

**N° 33 / 2019**  
**du 14.02.2019.**  
**Numéro 4093 du registre.**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, quatorze février deux mille dix-neuf.**

**Composition:**

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,  
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,  
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,  
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,  
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,  
Monique SCHMITZ, avocat général,  
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

**Entre:**

**la société anonyme SOC1),** établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

**demanderesse en cassation,**

**comparant par Maître Denis CANTELE,** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**et:**

**la société anonyme SOC2),** établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

**défenderesse en cassation,**

**comparant par Maître Jean-Paul NOESEN,** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

---

## **LA COUR DE CASSATION :**

Vu les décisions attaquées, à savoir l'ordonnance de clôture de l'instruction rendue le 22 mars 2017 par le magistrat de la mise en état de la septième chambre de la Cour d'appel et l'arrêt no. 183/17, rendu le 20 décembre 2017 sous le numéro 43592 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 28 mars 2018 par la société anonyme SOC1) à la société anonyme SOC2), déposé au greffe de la Cour le 29 mars 2018 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 23 mai 2018 par la société SOC2) à la société SOC1), déposé au greffe de la Cour le 25 mai 2018 ;

Sur le rapport du conseiller Romain LUDOVICY et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY ;

### **Sur les faits :**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, saisi par la société SOC2) d'une demande en paiement de diverses factures et par la société SOC1) d'une demande reconventionnelle en annulation des contrats conclus entre parties, avait annulé lesdits contrats et avait débouté la demanderesse principale de sa demande en paiement ; que la Cour d'appel a, par réformation, déclaré non fondée la demande reconventionnelle de SOC1) en annulation des contrats litigieux et a condamné cette dernière à payer à SOC2) le montant réclamé ;

### **Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :**

Attendu que la défenderesse en cassation soulève l'irrecevabilité du pourvoi pour autant qu'il est dirigé contre l'ordonnance de clôture de l'instruction rendue par le magistrat de la mise en état au motif que cette décision ne serait pas susceptible d'un recours en cassation ;

Attendu qu'aux termes de l'article 223 du Nouveau code de procédure civile, rendu applicable en instance d'appel par l'article 599 du même code, la clôture de l'instruction dans les cas prévus aux articles 200, 201, 220 et 221 est prononcée par une ordonnance non motivée qui ne peut être frappée d'aucun recours ;

Qu'il en suit que le pourvoi est irrecevable pour autant qu'il est dirigé contre l'ordonnance de clôture de l'instruction rendue le 22 mars 2017 par le magistrat de la mise en état ;

Attendu que le pourvoi, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable pour le surplus ;

### **Sur les cinq premiers moyens de cassation :**

Attendu que ces moyens ne sont pas à examiner, étant donné qu'ils visent tous l'ordonnance de clôture de l'instruction ;

### **Sur le sixième moyen de cassation :**

*« tiré de la violation des dispositions de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, disposant que :*

*<< Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle >>.*

*En ce que la septième chambre de la Cour supérieure de justice a dit la demande reconventionnelle de la société SOCI) S.A. en annulation des contrats signés le 30 janvier 2013 non fondée,*

*Au motif que la société SOCI) S.A. n'aurait pas rapporté la preuve d'une erreur sur une qualité substantielle du logiciel Admin Consult,*

*Alors que la Cour supérieure de justice n'a pas pris en considération le procès-verbal d'enquête du 30 avril 2015, reprenant les déclarations des témoins A) et B), déclarations favorables à la société SOCI).*

*Or, si elle avait pris comme elle aurait dû le faire ces déclarations en considération alors que consignées dans un procès-verbal d'enquête, acte de procédure faisant partie intégrante du dossier, elle n'aurait pas pu aboutir à la conclusion que :*

*<< la Cour ne disposant pas d'autres témoignages à ce sujet (à savoir la fonction helpdesk et le système de tickets), elle se doit de retenir que l'intimée reste en défaut de rapporter en cause le fait d'avoir attribué à cet élément une qualité essentielle ainsi que le défaut de cette qualité affectant le logiciel en question >>,*

*et que*

*<< en présence de deux témoignages émanant de personnes se trouvant chacune dans un lien de subordination avec le bénéficiaire respectif du témoignage, il n'existe aucun critère objectif permettant d'accorder plus de crédibilité à l'un plutôt qu'à l'autre des témoins. Dans ces conditions, il y a lieu de retenir que ces dépositions contradictoires se neutralisent mutuellement, de sorte que l'intimée n'a pas rapporté la preuve que cet élément (à savoir la possibilité de réaliser des fichiers*

*croisés) représentant pour elle une qualité essentielle du logiciel ayant déterminé son consentement à acquérir le logiciel en question, fait défaut >>.*

*Elle n'aurait ainsi pas pu débouter par réformation, la société SOCI) S.A. de sa demande reconventionnelle sur base des prédicts motifs, et n'aurait pu au contraire que confirmer le jugement de première instance. » ;*

Vu l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que la Cour d'appel a retenu dans son arrêt ce qui suit :

*« La Cour tient à relever d'emblée qu'aux termes de l'acte d'appel, l'appelante demande acte qu'elle maintient en instance d'appel toutes ses conclusions de première instance et se permet d'y renvoyer. Elle se réserve encore le droit de reprendre ces conclusions dans le cadre d'un corps de conclusions ultérieur. Par conclusions du 2 novembre 2016, l'appelante affirme « réitérer ses conclusions du 14 juillet 2015, qui sont de la teneur suivante : », et suivent les pages 6 à 16 des conclusions précitées. Il en est de même de l'intimée qui déclare reprendre le contenu de ses conclusions du 21 septembre 2015 produites en première instance. La Cour constate que ces deux corps de conclusions mentionnent des dépositions de témoins autres que ceux dont les déclarations sont versées au dossier, soit sous la forme de procès-verbaux d'audition de témoins, soit sous la forme d'attestations testimoniales. Si tant le jugement entrepris que les conclusions de l'appelante s'y rapportent, en revanche, la Cour se trouve dans l'impossibilité de prendre en considération les déclarations des témoins A) et B) à défaut de production de ces déclarations en instance d'appel. Seuls les procès-verbaux d'audition des témoins C), D) et E) ainsi que les attestations testimoniales de F), C) et D) sont soumis à l'appréciation de la Cour. » ;*

Attendu que la Cour d'appel a ainsi exclu la prise en considération de deux témoignages au motif qu'ils n'avaient pas été produits en instance d'appel, alors même que ces témoignages faisaient partie de la procédure pour avoir été recueillis lors d'une enquête en première instance, qu'ils avaient été invoqués en instance d'appel par les parties dans leurs conclusions et que leur production avait été demandée par le magistrat de la mise en état ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans avoir, après le constat du défaut de production de ces témoignages, rompu le délibéré aux fins d'inviter les parties à les produire, la Cour d'appel a violé la disposition visée au moyen ;

Qu'il en suit que l'arrêt encourt la cassation ;

### **Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :**

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la demanderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens ; qu'il convient de leur allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

### **Par ces motifs,**

déclare le pourvoi en cassation irrecevable pour autant qu'il vise l'ordonnance de clôture de l'instruction rendue le 22 mars 2017 par le magistrat de la mise en état ;

casse et annule l'arrêt no. 183/17, rendu le 20 décembre 2017 sous le numéro 43592 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière civile ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

condamne la défenderesse en cassation à payer à la demanderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

condamne la défenderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Denis CANTELE, sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt sera consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Madame Monique SCHMITZ, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.