

Jugement civil no 450 / 2007

(première chambre)

Audience publique du jeudi vingt-deux novembre deux mille sept.

Numéros 64004, 64393, 67538 et 91908 du rôle

Composition :

M. Etienne SCHMIT, premier vice-président,
Mme Martine DISIVISCOUR, premier juge,
Mme Françoise WAGENER, juge,
Mme Pascale HUBERTY, greffier assumé.

I. (rôle 64004)

E n t r e :

la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE DU LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-2530 Luxembourg, 4, rue Henri Schnadt, représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre du commerce à Luxembourg sous le numéro 57321,

partie demanderesse aux termes d'un acte de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 29 janvier 1999,

comparant par Maître Marc BADEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

M. A.), réviseur d'entreprise, demeurant à L-(...), (...),

partie défenderesse aux fins du prédit acte BIEL,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat, demeurant à Luxembourg.

II. (rôle 64393)

E n t r e :

la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE DU LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-2530 Luxembourg, 4, rue Henri Schnadt, représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre du commerce à Luxembourg sous le numéro 57321,

partie demanderesse aux termes d'un acte de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 25 février 1999,

comparant par Maître Marc BADEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

M. **B.**), employé privé, demeurant à L-(...), (...),

partie défenderesse aux fins du prédit acte FUNK,

comparant par Maître Gérard A. TURPEL, avocat, demeurant à Luxembourg.

III. (rôle 67538)

E n t r e :

1) M. **C.**), conseil fiscal, demeurant à L-(...), (...),

2) M. **D.**), conseil fiscal, demeurant à L-(...), (...),

3) M. **E.**), expert comptable et fiscal, demeurant à L-(...), (...),

4) M. **F.**), employé privé, demeurant à L-(...), (...),

5) M. **G.**), employé privé, demeurant à L-(...), (...),

reprenant l'instance initialement introduite par M. **H.**), employé privé, demeurant à L-(...), (...), (suivant conclusions de Maître Marc BADEN déposées au greffe le 18 avril 2004)

parties demandereses aux termes d'un acte de l'huissier de justice suppléant Carlos CALVO, en remplacement de l'huissier de justice Camille FABER d'Esch-sur-Alzette du 2 août 2000,

comparant par Maître Marc BADEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

M. A.), réviseur d'entreprise, demeurant à L-(...), (...),

partie défenderesse aux fins du prédit acte CALVO,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat, demeurant à Luxembourg.

IV. (rôle 91908)

E n t r e :

1) M. C.), conseil fiscal, demeurant à L-(...), (...),

2) M. D.), conseil fiscal, demeurant à L-(...), (...),

3) M. E.), expert comptable et fiscal, demeurant à L-(...), (...),

4) M. F.), employé privé, demeurant à L-(...), (...),

5) M. G.), employé privé, demeurant à L-(...), (...),

parties demandereses aux termes d'un acte de l'huissier de justice Camille FABER d'Esch-sur-Alzette du 19 novembre 2004,

comparant par Maître Marc BADEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

M. B.), employé privé, demeurant à L-(...), (...),

partie défenderesse aux fins du prédit acte FABER,

comparant par Maître Gérard A.TURPEL, avocat, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

1. Les indications de procédure

Le 29 janvier 1999, la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE DU LUXEMBOURG (ci-après : la société FICEL) a donné assignation à M. **A.)** à se faire représenter par un avocat devant ce tribunal pour l'entendre condamner au paiement de la somme de 20.000.000.- LUF, soit 495.787,05 euros.

L'affaire inscrite sous le numéro 64004 du rôle a été déposée le 12 mars 1999.

Le 25 février 1999, la société FICEL a donné assignation à M. **B.)** à se faire représenter par un avocat devant ce tribunal pour l'entendre condamner au paiement de la somme de 20.000.000.- LUF, soit 495.787,05 euros.

L'affaire inscrite sous le numéro 64393 du rôle a été déposée le 20 mai 1999.

Le 2 août 2000, MM. **C.), D.), E.)** et **H.)**, en leur qualité d'actionnaires de la société FICEL, ont donné assignation à M. **A.)** à se faire représenter par un avocat devant ce tribunal pour l'entendre condamner à payer

la somme de 9.000.072.- LUF,	soit 223.105,96 euros	à M. C.) ,
la somme de 666.672.- LUF,	soit 16.526,37 euros	à M. D.) ,
la somme de 7.666.728.- LUF,	soit 190.053,22 euros	à M. H.) et
la somme de 7.666.728.- LUF,	soit 190.053,22 euros	à M. E.) .

L'affaire inscrite sous le numéro 67538 du rôle a été déposée le 26 octobre 2000.

Le 19 novembre 2004, MM. **C.), D.), E.), F.)** et **G.)**, en leur qualité d'actionnaires de la société FICEL, ont donné assignation à M. **B.)** à se faire représenter par un avocat devant ce tribunal, pour l'entendre condamner solidairement, sinon in solidum avec M. **A.)**, à payer

la somme de 223.105,96.- euros	à M. C.) ,
les sommes de 16.526,37.- euros et de 57.015,97.- euros	à M. D.) ,
les sommes de 190.053,22.- euros et de 57.015,97.- euros	à M. E.) ,
la somme de 38.010,64.- euros	à M. F.) et
la somme de 38.010,64.- euros	à M. G.) .

L'affaire inscrite sous le numéro 91908 du rôle a été déposée le 30 novembre 2004.

Par ordonnance du 8 décembre 2004 les affaires inscrites sous les numéros 64004, 64393, 67538 et 91908 du rôle ont été jointes.

Par voie de conclusions du 18 novembre 2004, M. **F.)** et M. **G.)** reprennent l'instance introduite par M. **H.)** qui n'est plus actionnaire de la société FICEL SA.

M. le premier vice-président Etienne SCHMIT a fait son rapport oral.

Maître Marc BADEN, avocat constitué, a conclu pour la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE DU LUXEMBOURG, M. C.), M. D.), M. E.), M. H.), M. F.) et M. G.) .

Maître Lydie LORANG, avocat constitué, a conclu pour M. A.) .

Maître Rafaëlle WEISS, avocat, en remplacement de Maître Gérard A. TURPEL, avocat constitué, a conclu pour M. B.) .

2. L'objet du litige

Le 3 août 1998, la société FICEL a signé avec son ancien associé M. A.) une transaction aux termes de laquelle M. A.) cède ses parts dans la société civile immobilière pour 35.000.000.- LUF, ses parts dans la société FICEL pour 23.000.000.- LUF et touche un dividende pour l'année 1998 de 2.000.000.- LUF, soit la somme globale de 60.000.000.- LUF.

Suivant acte reçu par Me Jean-Paul HENCKS, notaire, le 24 août 1998, M. A.) a cédé, en exécution de la convention du 3 août 1998, ses 900 actions de la société FICEL SA aux demandeurs MM. C.), D.), H.) et E.) .

La société FICEL expose que M. A.) n'aurait pas respecté la clause de non-concurrence insérée dans l'accord du 3 août 1998. Il aurait débauché du personnel de la société FICEL, aurait constitué par personnes interposées la société SOFINTER SARL, se serait fait engager comme salarié par la société SOFINTER, aurait contacté directement ou indirectement des clients de la société FICEL et aurait débauché ceux-ci. M. A.) engagerait ainsi sa responsabilité contractuelle, sinon quasi délictuelle et devrait être condamné au paiement de la somme de 20.000.000.- LUF, soit 495.787,05 euros, au titre de la clause pénale insérée dans la transaction.

M. B.), « au mépris de son devoir de retenue et de son obligation de neutralité, vu ses fonctions », aurait aidé M. A.) à concurrencer la société FICEL. MM. B.) et A.) auraient contacté ensemble les clients de la demanderesse pour les débaucher, M. B.) aurait commandé le mobilier de bureau et se serait occupé des aménagements intérieurs des locaux de la société SOFINTER, il aurait présenté M. A.) à Mme I.) du Centre Commun de la Sécurité Sociale et il n'aurait cessé de dénigrer la société FICEL auprès de tiers. M. B.) engagerait ainsi sa responsabilité quasi-délictuelle à l'égard de la demanderesse et devrait être condamné au paiement de la somme de 20.000.000.- LUF à titre de dommages et intérêts.

Les actionnaires de la société FICEL soutiennent qu'en débauchant personnel et clientèle de la société FICEL, tout en la concurrençant directement à travers la société SOFINTER, M. A.) aurait « violé son obligation légale de garantie à laquelle il est tenu envers ses acheteurs en sa qualité de vendeur de ses parts sociales de FICEL SA ». La baisse du chiffre d'affaires annuel enregistrée par la société FICEL suite au départ des clients débauchés par MM. A.) et B.) entraînerait une perte annuelle de bénéfice évaluée à la somme de 12.425.739.- LUF et entraînerait une diminution correspondante de la valeur des 900 actions cédées. Les demandeurs évaluent la perte de valeur par action, imputable aux agissements de MM. A.) et B.) à la somme de 27.778.- LUF. M. A.) devrait en conséquence être condamné au paiement des sommes détaillées dans l'assignation, sur base des articles 1625 et suivants du code civil, ainsi

que de l'article 1134 dudit code et M. B.) serait tenu envers les demandeurs sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

3. L'argumentation de la société FICEL et de ses actionnaires

La société FICEL, de même que ses actionnaires, exposent que M. A.) aurait, après la signature de l'acte de cession des parts, débauché huit employés de la société FICEL, ces salariés ayant été engagés par la société SOFINTER nouvellement constituée, moyennant une augmentation sensible de salaire, respectivement étant devenus associés de la société SOFINTER. M. A.) aurait de même contacté directement ou indirectement et débauché au moins 126 clients pour le compte de la société SOFINTER, la nouvelle fiduciaire travaillant à des tarifs plus intéressants que la société FICEL. M. A.) dirigerait les départements de l'ingénierie fiscale et patrimoniale, de l'analyse financière, ainsi que de la création et de la transmission d'entreprises de la nouvelle société. Le constat du 18 mars 1999 établi par Mme J.) soulignerait, au vu de la homepage de la société SOFINTER, l'importance du rôle de M. A.) au sein de la société SOFINTER.

La majorité du capital social de la société SOFINTER aurait été cédée à M. B.), dans le seul but de ne pas livrer la preuve que le bénéficiaire économique de la société SOFINTER est M. A.). Il serait d'ailleurs évident que M. A.) a garanti la ligne de crédit accordée à la société SOFINTER par la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, les garanties obtenues des fondateurs de la société étant insuffisantes.

MM. A.) et B.) seraient deux amis qui, contrairement à leurs affirmations, auraient agi conjointement dans cette affaire. Les demandeurs offrent de prouver les actes malhonnêtes commis par les défendeurs par l'audition de témoins.

La clause de non-concurrence figurant dans la transaction du 3 août 1998 serait claire et sans équivoque. Elle interdirait toute concurrence, de quelque manière que ce soit, tant directement qu'indirectement. Elle serait générale et s'appliquerait, pendant une durée de trois ans, également au cas où le débiteur de la clause « fonde une société par l'intermédiaire d'hommes de paille pour laquelle il prétend travailler en qualité de simple salarié ». D'ailleurs, même en l'absence d'un quelconque acte positif de concurrence déloyale de sa part, le seul comportement de M. A.) qui s'est remis à exercer la profession d'expert comptable et fiscal constituerait un acte suffisant de concurrence déloyale, le défendeur ayant pu accepter un travail dans une autre branche que celle de l'expertise comptable et fiscale.

M. A.) aurait ainsi violé de façon indirecte, c'est-à-dire, par le biais de la nouvelle fiduciaire dont il est devenu employé, à la fois la clause de non-concurrence insérée dans la transaction conclue avec la société FICEL et sa garantie légale de vendeur à l'égard des actionnaires de la société FICEL.

M. B.) serait à qualifier de complice de M. A.) et aurait de ce fait engagé sa responsabilité. Contrairement à ses affirmations, M. B.) ne pourrait, depuis l'assignation du 29 février 1999, plus prétendre avoir ignoré la clause de non-concurrence du 3 août 1998. A cet égard, le fait qu'il a été engagé par la société SOFINTER ne l'aurait pas dispensé de son obligation de ne pas prêter assistance à des

actes malhonnêtes commis par M. A.) M. B.) aurait d'ailleurs, avant le 1^{er} mars 1999, participé activement à la constitution de la société SOFINTER, dans le but de débaucher une partie de la clientèle de la société FICEL au profit de la société SOFINTER.

En ce qui concerne la demande des actionnaires de la société FICEL, les parties demanderesses font valoir qu'aux termes de l'article 1626 du code civil, le vendeur garantit l'acheteur contre le trouble de fait qu'il commettrait, alors que la bonne foi l'obligerait de ne rien faire qui diminue la jouissance de son acheteur. La concurrence déloyale faite par le vendeur consistant à détourner la clientèle constituerait un trouble de fait interdit.

En concurrençant déloyalement la société dont il a cédé les actions, le vendeur troublerait la jouissance des actions cédées, dans la mesure où « il diminue la valeur de la société dont il a cédé les parts et dès lors les parts qu'il a cédées ». Les actionnaires demandent par conséquent « l'indemnisation du préjudice résultant du fait que la valeur de la Fiduciaire Centrale diminue en raison des actes de concurrence déloyale commis par A.) » et non l'indemnisation du préjudice résultant d'une diminution des recettes de la société FICEL.

A cet égard, la responsabilité de M. B.) se trouverait également engagée, vu qu'il n'aurait pas pu avoir ignoré que M. A.), en quittant la société FICEL, moyennant vente de ses parts, garantissait les acquéreurs, entre autres, pour son fait personnel, c'est-à-dire pour tout acte de concurrence déloyale. M. B.) serait dès lors à considérer comme complice de M. A.).

Dans leurs conclusions du 11 juillet 2001, les actionnaires de la société FICEL, cessionnaires des actions de M. A.), se rapportent à sagesse de justice « quant à la question de savoir si en raison de la limitation dans la transaction du 3 août 1998 de l'indemnité due par A.) pour concurrence déloyale à 20 millions LUF, ils peuvent réclamer à A.) une somme supérieure à cette pénalité ».

Les demandeurs offrent de prouver le préjudice subi par voie d'expertise. En tout état de cause, le préjudice occasionné serait largement supérieur à la somme de 20.000.000.- francs, de sorte que la clause pénale ne serait pas exagérée et ne serait pas sujette à réduction.

4. Les moyens de M. A.)

M. A.) fait valoir qu'il est salarié de la société SOFINTER depuis fin 1998. La clause de non-concurrence contenue dans la convention du 3 août 1998 ne lui interdirait pas de se faire engager à titre de salarié par une autre fiduciaire, de sorte qu'il ne pourrait lui être reproché d'avoir accepté un poste d'employé privé auprès d'une autre fiduciaire et de travailler sous l'emprise d'un contrat de travail et d'un lien de subordination.

Une clause de non-concurrence entravant la liberté de commerce de M. A.), c'est-à-dire une de ses libertés fondamentales devrait être d'interprétation stricte. Si la clause devait interdire une occupation salariale, le droit au travail étant un droit naturel et

absolu, elle serait contraire à l'article 11(4) de la Constitution et à l'ordre public et de ce fait d'une nullité absolue.

D'ailleurs, l'article 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, limiterait les clauses de non-concurrence à la restriction de la seule « la liberté de commerce », c'est-à-dire la concurrence « en exploitant une entreprise personnelle ». Aucun texte de loi ne permettrait d'imposer à une personne de se priver du droit au travail, toute convention restreignant le droit au travail serait en conséquence nulle.

M. A.) conteste toute violation de la clause de non-concurrence contenue dans la convention du 3 août 1998. Il n'aurait jamais débauché personnel et clientèle de la société FICEL et n'aurait pas constitué et ne serait pas actionnaire de la société SOFINTER. De même, il n'aurait jamais utilisé des « secrets d'entreprise ». La demanderesse serait d'ailleurs en défaut de prouver ses allégations.

L'offre de preuve formulée par la demanderesse serait irrecevable en application de l'article 351 du nouveau code de procédure civile et ne remplirait pas le critère de précision requis par l'article 422 dudit code. D'ailleurs, certains des témoins proposés seraient les actionnaires de la demanderesse et auraient un intérêt matériel dans l'issue de l'affaire. Ils ne pourraient dès lors être entendus comme témoins.

Les attestations testimoniales versées aux débats seraient « de nature indirecte » et ne reflèteraient pas les agissements directs de M. A.). En outre, plusieurs témoins cités se seraient exprimés sous la foi du serment sur une partie des faits reprochés par la société FICEL à M. A.) dans le cadre de l'affaire de citation directe dirigée contre Mme K.).

M. A.) conteste finalement tout dommage dans le chef de la société FICEL et conclut à la réduction de la clause pénale en application de l'article 1152 du code civil, la clause étant dans ces conditions manifestement excessive.

Par voie de conclusions notifiées le 28 mars 2001, M. A.) soulève l'irrecevabilité de la demande dirigée à son encontre par les actionnaires de la société FICEL pour défaut de qualité à agir et défaut d'intérêt à agir dans le chef des demandeurs, en soutenant que les demandeurs n'auraient aucun intérêt personnel et direct à l'affaire et demanderaient à être indemnisés « d'un bénéfice non réalisé in futurum ».

Au fond, M. A.) fait valoir que l'acte de cession des parts sociales ne contiendrait aucune clause de non-concurrence au profit des demandeurs. En outre, les acheteurs des actions n'auraient aucunement été troublés dans l'exercice de leurs droits d'actionnaires et dans la jouissance des actions qu'ils ont acquises. Si une garantie était due par le vendeur à l'acquéreur d'actions pour des troubles allégués au niveau du fonds de commerce de la société, il y aurait lieu de constater que le trouble allégué n'est pas le fait personnel du vendeur M. A.). La demande basée sur les articles 1625 et suivants du code civil serait dès lors à rejeter.

En ordre subsidiaire, il y aurait lieu de relever que les demandeurs ont acquis des titres d'une société qui disposait d'une mesure de protection pour son fonds de commerce, une clause pénale étant prévue en cas de violation. La société aurait limité son dommage en cas de violation de la clause de non-concurrence à la somme de

20.000.000.- LUF. Les actionnaires ne pourraient dès lors récupérer par le biais d'une action en garantie d'autres pertes ; ils ne seraient pas en droit de compter sur des avantages plus importants que ceux qui se trouvent dans le patrimoine de la société dont ils ont acquis les parts. La société ayant déjà agi aux mêmes fins et M. A.) ne pouvant être tenu de payer deux fois le même dommage, la demande des actionnaires de la société FICEL serait à rejeter.

5. Les moyens de M. B.)

Dans ses conclusions du 13 août 1999, M. B.) soulève l'irrecevabilité de la demande introduite par la société FICEL à son encontre, pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de la demanderesse.

Au fond, il soutient que la société FICEL reprocherait au défendeur – en sa qualité d'employé de la Chambre des Métiers – la violation de ses devoirs de retenue et de neutralité. Or, depuis le 26 février 1999, M. B.) ne ferait plus partie du personnel de la Chambre des Métiers et, ni le contrat de travail, ni une instruction interne ne feraient état de ces devoirs auxquels le défendeur serait prétendument soumis. En outre, le créancier de ces prétendues obligations ne serait non pas la société FICEL, mais la Chambre des Métiers, ancien employeur de M. B.).

La société FICEL fonderait son argumentation à l'encontre de M. B.) sur la théorie de la tierce complicité. Or, les conditions de la tierce complicité ne seraient pas remplies en l'espèce.

Tout d'abord, la clause de non-concurrence n'aurait pas subsisté au-delà de la convention de cession de parts sociales du 24 août 1998 qui aurait remplacé la convention du 3 août 1998.

La clause de non-concurrence, à supposer qu'elle ait subsisté, serait à qualifier d'illicite comme étant contraire à l'article 11 de la Constitution.

Par ailleurs, M. A.) en qualité de salarié de la société SOFINTER n'aurait pas pu violer la clause de non-concurrence, la société SOFINTER et non M. A.) faisant concurrence à la société FICEL. Les affirmations de la demanderesse selon lesquelles M. A.) serait le véritable bénéficiaire économique de la société SOFINTER ne seraient fondées sur aucun élément concret et pertinent. De même, les offres de preuve seraient contredites par les écrits et violeraient l'article 1341 du code civil, les engagements financiers des associés étant supérieurs à 2.500.- euros.

Il en résulterait que M. B.) ne pourrait être considéré comme tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, obligation qui, à supposer qu'elle existe, n'a pas été violée par M. A.), simple salarié de la société SOFINTER.

Finalement, aucun acte commis par M. B.) avant son engagement par la société SOFINTER ne constituerait un acte de complicité à la violation d'une obligation de non-concurrence. En raison de sa fonction au sein de la Chambre des Métiers, M. B.) aurait souvent conseillé les entreprises dans le choix d'une fiduciaire, sans toutefois privilégier particulièrement une société par rapport aux autres. M. B.) n'aurait pas

davantage débauché des salariés de la société FICEL qui auraient tous démissionné avant son départ de la Chambre des Métiers.

A supposer qu'il y ait une complicité dans la direction actuelle de la société SOFINTER, celle-ci ne pourrait justifier une accusation de complicité dans le cadre de violation de la clause de non-concurrence. Il serait en effet normal que M. B.), associé majoritaire de la société SOFINTER concurrence aujourd'hui la société FICEL. Empêcher le défendeur de concurrencer la demanderesse reviendrait à une violation du principe de la liberté du commerce.

M. B.) aurait ignoré qu'il existait à charge de M. A.) une clause de non-concurrence. Sachant que M. A.) était employé d'une société fiduciaire, il n'aurait légitimement pas pu supposer qu'il y aurait une violation indirecte d'une clause de non-concurrence au moyen d'un montage juridique ou économique, au demeurant contesté. Il y aurait, en conséquence, lieu de mettre hors cause M. B.).

M. B.) conteste finalement tout dommage dans le chef de la société FICEL, de même que tout lien de causalité entre les fautes et le dommage allégués. En tout état de cause, l'action de la société FICEL à l'encontre de M. A.) ne pourrait se cumuler avec l'action dirigée contre M. B.) et il y aurait tout au plus lieu à solidarité entre les deux défendeurs.

La clause pénale, pour autant qu'elle soit valable ne serait inopposable à M. B.) et ne saurait dès lors trouver application. Pour autant que de besoin, M. B.) demande la réduction à zéro de la clause pénale qui serait manifestement excessive. Dans ses conclusions du 18 juin 2001, M. B.) demande à ce que la clause pénale soit réduite à la somme de 15.731.- francs.

Par voie de conclusions du 18 janvier 2005, M. B.) soulève l'irrecevabilité de la demande des actionnaires de la société FICEL introduite à son encontre par l'assignation du 19 novembre 2004, pour libellé obscur, ainsi que pour défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef des demandeurs.

Au fond, le défendeur soutient que la demande des associés de la société FICEL est basée sur la garantie d'éviction dans le cadre du contrat de cession des parts sociales. Or, il y aurait lieu de considérer que M. B.) n'est pas débiteur de cette garantie et ne saurait être visé par cette action. En tout état de cause, M. B.) n'aurait participé ni de près ni de loin à des actes de concurrence déloyale.

Le défendeur M. A.) aurait d'ailleurs à juste titre répliqué qu'il n'a jamais troublé les associés dans leur qualité d'actionnaires et qu'il ne devrait pas garantir pour le fonds de commerce, alors qu'il n'était pas vendeur du fonds de commerce. A supposer que la perte de valeur d'un fonds de commerce rentre dans la garantie d'éviction d'une vente d'actions, M. A.) n'aurait rien fait pour débaucher des clients. Par voie de conséquence, M. B.) ne saurait avoir été complice d'un tel acte.

En outre, ce serait la société, et non ses actionnaires, qui a, le cas échéant, subi un préjudice, préjudice qui au demeurant ne pourrait être supérieur à la clause pénale. Les demandeurs ne pourraient réclamer deux fois indemnisation du même dommage.

En tout état de cause, la clause pénale ne pourrait pas porter préjudice à M. B.) qui est assigné sur base des règles de la responsabilité aquilienne et qui à ce titre ne pourrait être condamné à indemniser que le dommage réellement subi.

6. La demande de la société FICEL

6.1. La demande dirigée contre M. A.)

6.1.1. La portée de la clause de non concurrence

La transaction du 3 août 1998 conclue entre la société FICEL et M. A.) ayant pour objet le départ de M. A.) de la société demanderesse contient une clause de non-concurrence qui a la teneur suivante :

« M. A.) s'engage sous peine d'une clause pénale de 20 millions de francs à ne pas concurrencer la Ficel S.A. d'une quelconque manière, ni directement ni indirectement, en débauchant personnel et clientèle et ce durant 3 ans à compter de la signature des présentes.

Pour documenter sa bonne foi, il fait annuler au Ministère des Classes Moyennes pour une durée de 3 ans ses 3 autorisations d'expert comptable, de conseiller économique et de réviseur d'entreprises. »

Les parties sont en désaccord sur l'interprétation de la clause de non-concurrence à laquelle M. A.) a consenti en faveur de la société FICEL.

La société FICEL soutient que la clause de non-concurrence figurant dans la transaction du 3 août 1998 serait claire et sans équivoque. Elle interdirait toute concurrence, de quelque manière que ce soit, tant directement qu'indirectement. Elle serait générale et s'appliquerait, pendant une durée de trois ans, également au cas où le débiteur de la clause « fonde une société par l'intermédiaire d'hommes de paille pour laquelle il prétend travailler en qualité de simple salarié ». D'ailleurs, même en l'absence d'un quelconque acte positif de concurrence déloyale de sa part, le seul comportement de M. A.) qui s'est remis à exercer la profession d'expert comptable et fiscal constituerait un acte suffisant de concurrence déloyale, le défendeur ayant pu accepter un travail dans une autre branche que celle de l'expertise comptable et fiscale.

En revanche, M. A.) soutient que si la clause devait être interprétée comme constituant aussi une défense de travailler dans sa profession, elle limiterait la liberté de travailler, ce qui ne pourrait être le cas. M. A.) n'aurait au demeurant jamais eu l'intention de renoncer à la faculté de se faire engager dans un lien de subordination dans sa profession. Le défendeur serait expert comptable et fiscal, ceci depuis de nombreuses années, et il serait illusoire de croire qu'il ait pu trouver un poste de travail dans un autre secteur du marché du travail. Le tribunal devrait par conséquent interpréter la portée de cette clause suivant les règles prévues aux articles 1156 et suivants du code civil et plus particulièrement à l'article 1162 dudit code.

Par ailleurs, en choisissant les termes de « clause de non-concurrence » les parties auraient nécessairement dû se limiter à une concurrence directe entre entités travaillant au même niveau et exclu ainsi les travaux effectués par le salarié dans le contexte de son contrat de travail et exécutant les ordres de son employeur. M. A.), en acceptant de travailler pour la société SOFINTER, dont il ne serait ni actionnaire ni même bénéficiaire économique, n'aurait pas violé la clause de non-concurrence et l'on ne saurait soutenir qu'il aurait commis un acte de concurrence déloyale. D'ailleurs, au vu du libellé de la clause, il pourrait même être commerçant ou bénéficiaire économique d'une société, alors qu'il « ne s'interdit que de débaucher personnel et clientèle, tous actes de concurrence lui étant permis ».

Aux termes de la clause de non-concurrence insérée dans la transaction du 3 août 1998, M. A.) s'est engagé, pour une durée de trois ans à compter de son départ, à ne concurrencer la société FICEL ni directement ni indirectement. Par cette stipulation contractuelle, M. A.) s'est engagé à ne concurrencer la société FICEL ni directement ou personnellement, ni indirectement ou par personne interposée, c'est-à-dire à travers l'écran d'une société dont il est le bénéficiaire économique ou en qualité d'employé d'une société.

Contrairement à la position du défendeur, la disposition contractuelle, rédigée en des termes généraux, interdit à M. A.) de travailler, que ce soit à titre indépendant ou sous un lien de subordination, en qualité d'expert comptable, de conseiller économique ou de réviseur d'entreprises.

En effet, l'alinéa deux de la stipulation prévoit que M. A.) s'engage à annuler, pendant la durée de trois ans, ses « autorisations d'expert comptable, de conseiller économique et de réviseur d'entreprises » auprès du ministère des classes moyennes. En s'engageant à faire annuler pendant le délai convenu ses trois autorisations professionnelles, M. A.) s'est engagé à ne pas concurrencer la société FICEL en exerçant les professions visées. Dans cet ordre d'idées et contrairement aux affirmations de M. A.), la clause discutée ne vise pas uniquement le débauchage de clients et de personnel de la société FICEL, simple méthode ou moyen de l'exercice d'une activité concurrente que les parties ont pris le soin de préciser.

La clause est néanmoins limitée aux activités d'expert comptable, de conseiller économique et de réviseur d'entreprises et n'interdit pas à M. A.) l'exercice d'une activité professionnelle – indépendante ou salariale – dans un autre domaine, voire même dans une autre branche au sein d'une société fiduciaire.

Au vu de l'ensemble de ces considérations, le tribunal retient que la clause de non-concurrence litigieuse est à interpréter en ce sens qu'elle interdit à M. A.) l'exercice des activités d'expert comptable, de conseiller économique et de réviseur d'entreprises, que ce soit à titre indépendant, à travers l'écran d'une personne morale, ou sous un lien de subordination.

6.1.2. La licéité et la validité de la clause

- la limite géographique et l'objet déterminé

Dans ses conclusions du 20 mars 2000, M. B.) remet en cause la licéité de la clause de non-concurrence en discussion, au motif qu'elle ne serait pas limitée géographiquement et que son objet ne serait pas clairement défini.

Ainsi que le tribunal l'a retenu au point précédent, la clause discutée a pour objet d'interdire à M. A.) l'exercice de toute activité d'expert comptable, de conseiller économique et de réviseur d'entreprises, que ce soit pour son propre compte ou en qualité de salarié pour le compte de son employeur. La clause a dès lors, contrairement aux affirmations de M. A.) un objet clairement défini et limité aux activités y énumérées.

La clause de non-concurrence souscrite par M. A.) est limitée à trois ans à compter de la signature de la transaction. Elle ne délimite pas le territoire auquel elle s'applique. Le tribunal admet dès lors que les parties ont entendu interdire toute activité concurrente exercée par M. A.), sur l'intégralité du territoire du Grand-Duché de Luxembourg.

Dès lors, contrairement aux affirmations du défendeur, la clause discutée a une limite territoriale ; elle s'applique sur tout le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, mais uniquement sur ce territoire.

Les limitations dans l'espace peuvent être très variables et elles sont généralement fonction de l'activité et du secteur concernés. A cet égard, le tribunal donne à considérer qu'au vu de la surface du Grand-Duché de Luxembourg, l'intérêt légitime de la société FICEL, bénéficiaire de la clause, à savoir la protection de sa clientèle, ne serait pas sauvegardé, si l'interdiction était assortie d'une limitation géographique « plus restreinte », de sorte à permettre à M. A.) de « s'établir » dans une autre région du pays.

Au vu de ces développements, le moyen tiré de l'illicéité de la clause de non-concurrence doit être rejeté comme non fondé.

- l'article 11 de la Constitution

MM. A.) et B.) font ensuite valoir qu'une clause de non-concurrence entravant la liberté de commerce, c'est-à-dire une des libertés fondamentales du débiteur de la clause, devrait être d'interprétation stricte. Si la clause devait être interprétée comme interdisant aussi une occupation salariale, elle serait contraire à l'article 11(4) de la Constitution et à l'ordre public et enquerrait la nullité, le droit au travail étant un droit absolu.

La société FICEL résiste au moyen et fait valoir que la liberté du commerce et le droit au travail garantis par l'article 11 de la Constitution ne seraient pas en contradiction avec une clause de non-concurrence constituant une simple restriction aux droits garantis. L'article 11 de la Constitution prohiberait la suppression de la liberté du commerce, mais non la simple restriction de cette liberté. De même, une interdiction de faire concurrence indirectement par le biais d'un emploi rémunéré, limitée dans le temps et acceptée librement par celui qui s'engage, serait une simple restriction et non une atteinte au droit du travail, garanti par la même disposition. D'ailleurs, même les dispositions spéciales sur le contrat de travail n'interdiraient pas les clauses de non-

concurrence entre employeurs et « anciens » salariés, mais les règlementeraient minutieusement. Par conséquent, les clauses de non-concurrence ne pourraient pas davantage être considérées comme une atteinte au droit au travail et à la liberté du commerce dans les rapports entre professionnels indépendants non salariés.

Conformément aux conclusions de la société FICEL, la liberté du commerce et de l'industrie, de même que le droit au travail peuvent valablement être limités par des dispositions conventionnelles qui constituent une simple restriction des droits garantis. Il importe en effet que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue dans le chef de l'un des cocontractants, et dans l'intérêt de l'autre partie, de la liberté du commerce et de la liberté du travail que lui garantissent les dispositions législatives. (cf. Cass. Civ. 26 mars 1928, D. 1930, 1^{re} partie, p.145 ; Trib. d'arr. Lux. 8 décembre 1960, Pas. 18, p.553))

Dès lors, est licite, comme édictant une simple restriction au droit au travail limitée dans le temps et visant seulement certains emplois, l'engagement pris par M. A.) de ne pas travailler, pendant les trois années qui suivent la cessation de ses fonctions au sein de la société FICEL, comme expert comptable, conseiller économique ou réviseur d'entreprises, de sorte à ne pas concurrencer la demanderesse.

Le moyen tiré de la violation de l'article 11 de la Constitution est partant à rejeter.

- l'article 41 de la loi sur le contrat de travail

M. A.) fait ensuite valoir que l'article 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, limiterait les clauses de non-concurrence à la restriction de la seule « la liberté de commerce », c'est-à-dire la concurrence « en exploitant une entreprise personnelle ». Aucun texte de loi ne permettrait d'imposer à une personne de se priver du droit au travail, toute convention restreignant le droit au travail serait en conséquence nulle.

Cependant, ainsi que le soutient la société FICEL, la clause de non-concurrence souscrite par M. A.) n'est pas intervenue dans le cadre d'un contrat de travail. Les juridictions du travail ont pour le surplus retenu dans le jugement du 16 novembre 2001 et l'arrêt d'appel du 25 septembre 2003 rendus entre M. A.) et la FICEL, que M. A.) n'était pas lié à la société FICEL par un contrat de travail.

Par conséquent, la clause de non-concurrence discutée n'est pas soumise à la législation sur le contrat de travail et le moyen tiré de la violation de l'article 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail est également à rejeter.

- la renonciation par la société FICEL à la clause de non-concurrence

Par voie de conclusions du 18 juin 2001, M. B.) fait valoir que la clause de non-concurrence n'aurait pas subsisté au-delà de la convention de cession de parts sociales du 24 août 1998, convention ayant remplacé l'accord du 3 août 1998.

En vertu de l'article 5 de ladite convention, il n'existerait plus aucun autre engagement de M. A.) en faveur de la société FICEL. La convention ne contiendrait

aucune clause de non-concurrence et préciserait en son article 6 que les prétentions de la société ou des actionnaires vis-à-vis du cédant sont liquidées.

En ne stipulant plus de clause de non-concurrence, les parties auraient implicitement, mais nécessairement souhaité ne plus maintenir cette obligation à charge de M. A.). D'ailleurs, contrairement à la position adverse, au vu des concessions importantes de M. A.), « il ne semble nullement anormal » que les parties aient accepté de laisser tomber la clause de non-concurrence dans le cadre de la convention du 24 août 1998. En outre, suivant les conclusions adverses, la clause de non-concurrence aurait été consentie en contrepartie du paiement de la somme de 15.000.000.- francs, de sorte que l'on imagine mal qu'une clause représentant un quart de la valeur du contrat ait été oubliée. La société FICEL aurait dès lors manifestement renoncé à la clause de non-concurrence.

Le fait que la clause de non-concurrence n'ait pas été insérée dans l'acte de cession du 24 août 1998, « alors que cette clause aurait pu être insérée dans cette convention par le mécanisme de la stipulation pour autrui, utilisé selon la demanderesse pour d'autres droits obtenus par la société », l'acte authentique prouverait qu'il y a eu renonciation à ladite clause.

La société FICEL conteste toute renonciation à la clause de non-concurrence.

La convention du 3 août 1998 a pour objet de fixer les modalités du départ de M. A.) de la société FICEL. Il y est prévu notamment que M. A.) cède ses parts dans la société civile immobilière et ses parts dans la société FICEL, que le compte courant sera liquidé et qu'un dividende pour l'année en cours lui sera payé.

L'acte notarié du 24 août 1998 intitulé « cession d'actions » a pour objet la cession des 900 actions que M. A.) détient dans la société FICEL à MM. L.), C.), D.), E.) et H.), au prix de 23.000.000.- francs. M. A.) reconnaît encore avoir reçu la somme de 1.076.983.- francs à titre de « solde pour dividendes et compte-courant ».

Les parties n'ont en revanche pas retenu que la convention du 24 août 1998 annule et remplace la « convention-cadre » conclue précédemment entre la société FICEL SA et M. A.). Le tribunal retient dès lors que contrairement aux affirmations des parties défenderesses, la convention du 24 août 1998 n'a pas remplacé la transaction du 3 août 1998, mais qu'elle a été signée en exécution des modalités fixées dans l'accord du 3 août 1998.

L'absence de clause de non-concurrence dans la convention de cession de parts sociales du 24 août 1998 conclue entre M. A.) d'une part et MM. L.), C.), D.), E.) et H.), actionnaires de la société FICEL SA, d'autre part, ne permet pas de conclure à une renonciation pour le compte de la société FICEL, à l'obligation de non-concurrence à charge de M. A.). La disposition suivant laquelle toutes les prétentions de la société ou de ses actionnaires vis-à-vis du cédant sont liquidées, ne saurait pas davantage valoir renonciation pour le compte de la société, à l'obligation de non-concurrence dont est tenu M. A.) envers la société FICEL.

En effet, les renonciations ne se présument point et la société FICEL n'étant pas partie au contrat du 24 août 1998, les actionnaires de la société FICEL n'ont pas pu renoncer

pour le compte de la société à la clause de non-concurrence stipulée à son profit dans la transaction conclue avec M. A.).

Au vu de ces développements, les parties défenderesses ne sauraient soutenir l'inexistence de l'obligation de non-concurrence au-delà de la convention du 24 août 1998.

6.1.3. La responsabilité de M. A.)

La société FICEL recherche la responsabilité contractuelle de M. A.), en raison de la violation de la clause de non-concurrence souscrite au profit de la demanderesse.

Elle reproche à M. A.) d'avoir constitué, par personnes interposées la société SOFINTER, de s'être fait employer par la nouvelle société et d'avoir débauché du personnel et plusieurs clients de la société FICEL. En outre, même en l'absence d'un quelconque acte positif de concurrence déloyale de la part de M. A.), le seul fait que le défendeur s'est remis à exercer la profession d'expert comptable et fiscal constituerait « un acte suffisant de concurrence déloyale », M. A.) ayant pu accepter un emploi dans une autre branche. Il serait évident que M. A.) a garanti la ligne de crédit accordée à la société SOFINTER par la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, les garanties obtenues des fondateurs de la société étant insuffisantes. La majorité du capital social de la société SOFINTER aurait été cédée à M. B.), dans le seul but de ne pas livrer la preuve que le bénéficiaire économique de la société est M. A.).

La demanderesse offre de prouver ses affirmations par l'audition de témoins. Elle soutient que le constat d'huissier de la homepage de la société SOFINTER établirait le rôle important que joue M. A.) au sein de la société nouvellement créée, rôle qui irait beaucoup plus loin que le rôle d'un simple employé.

M. A.) conteste toute violation de la clause de non-concurrence contenue dans la convention du 3 août 1998. Il n'aurait jamais débauché personnel et clientèle de la société FICEL ; il n'aurait pas constitué et ne serait pas actionnaire de la société SOFINTER. De même, il n'aurait jamais utilisé des « secrets d'entreprise ». La demanderesse serait d'ailleurs en défaut de prouver ses allégations.

En application des articles 1142 et 1147 du code civil, tout manquement contractuel du débiteur d'une obligation de non-concurrence peut se résoudre en dommages et intérêts. Il appartient tout d'abord au créancier de rapporter la preuve du manquement du débiteur de l'obligation de non-concurrence. A cet égard, il n'est pas nécessaire que des faits concurrentiels soient établis ; il suffit que les conditions de l'atteinte à la convention soient réunies, l'obligation de non-concurrence étant une obligation de résultat.

Ainsi que le tribunal l'a retenu au point 6.1.1. du jugement, la clause de non-concurrence insérée dans la transaction du 3 août 1998 interdit à M. A.) l'exercice, durant trois ans, des activités d'expert comptable, de conseiller économique et de réviseur d'entreprises, que ce soit à titre indépendant, à travers l'écran d'une personne morale, ou sous un lien de subordination.

Dans le procès-verbal de constat établi le 18 mars 1999 (pièce 19 de Me Baden), l'huissier de justice **J.)** retient « (...) En ma présence, le sieur **H.)** est allé au PC pour entrer dans INTERNET – site WWW SOFINTER. lu

Dans le listing des personnes de contact de SOFINTER, Fiduciaire Sofinter sarl, 2 Parc d'Activité Syrdall, L-5365 Munsbach, est apparue en quatrième position :

Expert comptable, réviseur d'entreprises, conseil économique : **A.)**

Ainsi qu'il résulte des deux photocopies de home page jointes au présent procès-verbal de constat, qui ont été retirées de l'imprimante en ma présence. »

La photocopie de la page Internet du site de la société SOFINTER, annexée au constat d'huissier, présente les différents services que la société offre à ses clients et indique les personnes de contact par branche d'activité :

- Expert comptable : **M.)**
- Bilans et Fiscalité : **N.) – K.)**
- Consultant PME : **B.)**
- Expert comptable, réviseur d'entreprises, conseil économique : **A.)**.

Il est dès lors établi que **M. A.)** a travaillé, début 1999, au sein de la société SOFINTER en tant qu'expert comptable, réviseur d'entreprises et conseiller économique. Or, aux termes de la clauses de non-concurrence souscrite le 3 août 1998 au profit de la société FICEL, **M. A.)** s'est précisément interdit, durant trois ans, l'exercice de toute activité d'expert comptable, de conseiller économique et de réviseur d'entreprises.

Ainsi qu'il a été retenu au point 6.1.1. du jugement, la clause de non-concurrence interdit à **M. A.)** l'exercice de toute activité d'expert comptable, de conseiller économique et de réviseur d'entreprises, que ce soit à titre indépendant, à travers l'écran d'une personne morale, ou sous un lien de subordination. Il n'est dès lors pas pertinent d'examiner si **M. A.)** est ou non le bénéficiaire économique de la société SOFINTER, les fondateurs et autres actionnaires n'étant que des hommes de paille. Il n'y a partant plus lieu d'analyser les autres conclusions des parties sur ce point.

En outre, dans la mesure où la concurrence anticontractuelle interdit l'activité concurrentielle en elle-même, sans réprimer les moyens par lesquels la concurrence est développée, respectivement le défaut de loyauté du procédé utilisé, il n'y a pas non plus lieu d'analyser à ce stade les « actes malhonnêtes » qualifiés de « concurrence déloyale » que la société FICEL reproche à **M. A.)**.

Au vu de l'ensemble de ces considérations, il est établi que **M. A.)** a, en violation de la clause de non-concurrence souscrite au profit de la demanderesse et sans attendre l'expiration du délai convenu, travaillé comme expert comptable, réviseur d'entreprises et conseiller économique, pour le compte de la société SOFINTER nouvellement créée.

M. A.) ayant violé l'obligation de non-concurrence à laquelle il était tenu envers la société FICEL, il a engagé sa responsabilité envers la demanderesse et doit indemniser le préjudice occasionné.

6.1.4. L'indemnisation de la société FICEL

La société FICEL conclut à la condamnation de M.A.) de lui payer la somme de 20.000.000.- LUF, soit 495.787,05 euros, en application de la clause pénale insérée dans la transaction du 3 août 1998.

M. A.) demande la réduction de la clause pénale en application de l'article 1152 alinéa 2 du code civil. Il expose que la clause serait radicalement excessive, la société FICEL n'ayant subi aucun dommage.

Aux termes de l'article 1152 alinéa 2 du code civil, le juge peut modérer la peine convenue, si elle est manifestement excessive.

Le maintien de la peine convenue est la règle et la réduction n'est possible que si la clause pénale est manifestement excessive, et non lorsqu'elle est seulement supérieure au préjudice subi. Le caractère manifestement excessif d'une clause pénale se mesure à la disproportion entre le dommage réellement subi par le bénéficiaire de ladite clause et le montant de l'indemnité stipulée, objectivement appréciée par le tribunal au jour du jugement.

M. A.) n'apporte aucun élément permettant de retenir que la peine convenue est manifestement excessive au regard du dommage réellement subi par la société FICEL en raison de la violation par le défendeur de ses obligations contractuelles. Dans ces conditions, la demande de réduction de la peine conventionnelle est à rejeter.

Il y a partant lieu de condamner M. A.) au paiement de la somme de 20.000.000.- LUF, soit 495.787,05 euros, au titre de la clause pénale insérée dans la convention du 3 août 1998.

La partie demanderesse est invitée à expliquer sa demande d'intérêts au taux légal au regard

1. du point de départ des "intérêts légaux" demandés,
2. de la nature des "intérêts légaux" demandés (moratoires, compensatoires)
3. de la catégorie des intérêts visés au regard des articles 1,2,3,4,5,11,12,13,14,15-1,16 et 18 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative au délai de paiement et aux intérêts de retard, ainsi que de la loi du 22 février 1984 relative au taux de l'intérêt légal,
4. de l'article 1153 du code civil

Il n'y a pas lieu de se prononcer en l'état actuel du dossier quant à une éventuelle solidarité entre MM. A.) et B.) dans la réparation du dommage causé à la société demanderesse.

6.2. La demande dirigée contre M. B.)

6.2.1. La recevabilité de la demande

Dans ses conclusions du 13 août 1999, M. **B.**) soulève l'irrecevabilité de la demande introduite par la société FICEL à son encontre, pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de la demanderesse. Il fait valoir que la demanderesse lui reprocherait d'avoir activement assisté M. **A.**) dans le cadre de la violation de ses obligations contractuelles résultant d'une transaction signée entre M. **A.**) et la société FICEL. M. **B.**) ignorerait cependant tout de la transaction invoquée. Etant donné que la cession des parts sociales a été réalisée entre associés, la société FICEL ne pourrait se plaindre d'une violation de ce contrat, auquel elle n'est pas partie. La prétendue obligation de non-concurrence ne saurait dès lors exister qu'à l'encontre des cessionnaires des parts sociales.

L'intérêt à agir est fonction de l'utilité que peut présenter pour le demandeur la mesure sollicitée. L'intérêt doit être direct et personnel, ainsi que né et actuel. Le demandeur qui se prétend titulaire d'un droit lésé ou contesté a nécessairement un intérêt direct et personnel. L'intérêt est né et actuel lorsque le préjudice s'est déjà réalisé, respectivement lorsque l'existence d'un préjudice apparaît comme la conséquence inéluctable d'une situation déterminée.

Au vu des développements au point 6.1. du jugement, M. **A.**) a souscrit une clause de non-concurrence au profit de la société FICEL, dans le cadre de la convention signée le 3 août 1998. La société FICEL est dès lors créancière d'une obligation de non-concurrence à charge de M. **A.**), obligation qu'elle prétend violée par les défendeurs MM. **A.**) et **B.**) ayant agi de concert.

La société FICEL a par conséquent un intérêt direct pour agir en justice contre M. **B.**) et faire valoir ses droits qu'elle prétend violés. Le moyen d'irrecevabilité de la demande est partant à rejeter.

6.2.2. La responsabilité de M. **B.**)

- la position de la société FICEL

La société FICEL recherche la responsabilité aquilienne de M. **B.**) et lui reproche d'avoir été tiers complice à la violation par M. **A.**) de son obligation de non-concurrence contractée au profit de la demanderesse.

La demanderesse fait notamment valoir que M. **B.**), « au mépris de son devoir de retenue et de son obligation de neutralité, vu ses fonctions », aurait aidé M. **A.**) à concurrencer la société FICEL. Pour la violation de ses obligations contractuelles, M. **A.**) aurait été activement assisté par M. **B.**).

Mme **K.**) et MM. **N.**) et **M.**) n'auraient été que des hommes de paille pour permettre à M. **A.**), de concert avec M. **B.**) de constituer la société SOFINTER. M. **B.**) qui savait que M. **A.**) était le bénéficiaire économique de la société SOFINTER, n'aurait pas pu ignorer qu'en apportant à la société SOFINTER une partie de la clientèle et une partie du personnel de la société FICEL, M. **A.**) commettait nécessairement des actes de concurrence déloyale, « qu'il eût signé une clause de non-concurrence ou non ».

MM. **B.)** et **A.)** auraient, durant les heures de travail de M. **B.)**, contacté ensemble les clients de la demanderesse pour les débaucher au profit de la société SOFINTER. Notamment, M. **B.)** aurait contacté personnellement au moins trois clients de la société FICEL, « à savoir Boulangerie-Pâtisserie (...) de Consdorf et Jardinage-Paysagiste (...) de Hünsdorf pour les informer que son ami **A.)** allait leur faire une offre de prestations de services par l'intermédiaire de SOFINTER pour entrer en relations d'affaires avec eux. » M. **B.)** aurait encore téléphoné à la société F.S.W., établie à Wiltz, « pour leur dire en substance : « Il est grand temps que vous changiez de Fiduciaire, sinon je ne peux plus vous aider au niveau de la Chambre des Métiers. » »

M. **B.)** aurait commandé le mobilier de bureau et se serait occupé des aménagements intérieurs des locaux de la société SOFINTER, il aurait présenté M. **A.)** à Mme **I.)** du Centre Commun de la Sécurité Sociale, département affiliation.

Le défendeur n'aurait cessé de dénigrer la société FICEL auprès de tiers, notamment auprès de M. **O.)**, directeur de la Chambre des Métiers, en déclarant, entre autres que M. **A.)** n'aurait eu qu'un montant dérisoire pour l'ensemble des ses droits dans la société FICEL.

La société FICEL renvoie aux attestations testimoniales versées aux débats et offre de prouver ses affirmations par l'audition de témoins.

M. **B.)** engagerait ainsi sa responsabilité quasi-délictuelle à l'égard de la demanderesse et devrait être condamné au paiement de la somme de 20.000.000.-LUF à titre de dommages et intérêts.

- les moyens avancés par M. **B.)**

M. **B.)** conclut au rejet de la demande dirigée à son encontre et à sa mise hors cause. Il fait valoir qu'aucune violation des droits de la société FICEL ne saurait lui être reprochée, dans la mesure où il n'aurait connu ni l'existence ni le contenu des arrangements entre la société FICEL et M. **A.)**.

Dans ses conclusions notifiées le 16 juin 2001, M. **B.)** soutient que l'application de la théorie de la tierce complicité exigerait, outre l'existence d'une obligation licite pesant sur le débiteur principal et la violation de cette obligation, la connaissance par le complice de l'obligation contractuelle et une aide apportée par le complice à la violation contractuelle.

Or, M. **B.)** aurait ignoré l'existence d'une clause de non-concurrence à charge de M. **A.)**, il aurait ignoré « qu'il y avait interdiction de concurrencer de manière directe, mais aussi de manière indirecte ». La société FICEL resterait en défaut de prouver que M. **A.)** a mis le défendeur au courant de la teneur exacte de la clause de non-concurrence souscrite. L'offre de preuve ne porterait que sur des agissements de concert entre les défendeurs, mais ne permettrait pas d'établir que M. **B.)** « savait qu'une clause de non-concurrence était souscrite avant que son employeur lui communique la lettre du conseil de la demanderesse du 5 janvier 1999 ».

Dans ses conclusions du 17 mai 2006, M. B.) fait valoir qu'il n'aurait jamais contesté avoir eu connaissance de la clause de non-concurrence à partir de l'assignation lancée à son encontre le 25 février 1999. Il aurait ignoré l'existence de la clause avant cette date et le fait qu'il soit un ami de M. A.) ne serait pas suffisant pour conclure qu'il avait connaissance de l'existence et du contenu de la clause. En conséquence, à supposer qu'il ait, avant le 25 février 1999, prêté son concours à M. A.), ces faits ne pourraient justifier une condamnation pour tierce complicité, la connaissance dans le chef de M. B.) du droit violé n'étant pas établie. Seuls les actes postérieurs au 25 février 1999 pourraient être considérés.

Or, à partir de son engagement auprès de la société SOFINTER, le 1^{er} mars 1999, M. B.) aurait eu l'obligation, sous peine de violer son contrat de travail ou plus tard, le contrat de société, de concurrencer toutes les autres fiduciaires. Le simple fait de faire concurrence ne serait pas en soi fautif.

M. B.) conteste avoir commis un acte de complicité à la violation d'une clause de non-concurrence. Il conteste l'intégralité des faits offerts en preuve. L'offre de preuve manquerait de précision et ne serait pas pertinente ; le défendeur se rallie sur ce point aux développements de M. A.).

La concurrence participerait à notre ordre économique et les clients ne seraient pas la propriété d'un ou de plusieurs intervenants sur le marché. Le démarchage de clients constituerait une pratique courante et ne serait dès lors pas en soi constitutif d'une faute. M. B.) conteste pour le surplus avoir contacté personnellement certains clients de la société FICEL, en vue de leur démarchage.

M. B.) conteste également avoir commandé du matériel de bureau pour le compte de la société SOFINTER, avoir dénigré la société FICEL auprès de tiers, particulièrement auprès de M. O.), et avoir donné des consultations à des artisans dans les bureaux de la Chambre des Métiers en présence de M. A.). L'on verrait d'ailleurs mal en quoi la commande de matériel de bureau et la présentation des salariés de la société SOFINTER à Mme I.) du Centre Commun de la Sécurité Sociale seraient constitutives d'une faute.

Contrairement aux allégations adverses, M. B.) n'aurait aucunement, dans les conseils donnés aux membres de la Chambre des Métiers, privilégié la société SOFINTER par rapport aux autres fiduciaires. Il n'aurait disposé d'aucun moyen de contrainte pour que les clients choisissent la fiduciaire SOFINTER au détriment de la société FICEL. Lors d'une réunion du 27 octobre 1998, son employeur lui aurait demandé de conseiller à l'avenir aux membres, exclusivement la Mutualité d'Aide aux Artisans et il aurait respecté scrupuleusement ces consignes. Dans ses relations privées en revanche, il aurait continué à diriger des clients potentiels vers d'autres fiduciaires, toujours en ne privilégiant pas l'une par rapport aux autres. Le défendeur se réfère expressément à son courrier du 28 janvier 1999 reprenant ses dénégations quant aux accusations mensongères formulées à son égard.

Dans ses conclusions du 17 juillet 2001, M. B.) fait valoir que la société FICEL, pour ne pas être confrontée à l'impossibilité de prouver la connaissance par le défendeur de la clause de non-concurrence souscrite par M. A.), estimerait que « M. A.) a violé une obligation délictuelle alors que son action contre Monsieur A.) est fondée sur la

violation d'une obligation contractuelle ». La demanderesse modifierait donc la base de son action, ce qu'elle ne pourrait faire.

- appréciation

La société FICEL reproche à M. **B.)** d'avoir été tiers complice à la violation par M. **A.)** de son obligation de non-concurrence contractée au profit de la demanderesse. Elle recherche la responsabilité du défendeur sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

S'il est vrai que les contrats n'ont pas d'effet obligatoire envers les tiers, ils leurs sont néanmoins opposables, en ce sens qu'ils constituent pour les tiers une situation de fait dont ils ne peuvent, sans commettre de faute, entraver l'accomplissement. Ainsi, le tiers à un contrat qui, en connaissance de cause, s'est associé à la méconnaissance par une partie, des obligations créées par le contrat, est constitué en faute et commet un acte contraire aux usages.

Il appartient par conséquent à la société FICEL d'établir que M. **B.)** a, en connaissance de cause, aidé M. **A.)** à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui et qu'il aurait ainsi commis une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de la société FICEL.

M. **B.)** conteste avoir eu connaissance, avant le courrier du 5 janvier 1999, adressé par le mandataire de la société FICEL au directeur de la Chambre des Métiers (conclusions notifiées le 30 mai 2001 de Me Turpel), de l'existence et du contenu de la clause de non-concurrence souscrite par M. **A.)** le 3 août 1998. M. **B.)** conteste de même avoir commis un quelconque acte de complicité à la violation de la clause de non-concurrence litigieuse.

Face aux contestations du défendeur, la société FICEL, par voie de conclusions du 4 mai 2006, offre de prouver par l'audition de témoins que dès avant la signature de la transaction du 3 août 1998 et en dépit de la clause de non-concurrence, MM. **A.)** et **B.)** avaient de concert formé le projet de la concurrencer la société FICEL par la création, par des hommes de paille, de la société SOFINTER dont M. **B.)** devait détenir par la suite, la majorité du capital social (points 1) et 2)). Les points 4) et 6) de l'offre de preuve tendent à établir les actes de débauchage de clients de la société FICEL, respectivement les tentatives de débauchage de clientèle, commis par MM. **A.)** et **B.)**, ainsi que les démarches entreprises en vue de la signature du contrat de bail conclu par la société SOFINTER.

Contrairement aux conclusions du défendeur, ces points de l'offre de preuve sont pertinents et concluants, en ce qu'ils tendent à établir dans le chef de M. **B.)** des actes de complicité à la violation par M. **A.)** de son obligation de non-concurrence, faits de nature à pouvoir engager la responsabilité de M. **B.)**.

L'offre de preuve ne heurte pas non plus l'article 1341 du code civil, dans la mesure où elle tend à établir de simples faits et non un acte juridique.

Il y a partant lieu d'admettre les points 1), 2), 4) et 6) de l'offre de preuve formulée par la société FICEL, tels qu'ils sont repris au dispositif du jugement. Les autres

points de l'offre de preuve ne sont pas pertinents pour toiser la question de la responsabilité de M. B.) à l'égard de la société FICEL, dans la mesure où ils tendent à établir des agissements de M. A.).

La partie demanderesse propose, entre autres, d'entendre M. F.) comme témoin.

Or, nul ne peut être entendu comme témoin dans sa propre cause. Dans la mesure où les demandes de la société FICEL et les demandes des actionnaires de la société FICEL ont trait aux mêmes faits, il convient de retenir, que M. F.) est à considérer comme partie en cause, de sorte qu'il ne saurait être entendu comme témoin.

Il y a lieu de réserver la demande en attendant le résultat de la mesure d'instruction.

7. La demande des actionnaires de la société FICEL

7.1. La demande dirigée contre M. A.)

Dans l'assignation du 2 août 2000, les actionnaires de la société FICEL font valoir « qu'en débauchant personnel et clientèle de la FICEL SA tout en la concurrençant directement à travers SOFINTER, A.) a violé son obligation légale de garantie à laquelle il est tenu envers ses acheteurs en sa qualité de vendeur de ses parts sociales de FICEL SA ». Le comportement de M. A.) serait d'autant plus frauduleux que volontaire et délibéré « il n'a pu se faire que grâce au fait qu'en sa qualité d'ancien associé des requérants et comme étant à considérer comme « insider » il connaissait la clientèle de FICEL SA ». La baisse du chiffre d'affaires enregistrée par la société FICEL SA suite au départ des clients débauchés par M. A.) aurait entraîné une perte des bénéfices et par conséquent une diminution de la valeur des actions cédées, représentant 25% du capital social de la société FICEL.

La demande en indemnisation du préjudice que les cessionnaires affirment avoir subi, suite au comportement déloyal de M. A.), est basée sur les articles 1625 et suivants du code civil, ainsi que sur l'article 1134 dudit code.

Dans leurs conclusions déposées le 5 décembre 2000, les demandeurs soutiennent que « dans la mesure où il sera fait droit à la demande de la Fiduciaire Centrale de se voir allouer la clause pénale de 20.000.000.- LUF, l'indemnité qui sera ainsi payée à la Fiduciaire Centrale réduira, pro parte, le préjudice subi par lesdits demandeurs (...) sur les actions qu'ils ont acquises de A.) ».

7.1.1. La recevabilité de la demande

Par voie de conclusions du 28 mars 2001, M. A.) soulève l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir « alors qu'ils [les actionnaires] n'ont aucun intérêt personnel et direct à l'affaire. Les actionnaires de la société FICEL invoqueraient non pas un trouble de jouissance de leur qualité d'actionnaire, mais des faits qui, à les supposer établis, auraient des conséquences sur le résultat de la société dont ils sont actionnaires. Ils exerceraient dès lors une action qui appartient à la société FICEL.

La demande serait encore irrecevable pour défaut d'intérêt né et actuel à agir. En effet, les actionnaires de la société FICEL « demandent à être indemnisés d'un préjudice éventuel et ne justifient pas d'une menace de préjudice sérieuse et imminente; en effet, ils demandent à être indemnisés d'un bénéfice non réalisé in futurum, alors qu'il se peut que pour d'autres raisons, un tel bénéfice ne se réalise pas et qu'aucune raison comminatoire n'impose que ce droit éventuel et à l'évidence contesté, soit d'ores et déjà constaté ».

La qualité pour agir en justice est définie comme le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice ou encore le titre qui permet à une partie d'exiger du juge qu'il statue sur le fond du litige. Le pouvoir de défendre son droit méconnu ou contesté étant un attribut du droit lui-même, celui qui se prétend personnellement titulaire d'un droit, a de ce fait même la qualité requise, afin d'obtenir du juge qu'il se prononce sur son existence et sur son étendu, quel que soit par ailleurs le bien-fondé de sa prétention quant au fond.

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité, lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, ce qui est le cas en l'espèce pour les demandeurs qui agissent en leur qualité de cessionnaires des actions vendues par M. A.) et réclament indemnisation du préjudice qu'ils affirment avoir subi en raison du comportement déloyal du défendeur, préjudice distinct du préjudice subi par la société FICEL.

L'intérêt à agir est fonction de l'utilité que peut présenter pour le demandeur la mesure sollicitée. L'intérêt doit être direct et personnel, ainsi que né et actuel. Le demandeur qui se prétend titulaire d'un droit lésé ou contesté a nécessairement un intérêt direct et personnel. L'intérêt est né et actuel lorsque le préjudice s'est déjà réalisé, respectivement lorsque l'existence d'un préjudice apparaît comme la conséquence inéluctable d'une situation déterminée.

Il suffit par conséquent que, comme en l'espèce, les demandeurs allèguent avoir subi un préjudice du fait de M. A.) et qu'ils en demandent réparation, pour se voir reconnaître, outre la qualité à agir, également un intérêt direct et personnel pour agir.

Les moyens d'irrecevabilité ne sont partant pas fondés.

7.1.2. Le bien-fondé de la demande

Les demandeurs exposent que le vendeur garantit, entre autres, l'acheteur contre le trouble de fait qu'il commettrait lui-même, la bonne foi l'obligeant à ne rien faire qui diminuerait la jouissance de son acheteur. La concurrence déloyale faite par le vendeur, c'est-à-dire, celle consistant à détourner la clientèle, constituerait un trouble de fait interdit, conformément aux articles 1626 et suivants du code civil.

En concurrençant déloyalement la société dont il a cédé les actions, le vendeur des actions troublerait la jouissance des actions cédées « puisque par la concurrence déloyale exercée, il diminue la valeur de la société dont il a cédé les parts et dès lors les parts qu'il a cédées ». Constituerait en effet une pratique malhonnête, le fait de vendre une participation dans un commerce et de porter ensuite atteinte à la valeur de cette participation en débauchant personnel et clientèle.

Les actionnaires de la FICEL offrent de prouver par l'audition de témoins, les actes, qualifiés de malhonnêtes, qu'ils reprochent à M. A.).

M. A.) conteste la demande adverse et soutient que les actionnaires de la société FICEL ne seraient nullement troublés dans la jouissance de leurs actions. Seul un trouble pourrait avoir été exercé au niveau du fonds de commerce. Or, M. A.) n'aurait pas vendu le fonds de commerce et ne devrait pas garantir pour une chose qu'il n'a pas vendue. Les actions de la société et les droits qui en découlent n'auraient fait l'objet d'aucune attaque.

Par ailleurs, si une garantie était due à l'acquéreur des parts sociales pour des attaques alléguées contre le fonds de commerce, il y aurait lieu de constater que l'attaque alléguée n'est pas le fait personnel du vendeur, M. A.) n'ayant strictement rien fait pour débaucher les clients.

M. A.) conteste finalement le dommage allégué par les demandeurs, acquéreurs des titres d'une société qui disposerait d'une mesure de protection, d'une clause pénale applicable en cas de violation de la clause de non-concurrence stipulée en faveur de la société. Par cette clause pénale, la société FICEL aurait limité son dommage et les actionnaires qui touchent les bénéfices ne pourraient pas prétendre à plus.

L'obligation de non-concurrence à charge du cédant de parts d'une société dérive de la garantie d'éviction prescrite par les articles 1626 et suivants du code civil et vise à préserver l'acquéreur d'une éventuelle reprise par le cédant de l'objet même de la vente. Au regard de cette obligation, le cédant des parts doit s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale.

Ainsi, la garantie d'éviction n'empêche pas le vendeur de se rétablir dans une activité concurrente, si l'exercice de cette activité ne s'accompagne pas d'actes susceptibles de permettre la récupération, même indirecte, du bien aliéné, notamment d'un démarchage systématique et d'un détournement de clientèle.

Face aux contestations adverses, les demandeurs, par voie de conclusions du 4 mai 2006, offrent de prouver par l'audition de témoins que MM. A.) et B.) ont formé le projet de concurrencer la société FICEL à travers la société SOFINTER nouvellement créée et qu'ils ont démarché ou ont tenté de démarcher systématiquement les clients de la société FICEL. L'offre de preuve tend en outre à établir que M. A.) a, pour rendre la société SOFINTER opérationnelle, débauché plusieurs salariés de la société FICEL et a offert aux clients débauchés, les services offerts par la société FICEL à des tarifs plus avantageux. L'offre de preuve tend finalement à établir les démarches entreprises par MM. B.) et A.) en vue du financement et de l'établissement de la société SOFINTER.

Plus particulièrement, en ce qui concerne le financement de la société SOFINTER, les demandeurs, dans leurs conclusions du 25 octobre 2001, offrent de prouver par l'audition de témoins que la ligne de crédit a été accordée à la société SOFINTER en raison des bonnes relations avec M. A.) qui garantissait personnellement les engagements de la société.

Contrairement aux conclusions du défendeur, les offres de preuves sont pertinentes et concluantes, en ce qu'elles tendent à établir dans le chef de M. A.) des actes, à les supposer établis, pouvant, le cas échéant, constituer des troubles ou actes déloyaux, interdits à M. A.), vendeur de 25% des parts de la société FICEL.

Contrairement aux conclusions de M. A.), eu égard aux éléments du dossier, les offres de preuve ne heurtent pas l'article 351 du nouveau code de procédure civile et remplissent les critères de précision de l'article 422 du nouveau code de procédure civile.

Il y a partant lieu d'admettre les offres de preuve telles que reprises au dispositif du jugement.

A l'instar de ce que le tribunal a retenu au point 6.2.2., il n'y a pas lieu d'entendre comme témoin M. F.) qui est partie en cause.

Par voie de conclusions du 11 juillet 2001, la société FICEL et ses actionnaires demandent en outre au tribunal d' « ordonner à la BCEE de renseigner le tribunal sur la question de savoir si la ligne de crédit de 18.000.000.- LUF consentie par la BCEE consentie à Sofinter lors de sa constitution avec hypothèque consentie par N.), son frère et sa mère sur un immeuble à Grevenmacher a en outre été garantie ou non par une caution ou une garantie fournie par A.) et dans l'affirmative, jusqu'à concurrence de quel montant, et de renseigner le tribunal sur la question de savoir combien de temps cette hypothèque a été maintenue depuis sa constitution. »

Si le tribunal peut, sous certaines conditions, ordonner la communication des pièces détenues par un tiers, et admettre une partie à établir par l'audition de témoins tous les faits qu'il estime nécessaires à la solution du litige, aucune disposition légale ne prévoit toutefois l'injonction donnée par le tribunal à un tiers de fournir des renseignements sur un point discuté entre parties.

Cette demande est partant à rejeter.

Il y a lieu de réserver le surplus en attendant le résultat de la mesure d'instruction.

7.2. La demande dirigée contre M. B.)

Dans son assignation du 9 novembre 2004, les actionnaires de la société FICEL font valoir que les actes de concurrence déloyale reprochés à M. A.) auraient été accomplis avec la complicité de M. B.).

La complicité de M. B.) engagerait sa responsabilité envers les demandeurs sur base des articles 1382 et 1383 du code civil et il devrait être condamné solidairement avec M. A.) à réparer le dommage accru aux actionnaires de la société FICEL.

7.2.1. La recevabilité de la demande

- le libellé obscur

Par voie de conclusions du 18 janvier 2005, M. **B.**) soulève l'irrecevabilité de la demande des actionnaires de la société FICEL introduite à son encontre par l'assignation du 19 novembre 2004, pour libellé obscur.

L'assignation ne préciserait pas les pièces sur lesquelles elle est fondée, de sorte que le défendeur ignorerait s'il doit se référer ou non aux pièces communiquées dans le cadre de la première demande. En outre, l'assignation serait imprécise en ce qui concerne les dates du départ des clients énumérés, alors que la demande dirigée contre M. **B.**) ne pourrait concerner que les pertes subies avant le 18 mars 1999, date de son entrée en service auprès de la société SOFINTER. Cette imprécision empêcherait le défendeur de se défendre utilement.

Il convient tout d'abord de relever que le défaut d'indication des pièces sur lesquelles est basée la demande n'est, au vu du libellé de l'article 154 du nouveau code de procédure civile, pas sanctionné par la nullité de l'acte d'assignation.

Aux termes de l'article 154 du nouveau code de procédure civile, l'exploit d'ajournement contiendra l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens, le tout à peine de nullité.

La nullité d'un exploit d'ajournement pour défaut d'indication de l'objet et des moyens est une nullité de forme dont la mise en œuvre est soumise aux conditions de l'article 264 du nouveau code de procédure civile.

M. **B.**) soutient qu'il serait dans l'impossibilité de préparer utilement sa défense, de sorte qu'il allègue un grief au sens de l'article 264 du nouveau code de procédure civile.

La prescription de l'article 154 du nouveau code de procédure civile doit être interprétée en ce sens que l'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés. Il n'est toutefois pas nécessaire de qualifier juridiquement les circonstances de fait.

L'objet de la demande doit toujours être énoncé de façon claire et complète, à la différence de l'exposé des moyens, qui peut être sommaire.

Les actionnaires de la société FICEL demandent la condamnation solidaire sinon in solidum de M. **B.**) avec M. **A.**) au paiement de :

la somme de 223.105,96.- euros	à	M. C.),
les sommes de 16.526,37.- euros et de 57.015,97.- euros	à	M. D.),
les sommes de 190.053,22.- euros et de 57.015,97.- euros	à	M. E.),
la somme de 38.010,64.- euros	à	M. F.) et
la somme de 38.010,64.- euros	à	M. G.).

Les circonstances de fait à l'origine de la demande sont exposées dans l'exploit introductif. L'assignation du 20 août 2000 dirigée contre M. **A.**) est reprise dans son

intégralité dans l'exploit du 9 novembre 2004. Les demandeurs exposent que les actes de concurrence déloyale reprochés à M. A.) auraient été accomplis avec la complicité de M. B.), qu'au total MM. B.) et A.) auraient détourné 126 clients de la société FICEL au profit de la société SOFINTER. Il est encore précisé que les demandeurs recherchent la responsabilité de M. B.) sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

Il se dégage de ces développements que l'objet de la demande est énoncé de façon claire et précise dans l'acte introductif d'instance et que le libellé de la demande est suffisamment précis pour permettre à la partie défenderesse de choisir les moyens de défense appropriés.

Le moyen de nullité est partant à rejeter.

- le défaut de qualité et d'intérêt à agir

M. B.) soulève encore l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef des demandeurs.

Les actionnaires de la société FICEL invoqueraient une perte de clientèle qui entraîne une baisse du chiffre d'affaires et par voie de conséquence une diminution de la valeur du fonds de commerce. Or, seul le propriétaire du fonds de commerce pourrait agir en indemnisation de ce préjudice. En outre, il ne pourrait être question que les actionnaires réclament le préjudice découlant d'une diminution de la valeur des actions à la suite du départ de clients et que la société puisse bénéficier de l'indemnité fixée dans le cadre d'une clause pénale en cas de perte de cette même clientèle. Dans ce cas, seule la société aurait qualité pour agir en justice. Finalement, au vu du libellé de l'assignation, les demandeurs réclameraient indemnisation d'un préjudice futur. Or, l'existence du préjudice allégué ne serait nullement établie.

M. B.) se rallie pour le surplus aux développements de M. A.) dans ses conclusions du 28 mars 2001.

Ainsi que le tribunal l'a retenu au point 7.1.1., la qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité, lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit. En l'espèce, les demandeurs agissent en leur qualité de cessionnaires des actions vendues par M. A.) et réclament indemnisation du préjudice qu'ils affirment avoir subi en raison du comportement déloyal de M. A.) qui aurait agi avec la complicité de M. B.) défendeur, préjudice distinct du préjudice subi par la société FICEL.

En outre, il suffit que, comme en l'espèce, les demandeurs allèguent avoir subi un préjudice en raison du comportement de M. B.) et qu'ils en demandent réparation, pour se voir reconnaître, outre la qualité à agir, également un intérêt direct et personnel pour agir.

Les moyens d'irrecevabilité soulevés par M. B.) ne sont dès lors pas fondés.

7.2.2. Le bien-fondé de la demande

M. B.) soutient que la demande des actionnaires de la société FICEL serait basée sur la garantie d'éviction dans le cadre du contrat de cession des parts sociales. Or, il y aurait lieu de considérer que M. B.) n'est pas débiteur de cette garantie et ne saurait être visé par cette action.

A supposer que la perte de valeur d'un fonds de commerce rentre dans la garantie d'éviction d'une vente d'actions, M. A.) n'aurait rien fait pour débaucher des clients. Par voie de conséquence, M. B.) ne saurait avoir été complice d'un tel acte. En tout état de cause, M. B.) n'aurait participé ni de près ni de loin à des actes de concurrence déloyale.

Face aux contestations adverses, les demandeurs, par voie de conclusions du 4 mai 2006, offrent de prouver par l'audition de témoins que MM. A.) et B.) ont formé le projet de concurrencer la société FICEL à travers la société SOFINTER nouvellement créée et qu'ils ont démarché ou ont tenté de démarcher systématiquement les clients de la société FICEL. L'offre de preuve tend en outre à établir que M. A.) a, pour rendre la société SOFINTER opérationnelle, débauché plusieurs salariés de la société FICEL et a offert aux clients débauchés, les services offerts par la société FICEL à des tarifs plus avantageux. L'offre de preuve tend finalement à établir les démarches entreprises par MM. B.) et A.) en vue du financement et de l'établissement de la société SOFINTER.

Contrairement aux conclusions du défendeur, l'offre de preuve est pertinente et concluante, en ce qu'elle tend à établir dans le chef de M. A.) des actes, à les supposer établis, pouvant, le cas échéant, constituer des troubles ou actes déloyaux, interdits à M. A.), vendeur de 25% des parts de la société FICEL. L'offre de preuve tend de même à établir que M. B.) a, en connaissance de cause, aidé M. A.) à accomplir les actes qualifiés de déloyaux.

Il y a partant lieu d'admettre l'offre de preuve telle que reprise au dispositif du jugement.

A l'instar de ce que le tribunal a retenu aux points 6.2.2. et 7.1.2., il n'y a pas lieu d'entendre comme témoin M. F.) qui est partie en cause.

Il y a lieu de réserver le surplus en attendant le résultat de la mesure d'instruction.

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit les demandes,

quant à la demande dirigée par la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE contre M. A.)

déclare la demande fondée,

condamne M. A.) à payer à la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE la somme de 495.787,05 euros,

rouvre les débats pour permettre à la partie demanderesse d'expliquer sa demande d'intérêts au taux légal au regard

1. du point de départ des "intérêts légaux" demandés,
2. de la nature des "intérêts légaux" demandés (moratoires, compensatoires)
3. de la catégorie des intérêts visés au regard des articles 1,2,3,4,5,11,12,13,14,15-1,16 et 18 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative au délai de paiement et aux intérêts de retard, ainsi que de la loi du 22 février 1984 relative au taux de l'intérêt légal,
4. de l'article 1153 du code civil;

quant à la demande dirigée par société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE contre M. B.)

avant tout autre progrès en cause, admet la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE

à prouver par l'audition des témoins :

- 1) M. P.)
réviseur d'entreprises
(...) à L-(...)
- 2) M. Q.)
serrurier
(...) à L-(...)
- 3) M. R.)
maître-boucher
(...) à L-(...)
- 4) M. S.)
directeur de société
(...) à L-(...)
- 5) M. O.)
directeur de la chambre des Métiers
(...) à L-(...)
- 6) Mme T.)
employée privée
(...) à L-(...)
- 7) M. U.)
informaticien
(...) à L-(...)

- 8) M. V.)
chef comptable
(...) à L-(...)
- 9) Mme W.)
secrétaire
(...) à B-(...)
- 10) M. M.)
expert-comptable
(...) à F-(...)
- 11) M. N.)
comptable
(...) à L-(...)
- 12) M. L.)
conseil économique et social
(...) à L-(...)

les faits suivants:

1) que dès avant la signature de la transaction du 3 août 1998, sinon en même temps que celle-ci, A.), de concert avec son ami de longue date B.), avait formé le projet qu'une fois qu'il aurait quitté la Fiduciaire Centrale, et en dépit de la clause de non-concurrence à laquelle il s'engageait, il concurrencerait la Fiduciaire Centrale en lui débauchant personnel et clientèle par le biais d'une société à responsabilité limitée qu'il se proposerait de fonder avec des hommes de paille recrutés parmi le personnel de la Fiduciaire Centrale ;

2) que tout de suite après la mise en exécution de l'opération de cession de parts documentée par la transaction du 3 août 1998 et concrétisée par l'acte de cession de parts notarié du 24 août 1998 A.) fit constituer le 9 octobre 1998 par les employés de la Fiduciaire Centrale, K.), N.) et M.) la Fiduciaire Sofinter avec siège à Munsbach au capital social de 2.000.000.-LUF dont 60% furent souscrits par le dénommé M.) et dont l'objet social était pratiquement identique à celui de la Fiduciaire Centrale ; qu'en réalité il était ab initio convenu que M.) ne garderait des 60% du capital social qu'il avait souscrits que 5%, et que les autres 55% seraient dans la suite rétrocédés à A.), mais que lorsque A.) et B.) furent assignés pour violation de la clause de non-concurrence respectivement pour complicité à cette violation, les parties préférèrent faire céder lesdits 55% du capital social par M.) à B.), qui entretemps, à la suite de plaintes de la Fiduciaire Centrale à la Chambre des Métiers parce qu'il abusait de sa fonction auprès de celle-ci pour déterminer les PME clientes de la Fiduciaire Centrale à quitter celle-ci pour rallier la Fiduciaire Sofinter, avait cessé d'être conseiller à la Chambre des Métiers ;

(...)

- 4)... qu'ainsi de concert avec son ami **B.)**, **A.)** débaucha la boucherie **Y.)** de Luxembourg et que **M. Y.)** a reconnu le 9 décembre 1998 que c'était, suite aux visites de **B.)** et de **A.)**, **B.)** ayant notamment insisté sur le fait que **Y.)** était devenu client de la Fiduciaire Centrale parce qu'à l'époque **B.)**, en sa qualité de conseiller à la Chambre des Métiers le lui avait recommandé, que **Y.)** s'est senti obligé de suivre **A.)** à la Fiduciaire Sofinter ;
- qu'ainsi le client **Z.)** reconnut le 28 janvier 1999 que **B.)** l'avait mis sous pression pour le déterminer à quitter la Fiduciaire Centrale et pour devenir client de la Fiduciaire Sofinter en lui expliquant qu'à défaut, il n'aurait pas le nouveau programme de comptabilité et que s'il ne changeait pas de fiduciaire, lui, **B.)**, ne pourrait à l'avenir plus lui être utile au sein de la Chambre des Métiers ;
- qu'ainsi encore le client de la Fiduciaire Centrale Wolf de la boucherie au Pal Center à Steinsel, confia à **M. R.)**, frère de **X.)**, qu'il avait changé de fiduciaire pour avoir recours au service de la Fiduciaire Sofinter sur intervention de **A.)** et de **B.)** ;
- qu'ainsi enfin **A.)** et **B.)** en 1998, sans préjudice quant à la date exacte mais en tous cas avant le 3 août 1998, contactèrent le directeur de la Fiduciaire des PME **S.)** pour s'assurer sa collaboration et celle de la Fiduciaire des PME afin de détourner la clientèle de la Fiduciaire Centrale ;
- qu'au total **A.)** et **B.)** ont réussi à détourner 126 clients de la Fiduciaire Centrale au profit de Sofinter à savoir les 126 clients renseignés par la liste constituant la pièce 28 de la chemise de 42 pièces de Me Baden ;

(...)

6) que **A.)** a négocié l'installation de Sofinter dans ses locaux à Munsbach, y compris la négociation du bail avec le propriétaire des lieux, et que, secondé par **B.)**, il a commandé les aménagements intérieurs pour cette fiduciaire tels que meubles, décorations, etc. ;

fixe jour et heure de l'enquête au 17 janvier 2008, à 14.30 heures, pour entendre les témoins **M. P.)**, **M. Q.)**, **M. R.)** et **M. O.)**,

fixe jour et heure de l'enquête au 18 janvier 2008, à 9.00 heures, pour entendre les témoins **Mme T.)**, **M. U.)**, **M. V.)** et **Mme W.)**,

fixe jour et heure de l'enquête au 24 janvier 2008, à 14.30 heures, pour entendre les témoins **M. M.)**, **M. N.)** et **M. L.)**,

fixe jour et heure de l'enquête au 25 janvier 2008, à 9.00 heures, pour entendre le témoin **M. S.)**,

fixe jour et heure de la contre-enquête au 28 février 2008, à 14.30 heures,

chaque fois dans la salle des enquêtes du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, au plateau Saint-Esprit,

dit que les autres parties au litige doivent déposer au greffe des enquêtes au plus tard le 7 février 2008 la liste de témoins qu'elles désirent faire entendre lors de la contre-enquête,

charge Mme le juge Françoise WAGENER de l'exécution de cette mesure d'instruction,

quant à la demande dirigée par MM. C.), D.), E.), F.) et G.) en leur qualité d'actionnaires de la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE dirigée contre MM. A.) et B.)

avant tout autre progrès en cause, admet par MM. C.), D.), E.), F.) et G.) en leur qualité d'actionnaires de la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE à prouver par l'audition des témoins :

- 1) M. P.)
réviseur d'entreprises
(...) à L-(...)
- 2) M. Q.)
serrurier
(...) à L-(...)
- 3) M. R.)
maître-boucher
(...) à L-(...)
- 4) M. S.)
directeur de société
(...) à L-(...)
- 5) M. O.)
directeur de la chambre des Métiers
(...) à L-(...)
- 6) Mme T.)
employée privée
(...) à L-(...)
- 7) M. U.)
informaticien
(...) à L-(...)
- 8) M. V.)
chef comptable
(...) à L-(...)
- 9) Mme W.)
secrétaire
(...) à B-(...)

- 10) M. M.)
expert-comptable
(...) à F-(...)
- 11) M. N.)
comptable
(...) à L-(...)¹²⁾ M. L.)
conseil économique et social
(...) à L-(...)

les faits suivants:

1) que dès avant la signature de la transaction du 3 août 1998, sinon en même temps que celle-ci, A.), de concert avec son ami de longue date B.), avait formé le projet qu'une fois qu'il aurait quitté la Fiduciaire Centrale, et en dépit de la clause de non-concurrence à laquelle il s'engageait, il concurrencerait la Fiduciaire Centrale en lui débauchant personnel et clientèle par le biais d'une société à responsabilité limitée qu'il se proposerait de fonder avec des hommes de paille recrutés parmi le personnel de la Fiduciaire Centrale ;

2) que tout de suite après la mise en exécution de l'opération de cession de parts documentée par la transaction du 3 août 1998 et concrétisée par l'acte de cession de parts notarié du 24 août 1998 A.) fit constituer le 9 octobre 1998 par les employés de la Fiduciaire Centrale, K.), N.) et M.) la Fiduciaire Sofinter avec siège à Munsbach au capital social de 2.000.000.-LUF dont 60% furent souscrits par le dénommé M.) et dont l'objet social était pratiquement identique à celui de la Fiduciaire Centrale ; qu'en réalité il était ab initio convenu que M.) ne garderait des 60% du capital social qu'il avait souscrits que 5%, et que les autres 55% seraient dans la suite rétrocédés à A.), mais que lorsque A.) et B.) furent assignés pour violation de la clause de non-concurrence respectivement pour complicité à cette violation, les parties préférèrent faire céder lesdits 55% du capital social par M.) à B.), qui entretemps, à la suite de plaintes de la Fiduciaire Centrale à la Chambre des Métiers parce qu'il abusait de sa fonction auprès de celle-ci pour déterminer les PME clientes de la Fiduciaire Centrale à quitter celle-ci pour rallier la Fiduciaire Sofinter, avait cessé d'être conseiller à la Chambre des Métiers ;

3) que le prêt des 20.000.000.-LUF fait par la BCEE à Sofinter au titre de fonds de roulement ne fut possible que parce que A.) donna une garantie personnelle, sous forme d'une partie des 60.000.000.-LUF en espèces pour la cession de ses parts qu'il venait de toucher ;

qu'en particulier ni K.), ni M.) n'avaient les moyens pour donner une garantie à la BCEE et que l'immeuble de N.) donné en garantie ne constituait qu'une garantie incomplète voire insignifiante, dès lors que cet immeuble était déjà grevé d'une première hypothèque de 4.160.000.-LUF, que l'immeuble en question ne valait pas 20.000.000.-LUF et qu'il est bien connu que les banques et en particulier la BCEE n'accordent de prêts que contre des

garanties largement supérieures à celle constituée en l'espèce par une hypothèque deuxième en rang sur l'immeuble N.) ;

4) que A.) présenta la société Fiduciaire Sofinter comme sa nouvelle société de Munsbach aux clients de la Fiduciaire Centrale et à d'autres relations d'affaires de celle-ci dont il voulait s'assurer la collaboration ;

- *qu'ainsi il tenta de rallier à sa cause le réviseur d'entreprise P.) qui jusque-là exerçait tous les mandats de révision des clients de la Fiduciaire Centrale en lui expliquant en septembre 1998, sans préjudice quant à la date exacte, qu'il allait constituer une nouvelle fiduciaire à Munsbach et qu'il compterait sur les services de P.) ;*
- *qu'ainsi de concert avec son ami B.), A.) débaucha la boucherie Y.) de Luxembourg et que M. Y.) a reconnu le 9 décembre 1998 que c'était suite aux visites de B.) et de A.), B.) ayant notamment insisté sur le fait que Y.) était devenu client de la Fiduciaire Centrale parce qu'à l'époque B.) en sa qualité de conseiller à la chambre des Métiers le lui avait recommandé, que Y.) s'est senti obligé de suivre A.) à la Fiduciaire Sofinter ;*
- *qu'ainsi le client Z.) reconnut le 28 janvier 1999 que B.) l'avait mis sous pression pour le déterminer à quitter la Fiduciaire Centrale et pour devenir client de la Fiduciaire Sofinter en lui expliquant qu'à défaut, il n'aurait pas le nouveau programme de comptabilité et que s'il ne changeait pas de fiduciaire, lui, B.), ne pourrait à l'avenir plus lui être utile au sein de la Chambre des Métiers ;*
- *qu'ainsi le 27 octobre 1998 le client Steffen de la firme Steffen-Dach reconnut que A.) l'avait invité à changer de fiduciaire pour rallier sa nouvelle Fiduciaire Sofinter ;*
- *qu'ainsi le 21 janvier 1999 la cliente Mme X.) (agence immobilière) expliqua que A.) l'avait contactée pour la déterminer de quitter la Fiduciaire Centrale pour avoir dorénavant recours aux services de la Fiduciaire Sofinter nouvellement créée et qu'il avait ajouté qu'il essaierait de déterminer d'autres clients de la Fiduciaire Centrale pour changer de fiduciaire en faveur de Sofinter ;*
- *qu'ainsi encore le client de la Fiduciaire Centrale Wolf de la boucherie au Pal Center à Steinsel, confia à M. R.), frère de X.), qu'il avait changé de fiduciaire pour avoir recours au service de la Fiduciaire Sofinter sur intervention de A.) et de B.) ;*
- *qu'ainsi enfin A.) et B.) en 1998, sans préjudice quant à la date exacte mais en tous cas avant le 3 août 1998, contactèrent le directeur de la Fiduciaire des PME S.) pour s'assurer sa collaboration et celle de la Fiduciaire des PME afin de détourner la clientèle de la Fiduciaire Centrale ;*

- *qu'au total A.) et B.) ont réussi à détourner 126 clients de la Fiduciaire Centrale au profit de Sofinter à savoir les 126 clients renseignés par la liste constituant la pièce 28 de la chemise de 42 pièces de Me Baden ;*

5) que dans le but de rendre la Fiduciaire Sofinter pleinement opérationnelle dès le premier jour de sa constitution, A.) persuada les huit salariés de la Fiduciaire Centrale, à savoir K.), N.), M.), Venier, Steffen-Federspiel, Erb, Schumacker et Phillippon de résilier leur emploi auprès de la Fiduciaire Centrale pour travailler dorénavant pour la Sofinter, K.), N.) et M.) ayant été les hommes de paille pour constituer cette société ;

qu'ainsi dans un premier temps K.) et N.) résilièrent leur emploi à la Fiduciaire Centrale le 14 septembre 1998 ; que K.) et N.) étaient deux des principaux collaborateurs de la Fiduciaire Centrale, N.) dans le service dirigé par A.) et K.) dans le service dirigé par l'associé L.) ayant en charge tous les deux l'établissement des bilans des clients ;

qu'ensuite les prochains départs étaient, par ordre en date de leurs résiliations du contrat d'emploi, celui de M.), expert comptable dans le service de A.), Phillippon, employé au département salaires, Erb, comptable employée au service dirigé par A.), Schumacker, secrétaire de direction, Venier, comptable au service dirigé par A.) et Steffen-Federspiel, employée au département salaires ;

qu'ainsi avec ce personnel judicieusement choisi, A.), ou plutôt sa nouvelle Fiduciaire Sofinter, était parfaitement à même dès son ouverture d'offrir toute la palette de services que la Fiduciaire Centrale avait jusque-là fournis à ses clients ;

que tandis K.), N.) et M.) se virent chacun attribuer des parts dans la nouvelle Fiduciaire Sofinter, les autres employés débouchés se virent chacun accorder des augmentations de salaires substantielles, de sorte que A.) n'avait aucune difficulté à les débaucher ;

que la nouvelle Fiduciaire Sofinter, parce que A.) connaissait parfaitement les tarifs de la Fiduciaire Centrale, était à même d'offrir et offrait aux clients qui ont été débauchés le même service mais à prix moins élevé ;

6) que A.) a négocié l'installation de Sofinter dans ses locaux à Munsbach, y compris la négociation du bail avec le propriétaire des lieux, et que, secondé par B.), il a commandé les aménagements intérieurs pour cette fiduciaire tels que meubles, décorations, etc. ;

que par ailleurs, au moment de son départ, A.) a emporté toute la documentation spécialisée constituant la bibliothèque se trouvant dans son bureau à la Fiduciaire Centrale et qu'il a apporté toute cette bibliothèque suivant liste de 17 pages produite en cause à Sofinter où elle se trouve et est utilisée par celle-ci.

fixe jour et heure de l'enquête au 17 janvier 2008, à 14.30 heures, pour entendre les témoins M. P.), M. Q.), M. R.) et M. O.),

fixe jour et heure de l'enquête au 18 janvier 2008, à 9.00 heures, pour entendre les témoins Mme T.), M. U.), M. V.) et Mme W.),

fixe jour et heure de l'enquête au 24 janvier 2008, à 14.30 heures, pour entendre les témoins M. M.), M. N.) et M. L.),

fixe jour et heure de l'enquête au 25 janvier 2008, à 9.00 heures, pour entendre le témoin M. S.),

fixe jour et heure de la contre-enquête au 28 février 2008, à 14.30 heures,

chaque fois dans la salle des enquêtes du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, au plateau St. Esprit,

dit que les autres parties au litige doivent déposer au greffe des enquêtes au plus tard le 7 février 2008 la liste de témoins qu'elles désirent faire entendre lors de la contre-enquête,

avant tout autre progrès en cause, admet par MM. C.), D.), E.), F.) et G.) en leur qualité d'actionnaires de la société anonyme FIDUCIAIRE CENTRALE à prouver par l'audition du témoin :

M. Edgar BACK
chef régional adjoint de la BCEE à Grevenmacher
1, rue Mathias Schou
L-6761 GREVENMACHER

les faits suivants :

« Que si Sofinter se vit accorder une ligne de crédit de 10 millions LUF par la BCEE au moment de commencer avec ses activités, c'est uniquement en raison des bonnes relations de A.) avec le chef de la succursale de la BCEE à Grevenmacher à qui A.) avait assuré que la Sofinter était sa chose et qu'il garantissait donc personnellement tous les engagements de celle-ci. »

fixe jour et heure de l'enquête au 24 janvier 2008, à 14.30 heures,

fixe jour et heure de la contre-enquête au 28 février 2008, à 14.30 heures,

chaque fois dans la salle des enquêtes du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, au plateau St. Esprit,

dit que les autres parties au litige doivent déposer au greffe des enquêtes au plus tard le 7 février 2008 la liste de témoins qu'elles désirent faire entendre lors de la contre-enquête,

charge Mme le juge Françoise WAGENER de l'exécution de cette mesure d'instruction,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner à la BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT de renseigner le tribunal sur les modalités et les conditions de la ligne de crédit consentie à la société SOFINTER,

réserve les dépens.

Ce jugement a été lu à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Etienne SCHMIT, premier vice-président, en présence de Mme Pascale HUBERTY, greffier assumé.