**, dans la mesure notamment où des agissements concrets dans le chef de ce dernier destinés à amener **C.)** à quitter le cabinet **A.)** n'étaient ni invoqués ni établis et qu'un transfert de données de patients vers le nouveau cabinet de **B.)** laissait d'être établi.

Quant à la baisse significative du chiffre d'affaires en 2015 invoquée par **A.)**, ils ont jugé qu'il n'était pas établi qu'elle soit liée au départ de **B.)** plutôt qu'à d'autres facteurs, ni qu'elle ait pour origine des actes déloyaux de **B.)**, commis pendant l'exécution du contrat.

Au vu de l'accord de transaction entre parties résultant de l'acceptation par **A.)** du courrier lui adressé par **B.)** en date du 23 juillet 2016 par lequel celui-ci a proposé d'abandonner ses propres prétentions pour le montant de 9.339 EUR si **A.)** acceptait de renoncer aux rétrocessions à hauteur de 5.218 euros, tant la demande ampliative d'**A.)** que la demande reconventionnelle de **B.)** ont été déclarées irrecevables.

Chacune des parties ayant encore demandé de voir enjoindre à l'autre partie « d'obtenir de **MEDIA1.)** et de toute autre société gérant un moteur de recherche sur internet la suppression de données (...) sous peine d'une astreinte (...) », les juges de première instance ont déclaré irrecevables ces demandes dirigées contre la partie adverse au litige, impliquant en réalité une exécution à obtenir d'un tiers au litige (« obtenir de **MEDIA1.)** ») et échappant de ce fait au pouvoir de la partie débitrice de l'obligation.

Les deux parties ont été déboutées de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure.

De ce jugement lui signifié en date du 16 janvier 2019, **A.)** a relevé appel en date du 15 février 2019.

Il reproche aux juges de première instance d'avoir fait droit au moyen tiré de la nullité de la clause de non concurrence, nonobstant son moyen de

prescription de la demande tiré de l'article 1304 du Code civil, suivant lequel l'action en nullité d'un contrat ou de l'une de ses clauses serait enfermée dans un délai de 5 ans.

En ordre subsidiaire il estime que ce serait à tort que ces magistrats ont annulé la clause de non concurrence, le titulaire du cabinet étant légitimement attaché à sauvegarder la pérennité de son activité et sa viabilité économique et la clause litigieuse étant limitée à la durée de 3 ans après la fin du contrat d'assistant collaborateur, qui serait parfaitement raisonnable et le périmètre de la clause, librement défini par les parties ne représentant que 12 % du territoire national n'empêchant nullement ce dernier d'exercer son métier.

Il conclut dès lors à ce qu'il soit, par réformation du jugement entrepris, fait droit à sa demande et que lui soit alloué le montant de 127.167 euros auquel il chiffre la clause pénale réduite.

En ordre subsidiaire l'appelant maintient sa demande tendant à voir engager la responsabilité contractuelle de l'intimé pour violation de son obligation de loyauté, exposant les manœuvres de captation de clientèle et de débauchage de collaborateur ayant conduit, selon lui, à la désorganisation de son cabinet.

Suivant ses conclusions du 24 septembre 2019, il renonce à sa demande ampliative, au motif que cette demande n'a plus d'objet dès lors que l'accord de compensation intervenu entre parties n'est pas remis en cause.

Il critique enfin le jugement entrepris pour ne pas avoir fait droit à sa demande en suppression des données ayant un lien avec son cabinet et conclut à se voir allouer une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance et de 1.800 euros, augmenté à 2.500 euros dans ses conclusions du 24 septembre 2019, pour l'instance d'appel.

**B.)** demande quant à lui, principalement la confirmation du jugement entrepris, renonçant à interjeter appel sur ses demandes reconventionnelles.

En ordre subsidiaire, si la Cour devait faire droit aux conclusions de l'appelant et dire la clause valable, il demande à voir réduire la clause pénale à de plus justes proportions, estimant qu'aucune mauvaise foi ne pourrait lui être reprochée et soulignant que l'appelant avait mis presque trois ans avant d'introduire sa demande.

Il conteste toute manœuvre de détournement de clientèle, respectivement de débauchage.

**B.)** demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

Par conclusions du 9 décembre 2019, **A.)** demande encore à voir ordonner à **B.)** sinon à la CNS de lui communiquer les relevés mensuels des montants liquidés en faveur de **B.)** et d'**C.)** du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 31 octobre 2015.

### *Appréciation de la Cour*

-Quant au moyen tiré de la prescription de la nullité de la clause de non concurrence.

L'appelant reproche aux juges de première instance d'avoir fait droit au moyen tiré de la nullité de la clause de non concurrence, alors qu'en application de l'article 1304 du Code civil l'action en nullité d'un contrat ou de l'une de ses clauses serait enfermée dans un délai de 5 ans.

L'article 1304 prévoit que dans tous les cas où l'action en nullité d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.

Cette prescription est applicable aux nullités relatives, or il est admis que la nullité d'une clause de non concurrence est une nullité de protection, l'action en nullité ne pouvant être exercée que par le débiteur de l'obligation d'abstention (Cass.soc 3 juin 2015 no 13-18514- F-D, M-T c/M.de.C).

La prescription de cinq ans joue également lorsque la demande ne porte que sur l'annulation partielle d'une convention et ne vise qu'une clause de celle-ci (cf Cass.21 janvier 1992 / 90-18-12 qui a rejeté un pourvoi soutenant que la prescription abrégée ne saurait s'appliquer à l'annulation d'une clause de la convention, en retenant que l'action en nullité s'éteint si elle n'a pas été exercée dans le délai de cinq ans à dater de la conclusion du contrat).

Pour la demande en nullité pour cause illicite, voire contrariété à l'ordre public, le délai quinquennal prévu à l'article 1304 du Code civil commence en effet à courir à compter de la conclusion du contrat (voir en ce sens Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 21 janvier 1992, n° 90-18121). Le contrat ayant été conclu le 30 juin 2009, le délai de cinq ans est venu à échéance le 30 juin 2014, la clause litigieuse étant connue depuis cette date pour figurer dans le contrat.

**B.)** n'a jamais invoqué pendant ce délai la nullité de la clause de non concurrence figurant au contrat.

C'est dès lors à bon droit que l'appelant fait valoir que **B.)** est forclo à agir en nullité contre ladite clause.

Ce n'est qu'après avoir été assigné par exploit d'huissier du 20 avril 2017 en paiement de la clause pénale prévue au contrat pour sanctionner son obligation de non concurrence, qu'il a invoqué ladite nullité, par voie d'exception. Si la prescription n'empêche certes pas complètement les personnes qui sont titulaires de l'action d'invoquer la nullité après l'expiration du délai puisque selon une règle traditionnelle, la prescription bloque la possibilité d'invoquer la nullité par voie d'action, mais elle n'empêche pas de la soulever par voie d'exception en réponse à une demande d'exécution du contrat par l'autre partie, il importe toutefois de noter que la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation française donne une portée très limitée à la règle en ne la faisant jouer que dans les cas où l'acte n'a encore reçu aucun commencement d'exécution (Cass.com. 13 mai 2014, n° 12-28013 et 12-28654). Si le contrat a été partiellement exécuté et qu'il ne l'est plus par la suite, la partie ayant partiellement exécuté ne peut s'opposer à la demande en exécution du contrat en invoquant l'exception de nullité (s'agissant d'un prêt : Cass.1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> décembre 1998, n° 96-17.761, Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 avril 2013, n° 11-27.082 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 janvier 2015, n°13-25512, 13-513 JCL civil, art. 2219 à 2223, Fasc. Unique- Prescription extinctive- dispositions générales ; n° 32 et suiv. ; P. Ancel : Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, Larcier 2015, n° 435).

Il est acquis en cause que le contrat de collaboration a été exécuté, puisque **B.)** a travaillé jusqu'au 16 juillet 2014 avec l'appelant et lui a régulièrement rétrocédé un pourcentage des honoraires perçus par lui.

Il s'ensuit qu'il n'est par conséquent plus en droit d'invoquer la nullité de la clause litigieuse par voie d'exception.

Par réformation du jugement entrepris, la demande en nullité de la clause de non concurrence est partant à rejeter.

-Quant à la pénalité contractuelle réclamée par **A.)** :

Faisant valoir que **B.)** a violé ses obligations contractuelles en s'installant quinze jours après le terme de son contrat dans la commune de **LIEU2.)** se trouvant dans la zone d'influence du cabinet **A.)**, à 7 km d'**LIEU1.)**, **A.)** estime rapportée la preuve de la violation par ce dernier de l'obligation de non concurrence par lui souscrite aux termes de laquelle il s'est interdit d'exercer sa profession pour son compte ou pour le compte

d'autrui pendant une durée de trois ans après la fin du contrat sur un rayon de 10 km.

Il demande à voir condamner **B.)** à lui payer le montant 127.167,33 euros correspondant au chiffre d'affaires de ce dernier entre le 1<sup>er</sup> janvier 2013 et le 31 décembre 2013. Aux termes de l'article 3 du contrat signé entre parties, en cas de manquement à la clause de non concurrence, **B.)** devra en effet payer à **A.)** l'équivalent d'une année de chiffre d'affaire, l'année civile écoulée faisant référence.

Suivant conclusions du 24 septembre 2019, l'appelant réduit le montant de sa demande à 115.886,43 euros (perte de chiffre d'affaires de 50.000 + baisse de revenus d'**A.)** 35.000 + gain manqué 10.000 + préjudice moral 20.000).

**B.)** demande une réduction de la clause pénale sur base de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil, de sorte à la réduire à zéro.

Il fait valoir que l'appelant ne justifierait pas d'une baisse de son chiffre d'affaire pour l'année 2014.

**A.)** objecte que les conditions pour que la Cour exerce son pouvoir modérateur sur la clause pénale ne seraient pas données en l'espèce, rappelant que le maintien de la clause est la règle et la réduction l'exception.

Il conteste le caractère prétendument excessif de la clause pénale en invoquant une baisse flagrante du chiffre d'affaire de son cabinet en 2015. Il fait encore valoir que son revenu personnel aurait baissé d'un montant additionnel de 35.886,43 euros, dès lors que pour préserver le chiffre d'affaire de son nouveau jeune collaborateur, il aurait lui-même presté moins de soins au profit de ce dernier, pour lui assurer un revenu convenable.

Il fait enfin état de gain manqué, en raison de clients nouveaux qui auraient été détournés du cabinet, qu'il évalue à 10.000 euros et évalue à 20.000 euros le préjudice moral lié au sentiment de trahison ressenti suite aux agissements de l'intimé.

Il conteste tirer un avantage disproportionné de ladite clause et souligne la mauvaise foi dont aurait fait preuve **B.)** qui ne l'aurait jamais informé de son projet d'installation à **LIEU2.)** et aurait entrepris des manœuvres de captation de clientèle, affirmant qu'il y aurait eu transfert de patients d'un cabinet à l'autre en cours de soin.

**B.)** réplique en contestant toute mauvaise foi dans son chef en ce qui concerne les circonstances de son départ, affirmant avoir avisé **A.)** de son intention de s'installer à **LIEU2.)** et avoir cru que celui-ci renonçait à la clause de non concurrence, et soulignant lui avoir présenté son successeur.

Il appartient à **A.)** d'établir la mauvaise foi de **B.)**. Il est surprenant à cet égard que le dossier ne renseigne aucun courrier, ni mise en demeure adressé par l'appelant à **B.)** après que ce dernier ait installé en septembre 2014 son cabinet à 6,7 km de celui exploité par **A.)**. Ce n'est que près de deux ans et demi après son départ, que l'appelant a invoqué la clause de non concurrence et demandé l'indemnisation prévue par la clause pénale figurant à l'article 3.

Dans ces conditions, la Cour ne peut exclure que les parties se soient quittées en de bons termes, l'intimé affirmant avoir présenté son successeur à l'appelant, et que **B.)** a pu penser que **A.)** n'entendait pas se prévaloir de l'article 3 du contrat signé entre parties. Le mandataire de l'appelant a d'ailleurs précisé à l'audience que ce dernier avait attendu de voir si son chiffre d'affaire avait baissé ou non depuis le départ de **B.)** avant d'introduire son action en justice.

En ce qui concerne les développements de l'appelant relatif au prétendu débauchage par l'intimé d'**C.)** venu le rejoindre dans son nouveau cabinet, la Cour se rallie à la motivation des juges de première instance suivant laquelle aucun agissement concret de l'intimé en vue d'inciter **C.)** à ce faire n'est invoqué ni établi en l'espèce.

Par ailleurs, le fait que des patients du cabinet **A.)** aient suivi **B.)** dans son nouveau cabinet peut s'expliquer par le fait qu'il s'agissait pour partie de ses clients puisque, contrairement à ce que soutient l'appelant, le contrat de collaboration lui permettait d'avoir sa propre clientèle (article 1<sup>er</sup> **B.)** accepte d'effectuer les soins sur les personnes que **A.)** lui présentera ou *qui auront directement rendez-vous avec lui-même*) respectivement qu'il s'agissait de traitements commencés par lui que les patients ont souhaité terminer avec lui. On ne saurait dès lors en déduire qu'il a effectué des manœuvres de débauchage de clientèle.

La distribution de flyers au sein de la commune de **LIEU1.)** est contestée, et les soins à domicile ont été limités au traitement de deux patients qui avaient choisi l'intimé comme kinésithérapeute.

La mauvaise foi de **B.)** n'étant dès lors pas établie, il est recevable à demander la modération de la clause pénale sur le fondement de l'article 1152 du Code civil.



Il résulte des pièces versées et des propres conclusions de l'appelant qu'il n'a subi une baisse de chiffre d'affaire que pour le dernier trimestre de l'année 2014 et pour l'exercice 2015, dès lors qu'il a pu annihiler les effets de la concurrence déloyale de **B.)** pour 2016 (cf : conclusions du 9 décembre 2019 p 10).

Cette baisse est évaluée par lui à (4.000 +12.784 +25.904 euros) soit un total de 42.688 euros.

En l'absence de preuve de mauvaise foi dans le chef de l'intimé, **A.)** ne justifie pas non plus du préjudice moral par lui allégué. Par ailleurs la baisse de revenu personnel liée au fait qu'il a laissé une partie de sa clientèle à un jeune collègue ne saurait être prise en considération dans l'évaluation de son préjudice, dès lors qu'elle n'est pas en lien direct avec le non-respect de la clause de non concurrence par l'intimé, mais procède d'un choix personnel de l'appelant.

Eu égard au montant de la perte de recette subie qui s'est limitée à la première année, au fait que cette perte est en partie également liée au départ concomitant d'**C.)**, que la différence des chiffres d'affaire peut encore avoir été influencée par une pratique plus importante de l'osthéopathie non remboursée par la sécurité sociale et ne figurant donc pas dans les remboursements de la CNS et en tenant compte de la fonction comminatoire de la clause pénale, la Cour réduit le montant de celle-ci à 50.000 euros, le montant réclamé de 127.167 euros étant manifestement excessif par rapport au préjudice subi par l'appelant.

Par réformation du jugement entrepris, la demande d'**A.)** est partant à déclarer fondée pour le montant de 50.000 euros.

#### - Quant à la demande en suppression des données

Les juges de première instance ont retenu que ces demandes dirigées contre la partie adverse étaient irrecevables au motif qu'elles impliquaient une exécution à obtenir par un tiers au litige.

**A.)** conclut à ce que par réformation du jugement entrepris il soit fait droit à cette demande.

Il fait valoir que **B.)** serait en droit de demander la suppression de données personnelles le concernant ayant un lien avec le cabinet d'**A.)** sur base de l'article 17 du Règlement /UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel.

Il lui serait encore loisible de saisir la commission nationale pour la protection des données au cas où aucune suite ne serait donnée à sa demande.

L'intimé objecte qu'il n'a aucun pouvoir pour modifier les données sur **MEDIA1.)** alors que le titulaire du compte est **A.)**. Il demande la confirmation du jugement sur ce point.

L'article 17 du Règlement /UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel consacre en effet le droit pour la personne concernée d'obtenir du responsable du traitement l'effacement dans les meilleurs délais, de données à caractère personnel la concernant si elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées.

Il est constant que lorsqu'on tape le nom d'**A.)** sur **MEDIA1.)**, un encart à droite de l'écran affiche le nom de **B.)** suivi de l'adresse **RUE1.)** à **LIEU1.)**, qui est l'adresse professionnelle de l'appelant.

Il y a partant lieu, par réformation du jugement entrepris, de faire droit à cette demande et d'enjoindre à **B.)** de demander au responsable du traitement des données la suppression des données personnelles le concernant en lien avec une recherche portant sur les mots clefs « **A.) LIEU1.)** » et « Kiné **LIEU1.)** » dans le mois qui suit la signification du présent arrêt.

**B.)** ayant succombé à l'appel interjeté par **A.)**, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure requiert un rejet tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

La demande formulée aux mêmes fins par **A.)** est à déclarer fondée pour le montant de 1.200 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

#### **PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

dit l'appel recevable,

le dit partiellement fondé,

**réformant :**

dit la demande d'**A.)** fondée à hauteur du montant de 50.000 euros auquel la Cour réduit la clause pénale,

condamne **B.)** à payer à **A.)** le montant de 50.000 euros avec les intérêts au taux légal à dater de la demande en justice jusqu'à solde,

enjoint à **B.)** de demander au responsable du traitement de **MEDIA1.)** ou de toute autre société gérant un moteur de recherche sur internet la suppression des données personnelles le concernant en lien avec une recherche portant sur les mots clefs « **A.) LIEU1.)** » et « **KINE LIEU1.)** » dans le mois qui suit la signification du présent arrêt sous peine d'une astreinte de 100 euros par jour de retard, plafonnée à 10.000 euros,

déboute **B.)** de ses demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

le condamne à payer à **A.)** une indemnité de procédure de 1.200 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

condamne **B.)** aux frais et dépens des deux instances.