

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

RÉFÉRÉ N° 71/2023

Numéro TAD-2023-00780 du rôle.

Audience publique des référés tenue le mardi, 7 novembre 2023 à 14.15 heures au Palais de Justice à Diekirch, où étaient présentes

Silvia ALVES, juge près le Tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant comme juge des référés, en remplacement de la Présidente dudit tribunal,

Suzette KALBUSCH, greffier assumé,

dans la cause

ENTRE

la société à responsabilité limitée **SOCIETE1.) S.à.r.l.**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), ayant un cabinet secondaire à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

partie demanderesse, comparant par **Maître Michel KARP**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

ET

PERSONNE1.), kinésithérapeute, née le DATE1.), demeurant à titre privé à B-ADRESSE3.) et professionnellement à L-ADRESSE4.),

partie défenderesse, comparant par **Maître David CASANOVA**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

FAITS

Par exploit de l'huissier de justice Georges WEBER, immatriculé près le Tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, du 14 juin 2023, la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à.r.l. a fait donner assignation à PERSONNE1.) à comparaître devant la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant comme juge des référés, au

Palais de Justice à Diekirch, à l'audience publique des référés du mardi, 11 juillet 2023, à quatorze heures quinze, aux fins spécifiées ci-après :

Après deux remises, l'affaire a été utilement retenue à l'audience publique des référés du mardi, 24 octobre 2023.

Maître Michel KARP, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, mandataire de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à.r.l., a donné lecture de l'assignation et a été entendu en ses explications.

Maître David CASANOVA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, mandataire d'PERSONNE1.), a été entendu en ses moyens de défense et explications.

Sur ce, le juge des référés prit l'affaire en délibéré et fixa jour pour le prononcé à l'audience publique des référés du mardi, 7 novembre 2023, à laquelle fut rendue l'

ORDONNANCE

qui suit :

Faits constants

Les faits constants, tels qu'ils résultent de l'acte introductif d'instance, des pièces versées en cause ainsi que des renseignements fournis par les parties à l'audience, peuvent se résumer comme suit :

Après avoir obtenu son diplôme de kinésithérapeute, PERSONNE1.) (désignée ci-après « PERSONNE2.) ») a conclu un contrat de collaboration *freelance* avec le kinésithérapeute PERSONNE3.) en date du 19 août 2019 aux termes duquel elle s'est engagée à prester des travaux de kinésithérapie dans les cabinets appartenant à PERSONNE3.) en contrepartie d'une rémunération correspondant à un pourcentage des prestations par elle réalisées. Ce contrat a été conclu pour une durée d'un an.

La collaboration entre les parties s'est poursuivie au-delà de cette durée initiale d'un an, les parties ayant conclu de nouveaux contrats de collaboration, à savoir :

- un contrat de collaboration signé en date du 11 octobre 2020 pour une durée de 6 mois,
- un contrat de collaboration signé en date du 11 avril 2021 pour une durée de 6 mois,
- un contrat de collaboration signé en date du 11 octobre 2021 pour une durée indéterminée,
- un contrat de collaboration signé en date du 4 août 2022 pour une durée d'un an qui devait donc venir à expiration le 4 août 2023.

Tous les contrats de collaboration signés entre les parties comportent une clause de non-concurrence. Aux termes du dernier contrat du 4 août 2022, cette clause est libellée comme suit :

« Pendant la durée du présent contrat, le prestataire renonce à exercer toute autre activité professionnelle complémentaire à celle régie par le présent contrat pour le compte d'autrui sans l'accord préalable de Monsieur PERSONNE4.).

En cas de résiliation du présent contrat, Madame PERSONNE5.) s'interdit pendant une durée de deux ans qui suivent la fin des relations contractuelles d'ouvrir un cabinet de kinésithérapie ou de travailler pour le compte d'autrui dans un périmètre de 25Km de l'établissement de kinésithérapie de Monsieur PERSONNE4.).

Il s'engage en outre durant la durée de deux ans à ne pas faire de concurrence directe ou indirecte à Monsieur PERSONNE4.) en dehors du périmètre de 25 Km. »

La collaboration entre les parties a pris fin le 26 septembre 2022. Les parties sont en désaccord quant aux causes ayant conduit à cette rupture de leur relation contractuelle : tandis que PERSONNE3.) soutient aux termes de l'assignation que ce serait PERSONNE2.) qui aurait pris l'initiative de mettre un terme à leur collaboration en l'informant une semaine avant son départ de son souhait de quitter son cabinet, PERSONNE2.) prétend que ce serait PERSONNE3.) qui lui aurait demandé de ne plus se présenter dans son cabinet.

Suivant contrat de bail ayant pris effet le 15 octobre 2022, PERSONNE2.) a pris en location, ensemble avec PERSONNE6.), qui exerçait également la profession de kinésithérapeute au sein du cabinet de PERSONNE3.), un appartement sis à ADRESSE5.), dans lequel elle exploite actuellement son propre cabinet de kinésithérapeute.

Par courrier recommandé de son mandataire du 14 décembre 2022, PERSONNE3.) a mis PERSONNE2.) formellement en demeure de fermer son cabinet situé à Diekirch dans un délai de huitaine en se prévalant de la clause de non-concurrence prévue dans le contrat de collaboration ayant lié les parties.

Par requête déposée en date du 25 janvier 2023, la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à.r.l. a saisi le Tribunal du travail de Diekirch aux fins de :

- entendre dire la clause de non-concurrence contenue dans les contrats d'PERSONNE2.) valable en l'état, sinon la réduire à la durée maximale légale et/ou réduire son étendue géographique,
- entendre dire que la clause de non-concurrence est applicable à compter de la décision à intervenir, sinon à compter de la demande, sinon à compter de la date de mise en demeure du 17 novembre 2022, sinon à compter de la fin du contrat ou toute autre date et période fixée par le tribunal,
- voir ordonner la fermeture du cabinet ouvert par PERSONNE2.) situé à L-ADRESSE4.), au sein duquel elle exerce sous l'enseigne « SOCIETE2.) » sous astreinte de 1.000.- euros ou tout autre montant à fixer par le tribunal par jour de retard à compter du prononcé de la décision ou toute autre date fixée par le tribunal,
- voir constater sa perte de patients au profit de l'activité indépendante d'PERSONNE2.),
- entendre dire qu'PERSONNE2.) a détourné sa clientèle,
- entendre dire qu'PERSONNE2.) a manqué à ses obligations de loyauté et de fidélité à son égard,

- voir constater qu'PERSONNE2.) a organisé la création de son nouveau cabinet de kinésithérapie alors qu'elle travaillait encore pour le compte du requérant,
- voir condamner PERSONNE2.) au paiement d'une somme de 50.000.- euros ou tout autre montant à déterminer par expertise à titre de dommages et intérêts pour non-respect de la clause de non-concurrence du chef du préjudice commercial causé (perte de clientèle et réduction de bénéfice),
- entendre dire que cette somme sera augmentée des intérêts au taux légal à partir de sa date d'exigibilité (date d'ouverture de son cabinet), sinon de la mise en demeure, sinon de la demande en justice, jusqu'à solde,
- voir condamner PERSONNE2.) au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance,
- voir ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir nonobstant toutes voies de recours sur minute sans caution et avant enregistrement.

Prétentions et moyens des parties

Par exploit d'huissier de justice du 14 juin 2023, la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à.r.l. (désignée ci-après le « SOCIETE1.) ») a fait donner assignation à PERSONNE2.) à comparaître devant la Présidente du Tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant comme juge des référés, aux fins de :

- entendre dire que les agissements de l'assignée sont constitutifs d'une voie de fait, sinon d'un trouble manifestement illicite,
- voir ordonner à la partie adverse sous peine d'une astreinte de 3.000.- euros par jour de retard, sans limitation de montant :
 - de respecter la clause de non concurrence stipulée au contrat de collaboration et partant de cesser d'exercer son activité de kinésithérapeute à une distance inférieure à 25 km des cabinets de la partie requérante, sis à ADRESSE1.) et à ADRESSE2.),
 - de cesser d'utiliser le numéro de téléphone professionnel mis en place lors de sa collaboration avec la requérante (NUMERO2.)) et qui a servi à l'assignée à prendre contact avec l'ensemble de la clientèle de la partie requérante,
- entendre dire que l'astreinte prendra effet à compter de la signification de l'assignation, sinon du prononcé de la décision à intervenir, sinon de la signification de l'ordonnance à intervenir,
- se voir donner acte qu'elle se réserve expressément le droit de demander la condamnation de la partie adverse au paiement du manque à gagner suite au départ de ses patients vers l'assignée,

- voir ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir nonobstant toutes voies de recours sur minute sans caution et avant enregistrement,
- voir condamner la partie adverse à l'entièreté des frais et dépens, au vœu de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile,
- voir condamner la partie adverse à lui payer une indemnité de procédure de 2.500.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Au soutien de ses demandes, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) soutient que le fait pour PERSONNE2.) d'avoir ouvert, dès le lendemain de son départ, un cabinet de kinésithérapie à ADRESSE5.), soit à une distance d'à peine 290 mètres du cabinet de PERSONNE3.) à ADRESSE2.) et de 5,5 kilomètres de son cabinet à ADRESSE1.), constituerait une violation flagrante et manifeste de la clause de non-concurrence prévue dans les contrats ayant lié les parties. Le fait pour PERSONNE2.) de s'être maintenue dans les lieux et d'avoir poursuivi son activité de kinésithérapie à cette adresse, malgré la mise en demeure qui lui a été adressée en date du 14 décembre 2022, serait ainsi constitutif d'une voie de fait qu'il conviendrait de faire cesser immédiatement.

Aux termes de son assignation, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) fait valoir que la clause de non-concurrence qui était stipulée par écrit dans les différents contrats conclus entre les parties serait parfaitement valable, puisqu'elle serait limitée à une seule matière et qu'elle serait également limitée dans l'espace. Cette clause aurait ainsi laissé toute latitude à PERSONNE2.) d'exercer son métier en dehors du périmètre visé par la clause.

En installant son cabinet à une distance moindre de celle prévue par la clause de non-concurrence, PERSONNE2.) aurait violé les dispositions de l'article 1134 du Code civil aux termes duquel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi.

Le non-respect de cette clause de non-concurrence ne constituerait d'ailleurs pas seulement une violation flagrante des obligations contractuelles pesant sur PERSONNE2.), mais serait également à qualifier d'acte de concurrence déloyale. Le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) cite à cet égard un arrêt de la Cour d'appel du 4 avril 2019 et se réfère à une décision de la chambre disciplinaire du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes (en France) du 20 décembre 2013 aux termes de laquelle il aurait été retenu que « *le simple fait de s'installer à proximité de son ancien cabinet, même en n'ayant signé qu'un seul contrat prévoyant une clause de non-concurrence, et de prendre en charge des patients de son ancien lieu d'exercice dès sa nouvelle installation, rend coupable d'infraction aux dispositions de l'article R.4321-100 du code de déontologie* » français.

Le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) reproche plus particulièrement à PERSONNE2.) d'avoir commencé à détourner sa clientèle durant les mois ayant précédé son départ en transmettant, notamment, aux patients du cabinet le numéro de téléphone portable « NUMERO3.) » qu'elle aurait spécialement mis en place afin que les patients du cabinet puissent la contacter directement sans devoir passer par le secrétariat du cabinet. PERSONNE2.) n'aurait en outre plus distribué les cartes de visite de PERSONNE3.) aux patients de celui-ci, mais aurait remis aux patients ses propres cartes de visite. Elle aurait finalement encore répandu de fausses informations au sujet de l'activité de PERSONNE3.) en

indiquant à ses patients que ce dernier ne s'adonnerait plus qu'à une activité d'ostéopathie, sachant que celle-ci n'est pas prise en charge par la sécurité sociale.

Par ces agissements répétés et déloyaux, PERSONNE2.) aurait incité un grand nombre de patients réguliers, qui auraient été suivis de longue date pour des pathologies lourdes nécessitant des soins importants, de quitter le cabinet de PERSONNE3.) pour la suivre dans son nouvel établissement. Suite au départ d'PERSONNE2.), la partie demanderesse aurait constaté une perte de près de 32% de sa patientèle et une perte de 29% en termes d'honoraires.

Faisant valoir que la violation de la clause de non-concurrence par PERSONNE2.) serait incontestable et constituerait dès lors manifestement une voie de fait qu'il y aurait lieu de faire cesser, le cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) demande à voir interdire à PERSONNE2.) de poursuivre son activité de kinésithérapeute à une distance inférieure à 25 kilomètres de ses deux cabinets et à lui voir interdire de continuer à utiliser le numéro de téléphone « NUMERO3.) ».

PERSONNE2.) soulève principalement l'exception de litispendance et demande partant au juge des référés près le Tribunal d'arrondissement de ADRESSE2.) de se déclarer incompetent pour connaître de la demande du cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.).

Au soutien de ce moyen, PERSONNE2.) indique que, préalablement à la présente affaire, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) aurait introduit une requête devant le Tribunal du travail de ADRESSE2.) qui tendrait aux mêmes fins que l'assignation en référé du 14 juin 2023. Cette procédure introduite devant le Tribunal du travail par le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) serait encore pendante entre les parties, alors qu'aucune radiation ou désistement d'instance ne seraient intervenus. L'affaire se trouverait fixée pour plaidoiries à l'audience du 4 décembre 2023. Au vu de ces deux demandes identiques qui auraient été portées devant deux juridictions différentes, il appartiendrait à la juridiction saisie en second lieu de se déclarer incompetente, alors que les quatre conditions pour qu'il y ait litispendance seraient remplies en l'espèce. En ce qui concerne la compétence du Tribunal du travail pour connaître de la requête introduite par le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.), PERSONNE2.) souligne que ce serait le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) qui aurait fait le choix d'introduire sa demande devant les juridictions du travail, de sorte qu'il serait malvenu de contester désormais cette compétence « *seulement parce que cela l'arrange* ». Il n'appartiendrait d'ailleurs pas au juge des référés de se prononcer sur la compétence du Tribunal du travail.

A titre subsidiaire, au cas où le juge des référés ne se déclarerait pas incompetent, PERSONNE2.) conclut au débouté de l'intégralité des demandes formulées à son encontre, alors que celles-ci ne seraient pas fondées.

PERSONNE2.) soutient tout d'abord que seul le dernier contrat conclu entre les parties en date du 4 août 2022 serait à prendre en compte en l'espèce, puisque ce contrat prévoirait expressément qu'il remplace et annule le contrat précédemment conclu entre les parties.

PERSONNE2.) fait ensuite valoir que la clause de non-concurrence prévue aux termes dudit contrat serait abusive et ne serait partant pas valable et ce pour différents motifs.

La clause de non-concurrence serait tout d'abord abusive car elle n'aurait pas été libellée de manière suffisamment précise, de sorte qu'PERSONNE2.), qui serait à considérer comme étant la partie la plus faible au contrat, n'aurait pas été en mesure de savoir ce à quoi elle s'engageait. Ladite clause prévoirait en effet une interdiction d'exercer « *dans un périmètre de 25Km des établissements de kinésithérapie de Monsieur PERSONNE4.)* », sans autre précision. Au vu de son libellé, la clause aurait ainsi visé non seulement les cabinets existant de PERSONNE3.) mais également tous ses cabinets futurs éventuels. Si au jour de la signature du contrat, PERSONNE3.) exploitait deux cabinets, l'un à ADRESSE2.) et l'autre à ADRESSE1.), rien ne lui aurait toutefois interdit d'ouvrir d'autres cabinets aux endroits de son choix, de sorte que le périmètre visé par la clause de non-concurrence aurait pu être librement élargi par PERSONNE3.), le cas échéant sur tout le territoire luxembourgeois, empêchant ainsi PERSONNE2.) d'exercer son activité professionnelle au Luxembourg.

La clause de non-concurrence serait également abusive en raison de la durée d'interdiction de 2 ans qui y est prévue et qui serait excessive. Le contrat du 4 août 2022 n'aurait en effet lié les parties que pendant la période du 4 août 2022 au 26 septembre 2022, soit pendant une durée de 7 semaines. Le fait de prévoir une durée de 2 ans pendant laquelle une partie s'interdit de faire concurrence à l'autre après une relation contractuelle de 7 semaines seulement serait dès lors manifestement abusif.

La clause serait encore abusive en raison du fait qu'elle ne comporterait aucune contrepartie financière en faveur d'PERSONNE2.), tel que cela serait souvent le cas dans les contrats de ce genre. PERSONNE2.) aurait ainsi renoncé à faire concurrence au cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) sans obtenir la moindre contrepartie.

La clause litigieuse constituerait finalement encore une restriction excessive et injustifiée à la liberté de travail d'PERSONNE2.) qui, en cas d'application de la clause de non-concurrence, ne serait plus en mesure de s'adonner à sa profession. PERSONNE2.) souligne à cet égard que le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) ne rapporterait pas la preuve qu'il lui aurait appris un savoir-faire spécifique qu'il serait légitime de protéger par une clause de non-concurrence. Or, en l'absence d'un savoir-faire spécifique transmis par l'une des parties à l'autre, la jurisprudence considérerait de manière constante que la clause serait disproportionnée et devrait partant être annulée.

Pour tous ces motifs, la clause de non-concurrence prévue dans le contrat du 4 août 2022 serait à annuler et le cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) serait à débouter de toutes ses demandes, alors que celles-ci se baseraient exclusivement sur la clause litigieuse.

En ce qui concerne les faits allégués par la partie demanderesse dans l'acte introductif d'instance, PERSONNE2.) conteste formellement que ce soit elle qui ait pris l'initiative de mettre un terme à sa collaboration avec le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.). PERSONNE2.) soutient que ce serait PERSONNE3.) qui lui aurait demandé de partir. Elle renvoie à cet égard à un échange de messages qu'elle a eu avec l'épouse de PERSONNE3.) aux termes duquel cette dernière s'est opposée à ce qu'une cessation des relations d'un commun accord soit signée entre les parties en laissant sous-entendre qu'elle aurait des fautes graves à lui reprocher. Or, bien qu'PERSONNE2.) ait demandé à connaître ces prétendues fautes graves, aucune précision ne lui aurait été apportée à ce sujet et aucun manquement dans son chef ne se trouverait d'ailleurs établi.

PERSONNE2.) relève ensuite que la jurisprudence de la Cour d'appel du 4 avril 2019 citée dans l'assignation ne serait nullement transposable en l'espèce puisqu'elle concernerait un cas de figure totalement différent du présent cas d'espèce. Quant à l'article du code de déontologie français et la jurisprudence française rendue sur base de cet article, ceux-ci ne seraient d'aucune pertinence en l'espèce puisque ladite réglementation ne serait pas applicable au Luxembourg.

PERSONNE2.) conteste encore les allégations adverses selon lesquelles elle aurait préparé son départ longtemps en avance en commençant à détourner la clientèle du cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) dès les mois précédant la fin de leur collaboration. Ce serait avec l'accord de PERSONNE3.) qu'elle aurait pris un numéro de téléphone luxembourgeois pour être joignable pour les patients et qu'elle aurait créé des cartes de visite personnelles. PERSONNE3.) aurait été parfaitement informé de ces faits et n'aurait jamais formulé la moindre objection à ce sujet. Elle souligne en outre que le contrat de bail relatif aux locaux de son cabinet n'aurait été conclu que postérieurement à la cessation de la relation contractuelle entre les parties, ce qui serait également de nature à établir qu'elle n'aurait pas préparé son départ à l'avance. Quant au site internet évoqué dans l'assignation, celui-ci n'aurait jamais été créé et n'aurait dès lors de toute évidence pas servi à détourner la clientèle du cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.).

En ce qui concerne la prétendue baisse du chiffre d'affaires éprouvée par le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) suite à son départ, PERSONNE2.) fait valoir que celle-ci ne se trouverait pas établie par les pièces versées en cause. En outre, même à supposer que baisse du chiffre d'affaires il y ait eu, rien ne permettrait d'établir que celle-ci serait due à son départ. Il y aurait plusieurs raisons qui pourraient expliquer qu'un patient ne revienne pas chez son kinésithérapeute après une première consultation. Un kinésithérapeute ne pourrait ainsi jamais connaître son chiffre d'affaires futur puisqu'il n'aurait aucune garantie que les patients qu'il a traités reviendront le consulter. PERSONNE2.) précise finalement que le contrat conclu entre les parties ne contient aucune clause pénale pour le cas où la clause de non-concurrence ne serait pas respectée. Il appartiendrait ainsi au cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) de rapporter la preuve du préjudice réellement subi en relation avec l'activité professionnelle exercée par PERSONNE2.) s'il entend être indemnisé de ce chef. Or, une telle preuve ne serait pas rapportée en l'espèce et serait d'ailleurs impossible à rapporter.

PERSONNE2.) conteste finalement l'indemnité de procédure sollicitée par le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) tant dans son principe que dans son *quantum* et demande, à titre reconventionnel, à se voir attribuer une indemnité de 1.500.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) conclut au rejet du moyen de litispendance soulevé par PERSONNE2.) au motif que les deux juridictions saisies, dont l'une est une juridiction civile de droit commun et l'autre une juridiction d'exception, ne pourraient pas être toutes les deux compétentes de sorte qu'une des conditions pour qu'il y ait litispendance, à savoir celle que les juridictions soient pareillement compétentes, ne serait pas remplie en l'espèce. Le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) fait valoir qu'il appartiendrait au juge des référés de vérifier sa propre compétence et que pour ce faire, il devrait analyser les pièces versées en cause et notamment les contrats conclus entre les parties. Or, il résulterait desdits contrats qu'PERSONNE2.) aurait exercé la profession de kinésithérapeute à titre indépendant. La juridiction civile serait dès lors compétente pour connaître des demandes du cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.).

Quant au prétendu caractère abusif de la clause de non-concurrence, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) soutient que les termes de ladite clause seraient clairs et précis et ne laisseraient aucun doute quant au périmètre visé par ladite clause, à savoir 25 kilomètres à partir des deux cabinets exploités par PERSONNE3.) dont l'un se trouve à ADRESSE2.) et l'autre à ADRESSE1.). PERSONNE2.) aurait ainsi parfaitement su à quoi elle se serait engagée. Force serait d'ailleurs de relever que le périmètre de 25 kilomètres serait manifestement violé tant par rapport au cabinet d'ADRESSE1.) que par rapport au cabinet de ADRESSE2.).

Le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) relève en outre qu'PERSONNE2.) n'invoquerait aucune base légale à l'appui de son argumentaire. Elle ne citerait ainsi aucun texte légal qui interdirait de prévoir une clause de non-concurrence dans le contrat ayant lié les parties ou qui permettrait de qualifier ladite clause d'abusives.

Ladite clause n'aurait d'ailleurs rien d'abusif, puisqu'elle ne porterait nullement atteinte à la liberté de travail d'PERSONNE2.), alors qu'il aurait été possible pour cette dernière de travailler au Luxembourg en respectant le périmètre fixé par la clause de non-concurrence. Il y aurait en outre lieu de tenir compte de l'intégralité de la durée de collaboration entre les parties qui aurait porté sur une durée de plus de 4 ans et non pas seulement du dernier contrat qui n'a duré que 7 semaines.

Après avoir relevé que le juge des référés ne serait, en tout état de cause, pas compétent pour annuler une clause contractuelle, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) soutient encore que la demande d'PERSONNE2.) en annulation de la clause de non-concurrence ne serait pas fondée de sorte que même les juges du fond ne pourraient pas y faire droit.

Le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) indique finalement que la question de savoir quelle partie a été à l'origine de la rupture du contrat, de même que la question du préjudice subi en raison de la violation de la clause de non-concurrence ne seraient d'aucune pertinence devant le juge des référés devant lequel la partie demanderesse aurait seulement à prouver l'existence d'une voie de fait – voie de fait qui serait clairement établie en l'espèce en raison de la violation flagrante par PERSONNE2.) de la clause de non-concurrence. Il y aurait d'ailleurs urgence à intervenir puisque chaque jour pendant lequel PERSONNE2.) continue à exercer son activité dans son cabinet à ADRESSE2.), elle continuerait à violer le contrat conclu entre les parties.

L'indemnité de procédure sollicitée par PERSONNE2.) est contestée tant dans son principe que dans son *quantum*.

Quant à l'exception de litispendance

Aux termes de l'article 262 du Nouveau Code de Procédure Civile, s'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné.

La jurisprudence énonce quatre conditions pour que les circonstances procédurales engendrant l'application de l'exception de litispendance soient réunies :

- a) les deux demandes considérées doivent être absolument identiques, en ce qu'elles doivent présenter la triple identité de parties (y compris des qualités en lesquelles elles agissent), d'objet et de cause ;
- b) les deux demandes considérées doivent être portées devant deux juridictions différentes ;
- c) les deux juridictions saisies doivent être pareillement compétentes pour statuer sur la demande qui leur est soumise ;
- d) les deux juridictions doivent être réellement saisies d'une demande.

(cf. Thierry Hoscheit, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, Editions Paul Bauler, p.417).

En l'espèce, il y a identité de parties et de cause entre la requête introduite par le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) devant le Tribunal du travail et l'assignation en référé dont se trouve actuellement saisi le juge des référés près le Tribunal d'arrondissement de ADRESSE2.). L'objet des deux demandes n'est toutefois que partiellement le même, alors que la requête introduite devant la juridiction du travail ne tend pas seulement à voir ordonner la fermeture du cabinet de kinésithérapie ouvert par PERSONNE2.) à ADRESSE2.), mais comporte également une demande de dommages et intérêts.

Quant à la condition tenant à la compétence concurrente des deux juridictions saisies, il convient tout d'abord de rappeler que les règles concernant la compétence d'attribution sont d'ordre public et que le juge saisi doit partant examiner d'office et avant tout autre moyen sa compétence *ratione materiae*.

Le juge des référés est, comme toute autre juridiction, juge de sa compétence et il a, pour statuer sur celle-ci, les mêmes pouvoirs que le juge du fond. Il s'ensuit qu'il est notamment autorisé et même obligé d'examiner le fond du litige, lorsque sa compétence en dépend (voir en ce sens : Cour d'appel, 18 juin 1991, n° du rôle 12903, cité in Cour d'appel, 12 juillet 2023, arrêt N°105/23-VII-REF, n°CAL-2022-00895 du rôle).

En ce qui concerne plus particulièrement le contrôle de la compétence en matière de litispendance, il est en outre de jurisprudence que si les deux juridictions saisies sont toutes les deux de premier degré, la juridiction devant laquelle l'exception de litispendance est soulevée doit, avant de renvoyer l'affaire devant la juridiction antérieurement saisie, vérifier si cette dernière est bien compétente pour en connaître (Cass. Civ. 17 juillet 1930, DH 1930.491). D'abord facultative (Cass. req. 8 août 1864, S.1864.1.409), cette vérification est par la suite devenue obligatoire (Cass req. 8 février 1881, DP. 1882.1.329). Des arrêts précisent que le second juge ne doit même pas surseoir à statuer jusqu'à ce que la première juridiction se soit elle-même prononcée sur sa propre compétence (Cass., 17 juillet 1930, préc., sur l'ensemble de la question, PERSONNE7.), obs. RTD civ. 1950.87) (cité in Tribunal du travail de ADRESSE2.), 24 avril 2023, n°511/23).

Par conséquent, lorsque la juridiction saisie en second lieu est exclusivement compétente pour connaître de l'affaire, la litispendance est réglée à son profit. Le renvoi à une autre juridiction, eût-elle été saisie la première, ne saurait être ordonné dans ce cas.

La compétence d'attribution du Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, est la même que celle du Tribunal d'arrondissement dont il fait partie. Le juge des référés près le Tribunal d'arrondissement connaît ainsi en principe des affaires civiles et commerciales dont la valeur excède la somme de 15.000.- euros, ainsi que des affaires qui sont expressément attribuées au tribunal d'arrondissement par la loi. Conformément à l'article 8 du Nouveau Code de procédure civile, il a en outre encore compétence pour connaître des litiges qui ne sont pas susceptibles d'être évalués en argent, parmi lesquels il convient de ranger la demande dont il se trouve actuellement saisi.

Le tribunal du travail est, quant à lui, compétent pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail qui s'élèvent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin (*cf.* article 25 du Nouveau Code de procédure civile).

La jurisprudence définit le contrat de travail comme étant « *la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération* », le critère déterminant étant celui du lien de subordination, c'est-à-dire la faculté de l'employeur de donner des ordres à ses salariés quant aux lieux, l'heure et les modalités de travail, de contrôler l'exécution de ces ordres et de vérifier le résultat du travail. Pour apprécier l'existence ou l'absence d'un tel lien d'autorité, il y a lieu de tenir compte de différents critères d'appréciation, parmi lesquels figurent, entre autres, la volonté des parties telle qu'exprimée dans leur convention, indépendamment de la dénomination de celle-ci, la rémunération et la liberté d'organisation du travail et du temps de travail.

En l'espèce, il résulte expressément des contrats conclus entre les parties, qualifiés par ces dernières de « *contrat de collaboration freelance* », qu'PERSONNE2.) prestait des « *travaux de kinésithérapie* » au sein du cabinet de PERSONNE3.) en tant que travailleur indépendant. Les honoraires réglés à PERSONNE2.) correspondaient à un pourcentage des recettes sur les prestations qu'elle réalisait en « *freelance* » au cabinet. Il est en outre précisé qu'PERSONNE2.) était tenue de s'acquitter personnellement de toutes ses charges fiscales et sociales liées à son activité d'indépendant. Il résulte encore des débats menés à l'audience qu'PERSONNE2.) était, du moins en partie, contactée directement par les patients du cabinet, ce qui laisse présupposer qu'elle disposait d'une certaine liberté dans l'organisation de son travail.

Aucune des parties n'a fait valoir que leur collaboration aurait été caractérisée par un lien de subordination. Ni PERSONNE2.), ni le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) n'ont ainsi fait état d'un quelconque élément qui permettrait de conclure que, contrairement aux termes explicites de leurs conventions, les obligations mises à charge d'PERSONNE2.) dans le cadre de leur collaboration l'auraient placée dans un lien de subordination vis-à-vis du cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.).

En effet, après avoir insisté sur le fait que les juridictions civiles et les juridictions du travail ne peuvent pas être toutes les deux compétentes pour connaître de sa demande, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) a conclu à la compétence des juridictions civiles parmi lesquelles figure le juge des référés près le Tribunal d'arrondissement pour connaître de sa demande. La partie demanderesse a ainsi reconnu, implicitement mais nécessairement, qu'elle estime que les juridictions du travail ne sont pas compétentes pour connaître de la

demande qu'elle a introduite par requête du 25 janvier 2023, le contrat conclu entre les parties n'étant pas à qualifier de contrat de travail.

Quant à PERSONNE2.), cette dernière s'est limitée à conclure à l'incompétence du juge des référés pour cause de litispendance, au seul motif que le tribunal du travail est la juridiction qui a été saisie la première, sans toutefois prendre clairement position quant à la compétence matérielle du tribunal du travail pour connaître de la demande qui lui a été soumise. Plus particulièrement, il y a lieu de relever qu'PERSONNE2.) n'a pas indiqué qu'elle estime avoir été liée par un contrat de travail au cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.). Elle n'a en outre fait état d'aucun argument qui permettrait d'attribuer compétence au tribunal du travail plutôt qu'aux juridictions de droit commun.

Ainsi, au vu des éléments figurant au dossier, les contrats conclus entre les parties ne sauraient être qualifiés de contrat de travail. Le Tribunal du travail de ADRESSE2.) n'est dès lors pas compétent pour connaître de la demande introduite par requête du 25 janvier 2023, qui relève de la compétence des juridictions civiles.

Force est par conséquent de constater que la condition tenant à la compétence concurrente des deux juridictions saisies ne se trouve pas remplie.

L'exception de litispendance est partant à rejeter.

Quant à la demande basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC

Aux termes de son assignation, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) base sa demande principalement sur l'article 942 du Nouveau Code de procédure civile, sinon subsidiairement sur l'article 933 alinéa 1^{er} du même code.

L'article 942 figurant sous la section II intitulée « *Du référé auprès du tribunal du travail* », il n'est pas applicable devant le juge des référés près le Tribunal d'arrondissement.

Il convient dès lors de se référer exclusivement à l'article 933 alinéa 1^{er} qui dispose que « *le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

L'intervention du juge sur base du référé sauvegarde prévu par l'article 933 précité exige la constatation par celui-ci d'une voie de fait, c'est-à-dire d'un acte illégal portant préjudice à autrui.

Cet article prévoit deux cas d'ouverture du référé dit de « sauvegarde » ou de « voie de fait », à savoir le dommage imminent, qu'il y a lieu de prévenir, ou le trouble manifestement illicite, qu'il convient de faire cesser.

En l'espèce, le cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) se prévaut de l'existence d'un trouble manifestement illicite.

Le trouble manifestement illicite se définit comme toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit. Il procède donc de la méconnaissance d'un droit, d'un titre, ou corrélativement, d'une

interdiction les protégeant. L'illicéité se comprend comme la méconnaissance d'une norme juridique obligatoire, que son origine soit délictuelle ou contractuelle, législative ou réglementaire, de nature civile ou pénale. Le caractère « manifeste » du trouble illicite renvoie à la raison d'être initiale du juge des référés, juge de l'immédiat, de l'évident, ce qui paraît impliquer une intervention dans un litige exempt de doute (PERSONNE8.) et PERSONNE9.), Les référés, édition 2003, n°315, 322 et 327).

Il résulte de cette définition que l'une des conditions pour qu'il y ait voie de fait au sens de l'article 933 du Nouveau Code de procédure civile est l'existence d'une atteinte, d'une entreprise délibérée par laquelle l'auteur porte atteinte aux droits d'autrui pour s'arroger un droit qu'il sait ne pas avoir ou pour se procurer un droit qu'il croit avoir et qu'en réalité il n'a pas. A partir du moment où la voie de fait imminente ou consommée est caractérisée, il importe peu qu'elle soit le résultat d'une action positive ou d'une abstention. Ce qui importe, c'est le constat d'une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui et qu'il y soit mis fin dans l'intérêt de la victime, sans égard au mode de réalisation de cette atteinte.

L'exigence d'un trouble manifestement illicite implique qu'il doit sauter aux yeux que le comportement du défendeur est contraire à la morale, à la loi, au règlement, à la convention ; si tel n'est pas le cas, le trouble sera peut-être illicite, mais il ne le sera pas manifestement et ne suffira dès lors pas à justifier le prononcé d'une mesure de remise en état (PERSONNE10.) : La pratique des procédures rapides, Editions Litec 1990, n° 88).

Etant par essence le juge de l'évident et de l'incontestable, le juge des référés ne pourra faire droit à la prétention du demandeur que si les moyens invoqués par le défendeur pour s'opposer à la demande sont manifestement vains et dénués de tout fondement.

En l'espèce, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) soutient que la violation par PERSONNE2.) de la clause de non-concurrence prévue dans les contrats de collaboration conclus entre les parties constituerait un trouble manifestement illicite.

Au vu des moyens soulevés par PERSONNE2.), il y a de retenir que celle-ci conteste l'existence d'un tel trouble manifestement illicite, arguant du caractère abusif et de la nullité de la clause de non-concurrence.

Il est de principe que la violation d'une obligation contractuelle peut donner lieu à une action en cessation d'une voie de fait, mais à condition qu'elle soit flagrante et à l'abri de toute contestation. Seule la méconnaissance flagrante de dispositions contractuelles justifie ainsi la prise de mesures de nature à faire cesser ce trouble.

En ce qui concerne plus particulièrement la violation d'une clause de non-concurrence, il est de jurisprudence que la violation d'une telle clause ne peut être de nature à caractériser un trouble manifestement illicite que si la licéité de la clause qui en constitue le fondement est caractérisée avec évidence (voir par exemple : Cour d'appel, Aix-en-Provence, Chambre 4-5, 6 octobre 2022, n°22/03103 ; Cour d'appel, Caen, 2e chambre civile et commerciale, 19 mai 2022, n° 21/01765).

Pour prospérer dans sa demande, il appartient ainsi au cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.), partie sur laquelle pèse la charge de la preuve de l'existence d'un trouble

manifestement illicite, d'établir 1) qu'PERSONNE2.) agit en violation de la clause de non-concurrence et 2) que la clause est manifestement licite.

En ce qui concerne la violation de la clause de non-concurrence, il convient tout d'abord de relever qu'il n'a pas été contesté que le cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) puisse se prévaloir de la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat du 4 août 2022, qui, rappelons-le, est libellée comme suit :

« Pendant la durée du présent contrat, le prestataire renonce à exercer toute autre activité professionnelle complémentaire à celle régie par le présent contrat pour le compte d'autrui sans l'accord préalable de Monsieur PERSONNE4.).

En cas de résiliation du présent contrat, Madame PERSONNE5.) s'interdit pendant une durée de deux ans qui suivent la fin des relations contractuelles d'ouvrir un cabinet de kinésithérapie ou de travailler pour le compte d'autrui dans un périmètre de 25Km de l'établissement de kinésithérapie de Monsieur PERSONNE4.).

Il s'engage en outre durant la durée de deux ans à ne pas faire de concurrence directe ou indirecte à Monsieur PERSONNE4.) en dehors du périmètre de 25 Km. »

La demande du cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) repose sur le deuxième paragraphe de ladite clause.

Contrairement à l'argumentaire de la partie demanderesse, le libellé de ladite clause n'apparaît pas clair et précis, mais est au contraire susceptible de donner lieu à interprétation et ce à deux niveaux.

En ce qui concerne tout d'abord l'applicabilité de ladite clause, il convient de relever que, si on applique à la lettre les termes employés par les parties, la clause n'a vocation à s'appliquer qu'« en cas de résiliation du contrat ».

A cet égard, il convient de relever que bien que le contrat du 4 août 2022 ait été conclu pour une durée déterminée d'un an, il prévoit, à son article 7, les conditions dans lesquelles il peut être résilié, à savoir par chacune des parties moyennant un préavis de 3 mois ou sans préavis en cas d'inexécution grave des obligations contractées.

En l'espèce, les circonstances exactes ayant conduit à la rupture des relations contractuelles entre les parties ne se trouvent pas clairement établies. Les messages versés en cause par PERSONNE2.), et plus particulièrement les messages échangés avec l'épouse de PERSONNE3.) en date du 29 septembre 2022, permettent toutefois de contredire l'affirmation contenue dans l'assignation selon laquelle le contrat de collaboration aurait pris fin après qu'PERSONNE2.) ait indiqué « une semaine avant l'échéance vouloir quitter le cabinet avec lequel elle collaborait depuis le mois d'octobre 2020 », puisque dans lesdits messages l'épouse de PERSONNE3.) se réfère à des prétendues fautes graves qu'auraient été commises par PERSONNE2.) et qui seraient à l'origine de la rupture du contrat de collaboration. Au vu de la teneur de ces messages, il semble ainsi que l'initiative de mettre un terme à leur collaboration ait émané du cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.), tel que cela a été relevé par PERSONNE2.) à l'audience.

Au vu du libellé de la clause de non-concurrence, c'est à tort que le cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) a fait valoir que les causes ayant conduit à la rupture de la collaboration entre les parties ne seraient d'aucune pertinence en l'espèce, alors que les circonstances ayant conduit à la rupture des relations contractuelles peuvent, le cas échéant, avoir une conséquence sur l'applicabilité de la clause de non-concurrence et donc le bien-fondé de la demande, étant rappelé qu'une résiliation unilatérale par l'une des parties ne pouvait, suivant les termes du contrat, intervenir que moyennant un préavis de 3 mois ou pour fautes graves, qui en l'occurrence ne sont pas établies, ni d'ailleurs même alléguées dans le cadre de la présente procédure.

Au vu des éléments figurant au dossier, il n'est dès lors pas certain que la clause ait vocation à s'appliquer.

À la lecture de la clause litigieuse, il appert ensuite que, contrairement à l'argumentaire du cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.), les termes employés par les parties pour délimiter le périmètre visé par l'interdiction d'exercer ne sont pas clairs et pourraient donner lieu à interprétation. A cet égard, il convient tout d'abord de relever que contrairement aux plaidoiries des parties, la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat du 4 août 2022 ne fait pas référence « *aux établissements de kinésithérapie* » de PERSONNE3.) au pluriel, mais délimite le périmètre de 25 kilomètres par rapport à « *l'établissement de kinésithérapie de Monsieur PERSONNE4.)* », sans toutefois préciser de quel établissement il s'agit, sachant qu'il résulte du contrat que PERSONNE3.) exploite deux cabinets, l'un à ADRESSE2.) et l'autre à ADRESSE1.). A supposer que nonobstant l'emploi du singulier, les parties aient voulu délimiter le périmètre d'interdiction par rapport à l'ensemble des établissements exploités par PERSONNE3.), se poserait effectivement la question de savoir si les cabinets éventuellement ouverts par PERSONNE3.) postérieurement à la conclusion du contrat sont également visés par la clause, étant relevé que le contrat de collaboration prévoit expressément qu'PERSONNE2.) « *prestera dans l'établissement appartenant à Monsieur PERSONNE4.), ou toutes autres cabinets qu'il viendrait à ouvrir ultérieurement après la signature* » du contrat.

Concrètement la question de la détermination du périmètre visé par la clause n'est cependant pas problématique, étant donné que PERSONNE3.) n'a pas ouvert d'autres cabinets suite à la signature du contrat et que le cabinet ouvert par PERSONNE2.) à ADRESSE4.) se situe à moins de 25 kilomètres que ce soit par rapport au cabinet de ADRESSE2.) ou le cabinet d'ADRESSE1.).

PERSONNE2.) ne respecte donc effectivement pas les termes de la clause de non-concurrence étant donné qu'elle a ouvert un cabinet de kinésithérapie à une distance inférieure à 25 kilomètres des cabinets de PERSONNE3.) et que le délai de 2 ans suivant la fin de la relation contractuelle n'est pas encore expiré, étant précisé qu'il n'a pas été contesté que la collaboration entre les parties a définitivement pris fin le 26 septembre 2022.

Les autres « *autres agissements répétés et déloyaux* » invoqués aux termes de l'assignation, à savoir qu'PERSONNE2.) aurait préparé son départ à l'avance et aurait commencé à détourner la clientèle du cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) dès les mois précédant son départ, ne se trouvent par contre pas établis, alors qu'il résulte des messages versés en cause par PERSONNE2.) que le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) était parfaitement informé du numéro de téléphone mis en place par PERSONNE2.) pour contacter les patients ainsi que de la commande de cartes de visite personnelles et qu'il ne s'est pas opposé à ces agissements.

Tel qu'il a été relevé ci-dessus, il ne suffit pas, pour démontrer l'existence d'un trouble tombant sous le champ d'application de l'article 933 alinéa 1^{er} précité, d'établir que la clause de non-concurrence a été violée, mais il appartient encore à la partie demanderesse de démontrer que ce trouble est manifestement illicite, ce qui suppose de rechercher si la clause violée est manifestement licite.

Il convient de préciser ici que le juge des référés doit se limiter à apprécier le caractère manifestement illicite du trouble dont il est demandé la cessation. Il n'entre par contre pas dans les pouvoirs du juge des référés de prononcer la nullité d'une clause contractuelle, étant donné qu'il est de principe que les mesures que le juge des référés est amené à prendre sur le fondement de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile doivent rester conservatoires ou de remise en état. Ces mesures ne peuvent donc pas constituer une mesure définitive qui rendrait inopérante la décision à intervenir par le juge du fond.

En tout état de cause, il ne saurait dès lors être fait droit à la demande d'PERSONNE2.) tendant à voir déclarer nulle la clause de non-concurrence litigieuse.

En ce qui concerne ensuite la terminologie employée par PERSONNE2.) qui a qualifié la clause tantôt d'« abusive », tantôt de « nulle », c'est à juste titre que le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) a souligné que la partie défenderesse n'invoque aucune base légale qui permettrait de sanctionner le caractère prétendument abusif de la clause de non-concurrence prévue dans le contrat conclu entre les parties, étant rappelé que le contrat conclu entre les parties est un contrat d'entreprise conclu entre deux indépendants.

Par contre, tel que l'a relevé à juste titre PERSONNE2.), la validité des clauses de non-concurrence est soumise par la jurisprudence à certaines conditions.

Il convient de rappeler 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. Dans les relations entre des professionnels de santé, la clause de non-concurrence peut en outre porter atteinte à la liberté de choix des patients.

S'il est certes admis que les libertés prémentionnées puissent être valablement limitées par la convention des parties, ce n'est toutefois qu'à la condition que ces restrictions n'impliquent pas, dans le chef de l'un des cocontractants et dans l'intérêt de l'autre partie, une interdiction générale et absolue des prédites libertés.

Ainsi, la clause de non-concurrence, même non inscrite dans un contrat de travail ou dans un autre contrat spécial réglementé par une législation particulière, doit suffire à certaines exigences dégagées par la jurisprudence.

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. La clause doit encore, pour être légitime, être justifiée par les risques concurrentiels que représente le débiteur à l'égard du créancier.

Une clause qui ne respecte pas ces conditions est en principe nulle.

La clause de non-concurrence n'est valable que si elle n'empêche pas le débiteur d'exercer normalement une activité professionnelle. Ainsi une clause stipulant une interdiction générale d'activité commerciale ou professionnelle sera nulle. Ne sera également pas valable la clause qui interdit au débiteur toute activité professionnelle dans son domaine de compétence, c'est-à-dire conforme à sa formation et à son expérience professionnelles.

La proportionnalité signifie qu'il doit exister un rapport d'adéquation entre la restriction imposée par la clause de non-concurrence et sa finalité afin de déterminer ce qui est nécessaire. Cette exigence d'un équilibre entre l'intérêt du créancier et les limitations imposées par l'obligation de non-concurrence est affirmée tant par le droit de la concurrence que par le droit des contrats.

La démonstration d'un intérêt légitime du créancier de l'obligation de non-concurrence, qu'il convient de protéger, est requise. En d'autres termes, la clause doit être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes* » du créancier de l'obligation.

Le créancier de l'obligation de non-concurrence peut, par exemple, avoir un intérêt légitime à protéger son savoir-faire ou des informations confidentielles, à se protéger contre un risque de détournement de sa clientèle ou, dans le cas particulier de la franchise, à protéger l'identité commune et la réputation du réseau.

Contrairement à l'argumentaire d'PERSONNE2.), la jurisprudence ne soumet pas, d'une manière générale, la validité d'une clause de non-concurrence à la condition que le créancier de l'obligation ait transmis un savoir-faire spécifique au débiteur, mais la protection d'un savoir-faire spécifique peut constituer un intérêt légitime, parmi d'autres.

Il appartient aux tribunaux de vérifier concrètement la nature des intérêts à protéger et leur légitimité ainsi que le caractère indispensable de la clause de non-concurrence pour assurer cette protection. 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 étant appréciées à ce titre.

L'existence d'une contrepartie financière peut également constituer un élément dont les tribunaux tiennent compte pour apprécier la validité de la clause. L'absence de contrepartie financière n'est cependant pas, à elle seule, de nature à invalider la clause de non-concurrence prévue dans un contrat non-réglementé par une législation spéciale.

En l'espèce, il convient tout d'abord de relever que la clause de non-concurrence ne précise pas expressément l'intérêt légitime qu'elle vise à protéger. Il résulte toutefois de l'assignation ainsi que des débats menés à l'audience que la clause a pour but de protéger le cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) contre un risque de détournement de sa clientèle.

La clause litigieuse est limitée dans le temps et dans l'espace. PERSONNE2.) fait toutefois valoir que la durée et le périmètre prévus seraient excessifs.

Si le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) a certes conclu à la validité de la clause en relevant notamment qu'il y aurait lieu de tenir compte de la durée globale de la collaboration entre les parties et que l'interdiction d'exercer la profession de kinésithérapeute ne s'étendrait pas sur tout le territoire luxembourgeois, force est cependant de constater qu'il n'a fourni aucun élément concret qui permettrait de conclure que les restrictions prévues par la clause sont proportionnées au but poursuivi. Le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) n'a, par exemple, apporté aucune précision par rapport à la localisation de sa clientèle, respectivement de la clientèle qui avait été traitée par PERSONNE2.), ni par rapport à l'ampleur des prestations réalisées par PERSONNE2.) permettant de caractériser le risque concurrentiel qu'elle représente, étant rappelé qu'il est constant en cause qu'PERSONNE2.) a commencé à travailler au sein du cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) dès l'obtention de son diplôme et ne dispose dès lors pas encore d'une grande expérience. Il est en outre constant en cause que la clause ne prévoit aucune contrepartie financière en faveur du débiteur de l'obligation de non-concurrence, alors que pourtant le périmètre visé par l'interdiction d'exercer n'est pas négligeable.

Au vu des éléments fournis par les parties, le tribunal estime que la licéité de la clause de non-concurrence dont se prévaut le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) n'est pas caractérisée avec l'évidence requise en référé, alors qu'il n'est pas certain dans quel sens les juges du fond trancheraient le litige s'ils étaient amenés à devoir apprécier la proportionnalité de la clause de non-concurrence.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que le caractère manifestement illicite résultant de la violation alléguée de ladite clause ne se trouve pas établi.

La demande du cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) est partant à rejeter sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

Quant à la demande basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC

A titre subsidiaire, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) sur le fondement de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que : « *Dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

Le référé urgence, prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 932 précité, présuppose la réunion de deux conditions, l'une relative à l'urgence, condition première et déterminante de la saisine de la juridiction des référés, et l'autre relative à l'absence de contestation sérieuse.

L'urgence, qui est appréciée par le juge des référés au moment où il statue, existe toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire ne préjugeant en rien le fond met en péril les intérêts d'une des parties.

L'urgence ne consiste pas dans la célérité avec laquelle une mesure doit être sollicitée et prise, mais dans la nécessité dans laquelle une personne peut se trouver de voir prendre une mesure actuellement nécessaire pour éviter un préjudice certain. L'urgence est donc donnée toutes

les fois qu'un retard apporté à une solution provisoire et ne préjudiciant en rien le fond risque de mettre en péril les intérêts des parties.

En l'occurrence, bien que l'acte introductif d'instance fasse référence à l'article 932 du Nouveau Code de procédure civile, il ne comporte aucune motivation détaillée par rapport à la condition tenant à l'urgence. A l'audience, le cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) a certes indiqué qu'il y aurait urgence à intervenir, mais il s'est limité à justifier cette urgence par le fait que chaque jour où PERSONNE2.) poursuit son activité, elle violerait la clause de non-concurrence.

Le simple constat qu'une clause contractuelle est violée ne saurait toutefois suffire pour caractériser l'urgence justifiant l'intervention du juge des référés.

A cela s'ajoute qu'il résulte des développements faits ci-avant dans le cadre de l'examen de la demande sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile que la demande du cabinet de kinésithérapie SOCIETE1.) se heurte à des contestations sérieuses, tirées notamment de l'éventuelle illicéité de la clause de non-concurrence.

La demande principale est partant aussi irrecevable sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

Indemnité de procédure

Aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, lorsqu'il apparaît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine. L'application de l'article 240 précité relève du pouvoir discrétionnaire du juge.

Eu égard à l'issue du litige, la demande du cabinet de kinésithérapie PERSONNE3.) en allocation d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée.

La demande reconventionnelle sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile formulée par PERSONNE2.) est, quant à elle, à rejeter, l'iniquité requise aux termes dudit article n'étant pas établie en l'espèce.

PAR CES MOTIFS

Nous, Silvia ALVES, juge près le Tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant comme juge des référés, en remplacement de la Présidente dudit tribunal, assistée du greffier assumé Suzette KALBUSCH, statuant contradictoirement,

rejetons l'exception de litispendance soulevée par PERSONNE1.),

recevons la demande en la forme et Nous **déclarons** compétent pour en connaître,

au principal, **renvoyons** les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision,

déclarons les demandes de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à.r.l. irrecevables sur toutes les bases légales invoquées,

disons non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et partant en **déboutons**,

condamnons la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à.r.l. aux frais et dépens de l'instance,

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toutes voies de recours et sans caution.