



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

2/2012  
13 mars 2012

## **SOMMAIRE**

- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011** 19  
Allocation d'un treizième mois en l'absence d'une clause contractuelle – Paiement régulier les années précédentes – Treizième mois faisant obligatoirement partie du salaire (oui)
- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011** 20  
(1) Licenciement suite à une mise à pied conservatoire – Nécessité d'invoquer à la base du licenciement qui s'en suit les mêmes faits (oui) – (2) Renvoi d'un chantier – Absence d'utilisation du terme "licenciement" – Agissement équivalent à un licenciement oral (non) – (3) Absence du salarié suite au renvoi du chantier – Obligation du salarié de s'enquérir auprès de l'employeur quant à son sort (non) – Obligation de l'employeur d'informer le salarié de ses intentions (oui)
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 15 juin 2011** 22  
Cautionnement indéfini – Application aux accessoires de la dette (oui) – Intérêts de retard constitutifs d'un accessoire de la dette (oui) – Indemnité de procédure à payer par le débiteur principal constitutive d'un accessoire de la dette (non)
- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 16 juin 2011** 24  
Licenciement d'un salarié malade – Envoi de la lettre de licenciement le 3<sup>e</sup> jour d'absence après la fermeture des bureaux de poste – Licenciement intervenu durant la période de protection (oui) – Licenciement abusif (oui)
- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 16 juin 2011** 25  
Salaires – Prescription triennale – Courrier du mandataire de l'employeur – Acte interruptif de prescription (non) – Nécessité d'une reconnaissance de la dette par le débiteur lui-même (oui)
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 18 juin 2011** 27  
Loi applicable – Théorie de la facture acceptée – Compétence de la loi du for (oui)
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 21 décembre 2011** 28  
Désistement d'instance – Acceptation – Possibilité d'une condamnation à une indemnité de procédure sur la base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2<sup>e</sup> Chambre, 26 mai 2011** 29  
Compétence territoriale – Cautionnement – Autonomie juridictionnelle du cautionnement international – Cautionnement régi par le droit français – Compétence territoriale des juridictions du domicile du débiteur (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 16 juin 2011** 31  
(1.) Compétence ratione valoris – Demande en paiement du solde d'un décompte unique établi entre parties – Cause unique (oui) – (2.) Paiement à un tiers – Article 1239 du Code civil – Caractère libératoire – Preuve à charge du débiteur
- Justice de paix d'Esch-sur-Alzette, 4 avril 2011** 33  
Expertise – Principe du contradictoire – Applicabilité aux opérations d'expertise (oui) – Non-respect du principe du contradictoire constitutif d'une violation d'une formalité substantielle – Sanction – Nullité du rapport d'expertise (oui) – Droit pour une des parties de se faire assister par son médecin-conseil aux opérations d'expertise (oui)



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 et Alex ENGEL



**Droit du travail et droit de la sécurité sociale**

**Cour d'appel**  
09 juin 2011

**Allocation d'un treizième mois en l'absence d'une clause contractuelle – Paiement régulier les années précédentes – Treizième mois faisant obligatoirement partie du salaire (oui)**

B. estime que le fait qu'elle aurait été malade n'empêcherait pas le paiement de la gratification payée depuis 13 ans.

A. affirme que la gratification que réclame l'intimée est purement facultative, que son montant n'est pas déterminé et qu'elle ne constitue pas un treizième mois. Cette gratification facultative pourrait être supprimée à tout moment.

La Cour retient que les allocations dites du treizième mois sont à assimiler aux salaires, rémunérations et appointements, ce qui leur confère un caractère obligatoire.

Ainsi il a été décidé que l'employeur a, par le paiement l'année précédente d'un salaire mensuel supplémentaire qualifié de treizième mois sur la fiche de salaire, reconnu son obligation de payer à son salarié un treizième mois.

Un treizième mois ayant eu à l'origine un caractère bénévole peut perdre ce caractère lorsqu'il est alloué régulièrement suivant un taux uniforme.

En l'espèce, même si le paiement d'un treizième mois n'était pas convenu dans le contrat de travail, il résulte des pièces versées par l'intimée que depuis l'année 1994 jusqu'à l'année 1998 elle a reçu une gratification et que selon les fiches de salaire établies par l'employeur, elle a touché depuis l'année 1999 jusqu'en 2003 un treizième mois, ensuite en 2004 et 2005 une gratification, puis en 2006 un treizième mois. Il peut être constaté que les montants des gratifications et treizième mois variaient peu au cours des années et correspondaient environ à un mois de salaire.

Le treizième mois constituant en l'occurrence une partie du salaire, est redevable même en cas de maladie de l'employée.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 36267)

Référence du BIJ: 2012/2-CL 03 9910



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**

09 juin 2011

**(1) Licenciement suite à une mise à pied conservatoire – Nécessité d'invoquer à la base du licenciement qui s'en suit les mêmes faits (oui)**

**(2) Renvoi d'un chantier – Absence d'utilisation du terme "licenciement" – Agissement équivalent à un licenciement oral (non)**

**(3) Absence du salarié suite au renvoi du chantier – Obligation du salarié de s'enquérir auprès de l'employeur quant à son sort (non) – Obligation de l'employeur d'informer le salarié de ses intentions (oui)**

(1) Il y a lieu dès l'ingrès d'écarter l'hypothèse d'une mise à pied conservatoire prévue par l'article L.124-10.(4) du Code du travail dans la mesure où l'employeur a licencié son salarié par après, non pas en se basant sur l'incident intervenu le vendredi 11 décembre 2009, mais sur des faits postérieurs, à savoir son absence injustifiée depuis le vendredi litigieux.

Or, un employeur qui met son salarié à pied pour avoir commis une faute grave doit, après un délai de réflexion et s'il décide de le licencier, invoquer cette faute et non des faits postérieurs à l'appui du licenciement.

(2) Pour écarter l'hypothèse d'un licenciement oral de A., le tribunal du travail a retenu ce qui suit: « si la partie défenderesse (l'employeur) avait tenu les propos litigieux, elle l'aurait fait dans le but de renvoyer le requérant du chantier et non de l'entreprise. Les propos tenus par la partie défenderesse ne sauraient partant s'interpréter en un licenciement avec effet immédiat, de sorte que le premier moyen du requérant doit être rejeté ».

A l'instar du tribunal du travail, la Cour arrive à la même conclusion en se basant sur le fait que lors du renvoi du salarié, le terme de licenciement n'a pas été prononcé par l'employeur.

Il échet partant de confirmer le jugement en ce qu'il a décidé qu'il n'y avait pas eu, en date du 11 décembre 2009, licenciement oral avec effet immédiat de A.

(3) La Cour ne peut cependant pas suivre la logique du tribunal du travail qui a consisté à décider que « la croyance du salarié d'avoir été licencié le vendredi 11 décembre 2009 ne justifie cependant pas son absence de son poste de travail étant donné qu'il lui aurait appartenu de s'enquérir auprès de l'employeur s'il avait été licencié ou non en date du 11 décembre 2009 » pour décider que l'absence de A. sur deux jours constituait un motif grave de licenciement avec effet immédiat considérant que le salarié avait une obligation de résultat de se présenter à son lieu de travail.

En effet, dans les circonstances données et le contexte violent du renvoi de A. le vendredi 11 décembre 2009, ce dernier pouvait légitimement croire avoir été licencié; il faut noter qu'il s'est effectivement immédiatement inscrit comme demandeur d'emploi.

Comme l'initiative du renvoi émanait de l'employeur, il incombait partant également à ce dernier, après s'être calmé, de contacter son salarié pour l'informer de ses intentions réelles à son égard et non au salarié qui venait d'être renvoyé, toujours dans un contexte très houleux, de téléphoner à son employeur pour connaître les intentions de ce dernier à son égard.



Il en résulte que l'absence de A. sur une période de seulement deux jours, suite à l'altercation du vendredi et son renvoi de chantier, était justifiée par l'incertitude quant son emploi confortée par l'attitude de l'employeur qui n'a pas pris contact avec lui, de sorte que la gravité de cette absence de deux jours est fortement atténuée en raison des circonstances spécifiques de la cause et le licenciement avec effet immédiat est à déclarer abusif et le jugement est à réformer en ce sens.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 36457)

Référence du BIJ: 2012/2-CL 03 9911



## Droit des sûretés

**Cour d'appel**  
15 juin 2011

### **Cautionnement indéfini – Application aux accessoires de la dette (oui) – Intérêts de retard constitutifs d'un accessoire de la dette (oui) – Indemnité de procédure à payer par le débiteur principal constitutive d'un accessoire de la dette (non)**

Conformément à l'article 2016 du Code civil, le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.

Sont à considérer comme obligations accessoires celles qui sont la conséquence normale ou prévisible de l'obligation cautionnée. Ce lien est suffisamment étroit si l'on peut admettre que, dans le silence de l'acte, ces accessoires sont normalement entrés dans la prévision des parties. Il suffit que ces obligations accessoires soient des suites, sinon normales, du moins possibles du contrat principal (cf : Jurisclasseur 2007, v° cautionnement, fasc. 30 n° 41).

L'obligation faite à la caution de payer au créancier les intérêts en sus du principal ne saurait au regard des dispositions claires de l'article 2016 du Code civil être mise en doute, étant précisé que les intérêts – qui sont dus par le débiteur principal – sont un accessoire normal du principal dont la caution ne peut être déchargée (cf : Philippe SIMLER : Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, 4ème édition, page 308, n° 296).

L'appel incident est partant à déclarer fondé pour autant qu'il a trait aux intérêts, le jugement du 23 avril 2009 ayant par ailleurs condamné la société CCC s.à r.l. au paiement du montant de 10.231,55 € avec les intérêts au taux fixé à l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

Il y a lieu de fixer le point de départ desdits intérêts au 31 août 2007, date non autrement contestée.

Les termes de l'article 2016 du Code civil s'entendent en ce sens que les frais de première demande sont ceux qui résultent des mesures que doit prendre tout créancier, s'il n'est pas payé à l'échéance, telle une mise en demeure du débiteur ou une assignation valant mise en demeure. Si, après mise en demeure, le débiteur principal ne remplit pas son obligation, le créancier doit, avant la procédure d'exécution forcée, dénoncer sa demande infructueuse à la caution, faute de quoi il ne pourra pas répéter contre elle les frais ultérieurement exposés.

La dénonciation visée à l'article 2016 équivaut donc à une invitation faite à la caution d'exécuter son propre engagement et d'éviter ainsi que d'autres frais de justice ne viennent inutilement alourdir son obligation (cf : Jurisclasseur 2007, v° cautionnement, fasc. 30 n° 47 ; Philippe SIMLER : Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, 4ème édition, page 312, n° 299).

Indépendamment de la question de la dénonciation faite à la caution conformément à l'article 2016 du Code civil, la Cour retient que l'indemnité de procédure de 1.000 € à laquelle a été condamnée la société CCC s.à r.l. par jugement du 23 avril 2009 et que la société anonyme BBB S.A. entend



actuellement récupérer auprès de la caution AAA, comprenant – entre autres frais – les frais d'avocat, n'est pas à ranger parmi les frais de justice proprement dits et ne peut dès lors pas être réclamée à la caution, cette dette n'étant pas une suite normale de la dette principale et n'étant pas entrée normalement dans la prévision des parties (en ce sens : Jurisclasseur 2007, v° cautionnement, fasc. 30, n° 47).

(Cour d'appel – 4e Chambre – 15 juin 2011 – Rôle: 36212)

Référence du BIJ: 2012/2-CL 04 9934



**Droit du travail et droit de la sécurité sociale**

**Cour d'appel**  
16 juin 2011

**Licenciement d'un salarié malade – Envoi de la lettre de licenciement le 3<sup>e</sup> jour d'absence après la fermeture des bureaux de poste – Licenciement intervenu durant la période de protection (oui) – Licenciement abusif (oui)**

La Cour retient que A., dans la lettre de licenciement postdatée au 25 septembre 2008, mais effectivement remise à la poste le 24 septembre 2008 à 18.32 heures selon le tampon de la poste, reconnaît qu'elle a été informée par B. le 22 septembre 2008 de son état de maladie.

L'article 121-6.(3) du Code du travail dispose que le troisième jour de son absence, le salarié est obligé de soumettre à son employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail.

En l'espèce, l'employeur, avant d'attendre l'expiration du délai de trois jours de l'article 121-6.(3) du Code du travail, a licencié son salarié au motif qu'aucun certificat médical ne lui a été remis.

Ce licenciement intervenu le troisième jour de la maladie est prématuré et B. était, au moment de l'envoi de la lettre de licenciement, toujours à considérer comme étant sous la protection de l'article 121-6 du Code du travail.

L'offre de preuve de l'appelante concernant l'ouverture de ses bureaux n'est pas pertinente alors que le salarié avait la faculté de déposer le certificat médical dans la boîte aux lettres de l'employeur le 24 septembre 2008 jusqu'à minuit, même en cas de fermeture des bureaux.

C'est dès lors à juste titre, bien que pour d'autres motifs, que les juges de première instance ont déclaré le licenciement abusif en disant que B, au moment de son licenciement, était sous la protection de l'article L.121-6 du Code du travail.

En application de l'article L.121-6.(3) du Code du travail, le dernier jour pour déposer le certificat médical était le 24 septembre 2008 et l'argumentation des juges de première instance concernant la computation des délais est à réfuter comme étant inapplicable en l'espèce.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 16 juin 2011 – Rôle: 35679)

Référence du BIJ: 2012/2-CL 03 9916



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
16 juin 2011

### **Salaires – Prescription triennale – Courrier du mandataire de l'employeur – Acte interruptif de prescription (non) – Nécessité d'une reconnaissance de la dette par le débiteur lui-même (oui)**

Il [le salarié] relève appel incident de la décision qui a déclaré prescrite sa demande pour autant qu'elle se rapporte aux salaires antérieurs au 10 mars 2006.

Il fait en effet exposer qu'il y a eu interruption de la prescription sur base de l'article 2248 du Code civil qui dispose « la prescription est interrompue par la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait ».

Qu'en l'espèce, suite à la demande de l'OGBL du 10 avril 2007, adressée à l'employeur, de régulariser la situation de B et de lui payer les soldes de salaires sur base de la convention collective, l'employeur a, par l'intermédiaire de la Fédération des Artisans, dans un email du 13 avril 2007, demandé la fixation d'une entrevue « devant servir à clarifier certains points restants et à établir la convention transactionnelle entre parties devant mettre fin à l'amiable audit problème ».

Le salarié est d'avis que la société A a donc bel et bien reconnu le principe de sa dette envers lui et que la prescription triennale s'en trouverait dès lors valablement interrompue.

Il soutient encore que la Fédération des Artisans avait mandat pour représenter Monsieur C dans le cadre des négociations avec le salarié et agissait partant pour le compte de A en tant qu'organisation patronale.

Il y aurait partant lieu de réformer le jugement sur ce point.

L'appelante conteste toute interruption de prescription dans la mesure où l'email du 13 avril 2007 ne proviendrait pas d'elle mais de la Fédération des Artisans, organisation patronale, et que d'autre part, cet email ne contiendrait aucune reconnaissance du droit du salarié, de sorte que l'appel incident ne serait pas fondé.

Quant à la prescription

Par adoption des motifs du tribunal du travail qui a fait une correcte application des principes édictés par les articles 2244 et 2248 du Code civil relativement à la prescription des salaires, le jugement déféré est à confirmer en ce qu'il a retenu que le courriel du 16 avril 2007 ne porte pas la reconnaissance du droit du salarié et n'a donc pas eu pour effet d'interrompre la prescription triennale qui ne l'a en fait été que par l'action en justice du 11 mars 2009, de sorte que la demande du salarié, pour autant qu'elle a trait à des arriérés de salaire pour la période antérieure au 10 mars 2006, est prescrite.

La Cour tient encore à relever qu'aux termes de l'article 2248 du Code civil seule la reconnaissance que le débiteur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt la prescription, de sorte que même si la Fédération des Artisans avait mandat pour représenter Monsieur C dans le cadre des négociations avec le salarié, elle ne se substitue en rien au débiteur qui reste la société



employeuse.

L'appel incident relevé par le salarié est partant non fondé.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 16 juin 2011 – Rôle: 35921)

Référence du BIJ: 2012/2-CL 03 9918



## Droit international privé

**Cour d'appel**  
18 juin 2011

### **Loi applicable – Théorie de la facture acceptée – Compétence de la loi du for (oui)**

La partie appelante fait plaider que la Convention de Rome a une valeur hiérarchique supérieure à celle de la loi et qu'il faudrait appliquer les règles de la Convention précitée et non pas l'article 109 du Code de commerce luxembourgeois. Elle demande la confirmation du jugement d'appel par adoption des motifs des premiers juges et estime par ailleurs que l'article 109 du Code de commerce touche au fond du droit et non à l'administration de la preuve.

C'est à bon droit, par une motivation à laquelle la Cour se rallie, que les premiers juges ont déclaré applicable la loi française en ce qui concerne les règles de fond.

En ce qui concerne les règles de preuve, la convention exclut selon les articles 1, § 2 h) (C) et 1, § 3 (R) de son domaine la preuve et la procédure. Toutefois ces règles réservent expressément, respectivement, l'article 14 (C) et l'article 18 (R) qui, en des termes identiques, se prononcent sur deux points précis, l'objet et la charge de la preuve, l'admissibilité des modes de preuve des actes juridiques (JCL, traité Europe, fasc. 552-15 Convention de Rome, no 140).

L'article 14 de la convention relativement à la preuve stipule en son alinéa 2 que « les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées à l'article 9, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant le tribunal saisi. »

En ce qui concerne l'admissibilité des modes de preuve des actes juridiques la convention retient donc la compétence alternative de la loi du for et de celle qui régit la forme de l'acte ; la loi du for garde compétence exclusive, selon les principes généraux, pour régler l'administration de la preuve (JCL, précité, no 143).

L'article 109 du Code de commerce invoqué par la partie intimée pour prouver sa créance à l'égard de l'appelante sur la base de la théorie de la facture acceptée en ce qu'il dispose que « les achats et les ventes se constatent par une facture acceptée » est relatif aux modes de preuve spécifiques en matière commerciale. La facture fait preuve contre le client si ce dernier l'a acceptée. La facture acceptée établit non seulement la créance du fournisseur, mais aussi l'existence du contrat et ses conditions (Cloquet, la facture, éd. 1959, no 423 et suiv ; Frédéricq, droit commercial, tome 1er, no p. 285).

Il s'ensuit que la preuve de la créance alléguée par la société BBB par l'acceptation de la facture relève de l'admissibilité des preuves et est soumise à la loi du for.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 18 juin 2011 – Rôle: 35650)

Référence du BIJ: 2012/2-CL 04 9932



**Procédure civile et commerciale**

**Cour d'appel**  
21 décembre 2011

**Désistement d'instance – Acceptation – Possibilité d'une condamnation à une indemnité de procédure sur la base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile (oui)**

Il y a lieu de donner acte aux parties de leurs déclarations et de décréter le désistement d'instance.

La société intimée a aux termes de ses conclusions déclaré accepter le désistement, tout en renvoyant à ses conclusions prises antérieurement ; dans ces conclusions elle a conclu à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, de sorte qu'elle a maintenu sa demande en paiement d'une indemnité de procédure au moment de l'acceptation du désistement.

Par application de l'article 546 du Nouveau code de procédure civile le désistement emporte pour la partie qui se désiste l'obligation de payer les frais. La généralité des termes de l'article 546 impose de ne pas distinguer entre les frais taxables que constituent les dépens et les frais non compris dans les dépens et la Cour peut dès lors directement condamner sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Il est inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à charge de la partie intimée; l'indemnité allouée de ce chef pour l'instance d'appel est fixée à 1.500 €.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 21 décembre 2011 – Rôle: 33755)

Référence du BIJ: 2012/2-



Procédure civile et commerciale

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

26 mai 2011

**Compétence territoriale – Cautionnement – Autonomie juridictionnelle du cautionnement international – Cautionnement régi par le droit français – Compétence territoriale des juridictions du domicile du débiteur (oui)**

La partie défenderesse n'ayant pas comparu, il y a lieu, conformément à l'article 26 du règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ("Règlement 44/2001"), d'examiner d'office la compétence territoriale du tribunal saisi pour connaître d'une demande en paiement dirigée contre une personne domiciliée en France.

Pour justifier la compétence territoriale du tribunal saisi, la demanderesse se base sur l'article 2011 du Code civil, aux termes duquel "celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même" pour plaider que la caution exécute l'obligation du débiteur principal et se substitue à celui-ci. Selon la société C., les marchandises ont été livrées au restaurant exploité par la société M. sous la dénomination L. à Schengen, de sorte qu'en application de l'article 5.1. b) tiret 1 du Règlement 44/2001 la compétence des juridictions luxembourgeoises est donnée.

La société C. fait encore plaider le caractère accessoire du cautionnement pour justifier la compétence territoriale ainsi que, dans un dernier ordre de subsidiarité, le fait que le cautionnement est à analyser comme un contrat de prestation de services de garantie.

Aux termes de l'article 5.1 du Règlement 44/2001, "une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite dans un autre Etat membre a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est: - pour la vente de marchandises, le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées - pour la fourniture de services, le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis; le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas".

Contrairement aux affirmations de la société C., G. n'est pas co-débiteur personnel et n'exécute pas l'obligation de la société M., mais il s'est uniquement engagé en tant que caution.

L'obligation qui sert de base à la présente demande est donc celle de payer à charge de G. en sa qualité de caution et non en qualité de débiteur solidaire. Il ne s'agit pas davantage d'une prestation de services de garantie.

En matière de compétence juridictionnelle, on retrouve l'indépendance du cautionnement. Non seulement la demande intentée contre la caution est considérée comme une demande principale et non comme un appel en garantie, mais encore la compétence peut être absolument différente selon qu'on considère la demande à l'encontre du débiteur principal ou la demande à l'encontre de la caution. C'est l'autonomie juridictionnelle du cautionnement international (Répertoire Dalloz du droit international, v° cautionnement, n° 19).

En application de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, il convient de déterminer le lieu de l'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande conformément à la loi applicable au rapport juridique en cause.



Bien que la demande de compte client professionnel qui contient l'engagement de caution du défendeur ne soit pas datée, il est permis de conclure qu'elle est antérieure au 17 décembre 2009 et ce au vu du fait que la société M. a été condamnée en référé au paiement de la somme de 16.455,67 EUR par ordonnance du 23 novembre 2009, de sorte que la loi applicable se détermine conformément à l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ainsi, à défaut de choix de la loi applicable par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle.

Le cautionnement est ainsi régi par la loi de la résidence habituelle de la caution. C'est en effet elle qui fournit la prestation caractéristique.

Le cautionnement est partant soumis au droit français. Aux termes de l'article 1247 du Code civil français, "le payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le payement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. Les aliments alloués en justice doivent être versés, sauf décision contraire du juge, au domicile ou à la résidence de celui qui doit les recevoir. Hors ces cas, le payement doit être fait au domicile du débiteur".

Il en découle que l'obligation de payer qui sert de base à la demande aurait dû être exécutée en France, de sorte que le tribunal saisi est incompétent pour connaître de la demande dirigée contre G.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 2e Chambre – 26 mai 2011 – Rôle: 136264 – N°: 704/2011 II)

Référence du BIJ: 2012/2-TL 02 9876



**Droit civil**

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

16 juin 2011

**(1.) Compétence razione valoris – Demande en paiement du solde d'un décompte unique établi entre parties – Cause unique (oui)**

**(2.) Paiement à un tiers – Article 1239 du Code civil – Caractère libératoire – Preuve à charge du débiteur**

(1.) Avant d'examiner le fond du litige, il convient de se prononcer sur la question de la compétence razione valoris du tribunal saisi. L'examen de la compétence razione valoris est d'ordre public et doit même être soulevé d'office par le tribunal (Cour d'appel, 28 mai 1986, n° 6810 du rôle; J.-Cl. Wiwinius, Compétence des juridictions de l'ordre judiciaire en fonction de la valeur du litige, P. 28, 461 et 462).

L'article 9 du Nouveau Code de procédure civile dispose que « [l]orsque plusieurs demandes formées par la même partie contre le même défendeur et procédant de causes différentes sont réunies en une même instance, la compétence et le taux du ressort sont déterminés par la nature et la valeur de chaque demande considérée isolément.

Si les demandes réunies procèdent de la même cause, la compétence et le taux du ressort sont déterminés par la valeur totale de ces demandes. »

La cause est définie par la jurisprudence luxembourgeoise comme étant l'acte ou le fait juridique qui constitue le fondement direct et immédiat du droit réclamé, en d'autres mots, ce n'est pas le droit qu'il s'agit de faire valoir, mais le principe générateur de ce droit.

Il ressort de l'assignation ensemble avec les explications fournies lors des plaidoiries que la partie demanderesse base sa demande sur un seul décompte établi entre les parties pour obtenir paiement du solde demandé et non pas sur les différentes factures individuelles, qui ne sont d'ailleurs pas versées au dossier.

Il s'ensuit qu'il n'y a qu'une seule cause et que le tribunal de ce siège est compétent razione valoris pour en connaître.

(2.) F. avance ensuite que la demande de J. est irrecevable sinon mal fondée en raison du fait qu'elle a déjà payé le montant demandé.

Il y a lieu de constater qu'il s'agit là d'une défense au fond qui n'affecte pas la recevabilité de la demande.

(...)

Il est constant en l'espèce que les parties ont signé un décompte en date du 16 septembre 2010 selon lequel la partie défenderesse reconnaît devoir à la partie demanderesse la somme de 34.411,44 €. La partie défenderesse soutient que son paiement effectué au mois d'octobre 2010 du montant litigieux aux mains du GIE A. doit être considéré comme libératoire vis-à-vis de la partie demanderesse, ce que celle-ci conteste.

L'adage « qui paie mal paie deux fois » implique qu'un débiteur, pour être pleinement libéré de l'obligation pesant sur lui, doit non seulement payer sa dette, mais il doit la payer entre les mains de



son créancier. Sinon il devra le cas échéant payer une seconde fois entre les bonnes mains.

L'article 1239 du Code civil dispose que «[l]e paiement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité».

En l'espèce, il n'est pas contesté que le paiement n'a pas été fait au créancier, mais à une partie tierce. Il appartient dès lors au débiteur, à savoir la société F., d'apporter la preuve qu'elle pouvait valablement se libérer entre les mains du GIE A.

Elle avance que tous les membres du GIE A. n'utilisaient qu'un seul compte bancaire dans leurs relations avec les fournisseurs et les clients et que les paiements entre les membres du GIE A. ont eu lieu par un système de comptes internes au groupement. Elle avance que ce système de comptabilisation interne était connu et accepté par tous les membres du GIE A. et en déduit qu'elle pouvait valablement procéder au paiement du montant litigieux sur le compte bancaire du GIE A.

Au vu des contestations de J. concernant l'existence d'un système de comptes bancaires tel que décrit par F., il appartient à cette dernière d'apporter la preuve de ce qu'elle avance. Il y a cependant lieu de constater qu'elle reste en défaut d'apporter des éléments permettant d'étayer sa version des faits.

Il résulte par ailleurs des explications du mandataire de F. que celle-ci était parfaitement au courant, au moment du paiement du montant de 34.411,41 € au GIE A., que la société J. n'en faisait plus partie.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que F. ne pouvait pas valablement se libérer de sa dette envers la société J. en effectuant un paiement entre les mains du GIE A.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 6e Chambre – 16 juin 2011 – Rôle: 134023 – N°: 871/2011 VI)

Référence du BIJ: 2012/2-TL 06 9889



## Droit de la preuve

### Justice de paix d'Esch-sur-Alzette

04 avril 2011

#### **Expertise – Principe du contradictoire – Applicabilité aux opérations d'expertise (oui) – Non-respect du principe du contradictoire constitutif d'une violation d'une formalité substantielle – Sanction – Nullité du rapport d'expertise (oui) – Droit pour une des parties de se faire assister par son médecin-conseil aux opérations d'expertise (oui)**

Le mandataire de la société F. [compagnie d'assurances] conclut à la présence du Docteur D. aux opérations d'expertise au vu des exigences du respect du principe du contradictoire prévu par l'article 65, alinéa 1er, du Nouveau Code de procédure civile et estime que l'opposition de la requérante R. ne serait pas justifiée. Il invoque en outre l'article 365 du Nouveau Code de procédure civile suivant lequel "... les parties et les tiers qui doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction ...", ainsi que l'article 366 du Nouveau Code de procédure civile d'après lequel "... lors de l'exécution d'une mesure d'instruction les parties peuvent se faire assister par l'une des personnes habilitées par la loi ....".

Il y a lieu de noter que le (...) principe de la contradiction, condition essentielle d'une bonne administration de la justice, constitue l'un des principes fondamentaux qui sont à la base même de la procédure et qui sont d'ordre public; que le principe de la contradiction doit être respecté non seulement lors des débats, devant le juge, mais encore lors de l'exécution des mesures d'instruction. (...) Le principe est que l'expert doit opérer en présence des parties ou de leurs représentants. La présence des parties s'applique aux opérations matérielles qui sont de nature à motiver le concours ou tout le moins le contrôle des parties, de sorte que si ces opérations avaient lieu en leur absence, l'expertise perdrait son caractère contradictoire et le droit de défense serait violé. La présence des parties, qui est la règle, n'est cependant pas toujours exigée: certains actes peuvent être accomplis hors la présence des parties ou de leurs représentants sans que cela puisse attenter au caractère contradictoire de l'expertise, à condition que l'expert fournisse aux parties tous éléments utiles de discussion de telle sorte que le principe du respect du contradictoire de la défense soit respecté. L'expert n'est pas tenu à convoquer les parties aux études préliminaires accessoires, ni à la rédaction du rapport d'expertise (cf. Cour d'appel 19 novembre 1996, n° du rôle 18154; T.arr. Lux. 22 avril 2002, n°s du rôle 57893 & 59110).

Par ailleurs, il est distingué entre trois sortes d'irrégularités, à savoir: - les irrégularités de fond portant atteinte à l'ordre public; à titre d'exemple on peut citer l'expertise non accomplie personnellement par l'expert commis, l'expertise faite par une personne frappée d'une incapacité absolue d'être expert; - les irrégularités frappant des formalités substantielles, celles dont l'inobservation porte atteinte aux intérêts de l'une des parties; ces irrégularités se ramènent en principe au défaut du respect du caractère contradictoire de l'expertise; défaut de convocation à la première réunion ou aux réunions ou opérations ultérieures, audition de sachant hors la présence des parties ou de leurs mandataires; - enfin les irrégularités secondaires dont l'inobservation ne préjudicie pas aux intérêts légitimes des parties ou aux droits de la défense et qui sont sans influence sur la validité de l'expertise; les exemples cités par les auteurs sont: le retard dans le dépôt du rapport d'expertise, l'irrégularité dans la convocation aux réunions ou opérations d'expertise alors que les parties s'y sont présentées, le fait de ne pas avoir précisé l'identité du "sachant", comme l'impose l'article 299 de l'ancien Code de procédure civile, le fait d'avoir omis de mentionner les dires des parties en violation de l'article 329 du même code, alors qu'il y a été implicitement dans le rapport (cf. Tony Moussa, Dictionnaire juridique, Expertise en expertises judiciaires, sub I, Jugement après expertise; JCL Proc. Civ.fasc. 662, n°s 209 et suivants; Cour d'appel 11 juillet 2002, n° 22129 du rôle).



Il est certain que l'inobservation du caractère contradictoire de l'expertise - ayant comme conséquence la violation des droits de défense - touche une formalité substantielle et entraîne par conséquent la nullité du rapport d'expertise (cf. E.D. Civil, Vo Preuve, n° 481 et réf.; E.D. Proc. Civile, Vo Mesures d'instruction confiées à un technicien, n° 313 et s.; Tony Moussa, Dictionnaire juridique, Expertise en matière civile et pénale, 2e éd. P. 269 et suivantes: T.arr. Lux. 8 mars 1990, n° 53/90).

Le tribunal estime en l'espèce que l'opposition de la demanderesse R. à la présence du médecin-conseil de la société F. à savoir, le Docteur D., aux opérations d'expertise à effectuer par l'expert judiciaire nommé n'est pas fondée et que la prédite présence s'impose au vu du respect du principe du contradictoire.

Il y a partant lieu d'autoriser la société F. à se faire représenter par son médecin-conseil aux opérations d'expertise menées par l'expert judiciaire, le Docteur R.

(Justice de paix d'Esch-sur-Alzette - 4 avril 2011 - N°: 961/11)

Référence du BIJ: 2012/2-JPE 10059