



# **Bulletin d'Information sur la Jurisprudence**

1/2012

28 février 2012

## **SOMMAIRE**

- Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 17 mars 2011** 2  
Contrat de travail à durée déterminée – Requalification en contrat à durée indéterminée – Conséquences en cas d'absence du salarié après l'échéance prévue au contrat
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 18 mai 2011** 4  
Courtier – Contrat d'entreprise (non) – Responsabilité du courtier en cas d'inexécution d'un marché proposé par lui (non)
- Cour d'appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 18 mai 2011** 5  
Référé – Voie de fait – Action en cessation de troubles manifestement illicites – Article 933 al. 1er NCPC – Nécessité de rapporter la preuve de l'urgence (non)
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 25 mai 2011** 6  
Vente en état futur d'achèvement – Vices de construction apparents – Défaut de conformité de l'immeuble vendu – Différence entre un immeuble achevé au sens de l'article 1601-6 du Code civil et un immeuble terminé
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 25 mai 2011** 8  
Faillite – Cessation de commerce depuis plus de six mois – Société commerciale – Possibilité d'une déclaration en faillite même au-delà des 6 mois (oui) – Conditions d'ouverture – Indifférence de la cause de l'état de faillite
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 25 mai 2011** 9  
Désistement d'instance – Frais – Article 240 du Nouveau Code de procédure civile – Indemnité pour procédure abusive et vexatoire
- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011** 10  
Signification d'un acte d'appel à l'étranger – Non-comparution de la partie intimée – Absence de signification de l'acte d'appel à la partie intimée au motif qu'elle avait déménagé – Défaut de signification de l'acte d'appel à la nouvelle adresse connue par l'huissier étranger – Nullité de l'acte d'appel (oui)
- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 16 juin 2011** 11  
Licenciement avec effet immédiat – Licenciement abusif – Détermination du préjudice matériel – Fixation de la période de référence à partir de la date du licenciement (oui) – Prise en compte de l'indemnité compensatoire de préavis dans la fixation des dommages et intérêts (oui)
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 9 novembre 2011** 12  
Contrat de domiciliation – Clause permettant l'augmentation unilatérale des honoraires du domiciliataire suite à une hausse de l'indice du prix à la consommation luxembourgeoise – Validité de la clause (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2<sup>e</sup> Chambre, 22 juin 2011** 13  
(1) Action en cessation d'actes de concurrence déloyale – Détournement de clientèle – (2) Courtier et compagnie d'assurances – Existence de relations concurrentielles (oui) – (3) Violation par la société de courtage d'une clause de non-concurrence signée par un ancien agent de la compagnie d'assurances gérant de la société de courtage – Notion de tiers complice – (4) Action en cessation contre le sous-courtier, gérant de la société de courtage – Nécessité d'exercer à titre personnel une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

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



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
17 mars 2011

### **Contrat de travail à durée déterminée – Requalification en contrat à durée indéterminée – Conséquences en cas d'absence du salarié après l'échéance prévue au contrat**

L'appelant soutient dans ses conclusions du 29 avril 2010, en prenant appui sur un arrêt de la Cour d'appel du 11 décembre 2008 (numéro de rôle 32836, troisième chambre) qui a retenu que le fait qu'un contrat de travail à durée déterminée est requalifié a posteriori en contrat de travail à durée indéterminée a comme conséquence de droit que la fin des relations de travail à la suite de l'arrivée du terme stipulé dans le contrat de travail à durée déterminée est à considérer comme licenciement avec effet immédiat abusif, que le tribunal du travail aurait dû retenir que la société V. l'avait licencié avec effet immédiat à la date d'expiration du contrat.

La Cour ne saurait cependant faire sienne cette conclusion. L'échéance du terme ne saurait être analysée a posteriori en un licenciement avec effet immédiat abusif, ledit licenciement devant procéder de la volonté claire et manifeste de l'employeur, non établie en l'espèce. Il s'y ajoute qu'une requalification postérieure opérée par les juridictions du travail ne saurait rétroactivement constituer de plein droit en faute un employeur qui pouvait, éventuellement de bonne foi, estimer éteintes les relations de travail par l'arrivée du terme. (Cour numéro du rôle 34041 du 20 mai 2010, huitième chambre)

(...)

Le fait pour le salarié de s'être inscrit au chômage avant même la fin des relations de travail contractuellement fixée au 31 octobre 2007 ne vaut pas, ainsi que soutenu par la société, démission dans son chef. La démission implique en effet une volonté claire et univoque de mettre fin aux relations de travail, présuppose partant la connaissance de la situation juridique exacte dans laquelle se trouvent les parties. Cependant, tant l'employeur que le salarié ne savaient pas fin octobre 2007 qu'ils étaient au-delà de l'arrivée du terme liés par un contrat de travail à durée indéterminée de sorte que la volonté du salarié de mettre fin audit contrat à durée indéterminée n'est pas rapportée en l'espèce. Le moyen de l'intimée repris en instance d'appel et qualifié erronément d'appel incident est à écarter.

Par lettre du 8 novembre 2007, le syndicat OGBL s'adresse à l'employeur et le rend attentif au fait que le contrat de travail à durée déterminée venu à échéance le 31 octobre 2007 ne remplit pas les exigences légales pour valoir contrat de travail à durée déterminée. Il conteste partant ce qu'il considère comme une rupture unilatérale du contrat de travail faite à l'initiative de l'employeur. (pièce 4 de la farde I de l'intimée)

Par courrier du 15 novembre 2007 destiné au syndicat, la société fait valoir que la seule sanction du défaut de certaines mentions devant figurer dans le contrat de travail à durée déterminée consiste en la requalification en contrat de travail à durée indéterminée. Elle conteste qu'il y ait eu rupture abusive du contrat de travail, surtout en l'absence d'une manifestation de volonté de sa part, admet cependant « le droit du salarié au maintien des relations de travail ». Elle fait valoir que ce dernier a cessé d'exécuter ledit contrat en ce qu'il a quitté le 30 octobre 2007 vers 09.00 heures le lieu de travail et ne l'a plus rejoint depuis lors de sorte qu'une absence injustifiée de plus de deux semaines est un motif grave de résiliation immédiate du contrat de travail. Elle dit annexer la copie de la lettre de licenciement adressée le même jour au salarié. (pièce 5 de la farde I de l'intimée).

Par courrier du 15 novembre 2007, la société résilie avec effet immédiat le contrat de travail pour



faute grave dans le chef du salarié. (pièce 6 de la farde I de l'intimée). Le licenciement est motivé par le fait que « le 30 octobre 2007 vous avez quitté votre lieu de travail à 9.00 heures sans excuse valable et depuis ce jour jusqu'en date d'aujourd'hui vous êtes absent sur votre poste de travail sans excuse ni motifs légitimes ».

Du fait de la requalification du contrat de travail opérée a posteriori, les parties se trouvaient toujours liées contractuellement durant la période litigieuse du 1er au 15 novembre 2007, cette dernière date étant celle à laquelle l'employeur a procédé à la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail pour faute grave dans le chef du salarié.

L'analyse juridique faite par le syndicat dans le courrier adressé le 8 novembre 2007 à l'employeur dans lequel il reproche à ce dernier d'avoir procédé à la « rupture unilatérale » du contrat de travail n'est pas correcte eu égard aux développements faits ci-dessus. Le syndicat ne fait pas valoir dans ledit courrier que les relations de travail sont encore toujours en cours, ni n'informe-t-il l'employeur de ce que le salarié est à sa disposition pour continuer à exécuter la relation de travail.

Le salarié ne s'est plus présenté à son lieu de travail durant la première quinzaine du mois de novembre 2007. Etant donné qu'il reste en défaut d'établir avoir informé l'employeur qu'il se tenait à sa disposition manifestant par là même son intention d'exécuter le contrat de travail et par voie de conséquence à le voir également exécuter par l'employeur, ce dernier pouvait, certes tardivement et tirant les conséquences juridiques exactes des éléments d'information lui communiqués par le syndicat OGBL et en vue de clarifier respectivement terminer définitivement la situation juridique ambiguë dans laquelle les parties se trouvaient, prendre prétexte de l'absence du salarié pour mettre fin avec effet immédiat au contrat de travail à durée indéterminée.

L'absence du poste de travail durant les deux premières semaines du mois de novembre 2007 constitue en effet dans le chef du salarié un motif grave qui permettait à l'employeur de mettre un terme avec effet immédiat au contrat de travail à durée indéterminée entre les parties.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 17 mars 2011 – Rôle: 35617)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 08 9637



## Droit commercial

### **Cour d'appel**

18 mai 2011

#### **Courtier – Contrat d'entreprise (non) – Responsabilité du courtier en cas d'inexécution d'un marché proposé par lui (non)**

Le rôle du courtier – comme cela a également été le cas de la société A. s.à r.l. – consiste essentiellement à faire connaître à chaque partie les conditions de l'autre, à les conseiller et à tenter de concilier leurs intérêts divergents. Le courtier tend à rapprocher les parties qui concluront éventuellement un contrat, mais ce n'est pas le courtier qui traitera personnellement en assurant la bonne fin du contrat. Le courtier, éclairé en fait sur les conditions du marché, sur son état et son évolution, renseigne, conseille et oriente les parties en facilitant la conclusion de contrat (Dalloz commercial, v° courtiers, p. 5 n° 17).

Il ne saurait dès lors être fait grief à la société A. s.à r.l. d'être, par l'intermédiaire de la dénommée F., intervenue au siège de la société C. s.à r.l. pour « conseiller » au niveau de l'aménagement des lieux (cf : conclusions de la société C. s.à r.l., notifiées le 15 janvier 2010), ce « conseil » ne dépassant en rien le cadre de l'activité de courtage dont était investie la société A. s.à r.l..

Faciliter l'achat de l'imprimante « Roland 702 3B », son transport et son montage, d'un point de vue organisationnel, telle a été la tâche qui incombait à la société A. s.à r.l., sans que celle-ci ait envisagé d'intervenir elle-même, personnellement, dans la conclusion des contrats y afférents.

La circonstance que la société A. s.à r.l. a fait parvenir le 4 mars 2008 à la société C. s.à r.l. une offre détaillée reprenant le prix de l'imprimante et le prix de différentes opérations nécessaires au montage de la machine ne signifie pas – contrairement à ce qui a été décidé par les premiers juges – que la société A. s.à r.l. a sous-traité une partie du marché. Au contraire, ce fait relève de l'activité de courtage de la société A. s.à r.l., dictée par ses compétences en la matière qui imposent que les parties soient informées au maximum des opérations pour mener à bien leur projet.

L'activité de la société A. s.à r.l. ne recouvre donc pas un contrat d'entreprise. Son activité visait simplement la mise en contact des différents intervenants et l'organisation de leurs négociations; elle ne portait pas sur la réalisation de prestations sous les ordres du maître de l'ouvrage.

[...]

La société A. s.à r.l., ayant agi en tant que courtier, est partant restée extérieure aux marchés conclus. Elle n'est dès lors pas responsable de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des marchés qu'elle a proposés et elle ne saurait être tenue à une quelconque indemnisation à l'égard de la société C. s.à r.l..

Dans ces conditions, il y a lieu – par réformation du jugement entrepris – de déclarer non fondée la demande reconventionnelle de la société C. s.à r.l..

(Cour d'appel – 4e Chambre – 18 mai 2011 – Rôle: 35162)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 04 9858



**Mesures urgentes et provisoires**

**Cour d'appel**

18 mai 2011

**Référé – Voie de fait – Action en cessation de troubles manifestement illicites – Article 933 al. 1er NCPC – Nécessité de rapporter la preuve de l'urgence (non)**

La Cour rappelle que la demande de la partie S. est basée sur l'article 933 alinéa 1er du NCPC qui vise entre autres les troubles manifestement illicites. Cette situation est donnée en l'espèce. Il ressort en effet des pièces versées que le propriétaire initial de l'immeuble concerné a sollicité et obtenu en 1934 l'autorisation de construire un garage. Il n'y est pas question d'une terrasse qui serait à aménager sur ledit garage. [...]

Il ressort encore des pièces versées (lettre de la Ville de Luxembourg du 17 septembre 1990) que les actuels intimés ont entamé en 1990 la construction d'une terrasse proprement dite sur l'ancien garage. Cette terrasse ne fait l'objet d'aucune autorisation. Elle se trouve à moins de 2 mètres de l'immeuble de l'appelante et permet aux occupants de voir à l'intérieur de cet immeuble. En outre, les nuisances sonores attestées par le procès-verbal de la police de Luxembourg du 17 août 2008 entraînent pour l'appelante une gêne non tolérable et une diminution de sa qualité de vie. Les multiples inconvénients engendrés par la présence de la terrasse illégale en question constituent un trouble manifestement illicite qu'il importe de faire cesser de suite. Il importe peu que le propriétaire précédent de l'immeuble portant le numéro 31, rue de P., a toléré la situation illégale pendant 17 ans et que le trouble manifestement illicite persiste depuis plus de 20 ans, doctrine et jurisprudence admettant de façon constante que l'urgence n'est pas une condition requise pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; l'article 933 précité précise en effet que le juge des référés peut toujours faire cesser pareil état (Revue trimestrielle de droit civil, 1983, page 381).

(Cour d'appel – 7e Chambre – 18 mai 2011 – Rôle: 36288)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 04 9835



## Droit civil

### **Cour d'appel**

25 mai 2011

#### **Vente en état futur d'achèvement – Vices de construction apparents – Défaut de conformité de l'immeuble vendu – Différence entre un immeuble achevé au sens de l'article 1601-6 du Code civil et un immeuble terminé**

Conformément à l'article 1642-1 du Code civil le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur des vices de construction alors apparents.

Le terme « vice de construction » doit être interprété extensivement. On entend comprendre parmi les vices couverts également les malfaçons courantes ainsi que les défauts de conformité et de qualité (cf : Travaux parlementaires numéros 1637 et 1637-3 ; Cour d'appel, 15 octobre 1987, P. 27, p. 188).

La non-conformité est la livraison d'une chose saine différente de celle promise ; autrement dit, le vendeur livre un immeuble correct, mais qui ne répond pas aux spécifications du contrat. Le défaut de conformité est une différence par rapport aux prescriptions contractuelles (cf : Dalloz, janvier 1994, v° Vente d'immeuble à construire par Olivier TOURNAFOND, numéros 162 et 173).

En l'espèce, les époux C.-D. – qui se plaignent du fait que la société A. s.à r.l. n'a pas exécuté certains travaux lui imposés par les stipulations contractuelles – ne se trouvent pas confrontés à un problème de vice apparent affectant les travaux réalisés par la société A. s.à r.l. ou à un problème de non-conformité de la chose livrée aux stipulations contractuelles.

Lorsqu'elle concerne un immeuble à construire, l'exécution de l'obligation de délivrance à charge du vendeur comporte – entre autres éléments – l'achèvement de l'immeuble dans le délai contractuel prévu (cf : Jurisclasseur, v° Vente d'immeuble à construire, articles 1601-1 à 1601-4).

Un immeuble est à considérer comme étant achevé lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipements qui sont indispensables à l'utilisation de l'immeuble conformément à sa destination contractuelle (cf : Dalloz, janvier 1994, v° Vente d'immeuble à construire par Olivier TOURNAFOND, numéro 156).

Il va sans dire que l'acquéreur a droit à un immeuble terminé et non pas simplement achevé (cf : même référence, n° 159).

En l'occurrence, après l'achèvement des travaux de construction en 2003, la société A. s.à r.l. n'avait toujours pas procédé à une étude géotechnique et n'avait toujours pas effectué l'aménagement des alentours conformément à l'autorisation de construire délivrée par l'Administration communale de la Ville de VVV. Cette étude ne fut réalisée qu'en date du 1er avril 2003 par la société G. GmbH, complétée suivant rapport du 20 novembre 2003 dans lequel la société G. GmbH a précisé [...]

Force est de constater que la société A. s.à r.l. n'a pas exécuté le contrat en considération des « conditions spéciales » de l'autorisation de bâtir délivrée par l'Administration communale de la Ville de V. le 24 février 2000 qui a été annexée à l'acte notarié du 19 juin 2000 pour être formalisée avec celui-ci.

Que les époux C.-D. aient procédé le 26 juillet 2001 à la réception des travaux, ne saurait influencer sur



la solution du présent litige, pareille réception n'a porté – comme l'a à bon escient relevé la partie intimée – que sur les travaux qui avaient été exécutés.

(...)

Il suit de toutes ces considérations que les époux C.-D. ne sont pas forclos d'agir contre la société A. s.à r.l., anciennement B. s.à r.l. , et qu'ils sont en droit d'exiger l'exécution entière des travaux contractuellement prévus.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 25 mai 2011 – Rôle: 35465)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 04 9864



## Procédures d'insolvabilité

**Cour d'appel**

25 mai 2011

### **Faillite – Cessation de commerce depuis plus de six mois – Société commerciale – Possibilité d'une déclaration en faillite même au-delà des 6 mois (oui) – Conditions d'ouverture – Indifférence de la cause de l'état de faillite**

En principe ne peut être déclaré en faillite que le commerçant et celui qui, ayant été commerçant, a cessé son activité depuis moins de 6 mois. Tel n'est cependant pas le cas pour la société commerciale tant qu'elle continue d'exister juridiquement. Ainsi peut être déclarée en état de faillite la société commerciale, même si depuis plus de 6 mois, elle a, en fait, cessé d'exercer le commerce (Novelles, tome IV, droit commercial, faillites et concordats, no 188).

[...]

Il est admis que la cause de la cessation de paiement est indifférente, le fait seul importe ; le tribunal ne doit pas rechercher quelles sont les circonstances qui ont entraîné cet état (Novelles, précité, no 203). Il est dès lors irrelevante de savoir qui a causé l'état d'insolvabilité de la société et dans cet ordre d'idées la demande en institution d'une expertise des appelants en vue de prouver qu'EEE a utilisé le nom de la société pour exploiter le café-DDD et a contracté les dettes de la société, est à rejeter comme étant non pertinente. Pour les mêmes motifs il y a lieu de rejeter la demande en communication du dossier au Ministère Public, d'autant qu'une procédure pénale est d'ores et déjà en cours. Il se dégage de ce qui précède que les appelants n'ont pas établi l'absence de cessation de paiement et d'ébranlement de crédit. La Cour constate dès lors avec les premiers juges que l'état de faillite est donné.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 25 mai 2011 – Rôle: 36933)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 04 9867



**Cour d'appel**  
25 mai 2011

**Désistement d'instance – Frais – Article 240 du Nouveau Code de procédure civile – Indemnité pour procédure abusive et vexatoire**

Le désistement d'instance comporte, sauf convention contraire, soumission de payer les frais de l'instance éteinte et la Cour d'appel peut, après avoir constaté le désistement, prononcer à l'encontre de la partie qui se désiste une condamnation sur le fondement de l'article 240 du nouveau Code de procédure civile (Cass. soc. 14 avril 1999, no 97-40.827). Dès lors la partie qui se voit proposer un désistement d'instance peut, tout en acceptant ce désistement, demander une indemnité de procédure, et en cas de refus d'acceptation motivé par pareille demande, la juridiction peut passer outre ce refus et décréter le désistement tout en statuant sur l'indemnité de procédure, dont le régime s'apparente à celui des dépens de procédure (JCL, procédure civile, fasc.524, no 13).

De même le juge qui constate le désistement peut octroyer des dommages et intérêts au défendeur à titre de procédure abusive et vexatoire en s'appuyant sur le comportement du demandeur antérieur au désistement, à condition que la demande incidente ait été préalable au désistement (Cass. 2° civ. 9 mai 1979, Bull. civ. 1979, II, no 132 ; Cass. soc. 14 avril 1999, précité ; JCL, procédure civile, fasc.682, désistement, no 112).

(Cour d'appel – 4e Chambre – 25 mai 2011 – Rôle: 36620)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 04 9865



## Procédure civile et commerciale

**Cour d'appel**  
09 juin 2011

### **Signification d'un acte d'appel à l'étranger – Non-comparution de la partie intimée – Absence de signification de l'acte d'appel à la partie intimée au motif qu'elle avait déménagé – Défaut de signification de l'acte d'appel à la nouvelle adresse connue par l'huissier étranger – Nullité de l'acte d'appel (oui)**

La signification d'un acte d'huissier se fait conformément aux articles 155 et suivants du Nouveau Code de procédure civile sous peine de nullité.

Le droit luxembourgeois en matière de signification d'actes à l'étranger réputant la signification parfaite dès l'accomplissement des formalités prévues par son droit interne, il n'y a pas lieu de tenir compte de la remise effective de l'acte à son destinataire résidant à l'étranger, cette remise étant traitée comme un élément extrinsèque aux formalités proprement dites, il en va cependant autrement lorsque le défendeur ne comparaît pas.

En effet, les règles destinées à protéger les intérêts du destinataire d'un acte, prévues aux articles 15 et 16 de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 ne s'appliquent qu'au cas où le défendeur ne comparaît pas comme en l'espèce ; aucune sanction n'est au contraire prévue au cas où le défendeur comparaît et où il est établi que la remise qui lui a été faite de l'assignation à comparaître est viciée de nullité.

Comme B n'a pas constitué avocat suite à la signification de l'acte d'appel du 22 décembre 2009, la Cour est amenée à vérifier si les formalités prévues par l'article 156 (3) du Nouveau Code de procédure civile ont été respectées.

L'acte d'appel du 22 décembre 2009 aurait dû être signifié à B en France à (...).

Il n'a cependant été signifié ni à personne ni à domicile.

En effet, il résulte des pièces versées que l'envoi par lettre simple de l'acte d'appel à l'adresse indiquée est retourné le 29 décembre 2009 avec l'indication «boite non indentifiable» ainsi que de l'attestation remplie par l'huissier de justice français conformément à l'article 10 du règlement CE no. 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale comme motif du non accomplissement de la signification que le destinataire de l'acte d'appel, en l'occurrence B, « demeure actuellement (...) ».

Comme l'huissier de justice français n'a pas fait suivre l'acte d'appel à l'adresse indiquée, l'intimée ne l'a pas reçu, n'a pas pu en prendre connaissance, elle n'a pas constitué avocat et partant n'a pas pu préparer utilement et correctement sa défense, de sorte qu'il y a grief dans son chef.

Il en résulte que l'intimée n'a pas été régulièrement touchée par cet acte d'appel, de sorte que ce dernier doit être déclaré nul.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 35619 et 37040)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 03 9909



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**

16 juin 2011

### **Licenciement avec effet immédiat – Licencement abusif – Détermination du préjudice matériel – Fixation de la période de référence à partir de la date du licenciement (oui) – Prise en compte de l'indemnité compensatoire de préavis dans la fixation des dommages et intérêts (oui)**

Quant aux dommages et intérêts pour préjudice matériel, la Cour retient que si l'indemnité compensatoire de préavis, comme l'affirme l'appelante, est un montant forfaitaire, le caractère forfaitaire de ce montant consiste en ce qu'il est dû sans considération du préjudice réellement subi par la salariée du fait de la brusque rupture du contrat de travail. Ce montant forfaitaire est constitué par le montant des salaires bruts que la salariée aurait touchés pendant les deux mois qu'aurait normalement duré son préavis. Aucune disposition légale n'empêche le juge de faire courir la période de référence pour le calcul du dommage matériel à partir de la date du licenciement et d'y inclure, comme en l'espèce, l'indemnité compensatoire de préavis équivalente à deux mois de salaire.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 16 juin 2011 – Rôle: 36462)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 03 9921

#### Observations:

Il y a lieu de noter qu'il existe des décisions en sens contraire. Ainsi, la Cour a décidé à plusieurs reprises, en présence d'un licenciement avec préavis, que les salaires payés durant la période de préavis durant laquelle le salarié avait été dispensé de tout travail, ne doivent pas être pris en compte dans la fixation de la période de référence et dès lors du préjudice matériel, alors que le contrat de travail ne prend fin qu'à l'expiration de la période de préavis et que durant la période de préavis le salarié continue à toucher son salaire (cf notamment CSJ 10.01.2008, n° 32025 du rôle, Comet c/ Pierucci).

Ce raisonnement aurait également pu être appliqué en l'espèce en relation avec un licenciement avec effet immédiat déclaré abusif et suite auquel le salarié s'est vu attribuer une indemnité compensatoire de préavis. La Cour a cependant accepté de faire débiter la période de référence à partir de la date de licenciement, position qui semble être de plus en plus adoptée par les juridictions de travail. AM



**Droit civil**

**Cour d'appel**  
09 novembre 2011

**Contrat de domiciliation – Clause permettant l'augmentation unilatérale des honoraires du domiciliataire suite à une hausse de l'indice du prix à la consommation luxembourgeoise – Validité de la clause (oui)**

Il est constant en cause que les parties étaient liées par un contrat de domiciliation et de gestion suivant lequel A. en tant que domiciliataire devait effectuer diverses prestations plus amplement définies aux articles 1 et 2 du contrat moyennant une rémunération définie à l'article 5 et à l'annexe relative aux honoraires.

Il est dit à l'article 5 (a) que le domiciliataire a droit à des « honoraires pour les services réalisés dans le cadre du présent contrat conformes à l'annexe relative aux honoraires, convenue entre les parties et jointe aux présentes. Le domiciliataire a le droit d'augmenter de façon unilatérale le montant des honoraires, le cas échéant, en cas d'augmentation de l'indice des prix à la consommation luxembourgeoise défini par le STATEC (...) ».

(...)

Contrairement aux allégations de la partie intimée, la clause insérée à l'article 5 (a) précité en ce qu'elle permet à A. d'augmenter unilatéralement les honoraires, ne contient pas de condition potestative au sens de l'article 1170 du Code civil. En effet l'engagement est nul si le débiteur est seul maître de sa décision, ce qui n'est pas le cas en l'espèce où la clause litigieuse permet au domiciliataire d'augmenter les honoraires comme suite à la hausse de l'indice du prix à la consommation luxembourgeoise, donc en tenant compte de circonstances économiques et monétaires qui s'imposent à lui (Jurisclasseur, civil, contrat et obligations, art. 1168 à 1174, no 42).

(Cour d'appel – 4e Chambre – 9 novembre 2011 – Rôle: 36116)

Référence du BIJ: 2012/1-CL 04 10300



## Droit commercial

### Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

22 juin 2011

**(1) Action en cessation d'actes de concurrence déloyale – Détournement de clientèle – Recevabilité de la demande – Actes incriminés susceptibles de se reproduire – Charge de la preuve de l'arrêt définitif des actes incriminés**

**(2) Courtier et compagnie d'assurances – Activité d'intermédiaire du courtier – Satisfaction d'un même besoin de la clientèle – Existence de relations concurrentielles (oui)**

**(3) Violation par la société de courtage d'une clause de non-concurrence signée par un ancien agent de la compagnie d'assurances gérant de la société de courtage – Notion de tiers complice – Responsabilité contractuelle de la société de courtage (non) – Actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale – Illégalité de la clause de non-concurrence au regard de la loi du 3 juin 1994 sur les agents commerciaux indépendants (non) – Appréciation des agissements de la société de courtage – Constat d'un acte illicite de tierce complicité – Caractère fondé de la demande en cessation**

**(4) Action en cessation contre le sous-courtier, gérant de la société de courtage – Nécessité d'exercer à titre personnel une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (oui) – Appréciation – Irrecevabilité de la demande (oui)**

Quant à la demande dirigée contre la société C.:

(1) C. invoque l'irrecevabilité de la demande au motif que la dernière résiliation incriminée date du 11 février 2011, soit antérieurement à l'assignation et que, dès lors, les actes incriminés ont pris fin et qu'ils ne sont plus susceptibles de se reproduire.

Il est effectivement de jurisprudence que l'action en cessation est irrecevable lorsque l'acte incriminé a pris fin et que les circonstances indiquent qu'il n'est plus susceptible de se reproduire. La charge de la preuve en ce qui concerne cet arrêt définitif de l'acte incriminé repose sur celui qui invoque ce moyen (La concurrence déloyale en jurisprudence luxembourgeoise, Pas. 28, p. 69, n° 26 -38).

Dans ce contexte, il a été jugé que si l'action en concurrence déloyale tend à protéger l'avenir, encore faut-il que les circonstances de la cause soient telles qu'elles laissent présumer que l'acte incriminé - qui a cessé d'exister au moment de l'acte introductif d'instance - est susceptible de se reproduire (Cour d'appel, 8 mai 2002, n° 26.395 du rôle).

La demanderesse reproche à la société C. de se rendre coupable d'actes de concurrence déloyale consistant à détourner sa clientèle en faisant un usage frauduleux de son fichier clientèle ainsi que de violer l'engagement de non-concurrence.

Les pièces versées par A., dont notamment le relevé des clients ayant résilié leurs polices d'assurances, démontre que le flux des résiliations n'a pas été interrompu et se poursuit au-delà du mois d'avril 2011. Par ailleurs, la clause de non-concurrence litigieuse n'a pas encore expiré, de sorte que la prétendue violation de cet engagement contractuel se poursuit actuellement.

La société C. reste dès lors en défaut d'établir que les prétendus actes illégaux ont pris fin et ne sont



pas susceptibles de se reproduire.

(2) Aux termes de l'article 14 de la Loi, « commet un acte de concurrence déloyale toute personne qui exerce une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale qui, par un acte contraire soit aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, soit à un engagement contractuel, enlève ou tente d'enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de leur clientèle ou porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence ».

La société C. met encore en doute l'existence de relations concurrentielles entre parties comme un courtier ne travaille pas pour une compagnie d'assurances mais n'agit qu'en tant qu'intermédiaire.

A. soutient qu'un courtier connaît les besoins de ses clients et recherche pour eux un assureur qui répond le mieux à ces besoins, de sorte qu'il leur offre un produit comparable à une société d'assurances.

L'existence de relations concurrentielles entre parties est un préalable à l'action en cessation d'actes de concurrence déloyale et à défaut de concurrence entre parties, la demande est à déclarer irrecevable (Cour d'appel, 28 avril 1999, n° 22988 du rôle, Cour d'appel, 18 décembre 2002, n° 27240 du rôle).

Il est de jurisprudence constante que la concurrence se définit comme un état de fait qui se présente seulement lorsque deux commerçants, industriels ou artisans, présentent directement à tout ou partie d'une même clientèle, pour la satisfaction des mêmes besoins de celle-ci, des services ou des produits comparables entre eux (Cour d'appel, 28 mai 2008, n° 33368 du rôle; Cour d'appel, 28 avril 1999, n° 22988 du rôle). La notion de concurrence est à interpréter dans un sens large. La simple possibilité d'un préjudice suffit pour l'action en cessation.

Le courtier d'assurances est défini par l'article 104 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances comme « toute personne physique dirigeant une société de courtage en assurances ou établie à son propre compte et toute personne morale, qui, sans être liées à une ou plusieurs entreprises d'assurances, servent d'intermédiaire entre les preneurs d'assurances qu'elles représentent et des entreprises d'assurances agréées à Luxembourg ou à l'étranger ».

Un intermédiaire est toute personne physique ou morale qui exerce l'une des activités visées aux points 3) et 4) de l'article 104 de la Loi. Le point 3) vise les intermédiaires d'assurances et les définit comme toute personne physique ou morale qui, au sens de ladite loi, accède, contre rémunération, à l'activité d'intermédiation en assurances.

La loi définit l'intermédiation en assurances comme toute activité consistant à présenter ou à proposer des contrats d'assurance, ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion, ou à les conclure, ou à contribuer à leur gestion et à leur exécution, notamment en cas de sinistre.

La loi précise que ces activités ne sont pas considérées comme une intermédiation en assurances lorsqu'elles sont exercées directement par une entreprise d'assurances.

Il en découle que les entreprises d'assurances peuvent exercer directement des actes d'intermédiation en assurances.

S'il est vrai que, juridiquement, un courtier n'est qu'un intermédiaire et n'offre qu'un service d'entremise, tandis qu'une compagnie d'assurances offre ses propres produits d'assurances, il n'en reste pas moins que, dans les faits, une même clientèle s'adresse indistinctement pour la satisfaction des mêmes besoins d'assurance à une compagnie d'assurances, agissant, comme la demanderesse, à travers des agents salariés, ou à une société de courtage. Les services offerts par un courtier tendent, in fine, à la conclusion de contrats d'assurances par de potentiels preneurs



d'assurances, tout comme ceux d'une société d'assurances. Dans ce contexte, il n'est pas pertinent que, dans l'absolu, une société d'assurances offre encore d'autres produits et preste des services allant au-delà de ceux prestés par un courtier.

L'existence de relations concurrentielles entre une compagnie d'assurances et un courtier a par ailleurs été reconnue par la jurisprudence belge (Schricker, Francq, Wunderlich, La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE, T. II 1, n° 97, p. 151).

Il découle de ce qui précède que la demande dirigée contre la société C. est à déclarer recevable.

(3) La demanderesse reproche aux deux défendeurs indistinctement de se rendre coupables d'actes de concurrence déloyale consistant à commettre des actes contraires à un engagement contractuel, à savoir la clause de non-concurrence signée par B., ainsi qu'aux usages honnêtes en matière commerciale par l'utilisation de la liste clientèle.

A. leur reproche en particulier d'être intervenus dès septembre 2010 auprès de la clientèle constituant le portefeuille de A. desservi B. en faisant signer à la clientèle un formulaire-type par lequel celle-ci résiliait ses contrats d'assurances avec A. Elle renvoie à cet égard aux pièces contenant les courriers de résiliation de 66 clients dont le texte est, sauf quelques exceptions, chaque fois le même. Elle expose encore que les lettres de résiliation ont presque toutes été envoyées en recommandé à partir de Luxembourg, de sorte qu'il est évident que B., respectivement C. les a expédiées et que les adresses figurant sur les enveloppes ont quasi toujours la même police d'écriture.

A l'audience des plaidoiries du 8 juin 2011, la demanderesse précise qu'entre-temps 87 clients ont résilié leurs polices d'assurances.

A. renvoie finalement au courrier que la société C. a adressé à l'Association des Compagnies d'Assurances et qui constituerait un aveu des actes illicites commis.

Quant à la commission d'un acte contraire à un engagement contractuel, il convient tout d'abord de relever que C. n'est pas liée par la clause de non-concurrence signée par B. Tout au plus, pourrait-on lui reprocher de se rendre tiers complice de la violation de cette clause par B. Or, les tiers complices ne manquent pas à un devoir contractuel, ils manquent au devoir général de ne pas nuire à autrui, sanctionné par les règles de la responsabilité délictuelle (G. RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 2e édition, n° 449, p. 375).

Il en découle qu'il ne saurait être reproché à la société C. de violer un engagement contractuel. Il reste à apprécier si elle commet des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale en se rendant tiers complice.

Il a été retenu qu'une société devient tierce complice de la rupture des engagements de non-concurrence pris par son gérant lorsqu'elle se livre à ces activités concurrentes. Néanmoins, le principe de la libre concurrence exige que l'infraction contractuelle soit prouvée avant de pouvoir parler de tierce complicité (D. DESSARD, Les usages honnêtes, Larcier, p. 254, n° 203).

L'article 6.3 de la convention d'agence générale conclue entre A. et B. prévoit que « pendant une période de 18 mois, prenant cours à la date de la résiliation de la présente convention, l'agent général s'engage à n'exercer aucune activité d'intermédiaire d'assurance, directement ou indirectement, personnellement ou par personne physique ou morale interposée. Il s'abstiendra, en outre, de tout acte susceptible de provoquer des résiliations de contrats par les clients de la société Mandante ».

La société C. invoque le caractère illégal de la clause de non-concurrence dans la mesure où elle est



contraire à l'article 20 de la directive 86/653/CEE relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, respectivement à l'article 26 de la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leurs commettants et portant transposition de la directive du Conseil 86/653/CEE du 18 décembre 1986.

Or, il convient d'emblée de retenir que la loi du 3 juin 1994 exclut de son champ d'application l'agent qui opère dans le cadre d'un contrat conclu avec un assureur.

Contrairement à l'affirmation de la défenderesse, cette exclusion du champ d'application des agents d'assurances n'est pas contraire à la directive précitée. En effet, la directive limite l'obligation des Etats d'harmoniser leur législation aux agents exerçant leur activité dans le domaine de la vente et de l'achat de marchandises (T. STEINMANN, P. KENEL, I. BILLOTTE, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, p. 24).

Aux termes de l'article 1er de la directive: « aux fins de la présente directive, l'agent commercial est celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommé commettant, soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant ».

Il en découle que le législateur a pu valablement exclure les agents d'assurance du champ d'application de la loi du 3 juin 1994.

Aucun autre argument mettant en cause la régularité de la clause de non-concurrence signée n'ayant été avancé, ladite clause doit être considérée comme valable.

Il résulte du registre des sociétés de courtage agréées au Grand-Duché de Luxembourg, facilement consultable sur le site internet du Commissariat aux Assurances, que la société C. est agréée comme société de courtage et que B. est agréé comme sous-courtier pour le compte de la société C. Il résulte par ailleurs de l'autorisation délivrée à la société C. que celle-ci « est autorisée à exercer, par l'intermédiaire de personnes physiques dûment agréées, l'activité de courtier en matière d'assurances conformément à l'article 3 de ses statuts ».

Il est par ailleurs constant en cause que B. est associé et gérant administratif de la société C., détenant 750 sur un total de 1.250 parts et qu'il exerce une activité de sous-courtier pour le compte de la société C.

Il en découle que, de par cette activité, B. exerce de façon indirecte une activité d'intermédiaire en assurances et ne respecte dès lors pas son obligation contractuelle de non-concurrence.

La société A. se base sur un courrier du 9 août 2010 adressé à l'Association des Compagnies d'Assurances sur papier entête de la société C. et signé par B. et X. aux termes duquel A. « refuse non seulement que nous puissions continuer à travailler avec la clientèle que nous lui avons apportée, mais également que nous puissions exercer une quelconque activité d'intermédiaire en assurances, et ce pendant une période de dix-huit mois à partir de la fin du contrat d'agence (cf. clause de non-concurrence à l'article 6.3 du contrat d'agence annexé à la présente) ».

La société C. était ainsi, dès le 9 août 2010, soit avant la résiliation du contrat d'agence en date du 2 novembre 2010, non seulement au courant de l'existence et du contenu de la clause de non-concurrence signée par B. mais s'est également associée en connaissance de cause à la méconnaissance par ce dernier de ses obligations contractuelles en le faisant agréer comme sous-courtier pour son compte.

L'acte illicite de la tierce complicité est à considérer comme contraire aux usages honnêtes en



matière commerciale (D. DESSARD, Les usages honnêtes, Larcier, p. 243, no. 198) et il convient d'en ordonner la cessation.

La demande dirigée contre la société C. est partant à déclarer fondée.

(4) Quant à la demande dirigée contre B.:

B. soulève l'incompétence du juge saisi pour connaître de la demande dirigée contre lui au motif qu'aucun élément versé en cause ne permet d'établir qu'il exerce à titre personnel et dans le cadre d'une activité qui lui est propre des actes de commerce, d'industrie, d'artisanat ou de profession libérale.

Au vu des termes précis de l'article 14 précité de la Loi, un acte de concurrence déloyale ne peut, en effet, être reproché qu'à une personne exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

Même si B., en agissant comme sous-courtier pour le compte de la société C., ne respecte pas ses engagements contractuels et peut engager de ce chef sa responsabilité contractuelle, il n'en reste pas moins que, pour pouvoir lui reprocher un acte de concurrence déloyale sur base de la Loi, il incombe à la demanderesse de prouver qu'il exerce en nom personnel et pour son propre compte une activité commerciale.

Or, il se dégage des développements précédents que B. n'agit que pour le compte de la société C. dans le cadre de l'activité de courtage de cette dernière, de sorte qu'aucun élément en cause ne permet de retenir que B. exerce à titre personnel et dans le cadre d'une activité qui lui serait propre, en faisant sa profession habituelle, des actes de commerce, d'industrie, d'artisanat ou libérale au sens de l'article 14 de la Loi.

Le juge siégeant en matière de concurrence déloyale est partant incompetent pour connaître de l'action en cessation dirigée contre B.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 2e Chambre – 22 juin 2011 – N°: 877/2011)

Référence du BIJ: 2012/1-TL 02 9893

#### Résumé des faits

A l'appui de sa demande, la société A. expose que par convention d'agence générale du 3 décembre 2008 conclue avec B., celui-ci a été nommé agent général de A. avec compétence sur tout le territoire du Grand-Duché de Luxembourg avec la mission notamment de rechercher des personnes assurables et de leur faire souscrire pour le compte de la compagnie d'assurances des polices d'assurances, que par lettre du 28 septembre 2010, le Commissariat aux Assurances a informé A. de la demande de B. du 13 septembre 2010 tendant à l'annulation de son agrément comme agent général de A., que par courrier du 14 octobre 2010, A. s'est opposée à l'annulation de l'agrément, que par courrier au 2 novembre 2010, le Commissariat aux Assurances a informé A. qu'il procéderait au retrait de l'agrément ministériel comme agent d'assurances accordé à B. avec effet du 2 novembre 2010, que B. a constitué la société C. dans laquelle il est associé majoritaire et gérant administratif et laquelle pratique des opérations de courtage d'assurances, que depuis sa constitution, la société C. est intervenue

auprès des clients constituant le portefeuille d'assurances de A. desservi par B. avec pour conséquence que ces clients ont mis, respectivement sont en train de mettre fin à leurs relations avec A., que la défection de tous les clients est due à l'initiative de B., respectivement de C. et qu'au-delà de la violation du contrat d'agence, le fait de démarcher systématiquement tous les clients faisant partie du portefeuille d'assurances est contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.