

# Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

5 - 2008  
Paraît 10 fois par an

## Droit civil

**Cour d'appel**  
30 Janvier 2008

**Agent immobilier – Contrat contenant une clause pénale obligeant le client de l'agence au paiement d'une indemnité de 3% – Appréciation du caractère équitable par référence aux dispositions du règlement grand-ducal du 20 janvier 1972 (oui) – Maintien en vigueur du règlement (oui)**

Une demande en paiement d'une indemnité pour non-exécution d'une obligation contractuelle et une demande en paiement d'une commission pour exécution d'un mandat sont foncièrement différentes, même si elles sont intentées par une seule et même partie et si le montant réclamé dans les deux cas est le même. Tandis que la clause pénale consiste en une indemnité forfaitaire fixée d'avance par les parties à un contrat pour sanctionner l'inexécution fautive par une partie d'une ou de plusieurs obligations contractuelles, la commission représente la rémunération due à une partie qui a rempli une mission déterminée, en l'occurrence trouver un acheteur pour l'immeuble sis à (...) pour le prix souhaité par les vendeurs.

(...)

Le règlement grand-ducal du 20 janvier 1972 fixant le barème des commissions maxima des agents immobiliers fut pris sur base de l'article 5 de la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet d'habiliter le Grand-Duc à réglementer certaines matières. Il est certes vrai que ledit article fut abrogé par la loi du 7 juillet 1983 modifiant celle du 30 juin 1961; il est toutefois expressément stipulé à l'article 9, alinéa 2 de cette loi que resteront en vigueur les mesures d'ordre général et individuel prises en exécution de l'article 5 de la loi du 30 juin 1961. L'article 5 en question précise

entre autres que les rémunérations de toutes prestations pourront être fixées par arrêtés grand-ducaux. La fixation des commissions maxima des agents immobiliers rentre dans cette catégorie alors qu'elle constitue une mesure d'ordre général pour la profession d'agent immobilier.

Il suit des développements que, contrairement au jugement cité par l'appelante, rendu le 18 novembre 2006 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, l'arrêté grand-ducal de 1972 est toujours en vigueur.

Il ne fait pas de doute que l'agent immobilier qui a rempli sa mission a droit à des dommages-intérêts lorsqu'une vente n'a pas abouti par la faute du mandant. Encore faut-il qu'on soit réellement en présence d'un contrat et que la preuve du mandat donné par une partie à l'agent immobilier soit rapportée.

(...)

Le simple fait que (le compromis de vente) est couché sur du papier à en-tête de l'agence est sans pertinence dans la mesure où l'agence a parfaitement pu être mandatée par les acheteurs. (...) Comme (l'agence) reste en défaut de rapporter la preuve d'un mandat, elle ne saurait se prévaloir d'une faute contractuelle dans le chef des intimés, ni, par conséquence, solliciter leur condamnation à des dommages-intérêts.

Cour d'appel – 30.1.2008 – Appel civil – 7<sup>e</sup> Chambre – N° 31883 du rôle

**Observations:** L'arrêt que nous reproduisons par extraits vient contredire un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 8 novembre 2006 que nous avons publié dans le *Bulletin* n° 10/2006, p. 256).



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

En dépit de l'autorité supérieure qui se rattache habituellement aux arrêts, nous pensons cependant que le raisonnement de Cour est erroné.

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence prévoit en effet le principe que «les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence».<sup>1</sup> Elle n'admet la fixation d'autorité des prix et des marges que «lorsque la concurrence par les prix est insuffisante dans des secteurs déterminés en raison, soit de la structure du marché, soit d'une impossibilité pour la clientèle de profiter des avantages du marché (...)».<sup>1</sup>

Le législateur de 2004 s'est donc nettement détourné des différentes législations qui autorisaient, depuis l'immédiat après-guerre, la fixation de certains prix par l'administration.

Même si, comme la Cour le note, le législateur de 1983 avait expressément maintenu en vigueur les

règlements pris en exécution de la loi de 1961, ces textes n'ont pas pu survivre à la nouvelle orientation du droit de la concurrence intervenue en 2004.

Le règlement du 20 janvier 1972 est implicitement, mais nécessairement abrogé parce qu'il est contraire à la nouvelle loi.<sup>2</sup>

Même à supposer – ce qui est loin d'être évident – que le législateur de 1983 ait voulu ratifier le règlement de 1972 et lui donner la même force qu'une loi, il n'en reste pas moins qu'une nouvelle loi peut toujours défaire ce qu'une précédente loi a fait. C'est, à notre avis, ce qui est intervenu en 2004. – M.T.

<sup>1</sup> Loi du 17 mai 2004, Art. 2.

<sup>2</sup> Il convient d'ailleurs de noter que, dans notre droit, les actes réglementaires issus de législations abrogées ou modifiées ne font guère l'objet d'une abrogation formelle.

### **Cour d'appel** 5 Mars 2008

#### **Contrat de sous-traitance – Action en responsabilité de l'entrepreneur contre son sous-traitant – Preuve d'un préjudice né et actuel (non) – Recevabilité de l'action (non)**

Toute responsabilité civile, tant délictuelle que contractuelle, suppose la réalisation d'un préjudice dont la preuve incombe à celui qui l'invoque.

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

En l'occurrence, la demanderesse ne prouve pas avoir subi une conséquence dommageable du fait de l'inexécution par la défenderesse de son obligation contractuelle, alors qu'elle n'a pas réparé les malfaçons en lieu et place de [la défenderesse], ni que sa responsabilité a été mise en cause de ce chef.

Même si la demanderesse explique qu'elle

risque, le cas échéant, de voir engager sa responsabilité dans le futur, il n'en demeure pas moins que ce préjudice futur n'est pas certain, mais éventuel: il n'est qu'une expectative, il est hypothétique et en tant que tel non indemnisable.

La jurisprudence française retient que dès lors que le maître d'ouvrage ne lui a jamais rien réclamé, l'entrepreneur principal ne justifie pas d'un intérêt lui permettant d'agir contre son sous-traitant, à la suite des désordres affectant les travaux effectués par celui-ci (Cass., 3<sup>e</sup> civ., C. partielle, 31 octobre 1989, *Société d'HLM Carpi et autres*, Bull. civ. N° 88-13.340; JCP, 1989, IV, p. 422).

L'entrepreneur serait sans droit à solliciter la condamnation de son sous-traitant à des réparations, s'il n'était pas lui-même assigné par le maître de l'ouvrage; en fait, sa demande serait dépourvue d'intérêt, au sens juridique du terme, et d'ailleurs l'entrepreneur principal n'a pas qualité pour solliciter la réparation d'un préjudice qui ne lui est pas personnel et qui ne peut le devenir que dans la mesure où le maître de l'ouvrage a lui-même agi. En décider autrement entraînerait des situations curieuses si l'entrepreneur principal obtenait une réparation que le maître d'ouvrage, pour sa part, ne lui aurait pas réclamée (Albert Caston, *La responsabilité des constructeurs*, Collection L'Actualité Juridique, éd. 2000, n° 91, p. 82).

Ce principe est transposable sur le cas d'espèce, alors qu'un sous-traitant, en l'espèce la société X., ne saurait se retourner contre son propre sous-traitant, en l'occurrence la société Y., lorsqu'il n'a pas lui-même été assigné soit par le maître de l'ouvrage soit par l'entrepreneur principal.

Ceci est encore corroboré par le raisonnement jurisprudentiel en matière de prescription extinctive de l'action en garantie et suivant lequel le point de départ du délai d'action s'agissant d'appels en garantie est le jour où l'entrepreneur principal est lui-même assigné par le maître d'ouvrage ou la personne subrogée dans ses droits (Cass., 3<sup>e</sup> civ., 10 mai 2007, n° 06-13836).

La société demanderesse ne justifie pas d'une action en responsabilité engagée à son encontre par le maître de l'ouvrage, premier bénéficiaire de la créance indemnitaire ou par l'entrepreneur principal ni d'un refus du maître

d'ouvrage ou de l'entrepreneur principal de solder une facture émise par elle en raison des dégâts, objets du présent litige.

Il s'ajoute le risque d'une double condamnation de la société Y. en tant que sous-traitant de X. alors que les deux entreprises se trouvent dans le même rapport avec le maître de l'ouvrage qui pourrait, le cas échéant, se retourner aussi bien contre X. que contre Y. sur base de la responsabilité délictuelle.

Il résulte des développements qui précèdent qu'au stade actuel la demanderesse n'a pas d'intérêt à agir contre la défenderesse en paiement de dommages et intérêts du chef des inexécutions contractuelles invoquées, de sorte que la demande est à déclarer irrecevable.

Cour d'appel – 05.03.2008 – 7<sup>e</sup> Chambre – Arrêt référé – N° 33232 du rôle

---

**Cour d'appel**  
12 Mars 2008

**Accident – Fixation de l'assiette du recours des organismes sociaux – Assimilation de l'employeur aux organismes de sécurité sociale (oui)**

En l'espèce, trois organismes ont fait valoir un recours, à savoir la Caisse de Pension des Employés Privés, l'Association d'Assurances contre les Accidents et La Luxembourgeoise en tant qu'employeur de X.

Le recours de La Luxembourgeoise s'élevant au montant de 5.912,21 € a été intégralement réglé par Axa Assurances Luxembourg.

Le tribunal a fixé, dans son jugement du 25 mai 2005, en principal l'assiette du recours des organismes sociaux au montant de 60.438,14 €.

L'employeur est assimilé aux organismes de sécurité sociale de sorte qu'il y a lieu de

procéder à la ventilation dudit montant au marc le franc entre les trois organismes sociaux.

Les experts ont cependant procédé à la ventilation de cette somme en tenant uniquement compte des recours de la Caisse de Pension des Employés Privés et de l'Association d'Assurances contre les Accidents en omettant celui de La Luxembourgeoise. Le calcul effectué par les experts est partant incomplet.

Il s'ensuit que l'appel de Axa Assurances Luxembourg est fondé et qu'il échet de nommer un nouvel expert pour procéder à la ventilation au marc le franc du montant de 60.438,14 € entre la Caisse de Pension des Employés Privés, l'Association d'Assurances contre les Accidents et La Luxembourgeoise et de renvoyer l'affaire devant le tribunal d'arrondissement.

Cour d'appel – 12.03.2008 – 7<sup>e</sup> Chambre – Arrêt civil – N° 32031 du rôle

## Divorce et séparation de corps

Cour d'appel  
20 Février 2008

**Pension alimentaire – Décharge avec effet rétroactif d'une pension alimentaire – Disparition de l'état de besoin du créancier – Effet au jour de l'événement qui la justifie – Incompétence du juge des référés pour statuer sur la restitution des éventuels trop-perçus de pension alimentaire**

A. demande, par réformation, à être déchargé du paiement de la pension alimentaire avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> septembre 2006.

De même que la dette d'aliments naît de l'état de besoin du créancier, état que le juge ne fait que constater, de même la modification de la pension alimentaire produit ses effets à la date de l'événement qui la justifie. C'est la disparition de l'une des conditions requises par la loi – état de besoin du créancier ou faculté de payer du débiteur – qui entraîne l'extinction de la pension alimentaire (cf. Cour de Cass. belge, 14 mai 1990, RCJB 1992, p. 39-51, note J.-P. Masson; Cass. belge. 1<sup>er</sup> janvier 1991, J.T. 1991, 564; Civ. Bruxelles, J.T. 1991, 700; Cass. fr., 17 mars 1993, D. 1993, som. com. 85).

Il s'ensuit que si la juridiction accueille la

demande en suppression de la pension alimentaire, sa décision rétroagira donc au jour de l'événement qui la justifie.

Il se dégage en l'espèce du contrat d'apprentissage soumis à la Cour que B. a été engagée par X. S.A. comme apprentie avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2006, l'indemnité d'apprentissage étant fixée à 429,06 € par mois. La demande en décharge rétroactive formulée par A. est dès lors à déclarer fondée.

Bien que le contrat d'apprentissage ait débuté le 1<sup>er</sup> juillet 2006 déjà, la décharge n'opérera cependant qu'à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2006, conformément à la demande.

C'est néanmoins à bon droit que le juge des référés s'est déclaré incompétent pour statuer sur la demande en restitution des pensions alimentaires payées le cas échéant de trop depuis le mois de septembre 2006, cette demande relevant de la compétence des juges du fond.

Cour d'appel – 20.02.2008 – 2<sup>e</sup> Chambre – Arrêt référé (divorce) – N° 32517 du rôle

**Remarque:** Cette décision est également citée dans la partie «Saisies et voies d'exécution» de ce *Bulletin*, page 99.

## Droit du bail

Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg  
25 Janvier 2008

**Bail à loyer – Fin du bail – Résiliation d'un commun accord – Preuve**

La preuve de la résiliation d'un commun accord n'est soumise à aucune forme. Si la résiliation peut être tacite, elle doit être certaine (cf. Les Nouvelles, Le louage des

Choses, tome I, Les Baux en général, n° 376).

La preuve peut être déduite du consentement tacite des parties: celui-ci peut être inféré des circonstances de fait auxquelles il appartient au juge d'assigner leur véritable signification (*ibidem*, n° 377).

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 25.01.2008 – 3<sup>e</sup> Chambre – N° 111797 du rôle – Jugement bail à loyer n° 13/2008

**Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg  
15 Février 2008**

**Bail commercial – Appel interjeté selon la  
procédure civile – Irrecevable (oui)**

En vertu de l'article 25 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation, la procédure ordinaire prévue en matière commerciale s'applique tant pour l'introduction de l'appel que pour l'instruction et le jugement de l'affaire.

L'acte d'appel du 6 novembre 2007 donne assignation à comparaître par ministère d'avocat à la Cour dans le délai de quinze jours devant la troisième chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière d'appels de justice de paix.

Ce faisant, assignation est donnée à comparaître selon la procédure civile telle que prévue par les articles 191 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

La procédure commerciale à laquelle se réfère l'article 25 ci-dessus est réglemantée par les articles 547 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

Elle diffère de la procédure civile en ce qu'elle ne prévoit pas le ministère d'avocat, qu'assignation est donnée à jour et heure fixes et que le délai de comparution, qui est de huit jours, est plus court que le délai applicable en matière civile.

Conformément aux conclusions de A., la possibilité prévue à l'article 547, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile d'introduire une demande selon la procédure applicable en matière civile est limitée à la seule matière commerciale et ne peut être transposée à la manière du bail à loyer.

Il convient, en effet, de ne pas confondre procédure et matières commerciales.

Si la loi sur le bail à usage d'habitation se réfère pour l'instruction de l'appel à la procédure en vigueur devant les tribunaux de commerce, l'article 547, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile prévoit quant à lui que les litiges qui, en raison de la matière, relèvent normalement du juge commercial, peuvent être

introduits devant le juge siégeant selon la procédure civile.

Ce faisant, il n'y a pas assimilation des matières commerciale et de bail à loyer, de sorte qu'il n'est pas permis à un plaideur d'introduire un appel contre une décision rendue en matière de bail à loyer selon la procédure civile.

La règle édictée à l'article 25 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation prévoit, en effet, une procédure spéciale en raison de la nature de l'affaire requérant simplicité et rapidité. Elle relève de l'organisation judiciaire.

Les lois de procédure imposant, respectivement excluant, le ministère d'avocat pour l'exercice des différentes actions en justice sont d'ordre public, de sorte qu'un acte d'appel encourt la nullité pour contenir assignation à comparaître par ministère d'avocat dans une procédure qui se fait sans ce ministère (cf. Cassation, 22 mai 1997, n° 41/97, rendu en matière de bail à loyer).

Au vu des considérations qui précèdent, l'exploit d'appel du 6 novembre 2007 encourt la nullité.

La nullité résultant de l'inobservation de l'article 25 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation n'est pas couverte par l'article 264, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile qui ne s'applique qu'aux nullités de forme et non aux nullités de fond, touchant à l'organisation judiciaire même.

L'appel est dès lors irrecevable.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –  
15.02.2008 – 3<sup>e</sup> Chambre – N° 111792 du  
rôle – Jugement bail à loyer n° 29/2008

**Note:** Le tribunal de paix rend un jugement en matière de bail d'habitation sous le régime de la loi du 21 septembre 2006. Le locataire interjette appel contre ce jugement, d'abord par acte d'appel contenant assignation à comparaître par ministère d'avocat à la Cour, ensuite par acte d'appel contenant assignation à comparaître à date fixe.

l) Le tribunal d'arrondissement refuse de joindre les deux rôles pendants devant lui. S'il énonce d'abord conformément à la jurisprudence constante que la jonction est une question d'opportunité et relève du pouvoir d'appréciation du tribunal saisi, qui se fait

dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le tribunal ajoute ensuite à ces critères en retenant qu'en l'absence de risque de contrariété de jugements ou de difficultés d'exécution en cas de procédures parallèles, il n'y avait pas lieu à jonction. L'ajout de ces conditions restrictives rétrécit considérablement les possibilités de jonction. Il nous aurait semblé que le fait d'être dirigé contre un seul et même jugement caractériserait à suffisance le lien unissant deux instances de nature à justifier leur jonction dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

II) Au-delà de cet aspect anecdotique, bien plus fondamentale est la question de la recevabilité, en matière de bail à loyer, de l'appel introduit par voie d'assignation à comparaître par ministère d'avocat à la Cour.

Cette question s'était déjà posée dans le passé par rapport aux jugements rendus par les tribunaux de paix en matière commerciale. Différentes chambres du tribunal d'arrondissement de Luxembourg ayant adopté des vues divergentes, nous avons défendu la thèse selon laquelle l'appel fait en matière commerciale d'après les formes civiles devait être reçu (note sous TA Luxembourg, 18 novembre 2004, *B.I.J.* 2/2005, p. 31). Ce problème a été définitivement toisé en ce sens par une série de quatre arrêts de la Cour de cassation rendus le 1<sup>er</sup> mars 2007 (arrêts nos 14/07 à 17/07, *B.I.J.* n° 4/2007, p. 74).

On aurait pu penser que l'intervention de la Cour de cassation mettrait un terme à ce débat. Le jugement rapporté démontre qu'il n'en est rien, puisque le tribunal annule l'exploit d'appel fait selon les formes civiles et par voie de conséquence déclare irrecevable l'appel ainsi formé. Pour arriver à la conclusion qui est la sienne, le jugement fait une distinction entre procédure commerciale et matière commerciale, en retenant que si l'article 25 de la loi du 21 septembre 2006 rend applicable la procédure commerciale aux litiges de bail à loyer, l'article 547, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile ne déroge à l'obligation de procéder par voie d'appel à date fixe que pour les litiges relevant de la matière commerciale, à l'exclusion notamment des litiges relevant de la matière de bail à loyer.

Ce raisonnement nous semble artificiel. Lorsque l'article 25 de la loi de 2006 dispose que «la procédure ordinaire prévue en matière commerciale s'applique tant pour l'introduction de l'appel que pour l'instruction et le jugement de l'affaire», ne doit-on pas y voir un renvoi pur et simple au titre XXVIII du livre IV de la 1<sup>re</sup> partie du Nouveau Code de procédure civile traitant de la «Procédure devant les tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale», sans réserves ni retranchement, donc y compris l'article 547, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile? C'est ce qu'admet le tribunal, mais en procédant par la suite à une interprétation restrictive de cette dernière disposition. Or, le fait que l'article 547, al. 2 énonce la possibilité, «même en matière commerciale», d'introduire l'appel selon la procédure civile ne doit pas à notre sens être interprété comme limitant cette faculté aux seuls litiges commerciaux au sens strict. Aucun argument de texte ne plaide en faveur d'une distinction entre procédure commerciale et matière commerciale, respectivement entre matière commerciale et matière du bail à loyer. En effet, l'intitulé du titre XXVIII reprend aussi la notion de «matière commerciale», sans qu'il ne soit contesté que les dispositions de procédure contenues dans ce titre s'appliquent aux litiges de bail à loyer. De telles distinctions n'étaient pas non plus dans les intentions du législateur lorsqu'il a introduit par la loi du 11 août 1996 un paragraphe 2 à l'article 547 du Nouveau Code de procédure civile. La relecture des travaux préparatoires à cette loi, dont des extraits pertinents ont été repris dans les conclusions de l'avocat général dans le cadre des affaires toisées par la Cour de cassation dans ses arrêts précités du 1<sup>er</sup> mars 2007, donnent cependant des indications claires et précises contraires: l'intention était manifestement de supprimer une insécurité juridique, d'alléger les contraintes procédurales et de favoriser l'émergence de décisions sur le fond du litige qui oppose les parties au procès. Ainsi, même s'il fallait faire les distinctions préconisées par le jugement rapporté, les motifs qui avaient poussé à adopter l'article 547, al. 2 du Nouveau Code de procédure civile peuvent aisément être transposés à la matière du bail à loyer et justifier que l'appel fait par assignation à comparaître soit déclaré recevable. – *Thierry Hoscheit*

---

**Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg**  
15 Février 2008

### **Contrat de bail – Conditions de formation du bail – Cession de bail – Validité – Opposabilité**

La cession de bail est une cession de créance, par laquelle une des parties, le plus souvent le

preneur, cède à un tiers les droits, mais non les obligations, qui découlent pour elle du contrat de bail (cf. Y. MERCHIERS, *Le bail en général*, n° 440).

Elle s'opère entre le cédant et le cessionnaire par l'échange des consentements conformément à l'article 1689 du Code civil.

Les parties étant en désaccord sur la nature du contrat, le juge peut qualifier l'accord des volontés, voire requalifier une convention improprement nommée par les parties (cf. Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2<sup>e</sup> édition, L.G.D.J., n° 119).

Cette démarche à effectuer par le juge ne consiste pas dans l'analyse de la volonté des parties, mais seulement dans celle des données objectives. Il y a dès lors lieu de rechercher ce que les parties ont fait, indépendamment de ce qu'elles ont voulu.

L'écrit du 5 mars 2007 s'analyse en une cession de bail, B. et C. prenant la place de «nouveaux locataires» en se substituant ainsi à A. «ancienne locataire» et A. remettant directement les clefs de l'objet du bail à ces derniers.

Dans la mesure où le transfert des droits locatifs à l'égard du bailleur se présente sous la forme d'une cession de créance, le reprenneur, se trouvant aux droits du cédant, la cession du bail n'est opposable au bailleur qu'à la condition de lui être notifiée selon l'article 1690 du Code civil, étant donné qu'il doit être informé de l'opération, à moins qu'il l'ait admise. Aussi longtemps que le cessionnaire ne justifie d'aucun droit à se maintenir dans les lieux et à se comporter comme preneur à l'égard du bailleur, il ne justifie d'aucun droit à l'égard de celui-ci, à moins que le bailleur ait non seulement eu connaissance de la cession, mais l'ait reconnue, en y adhérant (cf. Marcel La Haye et Joseph Vankerckhove, *Le louage de choses*, Larcier, n° 247).

Pour être opposable à la société X., tiers cédé, la cession de bail doit lui être notifiée ou être acceptée par elle conformément à l'article 1960 du Code civil.

Par son refus exprimé dans ses lettres des 8 mars 2007 et 6 avril 2007 et par l'introduction de ses actions judiciaires en avril 2007, la société X. n'a ni entendu renoncer à la clause d'interdiction de cession conventionnelle, ni accepté la cession de bail du 5 mars 2007.

Il en résulte que la cession de bail lui est inopposable.

(...)

Le bail est un contrat synallagmatique par lequel une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à payer. Il implique le consentement mutuel du bailleur et du preneur.

Comme tout contrat, le bail est régi par les dispositions de l'article 1108 du Code civil qui soumet la validité des conventions notamment au consentement de la partie qui s'oblige.

Le preneur ne peut se prévaloir de la qualité d'occupant des lieux pour prouver le bail ou son exécution qu'à condition que cette occupation ne soit pas équivoque et ne puisse s'expliquer autrement. En effet, l'occupation peut avoir d'autres sources que le bail, recouvrant une situation de copropriétaire, de précariste ou de salarié, elle peut s'expliquer aussi par une simple tolérance du propriétaire ou même plus simplement par l'abus d'un occupant sans droit ni titre; parfois même par la concession d'une occupation gratuite, exclusive de tout bail (cf. Marcel La Haye et Joseph Vankerckhove, *Le louage de choses*, Larcier, n° 183).

Par ailleurs, la preuve du bail ne résulte pas du simple versement d'un loyer par virement, car il peut, le cas échéant, se justifier par d'autres motifs, d'autant plus que le paiement peut être fait au nom d'un tiers ou à son profit. Bien sûr, le juge peut, suivant les cas, déduire l'existence du bail par voie d'aveu, du paiement régulier et constant du loyer par une même personne pendant une longue période, et de l'acceptation du bailleur sans réserves ni protestations (*ibidem*, n° 185).

En l'espèce, la simple occupation des lieux depuis mars 2007 ainsi que le virement régulier des «loyers» des mois de mars, avril, août, septembre et octobre 2007 ne permettent pas de conclure à l'existence du bail.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 15.02.2008 – 3<sup>e</sup> Chambre – n° 112664 du rôle – Jugement bail à loyer n° 27/2008

**Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg  
15 Février 2008**

**Bail à loyer – Bien loué appartenant à une commune – Besoin personnel invoqué par la commune pour installer une association locale – Admissibilité (oui)**

En vertu de l'article 14 de loi modifiée du 14 février 1955 sur les baux à loyer, applicable à la présente espèce, tout bail qui vient à cesser pour n'importe quelle cause est prorogé à moins que le bailleur ne prouve avoir besoin des lieux loués pour les occuper lui-même ou pour les faire occuper par ses descendants.

Il n'est pas contesté qu'une personne morale peut invoquer le besoin personnel.

Le besoin personnel est donné, lorsqu'une personne morale ne peut se passer de son immeuble donné en location, sans qu'il soit porté atteinte à l'organisation et au fonctionnement régulier de ses services (cf. Cour de cassation, 4 octobre 1979, *Pas. lux.*, t. 24, p. 291).

Le besoin personnel de l'Etat ou d'une commune doit être assimilé à celui d'une personne morale de droit privé.

Mais le bailleur, personne morale, est soumis à une preuve plus rigoureuse que le bailleur, personne physique, et ne peut pas se borner à affirmer qu'il ne saurait se passer des lieux loués, mais doit rapporter la preuve concrète de ses affirmations (cf. Trib. Lux., 21 avril 1988, n° 37.414 du rôle).

Ainsi, il lui appartient de prouver qu'il ne peut se passer de l'immeuble en cause sans qu'il soit porté atteinte à l'organisation et au fonctionnement régulier de ses services.

En effet, la personne morale doit établir l'existence de ces conditions et le juge doit vérifier si les conditions sont remplies (cf. Cour de cassation, 1<sup>er</sup> avril 1993, n° 12/93).

En l'espèce, la commune expose avoir besoin des lieux loués pour les mettre à la disposition de diverses associations, qui lui demanderaient régulièrement la mise à disposition de salles de réunion et d'archives.

(...)

La commune est l'association naturelle des citoyens habitant une même portion de territoire et unis par la nécessité de veiller collectivement à la défense d'intérêts locaux communs (cf. Pierre Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, éd. 1983, p. 330).

Formant un centre pour la gestion des intérêts locaux, la commune a diverses missions à l'égard de sa population, dont certaines sont obligatoires et d'autres facultatives.

Au vu de l'importance de la vie associative sur le plan local et de son utilité pour la collectivité, la mise à disposition de locaux adéquats à des associations constitue une obligation morale dans le chef d'une administration communale.

Par ailleurs, les lieux loués sont situés au presbytère de (...), local destiné à servir les intérêts de la communauté locale, et la Commune s'apprête à les aménager afin d'offrir aux associations locales un lieu de rencontre pour le déroulement de leurs activités scolaires.

Le motif invoqué par la commune, répondant à sa mission de service public au profit de l'ensemble des citoyens, constitue dès lors un besoin personnel faisant échec à la prorogation du bail.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 15.02.2008 – 3<sup>e</sup> Chambre – N° 112415 du rôle – Jugement bail à loyer n° 26/2008



## Droit des sociétés

Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg  
15 Février 2008

### **Vente de parts sociales – Demandes d'annulation pour dol, pour lésion et pour erreur**

Le dol repose sur des manœuvres frauduleuses opérées par un cocontractant, ou même consiste dans le silence gardé par une des parties sur un élément essentiel de l'opération qui, s'il avait été connu du cocontractant, l'aurait incité à ne pas contracter.

Le cessionnaire qui invoque le dol doit prouver l'existence des manœuvres, respectivement le silence gardé par lui sur une information essentielle, qu'il impute à son cocontractant, sans lesquelles il n'aurait pas donné son consentement (J.-Cl. Sociétés, fasc. 73-20, n° 68).

Spécialement, une cession de droits sociaux peut être annulée pour dol si elle a été conclue sur la foi d'écritures comptables inexactes majorant le chiffre d'affaires ou l'actif de la société (CA Paris, 8 juin 1990, Rev. Sociétés 1990, p. 415, obs. Y. Guyon; CA Paris, 16 avr. 1992, Bull. Joly 1992, p. 625, note Y. Chaput).

L'action en nullité pour dol est en revanche rejetée dès lors que le cessionnaire avait une

connaissance effective de la réalité de la situation lors de la conclusion du contrat, ou en n'ignorant pas la situation difficile et précaire de la société dont il a acquis les parts (cf. J.-Cl., *op. cit.* n° 68).

(...)

Il est admis qu'une erreur sur la valeur des parts n'est pas une cause de nullité du contrat. L'appréciation inexacte de la situation active et passive de l'entreprise reflétée dans la valeur des parts ne caractérise pas l'erreur susceptible de vicier le consentement (J.-Cl. Sociétés, fasc. 73-20, n° 66).

(...)

Aux termes de l'article 1118 du Code civil, sauf les règles particulières à certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, la lésion vicie le contrat, lorsqu'elle résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre et que cette disproportion a été introduite dans le contrat par exploitation d'une position de force, en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 15.2.2008 – Jugement civil n° 44/08 – 11<sup>e</sup> Chambre – N° 103193 du rôle

Cour de cassation  
21 Février 2008

### **Egalité des actionnaires – Protection des minoritaires – Existence d'un principe général de droit communautaire? – Question préjudicielle – Méconnaissance d'un principe général reconnu par une juridiction supranationale pouvant donner lieu à cassation (oui)**

La méconnaissance d'un principe général reconnu par une juridiction supranationale peut donner lieu à cassation.

Le moyen, dans la mesure où il fait grief à la

décision attaquée d'avoir violé un principe général de droit communautaire qui en constitue une source non écrite, soulève une question d'interprétation de droit communautaire.

(...)

En l'occurrence, l'application correcte de ce droit ne s'impose pas avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question et qu'elle s'impose également à la Cour de Justice et aux juridictions des autres Etats membres.

La question n'a pas encore fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue.

Il y a lieu en conséquence, avant tout autre progrès en cause, conformément à l'article 234 du Traité CE, à renvoi à titre préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes, pour y être statué sur les questions formulées au dispositif du présent arrêt:

Par ces motifs:

surseoit à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée à titre préjudiciel sur les questions suivantes:

- 1) Les références à l'égalité des actionnaires et plus spécifiquement à la protection des minoritaires
  - (a) dans la deuxième directive «sociétés» 77/91/CEE du 13 décembre 1976 en ses articles 20 et 42;
  - (b) dans la recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 établissant le code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, en son «Troisième Principe général» et en sa «Dix-septième disposition complémentaire»;
  - (c) dans la directive 79/279 du 5 mars 1979 portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs en son annexe schéma C, point 2,a), reprise dans la directive consolidée du 28 mai 2001;
  - (d) dans la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril

2004 concernant les offres publiques d'acquisition en son article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, sub a) à la lumière de son considérant (8) procèdent-elles d'un principe général de droit communautaire?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, ce principe général de droit communautaire doit-il trouver application seulement dans les rapports entre une société et ses actionnaires ou, au contraire, s'impose-t-il également dans les rapports entre actionnaires majoritaires exerçant ou acquérant le contrôle d'une société et les actionnaires minoritaires de cette société, spécialement dans le cas d'une société dont les actions sont cotées à une bourse de valeurs?

3) En cas de réponse affirmative aux deux questions précédentes, ce principe général de droit communautaire doit-il, au regard du développement dans le temps des références visées par la question 1), être considéré comme ayant existé et comme s'imposant dans les rapports entre actionnaires majoritaires et minoritaires dans le sens de la question 2), dès avant l'entrée en vigueur de la directive 2004/25 CE précitée et, en l'occurrence, dès avant les faits litigieux se situant au premier semestre de l'année 2001?

renvoie à ces fins à la Cour de justice des Communautés européennes.

Cour de cassation - 21.02.2008 - Arrêt n° 09/08 - N° 2456 du registre

## Droit des assurances

Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg  
1<sup>er</sup> Février 2008

**Contrat d'assurances - Contrat consensuel - Assurance de la garantie décennale - Assurance pour compte de qui il appartiendra - Entrée en vigueur soumise à la condition d'un rapport d'achèvement - Opposabilité d'une condition du contrat au tiers bénéficiaire (oui)**

Conformément à l'article 89 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, l'assurance fait naître au profit de la personne lésée un droit propre contre l'assureur.

Il est de principe que le contrat d'assurance procède d'un accord de volontés qui est source d'obligations réciproques à la charge des deux parties. Il constitue un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des

volontés de l'assureur et de l'assuré (Cour 28 juin 2002, n° 26331 du rôle).

Il est constant en cause que la compagnie d'assurance A. a conclu en date du 11 novembre 2002 un contrat d'assurance «Responsabilité Civile Décennale et Biennale» avec la société B.

Il résulte de l'article 9 des conclusions particulières qu'il est expressément convenu entre parties que la couverture ne prend effet qu'après réception d'un rapport final favorable du bureau de contrôle et confirmation écrite de prise en couverture par avenant.

L'article 3 des conditions générales prévoit de même qu'un avenant de prise en charge précisera la ou les dates d'effet du contrat, pour autant que l'assureur ait été mis en possession du procès-verbal de réception établi par le bureau de contrôle.

La compagnie d'assurance fait plaider en se basant sur ces deux articles qu'à défaut d'avoir reçu de la part du promoteur B. le rapport final du bureau de contrôle et qu'à défaut d'avoir ainsi pu émettre un avenant confirmatif de la prise en couverture, les garanties du contrat d'assurance décennale et biennal n'ont pas pris d'effet.

Le demandeur estime que ces articles lui sont inopposables.

L'assurance responsabilité décennale souscrite par la société à responsabilité limitée B. constitue une assurance pour compte de qui il appartiendra qui se

caractérise, d'une part, par l'engagement personnel du souscripteur qui, tout en agissant pour autrui, s'oblige directement, et, d'autre part, par le droit propre de l'intéressé qui, sans être partie au contrat et sans y être représenté, recueillera en cas de sinistre le bénéfice de l'opération en vertu d'une stipulation pour autrui (Picard et Besson, *Les Assurances Terrestres*, T. 1, 5<sup>e</sup> éd., n° 266; Les Nouvelles, *Droit commercial*, T. V., *Les Assurances*, vol. 1, n° 826 et ss.; *Les transmissions des obligations*, Bibl. de la Faculté de Droit de l'Université de Louvain, Bruylant, 1980, p. 346 et s.; Cour 5 juin 2002, n° 26331 du rôle).

Le droit du tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui contre le promettant trouve sa source et sa mesure dans le contrat conclu par le stipulant avec le promettant. Si ce contrat vient à disparaître, l'obligation du promettant envers le bénéficiaire sera dépourvue de cause. Il s'ensuit que le promettant peut, en principe, opposer au bénéficiaire tous les exceptions et moyens de défense découlant du courant générateur de la stipulation, qu'il s'agisse d'exceptions ou de moyens de défense mettant en cause la validité du contrat entre promettant et stipulant ou sanctionnant l'inexécution des obligations assumées par le stipulant envers le promettant (cf. article 49, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance).

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 01.02.2008 – 11<sup>e</sup> chambre – N°105952 du rôle

## Droit administratif

Cour administrative  
20 Mars 2008

**Etrangers – Ordre de quitter le territoire constitutif d'une violation de l'article 3 de la C.E.D.H. – Requérant atteint du SIDA – Traitement disponible dans son pays d'origine – Considérations humanitaires impérieuses (non) – Risque suffisamment réel au vu des conditions de vie et de la situation familiale du requérant dans son pays d'origine –**

**Annulation du jugement rendu – Renvoi devant les premiers juges**

Quant à l'ordre de quitter le territoire (...), Monsieur T. conclut à une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ci-après désignée par «la convention», au motif que l'ordre de quitter le territoire contenu dans la décision ministérielle du 9 août 2007 serait constitutif d'une mesure d'éloignement et que son renvoi au

Nigéria serait incompatible avec le contenu dudit article 3.

L'appelant relève qu'il serait atteint du SIDA et il renvoie dans ce contexte à deux certificats médicaux des 22 mars et 31 août 2007 desquels il ressort qu'il est suivi au Service des maladies infectieuses du Centre Hospitalier de Luxembourg depuis février 2005, qu'il est HIV positif au stade A avec une immunité très altérée nécessitant un traitement antiviral en continu, que ledit traitement antiviral ne serait probablement pas disponible dans son pays d'origine en cas de rapatriement au Nigéria et que l'interruption du traitement suivi au Luxembourg le conduirait inéluctablement vers la phase terminale de la maladie. Monsieur T. se réfère encore à un certain nombre d'articles spécialisés, d'après lesquels les structures d'accueil dans les hôpitaux au Nigéria seraient insuffisantes pour traiter la totalité des personnes infectées, que seule une personne sur cinq aurait accès au Nigéria aux traitements antiviraux nécessaires et que partant il courrait un risque réel de ne pas avoir accès au traitement nécessaire en cas de retour dans son pays d'origine, d'autant plus qu'il ne disposerait pas des ressources nécessaires pour se permettre pareil traitement.

En citant plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, l'appelant soutient que le seuil de gravité par rapport à l'évaluation du risque couru dans le cadre de l'application par ricochet de l'article 3 de la convention n'impose pas la preuve d'un «risque certain» mais d'un «risque suffisamment réel», dont la preuve peut être tirée des faits présentés ou résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants, preuve qui serait rapportée en l'espèce au vu du stade actuel de sa maladie et des besoins de traitement non assurés au Nigéria. Monsieur T., en se référant plus particulièrement à l'arrêt du 2 mai 1997 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *D. c/ Royaume-Uni* soutient que les premiers juges n'auraient pas tenu compte de toutes les circonstances de l'affaire et plus particulièrement des conditions de vie et de sa situation familiale dans son pays d'origine, de sorte que le jugement serait à annuler pour violation de l'article 3 de la Convention.

Le délégué du Gouvernement rétorque que Monsieur T. serait pour le moment simple porteur du virus HIV et que des raisons médicales ne sauraient justifier une demande de protection internationale.

Il convient en premier lieu de confirmer les premiers juges dans leur analyse consistant à retenir à partir des éléments du dossier leur fournis, d'une part, que l'appelant se trouve au premier stade de la maladie nécessitant un traitement antiviral et que pareil traitement antiviral est disponible au Nigéria, même si la situation au Nigéria est moins favorable, et, d'autre part, que les circonstances exceptionnelles et les considérations humanitaires impérieuses, telles que retenues par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt précité du 2 mai 1997, ne sont pas données en l'espèce.

Cependant, il convient de relever, à l'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rendue postérieurement à l'affaire *D c./ Royaume-Uni* du 2 mai 1997, dans des affaires relatives à des mesures d'éloignement concernant des personnes atteintes du SIDA, que celle-ci, en rejetant les recours introduits sur base de l'article 3 de la Convention, a toujours pris en considération, à côté du stade d'évolution de la maladie et des soins disponibles dans les pays d'origine respectifs, également la situation familiale des requérants dans leur pays d'origine pour en déduire, d'après les éléments produits dans les dossiers respectifs, que les circonstances exceptionnelles de l'article 3 de la Convention ne sont pas données (voir arrêts *S.C.C. c/ Suède* du 15 février 2000, n° 46553/99; *A.H. c/ Pays-Bas* du 24 juin 2003, n° 13669/03; *N. c/ Suède* du 22 juin 2004, n° 17868/03; *A. c/ Pays-Bas* du 25 novembre 2004, n° 25629/04).

Or, force est de constater en l'espèce que le tribunal, dans le jugement dont appel, n'a pas procédé à l'examen de la situation individuelle de Monsieur T. sous l'angle de sa situation familiale et de son encadrement proche dans son pays d'origine, étant relevé que l'intéressé a toujours affirmé, dès sa première audition du 18 octobre 2004 devant l'agent du ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration, ne plus avoir de famille dans son pays d'origine, même s'il n'a pas insisté spécifiquement sur cette considération dans le

cadre de son recours contentieux introduit en date du 10 septembre 2007.

(...)

La Cour étant amenée à statuer comme juge de l'annulation par rapport au jugement attaqué du 5 décembre 2007, celui-ci encourt l'annulation dans cette mesure et l'affaire est

à renvoyer devant le tribunal pour permettre aux parties d'instruire plus en avant le dossier notamment sous l'angle de la situation personnelle et familiale de Monsieur T. dans son pays d'origine.

Cour administrative - 20.03.2008 - N° 23931 C du rôle

---

## Procédure civile et commerciale

**Cour de cassation**  
21 Janvier 2008

**Droits de l'homme - Article 6-1 de la C.E.D.H. - Attestations testimoniales par deux magistrats dans le cadre d'une affaire de garde d'enfant - Magistrat ayant fait partie de la formation de jugement dans une affaire liée (référé divorce) - Magistrat étant un supérieur hiérarchique - Constatations faites en dehors de leurs fonctions et à un moment où ils n'étaient pas saisis de l'affaire - Absence d'impartialité objective du conseiller ayant déclaré recevables ces attestations (non)**

En vertu du principe de l'indépendance du magistrat qui juge une cause, tant à l'égard de ses pairs que des magistrats du parquet général, l'impartialité objective du conseiller

de la Cour d'appel ayant statué sur le litige ne saurait être mise en cause du fait qu'il a dit recevables les attestations testimoniales établies l'une par un président de chambre de la Cour d'appel et l'autre par un avocat général qui figurait dans un arrêt de référé divorce concernant le secours alimentaire de X et qui avait antérieurement, comme conseiller, fait partie de la composition siégeant en matière de référé sur le droit de garde de l'enfant mineur commun, ceci après avoir constaté que ces attestations étaient établies par les deux magistrats en dehors de leurs fonctions et portaient sur des constatations personnelles faites à un moment où chacun d'eux n'était saisi de l'affaire soumise à la chambre d'appel de la jeunesse.

Cour de cassation - 21.01.2008 - N° 2480 du registre

---

**Cour de cassation**  
21 Février 2008

**Pourvoi en cassation - Moyen tiré de l'allocation de choses non demandées (*ultra petita*) - Recevabilité du pourvoi (non) - Cas de requête civile (oui)**

La recevabilité du pourvoi est contestée au regard du moyen de cassation tiré «de la violation de l'article 54 du nouveau code de procédure civile en ce que la juridiction siégeant en matière d'appel a condamné X. à payer à Y. une indemnité d'occupation de 1.500.- euros par mois à partir du 6 février

2007, alors que la juridiction n'aurait pas dû se prononcer sur une indemnité d'occupation, dès lors qu'elle n'avait pas été demandée par la partie Y.».

Il est reproché au tribunal d'avoir prononcé sur choses non demandées. Cependant le grief ainsi formulé ne donne pas ouverture à cassation, mais à requête civile suivant l'article 617, alinéa 3 du Nouveau Code de procédure civile. Il s'ensuit que le pourvoi est irrecevable.

Cour de cassation - 21.02.2008 - N° 2491 du registre - Arrêt n° 07/08

**Cour d'appel**  
12 Mars 2008

**Exécution des jugements et arrêts – Affaire commerciale introduite selon la procédure applicable en matière civile – Procédure civile devant être observée jusqu'à la levée du jugement – Absence de qualités – Nullité du titre exécutoire – Nullité de la signification intervenue**

Dans son avis du 15 mai 1995 en rapport avec le projet de loi sur mise en état en matière civile contentieuse (projet n° 3771), le Conseil d'Etat a complété l'article 414 du Code de procédure civile par un deuxième alinéa (article 547, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile) permettant d'introduire même en matière commerciale la demande selon la procédure applicable en matière civile.

Ainsi, un demandeur peut porter un litige devant le tribunal d'arrondissement selon la procédure civile, que le litige soit de nature commerciale ou civile.

Le Conseil d'Etat a relevé que «serait ainsi respecté le caractère exceptionnel de la procédure commerciale et la nature de droit commun de la procédure civile».

Etant donné que c'est l'assignation qui déclenche le procès et qui engage les parties dans le lien juridique de l'instance avec les charges processuelles qui en découlent, une fois que le demandeur a opté dans son assignation pour la procédure civile, ce choix doit nécessairement être observé jusqu'à la levée du jugement.

En l'espèce, face à une assignation commerciale à comparaître par ministère d'avocat dans le délai de la loi qui est de quinze jours, devant le tribunal

d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale d'après les règles de la procédure civile, au palais de justice de Luxembourg, ce sont les règles applicables en matière de levée d'un jugement en matière civile qui doivent être observées.

Les qualités doivent dès lors être dressées en conformité des articles 250 à 253 du Nouveau Code de procédure civile.

Les qualités visées à l'article 250 dudit code sont en relation avec la délivrance d'une expédition et la procédure d'exécution du jugement.

Sont appelées qualités, la partie de l'expédition contenant «les noms, professions et demeures des parties, les conclusions et les points de fait et de droit». Les qualités sont l'œuvre des avocats et attestent la procédure qui a précédé le jugement. Elles permettent de vérifier si les règles essentielles de la procédure ont été respectées et si les demandes et conclusions des parties ont été correctement reprises dans le jugement.

En l'occurrence, la grosse en forme exécutoire du jugement commercial ne contient pas les qualités telles que prescrites par les articles 250 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

Elle est donc à considérer comme nulle.

La signification d'un jugement, par l'intermédiaire d'une expédition nulle, est partant également nulle.

A défaut de signification régulière, le délai pour interjeter appel n'a pas commencé à courir.

Cour d'appel – 12.03.2008 – 4<sup>e</sup> Chambre – Arrêt commercial – N° 31982 du rôle

**Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg**  
14 Mars 2008

**Droit des sociétés – Représentation en justice – Société à responsabilité limitée – Pouvoir de représentation du gérant (oui) – Admissibilité du gérant comme témoin (oui)**

La requête introductive d'instance du 22 mars 2006 est faite au nom de la société A., représentée par Jean A., contre B., représentée par son gérant.

L'article 163, 4° du Nouveau Code de procédure civile impose la désignation de

l'organe représentatif de la personne morale, non seulement si elle reçoit, mais aussi lorsqu'elle donne des assignations.

En vertu de l'article 191*bis*, alinéas 2 et 4 de la loi sur les sociétés commerciales, chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice, en demandant ou en défendant. Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs gérants pour représenter la société, seuls ou conjointement, et cette clause est opposable aux tiers pour autant qu'elle a dûment été publiée.

Il ressort des statuts de la société A., dûment publiés, que Jean A. a la qualité de gérant commercial.

Il en ressort encore que «Für alle Geschäfte bedarf es der gemeinsamen Unterschrift des zuständigen technischen Geschäftsführers und des kaufmännischen Geschäftsführers».

Il s'ensuit que l'exigence de la signature conjointe de deux gérants s'impose pour les engagements commerciaux que la société A. prend envers les tiers.

En revanche, les statuts n'imposent aucune restriction au pouvoir de représentation en justice, de sorte qu'en application de l'article 191*bis* précité, la société est valablement représentée par chaque gérant individuel.

La requête est dès lors valablement faite au nom de la société A. représentée par son gérant Jean A.

(...)

La société B. s'oppose à l'audition du témoin Paul A., au motif qu'il est associé à hauteur de 50% du capital social et gérant de la société A.

Aux termes de l'article 405 du Nouveau Code de procédure civile, chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice.

Il est admis que nul ne saurait être entendu comme témoin dans sa propre cause. Or, la notion de partie en cause doit être interprétée restrictivement comme ne visant, en principe, que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire (cf. Cour 23 novembre 1994, *Pas. lux.*, t. 29, p. 359).

Or, une société commerciale a une personnalité distincte à la fois de celle de la personne physique habilitée à la représenter et des associés.

Par ailleurs, en l'absence d'éléments mettant d'ores et déjà en doute la véracité de ses déclarations, la simple allégation d'un intérêt dans le chef d'un témoin est insuffisante pour écarter ou mettre en doute l'objectivité de sa déposition (cf. Cour de Cassation, 30 juin 2005, n° 45/05).

Le moyen de la société n'est partant pas fondé.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 14.03.2008 – 3<sup>e</sup> Chambre – N° 107807 du rôle – Jugement commercial n° 49/2008

## Saisies et voies d'exécution

**Cour d'appel**  
20 Février 2008

**Astreinte – Preuve de l'inexécution de l'obligation sanctionnée par l'astreinte – Preuve par toute voie de droit (oui) – Changement de domicile non déclaré – Article 2063 du Code civil – Impossibilité de s'exécuter – Cas d'application**

Quant à la demande en liquidation de

l'astreinte respectivement à la demande de A. en décharge du paiement de l'astreinte:

B. reproche au juge des référés de ne pas avoir tiré les conséquences de l'astreinte ordonnée par l'ordonnance du 13 février 2007, à savoir sa liquidation définitive au montant de 2.500,- €.

Il est acquis en cause que A. n'a réservé aucune suite à l'injonction qui lui fut faite par

ordonnance de référé du 13 février 2007. Celle-ci ayant été signifiée le 23 février 2007, l'astreinte a commencé à courir le 10 mars 2007. Avec un taux journalier de 200,- €, le montant maximal était atteint le 23 mars 2007, donc avant le prononcé de l'ordonnance de référé du 27 mars 2007 à l'occasion de laquelle le juge des référés a constaté que la pièce litigieuse n'était toujours pas entre les mains de B.

A l'appui de sa demande en décharge du paiement de l'astreinte A. fait valoir qu'elle se serait brouillée avec sa fille et qu'elle aurait fini par quitter le domicile commun à D. (...). Elle n'aurait ainsi plus eu la possibilité d'inspecter le courrier qui continuait à arriver à cette adresse et aurait été dans l'ignorance totale de la demande qui avait été formulée à son égard par le juge des référés.

Aux termes de l'article 2063 du Code civil: «Le juge qui a ordonné l'astreinte peut en prononcer la suppression, en suspendre le cours durant le délai qu'il indique ou la réduire, à la demande du condamné, si celui-ci est dans l'impossibilité définitive ou temporaire, totale ou partielle de satisfaire à la condamnation principale. Dans la mesure où l'astreinte était acquise avant que l'impossibilité se fût produite le juge ne peut la supprimer ni la réduire.»

Il se dégage dudit article que l'impossibilité d'exécuter, quelle qu'en soit la source, constitue un obstacle à infliger une astreinte.

L'impossibilité en question peut résulter de la force majeure ou d'une autre cause étrangère ou encore du fait d'un tiers ou même du débiteur à condition qu'il ne s'agisse pas d'une simple mauvaise volonté de ce dernier.

L'existence de faits constitutifs de l'inexécution de l'obligation sanctionnée par l'astreinte peut être établie par toutes voies de droit, témoins et présomptions.

Il se dégage en l'espèce des éléments du dossier que l'ordonnance de référé du 13 février 2007 a été régulièrement signifiée à A. en application des dispositions de l'article 155 du Nouveau Code de procédure civile, celle-ci étant encore officiellement déclarée à cette adresse le jour de la signification.

A supposer qu'elle n'ait plus vécu en fait à cette adresse, il lui aurait appartenu d'effectuer un changement de résidence conformément aux dispositions de l'article 104 du Code civil.

Tant que l'intention de changer de domicile n'est pas déclarée à la municipalité, les significations sont valablement faites à l'ancienne adresse.

Le manquement de A. aux obligations du Code civil ne saurait constituer une impossibilité de s'exécuter au sens de l'article 2063 du Code civil de sorte que son appel incident est à rejeter.

L'appel principal de B. est donc à déclarer fondé et il y a lieu de condamner A. au paiement de l'astreinte liquidée à 2.500,- €.

Cour d'appel – 20.02.2008 – 2<sup>e</sup> Chambre – Arrêt référé – N° 32517 du rôle

**Remarque:** Cette décision est également citée dans la partie «Divorce et séparation de corps» de ce *Bulletin*, page 88.

## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
29 Janvier 2007

**Demande en obtention de l'indemnité compensatoire de préavis formulée pour la première fois en appel – Demande nouvelle (non)**

Si l'appelant ne peut substituer ou ajouter en instance d'appel à sa demande originale une demande nouvelle par son objet ou sa cause n'ayant aucun lien de connexité avec la demande primitive, il peut cependant, et ce par voie de simples conclusions signifiées en cause, former une demande additionnelle qui, tendant au même but que la demande initiale, s'y



rattache intimement de par sa cause et son objet, et qui ne peut dès lors être considérée comme nouvelle au sens de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile.

L'indemnité compensatoire de préavis, dont le paiement n'a été réclamé ni dans la requête introductive d'instance ni dans l'acte d'appel, se rattache intimement de par sa cause et son objet à la demande en réparation du préjudice

matériel subi suite au licenciement pour faute grave. La demande y relative ne saurait dès lors être considérée comme nouvelle au sens du susdit article, tel que le fait plaider à tort l'intimée.

Cour d'appel – 29.01.2007 – 8<sup>e</sup> Chambre – Appel en matière de droit du travail – N° 29475 du rôle

---

**Cour de cassation**  
6 Mars 2008

**Sécurité sociale – Nomenclature des actes et services des orthophonistes pris en charge par l'assurance maladie – Règlement grand-ducal dépassant le cadre habilitant de l'article 19 du Code des assurances sociales – Application de ce règlement par le Conseil supérieur des assurances sociales – Cassation de l'arrêt**

L'article 19 du Code des assurances sociales dispose:

«(1) Les assurés sont libres de s'adresser aux prestataires de leur choix.

(2) Ne sont prises en charge par l'assurance maladie que les actes, services et fournitures inscrits dans la nomenclature ou les listes prévues par les lois, règlements, conventions et statuts, et dispensés par des personnes ou des institutions admises à exercer leur art, leur profession ou leur industrie sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg».

L'article 11(5) de la Constitution dispose dans sa

teneur antérieure à la loi du 29 mars 2007: «La loi organise la sécurité sociale».

Cependant l'article 1<sup>er</sup> du règlement grand-ducal du 19 mars 1999, devant en exécution de l'article 19, al. 1<sup>er</sup> du Code des assurances sociales dresser la nomenclature des actes et services des orthophonistes pris en charge par l'assurance maladie tel que modifié par le règlement grand-ducal du 21 décembre 1999 ne s'y borne pas, mais en énonçant que «ne relèvent pas de la présente nomenclature les actes concernant les troubles du langage d'origine congénitale ou périnatale (...)» il exclut des prestations par catégorie de personnes, dépassant ainsi le cadre habilitant de l'article 19 du Code des assurances sociales.

Le Conseil supérieur des assurances sociales, en appliquant un règlement qui dépasse le cadre de sa loi habilitante, a violé tant l'article 19(1) et (2) du Code des assurances sociales que l'article 11(5) de la Constitution sus-visés.

L'arrêt encourt donc la cassation.

Cour de cassation – 06.03.2008 – N° 13/08 – N° 2497 du registre

---

**Cour d'appel**  
6 Mars 2008

**Licenciement oral – Déclenchement du délai de forclusion de trois mois (non)**

Il est de jurisprudence constante que, tel qu'en l'espèce, s'il y a eu licenciement, il ne peut s'agir que d'un licenciement oral n'ayant pas fait l'objet d'une notification dans les formes de l'article L. 124-10 du Code du travail, de sorte que le délai de forclusion de trois mois n'a pas

commencé à courir. La déchéance du droit d'agir en justice prévue par l'article L. 124-11(2) du Code du travail n'est donc pas encourue (cf. Cour d'appel, 15.10.1998, n° 21011 du rôle). Il s'ensuit que le moyen de déchéance est à rejeter et que tant l'appel que la demande initiale sont recevables.

Cour d'appel – 06.03.2008 – 3<sup>e</sup> Chambre – Appel en matière de droit du travail – N° 32092 du rôle

## Droit pénal et procédure pénale

Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg  
9 Novembre 2006

**Prescription de l'action publique – Actes interruptifs de la prescription – Actes de poursuite ou d'instruction (notion) – Signalement dans le système «Schengen» – Acte de pure administration interne du Ministère Public – Caractère interruptif (non)**

La prescription de l'action publique n'est pas interrompue par tout acte quelconque tendant à la recherche ou à la poursuite d'une infraction, même s'il est accompli par une autorité qualifiée pour y procéder. Pour produire un effet interruptif, l'acte doit, en outre, avoir le caractère d'un acte de la procédure pénale régulier en la forme (Cour 8 mars 1982, *Pas. lux.*, t. 25, p. 226).

Est généralement admis comme acte interruptif de la prescription tout acte de poursuite ou d'instruction, les actes de poursuites étant définis comme étant des actes qui mettent en mouvement l'action publique ou qui la maintiennent en mouvement ou lui donnent une certaine extension. Les actes d'instruction interruptifs sont posés par le juge d'instruction, par la juridiction de jugement et par la police judiciaire pour découvrir la vérité. En ce qui concerne la police judiciaire, les actes de l'enquête officieuse ne sont pas seulement de simples renseignements, mais des procès-verbaux véritables qui constatent le corps du délit et les recherches entreprises pour découvrir l'auteur de l'infraction et rassembler des preuves (R. Thiry, *Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois*, T. I, nos 105 et 106). L'acte d'instruction est tout acte émanant d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de recueillir les preuves ou de mettre la cause en état d'être jugée. L'acte d'instruction n'est partant pas limité aux seuls actes d'instruction posés par le juge d'instruction dans le cadre de l'instruction judiciaire (H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*).

En l'occurrence, les faits libellés par le parquet ont été verbalisés le 29 mars 2003.

Aucun acte interruptif de la prescription de

l'action publique n'a été posé depuis cette date.

En effet, le prévenu n'ayant pas eu d'adresse connue au Luxembourg, il n'a pu être avisé à comparaître devant le tribunal correctionnel que pour la date du 19 septembre 2006.

Suivant la fiche de signalement du 27 janvier 2004, le Ministère Public a procédé au signalement du prévenu pour notification d'une citation à prévenu (code «STT1») en date du 27 janvier 2004. Ledit signalement, qui venait à échéance le 1<sup>er</sup> février 2005, a été prolongé jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2006, suivant la fiche de contrôle des signalements envoyée au Parquet du tribunal d'arrondissement le 14 mars 2005.

Les actes destinés à un usage administratif d'ordre interne ne constituent pas des actes prévus et réglés par les règles de la procédure répressive et ne sauraient partant pas être retenus comme actes interruptifs de la prescription, ni à titre d'actes d'instruction, ni à titre d'actes de poursuite. L'ordre de signalement dans le système «Schengen» est un acte de pure administration interne propre au Ministère Public qui se borne à donner une instruction précise à l'administration qu'il concerne. Il ne s'agit pas d'un acte prévu et réglé par les règles de la procédure répressive, qui ne règle en aucune manière la procédure de signalement (Trib. Lux. du 27 novembre 2003, n° 2773/04, confirmé par arrêt du 19 octobre 2004, n° 326/04V; Trib. Lux. 18 octobre 2001, *Rev. Dr. Pén. et crim.* 2001, p. 281).

Or, les courriers émanant du Ministère Public ne constituent pas non plus des actes de la procédure pénale, mais forment des actes d'administration interne en vue de rechercher et déterminer le lieu de résidence ou le domicile du prévenu pour être en mesure de poser de nouveau des actes de procédure et notamment la notification de l'ordonnance de renvoi, acte de poursuite au sens de l'article 637 du Code d'instruction criminelle.

Les écrits portés par le Ministère Public sur des feuilles sans en-tête, concernant des renseignements à prendre sur l'adresse du

prévenu, exclusivement à un usage administratif interne, et les rapports de police non assortis d'un procès-verbal dressé dans les formes légales, c'est-à-dire qui ne forment pas un acte dans lequel l'autorité compétente constate des faits susceptibles d'entraîner des poursuites pénales, mais ne contiennent que des renseignements, ne valent pas acte interruptif étant donné qu'ils ne constituent pas des actes de poursuite de la procédure pénale (R. Thiry, précité).

Il s'ensuit que l'action publique du chef des faits mentionnés dans la citation du 15 septembre 2006 est actuellement éteinte par la prescription.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 09.11.2006 – 12<sup>e</sup> Chambre – Jugement n° 3232/2006

**Cour d'appel**  
21 Mars 2007

**Notification d'un jugement pénal par défaut par voie postale – Notification réputée faite à la date du dépôt de l'avis par le facteur – Présomption irréfragable – Prise en compte de la date de retrait à la poste (non)**

A l'audience de la Cour, le représentant du Ministère Public conclut à l'irrecevabilité de l'appel pour être tardif.

Il résulte de l'inspection du dossier de procédure que le jugement rendu par défaut à l'égard de A. a été notifié à ce dernier par la voie postale, selon les dispositions du paragraphe 4 de l'article 386 du Code d'instruction criminelle. Le prévenu a été avisé du dépôt de l'avis de réception prévu audit texte en date du 16 mai 2006.

Aux termes de l'article 386 du Code d'instruction criminelle, *in fine*, «dans tous les

cas, la citation ou la notification est réputée faite le jour du dépôt de l'avis par le facteur des postes». Cette disposition constitue une présomption irréfragable (cf. Travaux préparatoires de la loi du 29 mai 1985, n° 2876<sup>1</sup>, rapport de la commission juridique, commentaire de l'article 386).

Il s'ensuit que c'est la date de l'avis – en l'espèce le 16 mai 2006 – qui est à prendre en considération comme point de départ pour la computation des délais. Le fait que le prévenu n'a retiré la lettre de notification que le 8 juin 2006 n'est pas pertinent à cet égard. Le délai d'appel de 40 jours a, partant, expiré le 27 juin 2006.

L'appel interjeté le 7 juillet 2006 par le prévenu est, dès lors, à déclarer irrecevable. Il doit en être de même pour l'appel du Ministère Public intervenu le 11 juillet 2006.

Cour d'appel – 21.03.2007 – 10<sup>e</sup> Chambre – Arrêt n° 177/07

## Droit international privé

**Tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg**  
18 Janvier 2008

**Ordre public étranger – Lois de police étrangères – Application par le juge luxembourgeois – Article 7.1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Réserve faite par le législateur luxembourgeois**

A. demande l'annulation du Contrat au motif que son consentement aurait été vicié par le

dol. Il soutient qu'à défaut de remise d'un document d'information précontractuel conformément à l'article L. 330-3 du Code de Commerce français et à son décret d'application du 4 avril 1991, il n'aurait pas été en mesure d'apprécier la réalité et le sérieux du concept développé par B.

A l'appui de son argumentation, A. soutient que les dispositions de la loi Doubin n° 89-1008 du 31 décembre 1989, dont l'article 1<sup>er</sup> est devenu l'article L. 330-3 du Code de Commerce français, sont d'ordre public de

sorte que B. ne saurait les méconnaître.

(...)

Les parties étant en désaccord sur l'application de l'article L. 330-3 du Code de Commerce français, le tribunal tranchera en premier lieu la question de la loi applicable.

La désignation de la loi applicable au Contrat doit se faire en vertu des dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après la «Convention de Rome»).

Il est constant en cause que les parties ont expressément désigné la loi luxembourgeoise comme étant applicable au Contrat conformément à l'article 3, al. 1<sup>er</sup> de la Convention de Rome.

La question qui se pose est alors de savoir si la violation de l'ordre public étranger peut amener l'exclusion de la loi luxembourgeoise sur un point déterminé. Le juge luxembourgeois doit-il faire application de l'ordre public d'un autre Etat avec lequel le rapport de droit qui lui est soumis a des liens étroits en écartant la loi régissant le contrat?

En faisant usage de la faculté de l'article 22, §1<sup>er</sup> de la Convention de Rome, le législateur luxembourgeois a exclu l'application de l'article 7, 1) de la Convention de Rome qui prévoit que:

«Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.

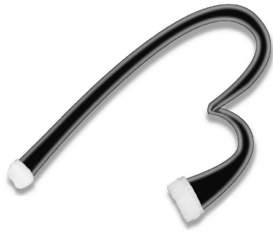
Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application».

Ce faisant, la législation luxembourgeoise ne permet pas l'exclusion de la loi normalement applicable au profit de l'ordre public étranger.

La loi luxembourgeoise est partant exclusivement applicable au Contrat de sorte que cet argument de A. est à rejeter comme étant non fondé.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 18.01.2008 – 2<sup>e</sup> Chambre – Jugement commercial n° 95/08 – N° 102234 du rôle

**Observations:** A noter que concernant les contrats conclus après le 17 décembre 2009, le Règlement (CE) N° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit «Rome I», sera à l'avenir d'application, en remplacement de la Convention de Rome (et des dispositions portant la transposition de cette dernière dans la législation luxembourgeoise). Le texte équivalent à l'article 7,1) de la Convention de Rome se retrouve à l'article 9, §3 du règlement Rome I. Ce nouveau texte, qui est le résultat d'un compromis politique (certaines délégations nationales étaient pour sa suppression pure et simple pour des raisons de sécurité juridique), est quelque peu plus précis et se lit désormais comme suit: «Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application.» De par la nature de l'instrument communautaire, ce texte trouvera à s'appliquer par rapport à une situation luxembourgeoise sans possibilité de réserve, évidemment. – P.S.



# *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*

Les sommaires publiés au *Bulletin d'information sur la jurisprudence* sont établis en toute bonne foi, mais la Conférence du Jeune Barreau et les membres du comité de dépouillement ne peuvent pas en garantir la fidélité absolue. Il y a aussi lieu de préciser que la publication se fait sans vérification du caractère définitif des décisions ou de l'existence de recours. Par ailleurs, les décisions publiées ne correspondent pas nécessairement au courant majoritaire de la jurisprudence et il peut exister des décisions en sens contraire.

---

Le *Bulletin d'information sur la jurisprudence* est publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg.

Le comité de rédaction du *Bulletin* se compose de

M<sup>e</sup> Marc THEWES,  
M<sup>e</sup> Pierre REUTER,  
M<sup>e</sup> Albert MORO,  
M<sup>e</sup> Pierre SCHLEIMER,  
M<sup>e</sup> Claudine ERPELDING,  
M<sup>e</sup> Steve JACOBY,  
M<sup>e</sup> Pierre BEISSEL,  
M<sup>e</sup> Anne LAMBE,  
M<sup>e</sup> Steve HELMINGER,  
M<sup>e</sup> Marc ELVINGER et  
M<sup>e</sup> Alex ENGEL.

Secrétariat du comité de rédaction: M. Emmanuel SERVAIS

---

Les lecteurs qui désirent porter à la connaissance du *Bulletin* une décision susceptible d'être publiée peuvent contacter l'un des membres du comité de rédaction ou envoyer un e-mail à l'adresse [jurisprudence@jeunebarreau.lu](mailto:jurisprudence@jeunebarreau.lu) ou à l'adresse [jurisprudence@barreau.lu](mailto:jurisprudence@barreau.lu).