

**Audience publique du dix-neuf juin deux mille dix-neuf**

Numéro 44973 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;  
Karin GUILLAUME, premier conseiller;  
Yola SCHMIT, conseiller;  
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. A), demeurant à F-(...),

2. la société à responsabilité limitée SOC1), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch/Alzette en date du 26 mai 2017,

comparant par la société à responsabilité limitée DCL Avocats, établie et ayant son siège social à L-2324 Luxembourg, 9, avenue Jean-Pierre Pescatore, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Guy PERROT, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse,

e t :

1. la société anonyme SOC2), anc. SOC2') S.A. et précédemment SOC2''), établie et ayant son siège social à L-(...) représentée par son conseil d'administration,

2. la société anonyme SOC3), anc. SOC3'), établie et ayant son siège social à L-(...) représentée par son conseil d'administration,

**3. la société anonyme SOC4),** établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

**4. la société à responsabilité limitée SOC5),** établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant,

**5. la société à responsabilité limitée SOC6),** établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant,

**6. B),** demeurant à L-(...),

intimés aux fins du susdit exploit GLODEN du 26 mai 2017,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

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

intimé aux fins du susdit exploit GLODEN du 26 mai 2017,

comparant par Maître Virginie BROUNS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

**8. la société anonyme SOC7),** établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN du 26 mai 2017,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

### Exposé du litige

A titre préliminaire, il y a lieu de signaler que le 23 mars 2014, la société **SOC10**) S.A. a changé de dénomination sociale en **SOC11**) S.A. et la société **SOC2'**) S.A. a changé de dénomination sociale en **SOC2**) S.A.

Suivant contrat de travail du 15 avril 2002, **A**) a été engagée par la société anonyme **SOC10**) S.A. en qualité de « *Key Account Manager* ».

Le 18 septembre 2006, elle a signé un pacte d'actionnaires avec la société **SOC2''**) S.A., devenue par la suite la société **SOC2'**) S.A. et actuellement **SOC2**) S.A. Par cette convention, elle s'est engagée à acquérir 110 actions de catégorie B de cette société qui détenait notamment la société **SOC10**) S.A.

Le 11 janvier 2011, **A**) a créé la société **SOC1**) qui est une société de participations financières dont l'activité principale consiste à détenir les actions de la société **SOC2'**) S.A. La société **SOC1**) appartient à 100% à **A**).

Les 19 janvier et 14 juillet 2011, la société **SOC1**) a d'abord acquis 20 ensuite 70 actions de catégorie B de la société **SOC2''**) S.A. (par la suite **SOC2'**) S.A. et actuellement **SOC2**) S.A.) de sorte que le total des actions détenues par **A**) et la société **SOC1**) s'élevait à 200.

Des mésententes graves entre actionnaires étant apparues en 2012, le contrat de travail conclu entre **A**) et la société **SOC10**) S.A. a été résilié par lettre du 28 mai 2013 avec un préavis expirant le 31 décembre 2013 et dispense de travail durant le préavis.

Par contrat de cession d'actions et de sortie du pacte d'actionnaires de la société **SOC2'**) S.A. du même 28 mai 2013, la société **SOC1**) a cédé chaque fois 50 actions de la société **SOC2'**) S.A. aux sociétés **SOC6**) S.A.R.L., **SOC4**) S.A., **SOC5**) S.A.R.L. et à **B**).

Ce contrat contient en son article 7 intitulé : « *Engagement de bienveillance et non concurrence* » la clause actuellement litigieuse libellée comme suit :

« *Chaque Partie s'engage, dans un souci de bienveillance mutuelle, à respecter les intérêts de la Société **SOC2'**), du groupe **SOC2'**) au sens large, des sociétés appartenant au groupe **SOC2'**), de l'ensemble des*

actionnaires, mandataires sociaux et employés du groupe **SOC2'**) 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 **SOCI**) 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 **SOC2'**) 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 **SOC2'**) 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 **SOC2'**) 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 **SOC2'**) 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 **SOC2'**) 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 **SOC2'**) 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 **SOCI**) 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 **SOCI**) 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 SOC2') ou à toute société du groupe victime de la violation (à déterminer librement par la Société SOC2')) 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) occupe le poste de directrice d'agence de la société SOC9) Luxembourg, active en qualité d'agent immobilier et partant concurrente des sociétés du groupe SOC2).

Les 13 et 14 janvier 2014, la société SOC2'), la société SOC10) et la société SOC3') 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 le 28 mai 2013.

La société anonyme SOC2') SA, actuellement SOC2), a assigné A) et la société SOC1) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour les entendre 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 entendre 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 du contrat de cession d'actions et de sortie de pacte d'actionnaires du 28 mai 2013.

La société SOC2') S.A. a de même fait pratiquer saisie-arrêt entre les mains des sociétés anonymes BQUE1) S.A., BQUE2) S.A. et de la BQUE3) pour sûreté et avoir paiement du montant de 188.000 € ledit montant correspondant au montant réclamé au titre de la clause pénale au moment où la saisie-arrêt a été pratiquée.

A) et la société SOC1) ont résisté à la demande en concluant à l'annulation de la clause litigieuse, demandant en ordre subsidiaire sa réduction.

Celles-ci avaient de même assigné les sociétés **SOC2)** S.A., **SOC3)** S.A.,**SOC6)** SARL, **SOC4)** S.A., **SOC5)** SARL ainsi que **B)** pour demander l'annulation de la clause de non concurrence sinon sa réduction.

### Le jugement du 3 mars 2017

Le tribunal a déclaré valable la clause de non-concurrence, a rejeté la demande en réduction de la clause et a condamné **A)** et la société **SOC1)** solidairement au paiement de la somme de 706.000 € entre les mains de la société **SOC2)** avec les intérêts légaux sur la somme de 60.000 € à partir du 13 février 2014, sur la somme de 370.000 € à partir du 20 août 2014 et sur le solde de 276.000 € à partir du 26 février 2015 jusqu'à solde.

Par même jugement, il a validé la saisie-arrêt pour le montant de 188.000 € avec les intérêts légaux sur la somme de 60.000 € à partir du 13 février 2014 et sur le solde de 128.000 € à partir du 20 août 2014 jusqu'à solde, le montant de 188.000 € correspondant au montant réclamé au titre de la clause pénale au moment où la saisie-arrêt a été pratiquée.

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* à payer à la société **SOC2)** une indemnité de procédure de 1.500 €. Elles ont encore été condamnées *in solidum* aux frais et dépens de l'instance.

### L'appel

Contre ce jugement signifié à la société **SOC1)** le 26 avril 2017 et à **A)** le 11 mai 2017, celles-ci ont régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 26 mai 2017.

Elles reprennent les moyens déjà opposés en première instance à savoir :

- que la société **SOC2)** n'avait ni qualité ni intérêt pour agir ;

- que l'assignation des 29 et 30 avril 2014 était irrecevable alors que la société **SOC2)** y formulait les mêmes demandes en condamnation que celles contenues dans son assignation du 13 février 2014 dont elle ne se serait pourtant pas désistée.

Quant au fond elles demandent à la Cour de constater :

- qu'**A)** n'était pas partie à la convention du 28 mai 2013 et que son engagement de non-concurrence ne pouvait être qualifié de contractuel,
- que ledit engagement était dépourvu de cause, sinon entachée d'une fausse cause,
- que l'engagement n'était pas valable au regard de la liberté d'entreprendre, puisque cet engagement n'était pas rémunéré, qu'il était étendu à un champ d'application territorial excessif, qu'il avait un objet imprécis et qu'il n'était pas proportionné aux intérêts légitimes des sociétés du groupe **SOC11)** d'une part, ni d'**A)** et de la société **SOC1)** d'autre part,

Elles demandent partant de déclarer nul l'engagement contenu dans la convention du 28 mai 2013 et de se voir décharger de l'ensemble des condamnations prononcées en première instance et d'ordonner la mainlevée de la saisie-arrêt.

A titre subsidiaire, elles demandent à la Cour de constater que la société **SOC2)** n'est pas fondée à poursuivre l'exécution de l'engagement de non-concurrence alors qu'en raison de son objet social, elle n'a subi aucun préjudice direct.

A titre encore plus subsidiaire, elles demandent à la Cour de constater qu'**A)** a agi de bonne foi en se fiant aux conseils de Maître **C)**, partant en application des articles 1152 et 1231 du Code civil, réduire le quantum de la clause pénale à de plus justes proportions.

En tout état de cause, elles demandent la condamnation de la société **SOC2)** S.A. à leur payer à chacune la somme de 45.000 € au titre du préjudice matériel qu'elles subissent du chef de frais et honoraires d'avocat qu'elles ont exposés pour se défendre contre la demande et elles demandent une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

Par conclusions notifiées le 14 août 2017, les sociétés **SOC2)** SA, **SOC3)**, **SOC6)**, **SOC4)**, **SOC5)** et de **B)** ont soulevé l'irrecevabilité pour libellé obscur de la demande en condamnation pour les frais d'avocat.

Ils concluent à la confirmation du jugement sous réserve de leur appel incident en ce que les premiers juges n'ont pas fait droit à leur demande en condamnation d'**A)** et de la société **SOC1)** au paiement des frais et honoraires d'avocat qu'ils ont exposés et du chef desquels ils réclament paiement d'un montant de 61.992,06 €

Ils demandent une indemnité de procédure de 5.000 €

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

Ceux-ci concluent à l'irrecevabilité de cette demande en contestant que les conditions pour être mis en intervention en instance d'appel soient réunies.

### *L'appel principal*

Quant à la recevabilité des assignations introductives d'instance signifiées à la requête de la société **SOC2)**

**A)** et la société **SOC1)** réitèrent leur moyen d'irrecevabilité tiré du défaut d'intérêt et de qualité pour agir dans le chef de la société **SOC2)** (anciennement **SOC2')**) en affirmant que la société **SOC2)** resterait en défaut de prouver qu'une atteinte ait été portée à un droit lui appartenant alors que la violation de l'obligation de non-concurrence qu'elle invoque ne serait pas susceptible de porter atteinte à des droits qui lui seraient personnels puisque son objet social ne serait pas l'exercice d'une activité commerciale mais la détention de participations financières.

La société **SOC1)** conclut en outre à l'irrecevabilité de la demande pour autant qu'elle soit concernée motif pris qu'elle-même n'aurait pas violé la clause litigieuse de sorte que la société **SOC2)** n'aurait pas d'intérêt à agir à son encontre.

Il découle des assignations introductives d'instance que la société **SOC2)** invoque la violation par **A)** de la clause de non-concurrence stipulée dans la convention de cession d'actions du 28 mai 2013 qui lui profiterait personnellement, même dans l'hypothèse où elle ne serait pas personnellement victime de l'acte de concurrence, et elle demande le paiement de la peine conventionnelle fixée de 2.000 euros par jour de violation de la clause, sinon le paiement de la contrepartie dudit engagement évaluée à 215.000 euros.

La société **SOC2)** se prétend donc personnellement titulaire des droits se dégageant de la convention du 28 mai 2013 de sorte que l'action introduite contre la société **SOC1)** et **A)** est susceptible de lui procurer un avantage.

En ce qui concerne ensuite l'action dirigée contre la société **SOC1)**, la société **SOC2)** se base sur la convention litigieuse aux termes de laquelle **A)**

et la société **SOC1**) se sont engagées solidairement au versement des pénalités en cas de violation de la clause de non concurrence.

Les premiers juges ont rappelé à juste titre le principe que toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a intérêt et qualité pour agir en justice, ni la qualité ni l'intérêt pour agir en justice n'étant une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition du bien-fondé de sa demande.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont retenu qu'indépendamment de la question de la validité des clauses conventionnelles invoquées et du fondement des demandes dirigées par la société **SOC2'**) contre **A**) et contre la société **SOC1**), la partie demanderesse avait donc intérêt et qualité à agir.

**A**) et la société **SOC1**) concluent encore à l'irrecevabilité de la demande en se référant à l'article 22 (1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés aux termes duquel : « *est irrecevable toute action principale, reconventionnelle ou en intervention qui trouve sa cause dans une activité commerciale pour laquelle le requérant n'était pas immatriculé lors de l'introduction de l'action* ».

Ce moyen n'est pas fondé alors que la demande de la société **SOC2**) ne trouve pas sa cause dans une activité commerciale, mais tend à sanctionner le non-respect d'une clause de non-concurrence.

**A**) et la société **SOC1**) concluent encore plus particulièrement à l'irrecevabilité des assignations des 29 et 30 avril 2014 qui feraient double emploi avec l'assignation du 13 février 2014.

C'est à bon droit que les premiers juges ont considéré que, puisque la société **SOC2**) avait renoncé par voie de conclusions à sa deuxième demande en condamnation contenue dans les exploits des 29 et 30 avril 2014 (qui tendaient à la validation de la saisie-arrêt), le moyen d'irrecevabilité était désormais sans objet.

#### Quant au fond

- quant à la clause de non-concurrence

- quant à la qualité de partie d'**A**) au contrat de cession d'actions

**A)** conteste avoir été partie à la convention de cession d'actions et de sortie de pacte d'actionnaires du 28 mai 2013 de sorte que la clause de non-concurrence ne lui serait pas opposable.

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 **SOC2'**), de la société **SOC8**), de **D)**, de **E)**, de **F)**, d'**A)**, de **G)** et de **H)**, tous qualifiés de « *parties* » à l'acte.

Pour le contenu intégral de la convention, il est renvoyé aux pages 4 et 5 du présent arrêt (**à modifier le cas échéant après mise en page**).

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 **SOC2'**) appartenant à **SOC1**) 5. ».

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 SOC2') ou à toute société du groupe victime de la violation (à déterminer librement par la Société SOC2')) 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 **SOC2'**) 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.

- quant à la cause de l'engagement d'A)

A) soutient que les contre-prestations prévues à l'article 7, alinéa 6 de la convention, à savoir la renonciation par les cessionnaires à la décote et la rétrocession en cas de revente des actions, auraient été stipulées *expressis verbis* « au cédant » autrement dit au profit de la société **SOC1**) de sorte que ces contre-prestations ne lui bénéficieraient ni immédiatement ni directement. Ce serait donc à tort que les premiers juges auraient conclu que l'engagement pris par A) dans la convention du 28 mai 2013 ne serait pas dépourvu de cause.

Les premiers juges ont correctement rappelé les principes applicables en matière de recherche de la cause d'une obligation et la Cour s'y rallie.

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 contrevaletur 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 **SOC1**) et non à son propre profit. Or, la société **SOC1**) 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 **SOC1**), la contrepartie financière stipulée au profit de la société **SOC1**) lui revenait intégralement. Dans la convention A) a d'ailleurs déclaré « *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* ».

- quant à la validité de la clause de non-concurrence

**A)** oppose la nullité de la clause de non-concurrence au regard des atteintes portées à la liberté d'entreprendre.

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.

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.

- quant à la violation de la clause de non-concurrence

Il est constant en cause que depuis le 13 janvier 2014 **A**) travaille pour **SOC9**), soit une firme directement concurrente du groupe **SOC11**) tant sur le marché national que sur le marché international.

Elle a donc violé la clause de non-concurrence.

La société **SOC1**) fait valoir qu'elle n'a commis aucun acte de concurrence.

Or, au vu de la stipulation de l'article 7 de la convention du 28 mai 2013, la société **SOC1)** s'est engagée solidairement avec **A)** à verser à **SOC10) GROUP** ou à toute société du groupe victime de la violation, une indemnité conventionnelle de sorte qu'un fait personnel de la société **SOC1)** n'est pas requis pour que l'indemnité soit due.

- quant à la clause pénale

En dernier ordre de subsidiarité, **A)** et la société **SOC1)** concluent à la réduction du quantum prévu par la clause pénale.

La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution du contrat, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution. Elle constitue une évaluation conventionnelle et forfaitaire des dommages-intérêts contractuels qui a précisément pour but d'éviter les difficultés d'évaluation judiciaire des dommages-intérêts en établissant un forfait qui supprime toute discussion sur la réalité et l'importance du préjudice. L'utilité de la clause pénale est ainsi doublement marquée. D'une part, elle répond à l'intérêt qu'a le créancier de forcer le débiteur, par la crainte d'une peine, à remplir correctement son engagement. D'autre part, elle tend à soustraire aux aléas de l'appréciation du juge la détermination des conséquences pécuniaires du manquement du débiteur. La clause pénale a ainsi une double fonction: à côté de sa fonction indemnitaire, elle a également une fonction comminatoire (Cour 9 juillet 2014, n° 39 644 du rôle).

Aux termes de l'article 1152 du Code civil :

*« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*

*Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite ».*

Si l'article 1152 du Code civil consacre le caractère forfaitaire des dommages et intérêts convenus par les parties pour le cas d'inexécution par l'une d'elles des obligations découlant de leur contrat, toujours est-il que le législateur, dans un souci d'équité, a, par la loi du 15 mai 1987, donné au juge la possibilité de modérer ou d'augmenter la peine convenue si celle-ci est manifestement excessive ou dérisoire.

En ouvrant la voie au pouvoir modérateur du juge pour prévenir des excès en la matière, cette législation ne devait cependant présenter qu'un caractère d'exception. Le législateur n'entendait pas remettre en cause la vertu coercitive et l'efficacité préventive de la clause pénale.

Le maintien de la peine convenue est donc la règle et la modification de cette peine est l'exception. Le caractère manifestement excessif ou non de la clause incriminée, doit être objectivement apprécié et ce à la date où le juge statue.

Il appartient au juge dans le cas d'espèce d'apprécier si la pénalité prévue au contrat est manifestement excessive. Pour ce faire les juges se basent normalement sur plusieurs critères objectifs :

Un des critères est la comparaison entre le montant de la peine stipulée et l'importance du préjudice effectivement subi par le créancier du fait de l'inexécution : il faut qu'il y ait une trop grande disproportion entre la peine et le préjudice.

Un autre est l'examen de la situation respective des parties pour le cas où la clause pénale devait être appliquée dans toute sa rigueur : il serait, en effet, injuste que par son application le créancier tire un plus grand avantage de l'inexécution de l'obligation que de son exécution normale.

Un troisième est l'appréciation de la bonne foi du débiteur : il serait injuste de le faire profiter d'une réduction s'il a failli volontairement et de mauvaise foi à ses obligations.

En l'espèce, le montant de la clause pénale est important.

Il ressort toutefois des pièces versées que dès les 13 et 14 janvier 2014 donc dès son entrée en fonction auprès de **SOC9**), tant **A**) et que la société **SOC1**) ont été mises en demeure de cesser l'acte de concurrence incriminé par la société **SOC2'**) et que ces mises en demeure n'ont été suivies d'aucun effet.

L'envergure de la clause pénale actuellement redue trouve donc sa cause dans le fait qu'**A**) a volontairement et en connaissance des revendications de la société **SOC2'**), actuellement **SOC2**), continué à violer son obligation de non-concurrence.

**A**) ne peut donc pas être considérée comme ayant été de bonne foi dans le manquement par elle commis.

L'explication qu'elle s'est fiée aux conseils de son précédent mandataire selon lequel la clause de non-concurrence était manifestement nulle ne saurait être pris en considération pour réduire la clause pénale, cet argument pouvant tout au plus valoir dans le cadre d'une éventuelle action en responsabilité contre celui-ci.

Il en suit qu'elle ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 1152 du code civil.

Le codébiteur solidaire **SOC1)** reste tenu au même titre.

- quant aux frais d'avocat et aux indemnités de procédure

Dans leur acte d'appel, **A)** et la société **SOC1)** réclament chacun le paiement de 45.000 € afin de compenser le préjudice matériel qu'ils ont subi pour assurer leur défense.

Sans critiquer la recevabilité de cette demande comme étant nouvelle en appel, la société **SOC11)** en oppose la nullité en raison de son libellé obscur en reprochant à **A)** et à la société **SOC1)** de réclamer à la page 21 de leur acte d'appel la somme de 45.000 €, à la page 23 la somme de 50.000 € et finalement dans le dispositif la somme de 45.000 €. Il ne serait par ailleurs pas clair si chacune d'elles solliciterait ce montant ou s'il était réclamé pour les deux parties ensemble.

Dans la mesure où il découle du dispositif de l'acte d'appel qu'**A)** et la société **SOC1)** réclament chacune la somme de 45.000 €, le montant de 50.000 € figurant à la page 23 de l'acte d'appel est à considérer comme constituant une erreur matérielle.

Tout en soutenant qu'elle n'aurait pas su se défendre utilement, la société **SOC11)** a pris position en contestant une quelconque faute en son chef de sorte qu'elle n'a subi aucun grief et le moyen de nullité est à rejeter.

La circonstance que l'article 240 du Nouveau code de procédure civile permet au juge, sur le fondement de l'équité, d'allouer à une partie un certain montant au titre des sommes non comprises dans les dépens, dont les honoraires d'avocat, n'empêche pas une partie de réclamer ces honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice.

Au vu de l'issue du litige, la société **SOC11)** n'a commis aucune faute qui justifierait sa condamnation au paiement des honoraires d'avocat exposés par **A)** et la société **SOC1)** de sorte que cette demande est à rejeter.

Il en est de même de leur demande en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel, seule la partie obtenant gain de cause pouvant en bénéficier.

### *L'appel incident*

Les sociétés **SOC2)**, **SOC3)**, **SOC4)**, **SOC5)**, **SOC6)** ainsi que **B)** ont régulièrement interjeté appel incident, demandant, par réformation, à la Cour de condamner **A)** et la société **SOC1)** à leur payer la somme de 61.992,06 € correspondant aux frais et honoraires d'avocat qu'ils ont exposés depuis le début de la violation par **A)** de la clause de non concurrence.

Ils reprochent à **A)** et à la société **SOC1)** d'avoir abusivement résisté à leur demande et d'avoir poursuivi en justice l'annulation de la clause de non concurrence.

La base invoquée à l'appui de cette demande est donc celle de l'abus de droit d'agir en justice.

En l'occurrence, bien qu'**A)** et la société **SOC1)** perdent le procès, ce seul fait n'est pas de nature à engager leur responsabilité pour abus du droit d'agir en justice.

Aucun élément du dossier ne permettant de conclure qu'**A)** ou la société **SOC1)** aient été animées de pure mauvaise foi, l'action en justice voire la défense à la demande de la société **SOC11)** dans l'exercice légitime de leur droit d'ester en justice et leur responsabilité ne saurait être engagée de ce chef.

L'appel incident n'est donc pas fondé.

Il est cependant inéquitable de laisser à la charge exclusive des parties intimées les frais irrépétibles qu'elles ont exposées pour se défendre contre l'appel principal et il convient de leur allouer l'indemnité de procédure qu'elles réclament de ce chef soit 2.500 €

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que le jugement du 3 mars 2017 est à confirmer.

**Quant à la mise en intervention forcée en appel de Maître C) et de la compagnie d'assurances SOC7)**

A) et la société SOC1) ont mis en intervention Maître C) et la compagnie d'assurances SOC7) aux fins de déclaration d'arrêt commun.

Elles soutiennent que depuis la négociation du protocole d'accord entre actionnaires jusqu'au prononcé du jugement entrepris, A) aurait entièrement fait confiance à son conseil Maître C) qui l'aurait toujours confortée, non seulement oralement, mais aussi par écrit, dans l'idée que l'engagement qu'elle avait souscrit était nul et qui l'aurait même encouragée à continuer son emploi après la mise en demeure du 13 janvier 2014 par la société SOC2).

Dès lors, et dans l'hypothèse où la validité de l'engagement d'A) serait confirmée par la Cour, A) et la société SOC1), tenue solidairement aux conséquences éventuelles d'une violation de cet engagement, seraient fondées à mettre en intervention aux fins de déclaration d'arrêt commun Maître C), d'une part, en sa qualité d'avocat ayant prodigué des conseils qui s'avèreraient erronés et auxquels elle s'est fiée pour accepter l'offre de la société SOC9) (Luxembourg) et, d'autre part, la société SOC7) S.A., en sa qualité d'assureur en responsabilité civile professionnelle de Maître C), le tout afin que l'arrêt à intervenir leur soit opposable et préserver ainsi leurs droits.

C'est à tort que tant Maître C) que la société SOC7) opposent la nullité de cette demande en raison de son libellé obscur alors qu'il résulte clairement du dispositif de l'acte d'appel qu'il tend à leur faire déclarer commun l'arrêt à intervenir et que dans la motivation A) et la société SOC1) ont expliqué les raisons pour lesquelles elles formulaient cette demande.

C'est encore à tort qu'ils opposent l'irrecevabilité de cette demande au motif qu'il s'agirait d'une demande nouvelle formulée pour la première fois en instance d'appel. La simple assignation conservatoire en déclaration d'arrêt commun est en effet essentiellement distincte d'une mise en cause proprement dite ou d'un appel en garantie, puisqu'elle ne tend pas, comme ceux-ci, au prononcé d'une condamnation, ce qui la rendrait irrecevable comme nouvelle en appel et violant le principe du double degré de juridiction (Cour, 7 janvier 1975, Pas. 23, page 68).

Aux termes de l'article 594 du Nouveau code de procédure civile, l'intervention en appel n'est recevable que de la part de ceux qui auraient le droit de former tierce opposition. La mise en intervention forcée est corrélative à l'intervention volontaire et les personnes qui auraient le droit

de former tierce opposition peuvent être mises en cause en appel aux fins de déclaration d'arrêt commun (Cour, 15 décembre 2010, Pas. 35, page 540).

N'est recevable à former tierce opposition que la partie à laquelle la décision, ou par extension l'exécution de celle-ci, préjudicie à ses droits ou plus largement porte atteinte à ses droits. Pour être admis à former tierce opposition, il faut donc justifier d'un préjudice ou de la menace d'un préjudice.

Tel est le cas en l'espèce alors qu'il découle des conclusions prises par **A)** et la société **SOC1)** qu'elles n'excluent pas l'éventualité d'agir en responsabilité contre l'avocat qui leur aurait donné des conseils erronés et son assureur qui le couvre en responsabilité civile professionnelle.

Il y a partant lieu de déclarer l'arrêt commun à Maître **C)** et à la société **SOC7)**.

Maître **C)** réclame une indemnité de procédure de 2.500 € Ne justifiant pas la condition d'iniquité de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, cette demande est à rejeter.

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

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

déclare les appels principal et incident non fondés et les rejette ;

**confirme** le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 3 mars 2017 ;

dit non fondées les demandes d'**A)**, de la société à responsabilité limitée **SOC1)** et de Maître **C)** en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne **A)** et la société à responsabilité limitée **SOC1)** *in solidum* à payer aux sociétés anonymes **SOC2)**, **SOC3)** et **SOC4)**, aux sociétés à responsabilité limitée **SOC5)** et **SOC6)** et à **B)** une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel ;

condamne **A)** et la société à responsabilité limitée **SOC1)** *in solidum* aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Mario DI STEFANO, avocat constitué, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance ;

déclare l'arrêt commun à Maître **C)** et à la société anonyme **SOC7)** S.A..