



Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

2/2016

21 octobre 2016

SOMMAIRE

- Cour de cassation, 2 juillet 2015** 18
Sanction disciplinaire prévue par une convention collective – Sanction consistant en un reclassement temporaire dans une carrière inférieure pour une durée de 12 mois avec diminution de salaire – Sanction plus favorable au salarié que la sanction du licenciement telle que prévue par la loi (oui)
- Cour de cassation, 2 juillet 2015** 19
Indemnité de procédure – Article 240 du Nouveau Code de procédure civile – Pouvoir discrétionnaire du juge (oui)
- Cour d'appel, 1^{re} Chambre, 21 mai 2014** 20
Serment supplétoire – Conditions d'admission dans une matière dépassant le montant de 2.500 euros – Impossibilité morale ou matérielle de se procurer une preuve écrite – Liens familiaux – Contrat avec le beau-père – Impossibilité morale (non)
- Cour d'appel, 4^e Chambre, 10 décembre 2014** 22
Responsabilité contractuelle du comptable – Obligation de moyens – Charge de la preuve – Erreur d'appréciation sur le régime fiscal d'une opération – Responsabilité (oui) – Réparation du préjudice soumise à la preuve que l'opération n'aurait pas été effectuée par le client s'il avait obtenu les bonnes informations
- Cour d'appel, 4^e Chambre, 10 décembre 2014** 24
(1) Prescription décennale – Article 189 du Code de commerce – Banque – Clause de service de poste restante – Départ du délai de prescription – Moment où les informations sont à la disposition du client. (2) Article 189 du Code de commerce – Interruption du délai de prescription décennal – Article 2244 du Code civil – Lettre de mise en demeure (non)
- Cour d'appel, 4^e Chambre, 17 décembre 2014** 26
Péremption de l'instance d'appel – Effet équivalent à un acquiescement – Irrecevabilité d'un nouvel appel
- Cour d'appel, 2^e Chambre, 25 février 2015** 27
Erreur matérielle dans un acte notarié – Nécessité de procéder par une inscription en faux pour obtenir une rectification de l'acte (non) – Erreur alléguée consistant en l'omission du jardin attenant à une maison – Preuve de l'erreur – Preuve outre et contre un acte – Caractère vraisemblable des énonciations de l'acte – Pris en compte du compromis – Annonce sur l'Internet – Audition comme témoin du notaire (non)
- Cour d'appel, 7^e Chambre, 7 octobre 2015** 30
(1) Intérêts de retard – Prescription – Prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil – Assignment en référé et procès-verbal de recolement – Causes d'interruption de la prescription (oui). (2) Capitalisation des intérêts – Conditions
- Cour d'appel, 3^e Chambre, 8 octobre 2015** 33
Jugement retenant une absence de protection du salarié contre le licenciement au regard de l'article L.121-6 (3) du Code du travail et ordonnant une mesure d'instruction relative aux motifs de licenciement – Appel immédiat – Recevabilité (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2^e Chambre, 7 novembre 2014** 34
Conseil en propriété intellectuelle – Responsabilité – Marque – Recherche d'antériorité – Aléa – Obligation de moyens
- Cour administrative, 6 octobre 2015** 35
Association momentanée – Membre agissant en justice en son seul nom – Irrecevabilité de l'action en justice pour défaut de qualité à agir



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

Comité de rédaction: Marc THEWES, Pierre REUTER, Albert MORO, Pierre SCHLEIMER, Claudine ERPELDING, Steve JACOBY, Pierre BEISSEL, Anne LAMBE, Steve HELMINGER, Marc ELVINGER, Alex ENGEL et Brice OLINGER.



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour de cassation

2 juillet 2015

Sanction disciplinaire prévue par une convention collective – Sanction consistant en un reclassement temporaire dans une carrière inférieure pour une durée de 12 mois avec diminution de salaire – Sanction plus favorable au salarié que la sanction du licenciement telle que prévue par la loi (oui)

Vu les articles L. 121-3 et L. 162-12, paragraphe 6, du Code du travail ;

Attendu que les seules sanctions disciplinaires expressément prévues au Code du travail sont le licenciement avec préavis et le licenciement avec effet immédiat ;

Que les articles L.121-3 et L. 162-12, paragraphe 6, du Code du travail autorisent les parties au contrat de travail, respectivement à la convention collective, à déroger à ces dispositions dans un sens plus favorable au salarié ;

Attendu qu'une sanction disciplinaire consistant en un reclassement temporaire dans une carrière inférieure pour une durée de 12 mois, ensemble la diminution de salaire qu'elle comporte, est moins lourde que la sanction du licenciement et est dès lors plus favorable au salarié ;

Attendu qu'en jugeant que « La loi n'ayant ni prévu la diminution du salaire comme sanction de la conduite du salarié, telle une absence non justifiée de plusieurs jours, ni confié aux employeurs le droit de créer et d'appliquer les sanctions qu'ils jugent appropriées en raison de cette conduite, ni confié aux employeurs et aux syndicats le soin de prévoir les mesures appropriées et notamment la diminution du salaire afin de sanctionner la conduite du salarié, telle l'absence non justifiée pendant plusieurs jours, le collège échevinal de la Commune de A. n'a pas pu légalement sanctionner Mme B. en la reclassant pendant une année dans une carrière inférieure et en la privant d'une partie de son salaire », en annulant la sanction disciplinaire prononcée à l'égard de la défenderesse en cassation et en condamnant la demanderesse en cassation au paiement d'arriérés de salaire et d'une indemnité pour préjudice moral, la Cour d'appel a violé les dispositions légales visées au moyen ;

D'où il suit que l'arrêt encourt la cassation ;

(Cour de cassation – 2 juillet 2015 – Rôle: 3501 – N°: 63/15)

Référence du BIJ: 2016/2-CASS 13021



Procédure civile et commerciale

Cour de cassation

2 juillet 2015

Indemnité de procédure – Article 240 du Nouveau Code de procédure civile – Pouvoir discrétionnaire du juge (oui)

Sur les deux moyens de cassation réunis :

tirés, le premier, « de la violation de l'article 89 de la Constitution, lequel dispose << tout jugement est motivé >>, pour défaut de motifs, sinon insuffisance de motifs valant absence de motifs, ainsi que de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui prévoit le droit à un procès équitable ;

en ce que l'arrêt entrepris fait valoir qu'« il est inéquitable de laisser à charge de Madame Y l'intégralité des sommes qu'elle a exposées et qui ne sont pas comprises dans les dépens » et qu'« au regard de la nature de l'affaire, sa demande d'une indemnité de 10.000,- euros formée sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est fondée » ;

alors que chaque décision de justice doit contenir impérativement une motivation qui consiste en un exposé des raisons de droit et de fait que le juge donne, en vue de justifier légalement et rationnellement sa décision, ce qui fait manifestement défaut en l'espèce alors que la simple affirmation << il est inéquitable de laisser à charge de Madame Y. l'intégralité des sommes qu'elle a exposées et qui ne sont pas comprises dans les dépens >> et le simple renvoi à la << nature de l'affaire >> ne sauraient faire figure de motivation en droit luxembourgeois, mais consistent non seulement en un véritable défaut de motifs, sinon insuffisance de motifs valant absence de motifs, et concomitamment en une violation du droit au procès équitable » ;

le deuxième, « de la violation, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, sinon par l'ajout au texte de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile d'une condition qu'il ne pose pas, ledit article disposant que << Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine >> ;

en ce que l'arrêt entrepris fait valoir que << il est inéquitable de laisser à charge de Madame Y. l'intégralité des sommes qu'elle a exposées et qui ne sont pas comprises dans les dépens >> et qu'« au regard de la nature de l'affaire, sa demande d'une indemnité de 10.000,- euros formée sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est fondée » ;

alors que l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que la condamnation par le juge d'une des parties à payer à l'autre une indemnité de procédure peut être prononcée sur base du critère de l'équité et non en fonction de la nature de l'affaire » ;

Attendu que l'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge;

Que les moyens ne sauraient dès lors être accueillis ;

(Cour de cassation – 2 juillet 2015 – Rôle: 3508 – N°: 60/15)

Référence du BIJ: 2016/2-CASS 13019



Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
21 mai 2014

Serment supplétoire – Conditions d'admission dans une matière dépassant le montant de 2.500 euros – Impossibilité morale ou matérielle de se procurer une preuve écrite – Liens familiaux – Contrat avec le beau-père – Impossibilité morale (non)

Aux termes de l'article 1357 du Code civil, le serment judiciaire est de deux espèces :

- 1° celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause : il est appelé décisoire, et
- 2° celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou l'autre partie.

L'article 1366 du Code civil précise que le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation. Le Code civil pose, cependant, comme condition au juge pour déférer le serment d'office, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée et qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. L'article 1367 précise, en effet, qu'en dehors des deux cas, le juge doit adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

Le serment est donc écarté, d'un côté, dans le cas où la réalité de la prétention du demandeur est établie et, de l'autre côté, dans celui où aucun élément de preuve n'est rapporté à l'appui de la prétention du demandeur. Du moment que ces conditions sont satisfaites, la liberté du juge est pratiquement totale. Elle porte aussi bien sur l'opportunité de la délation que sur les modalités du serment (cf. Jurisclasseur de Droit civil, v° Contrats et Obligations, Preuve par serment, sub. articles 1357 à 1369, n^{os} 129 et 143). L'objet du serment supplétoire est néanmoins limité en ce sens qu'il ne doit porter que sur une question de fait (op. cit. n° 150).

Le propre du serment supplétoire est ensuite de ne pas lier le juge qui l'a ordonné, le juge reste libre d'apprécier la force probante du serment déféré (cf. Encyclopédie Dalloz, Procédure Civile, v° Preuve, n° 898, page 102).

Dans une matière dépassant le montant de 2.500 euros, les juges ne peuvent pas déférer le serment supplétoire en se fondant uniquement sur des présomptions et sans établir une cause d'exception de l'article 1341 du Code civil sur la preuve écrite (Cass., 24 décembre 1897, Pas. 4, 430).

En l'occurrence, les appelants soulèvent le fait qu'ils étaient dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, au vu du fait que la personne qui devait la fournir était le beau-père de X.

L'article 1348 du Code civil prévoit que les règles de preuve établies par les articles précédents reçoivent exception lorsque l'une des parties n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte.

L'impossibilité morale de se procurer un écrit, prévue par l'article 1348 du Code civil et dérogeant aux exigences de la preuve littérale de l'article 1341 du Code civil, résulte d'obstacles non pas externes, mais internes aux parties à l'acte. La rédaction d'un écrit, bien que facile à réaliser sur le plan matériel, va à l'encontre de réflexes psychologiques. Il s'agit de situations dans lesquelles, pour le demandeur, il aurait été, à l'égard de l'autre partie, offensant, déplacé, malséant de se montrer



méfiant et d'exiger la rédaction d'un écrit.

Quelle que soit la situation corrélative des parties (extrême proximité juridique, affective et/ou matérielle ou, au contraire, lien très relâché), le juge peut toujours considérer qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas, en l'espèce, impossibilité morale de se procurer un écrit.

C'est le lien humain réel et psychologique qui est pris en compte, non le lien que la loi considère comme familial par parenté ou alliance, ce dernier n'étant qu'un indice de l'existence du premier.

Normalement la jurisprudence, pour retenir l'existence de l'impossibilité morale de se procurer un écrit, ne se contente pas de liens de parenté ou d'alliance, mais exige en outre la preuve d'un lien d'affection entre proches parents et alliés (Juris-Classeur civil, art. 1341 à 1348, fasc. 60, n^{os} 30, 31 et 33 ; Cour, 24 novembre 2011, n^o 34902 du rôle).

En l'occurrence, les appelants restant en défaut de rapporter la preuve de l'impossibilité morale ou matérielle de se procurer un écrit, le simple fait que Z. est le beau-père de X. ne justifie pas de cette impossibilité. Le lien d'affection, même à le supposer établi, n'est pas de nature à fonder une impossibilité morale de se procurer un écrit. En effet, au regard du montant élevé en cause, l'exigence d'un écrit de la part de X. n'aurait pas eu de caractère offensant ou déplacé vis-à-vis de son beau-père.

X. et Y. ne rapportent, par ailleurs, aucun début de preuve susceptible de rendre vraisemblables leurs prétentions. Il n'y a, partant, pas lieu de déférer le serment supplétoire à X., de sorte que l'offre de preuve doit être déclarée irrecevable.

Le jugement déféré est, partant, à confirmer en ce qu'il a retenu, qu'à défaut de preuve du fait que X. a remis l'argent qu'elle a prélevé du compte de Z. à ce dernier, elle devra rembourser le montant de 6.200 euros à la masse successorale, ainsi que les intérêts légaux tels que repris au jugement déféré.

(Cour d'appel – 1^{re} Chambre – 21 mai 2014 – Rôle: 39563)

Référence du BIJ: 2016/2-CL 01 12476



Droit civil

Cour d'appel
10 décembre 2014

Responsabilité contractuelle du comptable – Obligation de moyens – Charge de la preuve – Erreur d'appréciation sur le régime fiscal d'une opération – Responsabilité (oui) – Réparation du préjudice soumise à la preuve que l'opération n'aurait pas été effectuée par le client s'il avait obtenu les bonnes informations

La juridiction du premier degré a correctement exposé les principes régissant la responsabilité contractuelle du comptable qui est tenu d'une obligation de moyens et dont le comportement est à comparer à celui d'un professionnel normalement éclairé et diligent.

Reproduction des deux paragraphes pertinents du jugement de première instance:

« Dans ses rapports avec son client, l'expert-comptable est en principe débiteur d'une obligation de moyens. Son devoir est d'exécuter la mission qui lui est confiée avec toute la compétence et le soin que l'on est en droit d'attendre d'un professionnel normalement éclairé et diligent. Le client devra donc, pour mettre en cause l'expert-comptable, prouver que ce dernier a commis une faute dans l'exercice de ses fonctions » (Jurisclasseur Civil, Art. 1382-1386, fasc. 376 : expert comptable, n° 20).

« Les obligations que le comptable assume envers son client sont de manière générale des obligations de moyens. Le professionnel est tenu à une obligation d'efforts. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. En présence d'une obligation de moyens, c'est le client qui doit, pour mettre en cause la responsabilité du comptable, démontrer que ce dernier n'a pas mis en oeuvre tous les moyens à sa disposition pour mener à bien sa mission (Catherine Mélotte, *La responsabilité des professions comptables*, Vol. 3, p. 13, n° 446).

C'est partant au client qu'il appartient d'établir une faute dans le chef du comptable.

Il est à noter que les parties ne mettent pas en cause la justesse de la position de l'administration des contributions.

L'erreur de l'intimée réside en l'espèce dans le fait d'avoir, dans l'estimation de la plus-value en cas de vente de l'immeuble à réaliser en 2008, et dont il n'est pas contesté que la méthode employée est identique à celle employée lors de la déclaration des revenus de 2009 de A., intégré les travaux réalisés de 1995 à 2008 dans la valeur de l'immeuble réévalué au jour de la vente, alors pourtant que ces travaux qui avaient déjà été portés en déduction lors de l'imposition des loyers respectifs ne pouvaient de ce fait plus être intégrés, sous peine pour le déclarant de profiter à deux reprises d'une réduction fiscale pour les mêmes travaux.

Cette erreur aurait pu être facilement évitée si la société avait pris le soin de mieux s'informer auprès de l'administration compétente, la Cour estimant qu'il est évident que le contribuable ne peut profiter à deux reprises d'une réduction fiscale pour le même motif.

C'est encore à bon droit que le tribunal a rappelé que lorsque le comptable commet une erreur d'appréciation sur le régime fiscal d'une opération, sa responsabilité n'est pas automatiquement



engagée, étant donné que le client n'a pas subi une imposition indue, mais une imposition qu'il n'avait pas prévue. La partie demanderesse doit partant établir qu'elle n'a passé l'acte de vente qu'en raison de l'estimation erronée du comptable, en d'autres termes, qu'elle aurait renoncé à son projet de vendre l'immeuble si elle avait été correctement renseignée sur le montant des impôts à payer. Cette preuve n'est cependant pas établie en l'espèce.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 10 décembre 2014 – Rôle: 39817)

Référence du BIJ: 2016/2-CL 04 12736



Droit commercial

Cour d'appel
10 décembre 2014

(1) Prescription décennale – Article 189 du Code de commerce – Banque – Clause de service de poste restante – Départ du délai de prescription – Moment où les informations sont à la disposition du client

(2) Article 189 du Code de commerce – Interruption du délai de prescription décennal – Article 2244 du Code civil – Lettre de mise en demeure (non)

(1) En première instance, la banque avait conclu à l'irrecevabilité de la demande en soulevant la prescription décennale de l'article 189 du Code de commerce, les faits à la base de la demande en condamnation ayant eu lieu en 1998 et l'action judiciaire n'ayant été intentée que le 26 mai 2009.

Ce moyen a été accueilli par le tribunal.

Il a retenu que la prescription s'applique non seulement entre commerçants, mais encore entre commerçant et non-commerçant (acte mixte), que l'action soit contractuelle ou délictuelle. Il a dit que le délai de dix ans commençait à courir à partir du jour où le client a eu connaissance du virement litigieux querellé, soit en l'espèce à partir du moment où il a été mis en possession de l'extrait de compte retraçant l'opération. Eu égard au fait que le client avait souscrit un ordre de garde du courrier auprès de la banque (convention de poste restante) et que cette dernière avait émis un avis de débit le 22 octobre 1998 et un relevé de compte le 31 décembre 1998, le tribunal a retenu comme point de départ de la prescription décennale la date du 31 décembre 1998. La demande introduite par voie d'assignation du 26 mai 2009 a par conséquent été déclarée prescrite.

(...)

L'article 4 des conditions générales est à lire en ce sens que les avis sont réputés avoir été envoyés au client à la date qu'ils portent. Si, comme en l'espèce, le client a opté pour le service poste restante, l'article est à interpréter en ce sens que la banque tient à la disposition du client l'avis en question, que ce dernier peut le retirer à sa convenance, la date à laquelle le client est censé informé des opérations n'étant cependant pas celle à laquelle il en prend effectivement connaissance, mais celle à laquelle il est avisé par la mise à disposition de l'avis dont la date est supposée être celle de ladite mise à disposition.

(...)

La prescription décennale n'a commencé à courir ni à partir du 7 août 2000, ni à partir du 10 avril 2000, dès lors que le point de départ de la prescription ne saurait être tributaire de la date à laquelle le client prend effectivement connaissance des documents bancaires, mais correspond à celle à partir de laquelle ces informations ont été mises à sa disposition par la banque, ce qui au regard des stipulations conventionnelles ayant lié les parties était le 31 décembre 1998.

(2) A. fait valoir à titre subsidiaire que le délai de prescription a été interrompu par la lettre de mise en demeure envoyée le 30 octobre 2000 par son avocat à la banque. L'avocat y met la banque en demeure de rouvrir le compte de son client et de le recrediter des montants correspondant au



transfert indûment opéré.

C'est cependant à bon droit que l'intimée fait valoir que cette mise en demeure n'a pas eu pour effet d'interrompre le cours de la prescription extinctive décennale pour ne pas être une des causes d'interruption prévues à l'article 2244 du Code civil.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 10 décembre 2014 – Rôle: 38961)

Référence du BIJ: 2016/2-CL 04 12735



Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
17 décembre 2014

Péremption de l'instance d'appel – Effet équivalent à un acquiescement – Irrecevabilité d'un nouvel appel

La péremption en instance d'appel produit un effet particulier, en ce sens qu'elle éteint non seulement la procédure, mais aussi le droit d'appel lui-même dans l'hypothèse où l'appel, à défaut de signification du jugement de première instance, aurait pu être renouvelé (Cour d'appel, 9 novembre 1964, P.19, n° 426).

Le jugement ne peut dès lors plus être attaqué par un nouvel appel puisque le jugement passé en force de chose jugée n'est plus susceptible de voies de recours ordinaires. Ainsi, la péremption en cause d'appel produit les mêmes effets qu'un acquiescement au jugement (Dalloz, Rép. de procédure civile, v° Péremption d'instance, n° 193 : Péremption d'instance en cause d'appel).

L'importance du principe de l'autorité de la chose définitivement jugée ne saurait être contestée. En effet, en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles revêtues de l'autorité de la chose jugée, après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours, ne puissent plus être remises en cause (C.J.C.E Köbler / Republik Österreich, 30 septembre 2003, C- 224/01). Une remise en cause d'une décision passée en force de chose jugée heurterait l'ordre public.

L'appel introduit est par conséquent irrecevable.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 17 décembre 2014 – Rôle: 36263 - 36264 - 36361)

Référence du BIJ: 2016/2-CL 04 12740



Droit de la preuve

Cour d'appel
25 février 2015

Erreur matérielle dans un acte notarié – Nécessité de procéder par une inscription en faux pour obtenir une rectification de l'acte (non) – Erreur alléguée consistant en l'omission du jardin attenant à une maison – Preuve de l'erreur – Preuve outre et contre un acte – Caractère vraisemblable des énonciations de l'acte – Pris en compte du compromis – Annonce sur l'Internet – Audition comme témoin du notaire (non)

Le litige concerne exclusivement une action en rectification pour cause d'erreur matérielle d'un acte notarié. Il n'a jamais eu un autre objet.

Les appelants font, à raison, valoir qu'on peut faire reconnaître l'existence d'une erreur matérielle contenue dans un acte authentique et, mieux, obtenir sa rectification sans inscription de faux (cf. Juris-Classeur Civil, v° Contrats et obligations, sub. art. 1317 à 1320 n° 149 et les références y citées).

Les juges de première instance ont, en constatant que la rectification pour erreur matérielle de l'acte notarié visée ne pouvait se faire qu'au moyen d'une inscription en faux, épuisé leur juridiction pour avoir admis une exception impliquant la négation du droit dont ils étaient saisis qui ainsi se trouvait définitivement abjugé. La Cour d'appel est saisie par l'effet dévolutif du recours et doit donc connaître de l'affaire. La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs. La Cour d'appel doit ainsi, après réformation du jugement de première instance ayant pris la susdite décision et acceptation de la recevabilité de la demande, en approfondir l'examen.

Le renvoi de l'affaire en première instance – requis, sans motivation spéciale, par les intimés – ne se justifie pas.

L'affaire étant, eu égard à la solution adoptée, instruite – seule la procédure d'inscription de faux ne l'est pas –, il n'y a pas non plus lieu d'accéder à la demande des appelants visant à l'intervention d'un arrêt séparé sur la seule question de la procédure à suivre pour la rectification d'une erreur matérielle contenue dans l'acte notarié.

L'erreur matérielle invoquée étant contestée, il incombe aux appelants qui s'en prévalent de l'établir.

Force est de constater que la preuve de l'erreur matérielle, qui échappe à l'inscription de faux, n'est pas libre pour autant. Elle se trouve régie par le droit commun de la preuve contre le contenu aux actes, spécialement, au moins pour les parties par l'article 1341 du Code civil. A l'écrit normalement nécessaire, témoignages et présomptions ne peuvent, en principe, se substituer qu'en cas de commencement de preuve par écrit. Celui-ci peut être constitué par l'acte sous seing privé établi préalablement à l'acte authentique (cf. Juris-Classeur Civil, *loc. cit.* n° 150).

Il se peut aussi que l'acte lui-même permette de s'apercevoir d'une erreur matérielle. On peut alors, sans condition particulière, compléter les soupçons qu'il a fait naître par des témoignages et présomptions. L'acte n'est pas pour autant analysé comme un commencement de preuve par écrit. L'explication est qu'il ne s'agit que de l'interpréter (cf. Juris-Classeur Civil, *loc. cit.*, n° 151).

Suivant acte de vente du 16 août 2000 dressé par le notaire (...), les appelants ont acheté des intimés pour le prix de 7.600.000,- francs « une maison d'habitation avec place et toutes ses dépendances, sise à (...), inscrite au cadastre de la commune de (...), numéro cadastral (...),



(provenant de partie de l'ancien numéro cadastral (...) ayant formé les lots 2 et 4, d'un plan de situation levé et dressé par N. en date du 26 octobre 1992), lieu-dit « (...) », maison-place, contenant 01 are 30 centiares ».

Telle que formulée, cette désignation de l'objet vendu ne permet pas de conclure à une erreur matérielle ayant consisté dans l'omission du jardin. Elle n'est, en ce qu'elle porte sur le seul numéro cadastral relatif à la maison avec indication de sa contenance avec précision qu'il s'agit « de partie de l'ancien numéro cadastral (...) ayant formé les lots 2 et 4 » du susdit plan N., pas de nature à impliquer que la vente portait en réalité sur une maison et un jardin d'une contenance de 2 ares 15 ayant consisté en les lots 2 et 4 de l'ancien numéro cadastral (...) et actuellement inscrits au cadastre sous les numéros (...) et (...). L'ancien numéro cadastral était composé de quatre lots et la mention que la vente portait sur une maison « partie de l'ancien numéro cadastral (...) ayant formé les lots 2 et 4 » d'une contenance de 1 ares 30 centiares n'est ni équivoque ni ambiguë. Elle ne permet aucunement de croire à une erreur évidente, à savoir que la vente aurait, en réalité, porté sur les deux anciens lots d'une contenance totale de 2 ares 15 centiares et que tant l'identification cadastrale que l'indication de la contenance seraient incomplètes, le jardin ayant été oublié. La simple reproduction abstraite (sans la moindre précision quant à l'incidence effective de ces dispositions pour les acquéreurs) dans cet acte de vente des servitudes de passage créées dans l'acte de vente antérieur du 26 octobre 1992, dont l'une deviendrait, selon le notaire, inutile en cas de vente de la maison seule, n'est pas susceptible de contredire l'apparence attachée à l'acte. Elle ne démontre ni ne rend vraisemblable l'erreur alléguée.

Force est donc de constater que l'acte notarié ne révèle pas d'erreur grossière, qu'il ne contient pas d'énonciations totalement invraisemblables.

Aucune conclusion déterminante ne peut donc en être tirée et il ne renferme pas de renseignements suffisamment clairs pour rendre crédibles les allégations des appelants et donc les autoriser à parfaire une preuve incomplète par d'autres moyens.

Aux termes de l'article 1341 du Code civil, la preuve contre et outre le contenu d'un acte dont la somme dépasse 2.500,- euros ne peut se faire qu'au moyen d'un écrit. Cette règle reçoit exception, en vertu de l'article 1347 du Code civil, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Le texte évoque deux conditions : l'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose et il doit rendre vraisemblable le fait allégué.

Le compromis de vente qui a précédé l'acte notarié litigieux (et qui comme il a été dit ci-dessus peut être retenu comme élément de preuve, constituer un commencement de preuve par écrit de sorte qu'eu égard à la solution à retenir, il s'avère oiseux de s'étendre davantage sur la valeur probante du compromis de vente par rapport à l'acte notarié) n'est pas éloquent en ce qu'il y est uniquement indiqué qu'il y a eu vente de l'immeuble sis à (...) inscrit au cadastre de la commune de (...), section A de (...) numéro cadastral (...). La rubrique relative à la contenance n'a pas été remplie. Le prix convenu est de 7.500.000,- francs dont 100.000,- francs pour la cuisine équipée vendue en même temps. Aucune mention ne rend vraisemblable la vente du jardin accessoirement à celle de la maison. Le jardin n'est pas mentionné, la contenance n'est pas précisée et la référence à un numéro cadastral global (composé de quatre lots) ne permet aucune conclusion. Il ne rend donc pas vraisemblables (et est incapable d'étayer) les prétentions des appelants.

Le compromis de vente antérieur, privé d'effet, conclu avec les époux R. et A. porte sur la vente d'une maison avec jardin, grenier et cave (numéro cadastral (...)) pour le prix de 7.500.000,- euros. N'étant pas plus précis et n'autorisant aucune conclusion certaine quant à l'objet du présent contrat – qui peut avoir été distinct – il ne peut valoir comme commencement de preuve par écrit dans le présent contexte.

Le jugement du 29 juin 2007, qui contient une appréciation, non autrement motivée propre au



tribunal quant à la vraisemblance des affirmations des appelants, ne satisfait pas davantage aux conditions de l'article 1347 du Code civil.

Un écrit non daté ne comportant aucune indication quant à son auteur, censé constituer une annonce publicitaire internet concernant la vente d'une maison à (...) référence (...) ne constitue pas non plus un commencement de preuve par écrit valable. Abstraction faite de la question de l'identité de son auteur, il reste obscur s'il concerne la présente vente et quel est précisément l'objet mis en vente (le détail étant important en l'occurrence).

A défaut de commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins (enquête et attestation) – et d'ailleurs également par présomptions – est inadmissible. Le prix prétendument démesuré, l'usage que les intimés auraient fait du jardin sont des présomptions et indices admissibles uniquement en cas de commencement de preuve par écrit.

Quant à l'offre de preuve des appelants par délation du serment ci-dessus indiqué au notaire (...), il y a lieu d'observer – abstraction faite de la considération que le notaire, non partie au contrat, n'est qu'assigné en déclaration de jugement commun – qu'aux termes des articles 1358 et 1360 du Code civil, le serment décisive peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, donc remplacer l'écrit, qu'il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ; que la délation du serment n'est pas une transaction, mais un mode de preuve, le serment pouvant être déféré sur tout fait pertinent pour la solution du litige, même si le fait dont serment ne résout pas à lui seul le litige.

Le serment n'est autre qu'un moyen visant à obtenir un aveu (cf. Doc. parl.. n° 2866 2, Rapport de la Commission juridique, p. 13).

Quoiqu'il en soit, le serment que les appelants se proposent de déférer au notaire est irrecevable pour ne pas porter sur un fait qui lui est personnel, mais sur une appréciation purement subjective par lui des circonstances et comportements des parties. Il ne concerne pas un fait qu'il est censé savoir vrai, mais croire vrai. Son seul avis est cependant sans intérêt pour le litige.

La demande des appelants visant à recourir à une comparution personnelle des parties est à rejeter, alors qu'il n'est pas à prévoir qu'elles se départent de leurs versions contradictoires et que la simple appréciation faite par le notaire de la situation est insuffisante à étayer les allégations des appelants concernant l'existence d'une erreur purement matérielle contenue dans l'acte notarié.

L'erreur matérielle alléguée n'étant pas établie, la demande des appelants est à rejeter.

(Cour d'appel – 2e Chambre – 25 février 2015 – Rôle: 34071)

Référence du BIJ: 2016/2-CL 02 12856



Droit civil

Cour d'appel
7 octobre 2015

(1) Intérêts de retard – Prescription – Prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil – Assignation en référé et procès-verbal de recolement – Causes d'interruption de la prescription (oui) –

(2) Capitalisation des intérêts – Conditons

(1) Aux termes de l'article 2277 du Code civil se prescrivent par 5 ans les intérêts des sommes prêtées.

Cette prescription est d'ordre public (Cour, 10 juin 1998, Pas. 30, p 487, et Pandectes belges, verbo « prescription de courte durée », n° 19).

L'article 2244 du Code civil dispose qu'une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiées à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment interruption civile.

L'interruption agit sur le passé et fait courir un nouveau délai qui ne tient pas compte du délai déjà écoulé.

Les causes d'interruption s'analysent en une situation qui contredit les fondements mêmes de la prescription, soit qu'il y ait réveil du titulaire jusque-là inactif, soit qu'il y ait de la part de celui qui avait commencé à prescrire reconnaissance des droits du titulaire.

Il est de jurisprudence que l'assignation en référé provision interrompt la prescription et fait courir un nouveau délai quinquennal (Cour 11 mars 1998, Pas. 30, p. 449 et 450).

Conformément à l'ancienne jurisprudence française antérieure à la réforme notamment de l'article 2242 du Code civil, qui le prévoit dorénavant expressément, l'effet interruptif ne cesse que lorsque l'ordonnance est rendue (cf. Méga Code Civil, 2013, page 3425, sub article 2242).

L'article 938 du Nouveau Code de procédure civile énonce que l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée et qu'elle n'est exécutoire qu'à titre provisoire.

S'il est de principe que l'interruption de la prescription fait courir un nouveau délai identique (Juris-Classeur Civil, sub. art. 2240 à 2246, n° 185), la reconnaissance de la dette ou un jugement de condamnation peut entraîner une interversion de prescription en substituant notamment la prescription de droit commun à la prescription quinquennale. Au vu des développements qui précèdent cet effet n'est cependant pas attaché à l'ordonnance de référé provision.

L'article 2247 du Code civil dispose que lorsque la demande est rejetée, l'interruption est regardée comme non avenue.

Aux termes de l'article 2220 du Code civil, on ne peut à l'avance renoncer à la prescription, de sorte qu'il n'y a pas lieu de vérifier autrement si A. a renoncé à la prescription quinquennale. Par ailleurs, si A. ne s'est pas présenté à l'audience de référé de la Cour pour soutenir son appel contre l'ordonnance de référé provision du 25 octobre 1993, ce défaut congé ne constitue pas un aveu judiciaire et par voie de conséquence une reconnaissance de sa dette, comme le soutient la partie appelante, mais tout au plus une présomption d'acquiescement, présomption renversée entre-temps par les conclusions au fond de la partie intimée. En outre les termes de la reconnaissance de



dette du 25 octobre 1982 ne permettent pas d'admettre qu'il y aurait eu entre les parties un accord pour la capitalisation des intérêts échus depuis au moins une année.

Finalement il y a lieu de retenir que l'appelante ne conteste pas que la demande de capitalisation n'a été faite que par conclusions du 11 mai 2009, comme l'ont retenu les juges de première instance et comme le soutient la partie intimée dans ses conclusions du 24 février 2015.

Par application des règles énoncées ci-avant, c'est à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont admis que la prescription extinctive quinquennale des dettes d'intérêts successives qui a pris cours le 25 novembre 1987, a été valablement interrompue une première fois par l'assignation en référé du 5 mars 1993, que cette première interruption a cessé le 25 octobre 1993, jour du prononcé de l'ordonnance de référé provision et date à partir de laquelle un nouveau délai quinquennal a commencé à courir, que la prescription quinquennale a encore été interrompue par le procès-verbal de recolement du 26 avril 1994 jusqu'au jugement déclaratif de la faillite personnelle de A. daté du 15 juillet 1994, date à partir de laquelle un nouveau délai de prescription a commencé à courir, que la demande en validation de la saisie-arrêt du 23 novembre 2007 ayant abouti à un jugement d'irrecevabilité en date du 10 juin 2008 n'a pas pu interrompre la prescription des intérêts, de sorte qu'à partir du 15 juillet 1994, date du jugement déclaratif de faillite, aucun événement susceptible d'interrompre la prescription n'était intervenu avant la demande du 9 juillet 2008 devant le tribunal d'arrondissement qui a abouti à la décision dont appel et que dès lors les intérêts sont prescrits jusqu'au 8 juillet 2003. Etant donné qu'en première instance l'arrêt de référé provision du 5 juillet 1994 n'avait pas été versé, les juges de première instance ne l'ont pas mentionné comme événement interruptif de la prescription. Cet arrêt a été versé en instance d'appel, mais il n'en reste pas moins que depuis le 15 juillet 1994 plus aucun événement interruptif n'est intervenu avant l'assignation du 9 juillet 2014.

L'appel principal n'est partant pas fondé pour autant que l'application par les premiers juges des règles de la prescription a été critiquée.

(2) Quant à l'appel principal et à l'appel incident pour autant que la capitalisation des intérêts telle qu'ordonnée par les premiers juges est visée :

En retenant à juste titre que ni la reconnaissance de dette du 25 novembre 1982, ni l'ordonnance de référé du 25 octobre 1993 n'ont prévu la capitalisation des intérêts, les premiers juges ont constaté que la demande en capitalisation n'a été faite que par conclusions du 11 mai 2009. Les premiers juges ont ordonné la capitalisation des intérêts à partir du 9 juillet 2003, date à partir de laquelle les intérêts ne sont plus prescrits jusqu'au jour du jugement.

Il est de principe que les intérêts échus des capitaux ne peuvent produire des intérêts qu'à dater de la demande qui en est faite et pourvu qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année (cf. Encyclopédie Dalloz, Civil, v° « Intérêts des capitaux », n° 123).

Il est encore admis que les juges du fond peuvent écarter l'application de l'article 1154 du Code civil et refuser d'ordonner la capitalisation des intérêts si la liquidation de la dette n'a pas pu se faire par la faute du créancier, en raison du retard ou des obstacles que ce dernier a provoqués (op. cit. n° 127).

Etant donné que la faillite personnelle de A., prononcée le 15 juillet 1994, n'a été clôturée que par jugement du 29 février 2008, ce ne sont manifestement pas les époux B. qui, par leur négligence, ont provoqué les retards dans la procédure, de sorte que rien ne permet à la Cour de ne pas ordonner la capitalisation des intérêts.

Etant donné cependant que la demande en capitalisation n'a été faite que le 11 mai 2009 et qu'elle porte sur des intérêts dus depuis le 9 juillet 2003, il y a lieu par réformation de la décision



entreprise d'ordonner la capitalisation des intérêts échus depuis au moins une année à partir du 11 mai 2009.

Il en résulte que l'appel principal n'est pas fondé à cet égard et que l'appel incident est partiellement fondé de ce chef.

(Cour d'appel – 7e Chambre – 7 octobre 2015 – Rôle: 41124)

Référence du BIJ: 2016/2-CL 07 13115

Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
8 octobre 2015

Jugement retenant une absence de protection du salarié contre le licenciement au regard de l'article L.121-6 (3) du Code du travail et ordonnant une mesure d'instruction relative aux motifs de licenciement – Appel immédiat – Recevabilité (oui)

Les parties sollicitent un arrêt séparé sur la question de la recevabilité de l'appel.

D'après l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile : « Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal.

Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance. »

Aux termes de l'article 580 du Nouveau Code de procédure civile : « Les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi. »

En disant dans le dispositif du jugement du 5 janvier 2015 que le salarié n'était pas protégé contre le licenciement, partant a rejeté le moyen tenant à la violation de l'article L.121-6.(3) du Code du travail et dit que le licenciement n'était pas abusif de ce chef, le tribunal du travail a tranché une partie du principal dès lors qu'il a, avec autorité de la chose jugée, tranché les prétentions des parties relatives à l'application ou non de l'article L.121-6.(3) du Code du travail, partant relatives à la régularité du licenciement, prétentions qui constituent un des aspects de l'objet du litige (cf. C. Cass. 27 novembre 2014 n° 3385 du registre).

Le jugement du tribunal du travail du 5 janvier 2015 ayant encore ordonné une mesure d'instruction au sens de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile, le jugement du tribunal du travail dont appel est un jugement mixte, de sorte que l'appel interjeté le 28 janvier 2015, soit endéans le délai légal de quarante jours prévu par l'article 571 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, est recevable, sans que l'appelant ait à attendre la décision au fond.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 8 octobre 2015 – Rôle: 42011)

Référence du BJI: 2016/2-CL 03 13110



Droit civil

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

7 novembre 2014

Conseil en propriété intellectuelle – Responsabilité – Marque – Recherche d'antériorité – Aléa – Obligation de moyens

Au fond, il incombe aux juridictions de qualifier de moyens ou de résultat les obligations assumées par les parties contractantes sur base des critères tels que l'aléa dans l'exécution du contrat et la participation plus ou moins active du créancier dans l'exécution de l'obligation (G. Ravarani, *La responsabilité civile. des personnes privées et publiques*, 2e édition, p. 392, n° 473). La faute contractuelle doit être appréciée *in abstracto*.

L'obligation assumée par un conseil en propriété intellectuelle dans le cadre d'une recherche d'antériorités, qui doit révéler si un signe est libre de tout droit privatif antérieur ou risque d'être opposé par le titulaire d'une marque similaire, comporte, au vu de l'ampleur des recherches à faire et de la notion difficile à cerner de similitudes entre signes, un aléa. Elle est dès lors à qualifier d'obligation de moyens.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 2e Chambre – 7 novembre 2014 – Rôle: 152598 – N°: 2195/14)

Référence du BIJ: 2016/2–TL 02 12951



Procédure civile et commerciale

Cour administrative

6 octobre 2015

Association momentanée – Membre agissant en justice en son seul nom – Irrecevabilité de l'action en justice pour défaut de qualité à agir

Dans le cas d'espèce, la société X. n'agit pas au nom de l'association momentanée constituant le consortium T., mais en son seul nom et pour son propre compte en argumentant que les décisions attaquées affecteraient négativement ses intérêts propres et partant sa situation individuelle. L'appelante reste en défaut de produire un éventuel contrat d'association conclu avec la société Y. réglant les conditions de participation des deux membres du consortium ayant participé au marché public litigieux et elle n'invoque dès lors pas une éventuelle clause de représentation en justice, ni ne prétend-elle disposer d'un mandat spécial de son associée, la société Y., en vue d'introduire la présente action en justice.

Il se dégage encore de l'attitude passive de la société Y., qui s'est vu signifier tant le recours de première instance que l'acte d'appel, que celle-ci, pour une raison inconnue, n'a pas voulu intervenir dans le cadre de la présente action en justice.

Dans ce contexte, il convient de noter qu'individuellement, les membres d'un consortium, en raison de leur spécialisation ou du volume du marché, ne sont normalement pas capables de réaliser la totalité du marché et que si tout associé d'une association momentanée a un intérêt à la réussite économique du consortium auquel il participe, un membre de ce consortium a cependant uniquement un intérêt à ce que l'association se voie attribuer le marché, mais non à se le voir attribuer à soi-même seul. A cela s'ajoute encore que les différents membres d'un consortium peuvent avoir des intérêts divergents et des opinions différentes, y compris quant à la question de l'introduction d'un recours contentieux en cas de rejet de l'offre collective.

Ainsi, reconnaître qualité pour agir à chaque membre *ut singulis* d'un consortium à titre individuel pourrait également avoir pour conséquence que les autres membres soient impliqués de manière indirecte à ce litige, notamment en ce qui concerne la divulgation de documents contenant des secrets d'affaires, alors qu'ils avaient pourtant décidé, de leur côté, de ne pas se laisser entraîner sur cette voie contentieuse, comme le semble par ailleurs démontrer l'attitude passive de la société Y. dans le cas d'espèce.

Partant, il y a lieu de retenir que dans le cadre d'un recours contentieux, un membre d'une association momentanée n'agit pas comme une entité dépourvue de tout lien avec le consortium mais en tant que membre de ce dernier et une société agissant en justice à titre individuel risque aussi de se voir imputer ou opposer d'une manière ou d'une autre le comportement d'autres membres dudit consortium.

S'il est certes exact, tel que le relève la société X., que l'inertie, volontaire ou non, d'un membre d'une association momentanée prive les autres de la possibilité d'agir en justice, rien n'interdit aux membres d'une association momentanée de se prémunir contre ce risque dès le moment de la conclusion du contrat d'association en y prévoyant précisément l'insertion d'une clause de représentation plus ou moins large.

L'absence de personnalité juridique de l'association momentanée a pour effet que son action en justice n'est recevable que si elle a été introduite par tous les associés conjointement (voir Maurice-André Flamme, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, tome I A, sixième édition, page 897).



Cette vision des choses est par ailleurs partagée par la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique. Ainsi, dans un arrêt du 31 janvier 2006 (n° 154.363), la haute juridiction a retenu que « le recours en annulation de la décision d'attribution ne pouvait être valablement introduit que par les deux sociétés membres de cette association momentanée sans personnalité juridique agissant régulièrement ensemble, sous réserve de clauses de représentation arrêtées dans la convention de constitution de l'association momentanée, lesquelles sont inexistantes en l'espèce; que l'action de la seconde société requérante ayant été jugée irrecevable, le présent recours est irrecevable (..) ».

Par un arrêt du 6 février 2006 (n° 154.549), le même Conseil d'Etat est arrivé, dans le cadre d'une demande de suspension, à la conclusion que: «la demande de suspension n'a pas été déposée au nom de la société momentanée; que par ailleurs, une société momentanée n'a pas en droit belge de personnalité juridique et obéit dès lors, en ce qui concerne sa capacité d'agir en justice, à un régime comparable à celui d'une association de fait; qu'il est requis dans ce cas que, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, tous les membres de l'association momentanée agissent simultanément en justice mais non que l'association momentanée ait seule accès au prétoire».

Toujours dans le contexte d'une demande de suspension, ledit Conseil d'Etat, par un arrêt du 7 mars 2006 (n° 155.960), a conclu que : « Il s'ensuit que la demande en suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée ne pouvait être valablement introduite que par les quatre sociétés membres de cette association momentanée sans personnalité juridique agissant régulièrement ensemble; qu'introduite par seulement certains membres de l'association momentanée, la demande de suspension est irrecevable».

Ladite jurisprudence, en s'appuyant sur les enseignements d'un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (arrêt C-129/04 du 8 septembre 2005), a encore été confirmée par des arrêts du Conseil d'Etat de Belgique des 18 novembre 2010 (n° 208.987), 9 mars 2011 (n° 211.866) et 7 mai 2012 (n° 219.202).

Au vu de ce qui précède, la Cour, contrairement à la solution retenue par les juges de première instance, arrive à la conclusion que l'action en justice introduite par la société X. seule était irrecevable dès la requête introductive d'instance pour défaut de qualité à agir dans le chef de celle-ci.

(Cour administrative – 6 octobre 2015 – Rôle: 35994C)

Référence du BIJ: 2016/2-CA 13108