

# *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*

7/2012  
24 décembre 2012

## SOMMAIRE

- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 27 avril 2011** 117  
Contrats – Exception d'inexécution – But poursuivi – Suspension temporaire des ses propres obligations – Malfaçons – Factures non contestées – Procès en cours concernant malfaçons – Exception admissible (non)
- Cour d'appel, 1<sup>er</sup> Chambre, 27 avril 2011** 118  
Autorité parentale conjointe – Résidence alternée de l'enfant auprès de chacun des parents – Durée de séjour égale auprès de chacun des parents – Attribution d'une pension alimentaire à l'un des parents – Principe de la contribution aux frais selon les facultés de chacun
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 4 mai 2011** 120  
Liquidation judiciaire – Appel – Délai – Date de départ – Publication du jugement (non) – Signification de droit commun (oui) – Délai de droit commun – Absence de publication des bilans – Rabattement – Société venant de commencer ses activités – Absence de créanciers substantiels
- Cour d'appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 15 juin 2011** 123  
Responsabilité civile – Troubles de voisinage – Copropriété – Syndicat – Naissance du syndicat – Premier partage de l'immeuble – Troubles survenus avant naissance du syndicat – Responsabilité du propriétaire actuel (non)
- Cour d'appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 15 juin 2011** 124  
Référé-urgence – Vente d'immeuble par voie parée – Propriétaire refusant de collaborer à l'établissement d'un certificat de performance énergétique obligatoire – Retard dans la vente de l'immeuble – Urgence (oui)
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 22 juin 2011** 125  
Dépossession involontaire de titres – Notion de dépossession involontaire au sens de la loi – Dépossession par abus de confiance
- Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 22 juin 2011** 127  
Faillite – Appel – Confirmation d'une offre de crédit d'une banque couvrant les dettes courantes – Crédit non ébranlé – Rabattement
- Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 12 janvier 2012** 128  
Contrat de travail oral – Paiement des salaires en espèces – Difficultés de preuve – Illustration
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2<sup>e</sup> Chambre, 10 juin 2011** 129  
Concurrence déloyale – 1. Action en cessation contre un ancien salarié devenu gérant d'une société concurrente – Agissements en nom personnel (non) – Compétence du juge pour connaître de l'action (non) – 2. Action contre la société concurrente – Relations concurrentielles (oui) – Charge de la preuve des agissements déloyaux de détournement de clientèle incombe au demandeur en cessation
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2<sup>e</sup> Chambre, 24 juin 2011** 133  
Mandat – Théorie du mandat apparent – Conditions – Preuve



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 civil**

**Cour d'appel**  
27 avril 2011

**Contrats – Exception d'inexécution – But poursuivi – Suspension temporaire des ses propres obligations – Malfaçons – Factures non contestées – Procès en cours concernant malfaçons – Exception admissible (non)**

Si l'exception d'inexécution permet, dans les contrats synallagmatiques, au contractant qui ne reçoit pas de son cocontractant l'exécution des obligations qui incombent à ce dernier, de différer l'exécution de ses propres obligations jusqu'au moment où l'autre partie exécutera, ou offrira d'exécuter les siennes, et que l'exception d'inexécution apparaît comme un moyen de défense né d'un obstacle, il n'en reste pas moins que ce moyen de défense ne saurait subsister que tant que cet obstacle subsiste.

A cela s'ajoute que l'exception d'inexécution – qui est destinée à obtenir du cocontractant qu'il exécute son obligation – ne peut être utilisée que de manière limitée dans le temps ; il s'agit en effet d'obtenir l'exécution du contrat et non son extinction.

L'exécution défectueuse d'un contrat peut autoriser l'exception d'inexécution, mais elle ne peut justifier un refus définitif d'exécution.

L'exception d'inexécution ne porte pas atteinte à l'exigibilité de la dette du débiteur de sorte que l'acheteur n'est en aucun cas dispensé du paiement du prix.

(cf. Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge* T. II, 3<sup>e</sup> édition; LES NOVELLES, *Droit civil*, T. VI, 2<sup>e</sup> édition 2000); *ENCYCLOPÉDIE DALLOZ*, *Droit civil*, v<sup>o</sup> contrats et conventions, Tome VI).

En l'occurrence, l'affaire relativement à la mauvaise exécution des travaux de construction commandés par la société A. s.à r.l. et réalisés par la société B. s.à r.l. et les dommages en résultant pour les propriétaires de la maison située au numéro (...) étant actuellement pendante devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg aux fins d'être instruite et jugée, la société A. s.à r.l. ne saurait plus être autorisée à opposer à la société BBB s.à r.l. le moyen tiré de l'exception d'inexécution pour tenir en suspens de manière non autrement précisée quant à la durée le paiement de trois factures émises par la société B. s.à r.l. en rapport avec les travaux commandés par la société A. s.à r.l., factures contre lesquelles la société A. s.à r.l. n'a émise aucune contestation circonstanciée mais qu'elle a honorées partiellement au moyen d'un paiement, sans réserve aucune, d'un acompte de 12.000 €.

Il s'en suit que la société A. s.à r.l. n'a pas le droit de suspendre tout paiement en vertu de l'*exceptio non adimpleti contractus*.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 27 avril 2011 – Rôle: 36005)

Référence du BIJ: 2012/7-CL 04 9850

## Droit des personnes

**Cour d'appel**  
27 avril 2011

### **Autorité parentale conjointe – Résidence alternée de l'enfant auprès de chacun des parents – Durée de séjour égale auprès de chacun des parents – Attribution d'une pension alimentaire à l'un des parents – Principe de la contribution aux frais selon les facultés de chacun**

L'arrêt du 21 avril 2010 a décidé une autorité parentale conjointe sur Y et une résidence alternée de l'enfant auprès de chacun de ses parents, chaque résidence étant d'importance égale.

Cependant afin d'éviter toutes difficultés éventuelles sur le plan scolaire et administratif, notamment en ce qui concerne le remboursement des frais médicaux exposés par l'appelant, il y a lieu de fixer le domicile légal de Y auprès de son père. A ces fins l'appelant pourra par conséquent déclarer Y auprès du bureau de la population de la Ville de Luxembourg comme étant domicilié légalement chez lui.

Comme l'arrêt du 21 avril 2010 a retenu le principe d'une résidence à égalité de Y en alternance auprès de chacun de ses parents, ceux-ci devront supporter chacun directement les frais courants d'entretien et d'éducation de Y qui échoiront lors de la période de résidence de Y auprès de chacun d'eux.

Parmi ces frais courants rangent, à titre indicatif, les frais de logement, dépenses de nourriture, d'hygiène corporelle, frais modiques d'habillement, de matériel scolaire et de loisir.

La contribution de chaque parent aux dépenses plus substantielles et moins courantes se fera sur base d'un décompte mensuel établi par chaque partie pour les frais dont il a fait l'avance. Ces frais ne pourront être exposés que moyennant l'accord préalable de l'autre partie. Ils feront l'objet d'un décompte mensuel accompagné de pièces justificatives et devront être remboursé par leur débiteur dans les quinze jours de la réception du décompte et des pièces justificatives.

Il y a encore lieu de préciser que chaque parent supporte intégralement et définitivement les frais de vacance ou de voyage qu'il organise avec Y.

A l'exception des frais de vacances et de voyage entrepris par les parents, la charge des autres dépenses, courantes ou exceptionnelles, modiques ou importantes, devra être répartie entre les parents, sur le plan de la contribution, en fonctions de leurs facultés contributives. Il y a encore lieu de rappeler qu'A s'est engagé à prendre à sa charge définitive les frais de santé de Y et de X ainsi que les frais d'assurance auprès des mutuelles. Il bénéficiera en contrepartie des remboursements de la part de la Caisse Nationale de Santé et des mutuelles.

En ce qui concerne les frais courants d'entretien et d'éducation de Y, qui sont sensiblement égaux auprès de chacun des parents et qui ne peuvent raisonnablement pas faire l'objet d'un décompte détaillé, il y a lieu de d'opérer la répartition ou le rééquilibrage de la charge des dépenses, au moyen d'une pension alimentaire classique à verser par le parent qui dispose des facultés contributives plus fortes au parent moins bien loti.

La demande de l'appelant tendant à la suppression pure et simple de pension alimentaire pour Y au motif que chaque parents doit supporter lui-même les frais courants qui échoient pendant les périodes pendant lesquelles il héberge Y, n'est pas fondée au motif qu'elle est contraire au principe de la contribution aux frais suivant les facultés des parents.

Compte tenu des revenus nets de chacun des parents, du fait qu'il se partage les allocations

familiales versées pour Y et des modalités d'hébergement mises en place, A versera à B une pension alimentaire à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation de Y de 150 € par mois.

En ce qui concerne les dépenses qui font l'objet d'un décompte, A y contribuera à concurrence des deux tiers et B à concurrence d'un tiers.

(Cour d'appel – 1re Chambre – 27 avril 2011 – Rôle: 34824)

Référence du BIJ: 2012/7-CL 01 9923

## Droit des sociétés

**Cour d'appel**  
04 mai 2011

**Liquidation judiciaire – Appel – Délai – Date de départ – Publication du jugement (non) – Signification de droit commun (oui) – Délai de droit commun – Absence de publication des bilans – Rabattement – Société venant de commencer ses activités – Absence de créanciers substantiels**

Le liquidateur de la société A soulève encore l'irrecevabilité de l'appel pour cause de tardiveté dans la mesure où le délai d'appel courant à l'égard du gérant-associé unique de la société appelante s'est écoulé le 30 novembre 2009.

Force est de constater que le jugement du 25 février 2009 a été signifié le 20 octobre 2009 par le liquidateur au seul B, sans état connu, domicilié à U.

Cette signification – non faite à la société A s.à r.l. – ne saurait être prise en compte pour faire courir les délais à l'encontre de la société, personne juridique différente du sieur B, étant encore précisé qu'en matière de liquidation, contrairement aux voies de recours abrégés en matière de faillite, ce sont les délais de droit commun qui s'appliquent.

Conformément à l'article 645 du Code de commerce, le délai pour interjeter appel des jugements rendus par les tribunaux d'arrondissement en matière commerciale sera de quarante jours, à compter du jour de la signification du jugement, pour ceux qui auront été rendus contradictoirement, et du jour de l'expiration du délai d'opposition, pour ceux qui auront été rendus par défaut : L'appel pourra être interjeté le jour même du jugement.

L'article 90 alinéa 3 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que le délai pour former opposition est de 15 jours à partir de la signification respectivement de la notification. L'article 92 du même code ajoute que l'opposition est faite dans les formes prévues pour la saisine devant la juridiction qui a rendu la décision.

En matière civile et commerciale, la voie de l'appel n'est donc ouverte au plaideur défaillant qu'après l'expiration du délai d'opposition.

S'agissant en l'occurrence d'un appel dirigé contre un jugement par défaut, la société A s.à r.l. avait un délai de  $(15 + 40) = 55$  jours pour interjeter appel.

Il est constant en cause que le jugement par défaut du 25 février 2009 n'a pas été signifié par exploit d'huissier à la société A s.à r.l.. Il a cependant été publié par la voie de la presse dans deux journaux quotidiens luxembourgeois, à savoir dans le Luxemburger Wort et dans le Tageblatt en date des 7 et 9 mars 2009.

Présentement, reste la question de la détermination du point de départ du délai d'appel, et plus précisément celle de savoir si la publication par la voie de la presse du jugement par défaut a fait courir les voies de recours.

L'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales se lit – entre autres – comme suit :

"(2) La requête et les actes de procédure dans le cadre du présent article sont notifiés par la voie du greffe. Lorsque la société ne peut être touchée à son domicile légal au Grand-Duché de Luxembourg, la requête est publiée par extrait dans deux journaux imprimés au pays.

(4) Les décisions judiciaires prononçant la dissolution et ordonnant la liquidation d'une société sont publiées par extrait au Mémorial. Le tribunal peut, en outre, et en dehors des publications à faire dans les journaux imprimés au pays, en ordonner la publication par extrait dans les journaux étrangers. "

L'alinéa 2, précité, pose la règle qu'en la matière la requête et les actes de procédure sont notifiés par la voie du greffe.

Les actes de procédure sont faits pour le compte des parties par un certain nombre d'auxiliaires de la justice, notamment par les avocats, avoués, greffiers et huissiers, en rapport avec le déroulement d'une procédure contentieuse ou gracieuse. On oppose les actes de procédure aux actes faits par le juge. Le jugement est un acte juridictionnel par lequel le juge répond en droit à une demande ; il ne compte pas parmi les actes de procédure (Procédure civile : Jean Vincent et Serge Guichard, édition 1999, page 537).

L'alinéa 2 de l'article 203 – qui organise uniquement la notification de la requête en liquidation et des actes de procédure parmi lesquels ne figure pas le jugement prononçant la dissolution et ordonnant la liquidation de la société – n'est donc d'aucune utilité pour la détermination du point de départ des voies de recours.

Il en va de même de l'alinéa 4 de l'article 203, précité, qui ne prévoit que la publication au Mémorial des décisions judiciaires prononçant la dissolution et ordonnant la liquidation de la société, la publication de ces décisions dans des journaux luxembourgeois ou étrangers doit, elle, être considérée, en présence d'une rédaction peu claire du texte de l'alinéa 4, comme étant purement facultative. Mais, même à supposer que pareille publication soit obligatoire, rien ne permet de dire qu'elle aura pour effet de faire courir le délai d'appel.

Il s'en suit que le mode de notification du jugement prononçant la dissolution de la société et ordonnant sa liquidation, faisant courir les délais des voies de recours, laisse d'être déterminé.

Eu égard au silence de la loi quant à la manière – notification ou signification – selon laquelle le jugement prononçant la dissolution de la société et ordonnant sa liquidation doit être porté à la connaissance de la société, il y a lieu de dire que le jugement en question doit être signifié selon le droit commun par voie d'huissier, l'huissier de justice ayant en effet seul qualité pour signifier les actes et exploits lorsque le mode de notification n'est pas expressément prévu par la loi.

En l'occurrence, le jugement du 25 février 2009 n'ayant pas été dûment signifié, l'appel relevé le 11 mars 2011 est à déclarer recevable.

II) quant au fond

Tant le liquidateur de la société A s.à r.l. que le représentant du parquet général se sont rapportés à prudence de justice en ce qui concerne le bien-fondé de la requête du Ministère public déposée le 14 octobre 2008.

Etant donné que l'activité de la société A s.à r.l., consistant en la location de voitures avec chauffeur, n'a réellement débuté qu'en 2007 et que la société A s.à r.l. n'a actuellement pas de dettes, excepté celle d'un montant de 647 € envers l'Administration des Contributions directes, il y a lieu de dire – en raison des circonstances particulières de l'espèce – qu'il n'y a pas lieu de prononcer la dissolution de la société et d'en ordonner sa liquidation.

L'appel est partant à déclarer fondé et le jugement est à réformer en ce sens.

Les frais et dépens des deux instances ainsi que les frais d'administration de la liquidation et les honoraires du liquidateur restent cependant à charge de la société A s.à r.l., étant donné que c'est par les négligences de cette dernière que la procédure de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales a été déclenchée.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 4 mai 2011 – Rôle: 35883)

Référence du BIJ: 2012/7-CL 04 9853

**Droit civil**

**Cour d'appel**  
15 juin 2011

**Responsabilité civile – Troubles de voisinage – Copropriété – Syndicat – Naissance du syndicat – Premier partage de l'immeuble – Troubles survenus avant naissance du syndicat – Responsabilité du propriétaire actuel (non)**

Les appelants reprochent en premier lieu aux juges d'avoir déclaré irrecevable leur demande dirigée contre le syndicat des copropriétaires de la Résidence L), sans vérifier si le syndicat existait déjà légalement au moment de la survenance du sinistre. Si cette existence était établie, le syndicat serait responsable de tous les dégâts leur causés sur base des articles 544, 1382 et 1383 du code civil.

Le syndicat résiste à l'appel en exposant que les dégâts incriminés furent causés bien avant sa constitution. Il s'empare en outre de l'article 1601-3 du code civil pour conclure au rejet de l'appel.

Aux termes de l'article 11 de la loi du 16 mai 1975, le syndicat naît automatiquement par le seul fait de la division d'un immeuble en plusieurs lots. En cas de vente de lots à construire, la personnalité juridique prend naissance dès la vente du premier lot, avant même tout début des travaux de construction. Ne comprenant au départ que le vendeur et le premier acquéreur, le syndicat s'élargit au fur et à mesure de l'acquisition de lots par d'autres acquéreurs. Il ressort des pièces versées que les deux premiers lots furent vendus le 19 décembre 1997. Le syndicat a pris naissance ce jour et pas avant.

Il ressort d'autre part d'un courrier de réclamation du mandataire des appelants du 1er avril 1997 et d'une lettre de l'assurance Y) du 6 mai 1997 que les dégâts furent causés à l'immeuble S) fin mars 1997, donc bien avant l'existence légale du syndicat. La demande dirigée contre le syndicat est dès lors non fondée (et pas irrecevable).

L'assurance Y) a développé une théorie similaire à celle présentée par les appelants, en se basant sur un arrêt de la Cour de cassation française du 11 mai 2000, d'après laquelle la responsabilité pour trouble du voisinage incombe au propriétaire au moment où l'action est intentée et non à celui au moment où le dommage a pris naissance. La Cour ne suit pas cette théorie ni l'arrêt français, qui manque de logique élémentaire. Dans le cas où la victime d'un dommage attend dix ans avant d'agir en justice et qu'entre temps l'immeuble voisin a changé cinq fois de propriétaire, elle devrait s'en tenir au dernier, ce qui est aberrant. La responsabilité en cas de rupture de l'équilibre entre fonds voisins incombe au propriétaire au moment où le dommage est causé et non aux propriétaires successifs. L'appel incident en question est donc à rejeter.

(Cour d'appel – 7e Chambre – 15 juin 2011 – Rôle: 35044 et 35161)

Référence du BIJ: 2012/7-CL 07 9913



**Mesures urgentes et provisoires**

**Cour d'appel**  
15 juin 2011

**Référé-urgence – Vente d'immeuble par voie parée – Propriétaire refusant de collaborer à l'établissement d'un certificat de performance énergétique obligatoire – Retard dans la vente de l'immeuble – Urgence (oui)**

Il ressort des pièces versées que l'intimé S) a contracté le 3 février 2005 devant notaire un prêt hypothécaire, dont les mensualités ne furent plus remboursées depuis 2009. Afin de pouvoir vendre par voie parée les trois immeubles hypothéqués en faveur du prêteur, celui-ci a besoin d'un certificat de performance énergétique dont question au règlement grand-ducal du 30 novembre 2007. Or l'intimé sub 1) refuse de collaborer à l'établissement de pareil certificat concernant ses immeubles hypothéqués.

Sans autrement motiver sa décision, le premier juge a estimé que la condition de l'urgence prévue à l'article 932 du NCPC ferait défaut. Il n'en est rien. L'urgence est donnée toutes les fois que l'attitude non justifiée d'une partie risquerait de mettre en péril les intérêts d'une autre partie. Cette situation est certainement donnée en l'espèce. En admettant la solution préconisée par le juge, un débiteur, mauvais payeur, pourrait à sa guise retarder la mise en vente de ses immeubles et s'opposer ainsi au règlement de sa dette. La vente des immeubles hypothéqués doit pouvoir se faire dans les meilleurs délais, pour permettre au créancier de toucher son dû et au débiteur d'arrêter le cours des intérêts conventionnels. Il suit des développements qui précèdent que la condition de l'urgence est remplie en l'espèce.

La loi oblige l'appelante à produire un certificat de performance énergétique avant de pouvoir procéder à la vente par voie parée des immeubles appartenant à son débiteur. Ce dernier s'opposant à l'établissement du certificat en question, C) est en droit de solliciter l'établissement d'un certificat de performance énergétique, le différend existant entre parties justifiant pareille mesure.

(Cour d'appel – 7e Chambre – 15 juin 2011 – Rôle: 37268)

Référence du BIJ: 2012/7-CL 07 9915

**Droit commercial**

**Cour d'appel**  
22 juin 2011

**Dépossession involontaire de titres – Notion de dépossession involontaire au sens de la loi –  
Dépossession par abus de confiance**

La partie intimée conclut à l'inapplication de la loi précitée, au motif qu'il n'y aurait pas eu dépossession involontaire des titres par A en raison de la remise volontaire des titres à son fils C. Elle se prévaut des déclarations de l'appelante faites devant la police judiciaire à Anvers et des motifs du jugement correctionnel rendu par le tribunal de Luxembourg en date du 27 mai 2010, retenant à l'encontre de C et de D l'escroquerie commise moyennant des manœuvres frauduleuses employées à l'encontre de la E, tout en ayant dit que C s'est vu remettre les titres par sa mère comme elle ne disposait pas de connaissances adéquates. Au vu de ce jugement, la B n'a pas maintenu sa demande en surséance basée sur l'article 3, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle.

La partie défenderesse invoque la jurisprudence belge selon laquelle la dépossession involontaire dans le cadre de la présente loi est à étendre aux cas de remise volontaire à l'origine de l'abus de confiance et de l'escroquerie.

Il se dégage des déclarations de C et de sa mère A que les titres ont été remis par la mère à son fils « comme elle ne disposait pas de connaissances adéquates en la matière » et pour « les conserver ». A la date d'échéance des titres l'appelante, ne s'étant plus souvenue de la remise à son fils, les a déclarés comme perdus aux termes de son opposition, alors que son fils les a remis à son épouse en vue de leur encaissement à la E Luxembourg, encaissement qui a eu lieu le 20 novembre 2003, tel que retenu au jugement correctionnel précité du 27 mai 2010. Ces faits sont constitutifs d'un détournement dans les relations entre A et C.

Le champ d'application de la loi du 3 septembre 1996 est limité à « celui qui a involontairement perdu, par quelque événement ou en quelque endroit que ce soit, la possession d'un titre au porteur... ».

La loi belge du 24 juillet 1921 relative à la dépossession involontaire des titres au porteur (modifiée dans la suite par celle du 22 juillet 1991) entend également protéger les porteurs de titres volés, perdus ou détruits.

Est involontaire au sens de cette loi, la dépossession qui ne résulte ni du consentement de celui qui détenait le titre, ni de la loi. Il s'ensuit qu'en dépit des termes restrictifs du titre de la première partie de la loi (titres volés, perdus ou détruits), celle-ci s'applique, non seulement en cas de perte ou de vol, mais aussi lorsque la dépossession est la suite d'un abus de confiance, d'un détournement ou d'un contrat conclu sous l'emprise d'une violence (VAN RYN et HEENEN, droit commercial, 2<sup>o</sup> éd, tome 3, no 221, page 189 ; DE PAGE et DEKKERS, t. V, no 1096, ; Cour d'appel Liège, 26 mars 1934, Pas. 1935, tome II, 95.

La Cour d'appel de Liège dans son arrêt précité a motivé sa décision en se référant au rapporteur de la loi qui a constaté que le projet de loi présenté avait notamment pour objet de mettre sur le même pied la dépossession involontaire résultant d'escroquerie ou d'abus de confiance et celle résultant d'un vol.

Dans son avis relatif au projet de loi qui est devenu la loi du 3 septembre 1996, inspirée en partie par la loi belge, le Conseil d'Etat relève « qu'une personne dépossédée par abus de confiance ou escroquerie bénéficie de la protection projetée sans qu'il lui eût été possible de bénéficier de la

protection de droit commun du Code civil » (doc. parl. No 3629).

Il s'ensuit qu'au vu des faits ci-avant relatés, l'appelante a établi la perte involontaire des titres en son chef, de sorte que la loi du 3 septembre 1996 est d'application.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 22 juin 2011 – Rôle: 35024 et 35440)

Référence du BIJ: 2012/7-CL 04 9942

## Procédures d'insolvabilité

**Cour d'appel**  
22 juin 2011

### **Faillite – Appel – Confirmation d'une offre de crédit d'une banque couvrant les dettes courantes – Crédit non ébranlé – Rabattement**

Par jugement du 19 août 2010, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut, a reçu la demande en la forme, l'a dit fondée, a déclaré sur assignation en état de faillite A, a fixé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 19 février 2010, a ordonné l'exécution provisoire du jugement et a condamné le failli aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal – après avoir constaté que le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE a rapporté la preuve de la qualité de commerçant dans le chef de A pour les six mois précédant l'assignation en faillite – a dit qu'il résulte des pièces versées au dossier et des renseignements fournis que les conditions de la faillite se trouvent réunies dans le chef de l'assigné.

Par exploit d'huissier du 28 septembre 2010, A a régulièrement relevé appel du jugement du 19 août 2010 qui ne lui a pas été signifié.

L'appelant, estimant être en mesure de régler sa dette envers le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE laquelle se chiffre suivant décompte du 13 octobre 2010 à 4.330,74 €, conclut – par réformation du jugement entrepris – à voir rapporter la faillite. Il conclut en outre à voir condamner la partie demanderesse originaire à tous les frais et dépens et réclame une indemnité de procédure de 1.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Dans ses conclusions notifiées le 29 novembre 2010, le curateur de la faillite de A note que le passif du failli est composé de huit déclarations de créance d'un montant total de 57.175,38 €.

Il résulte des pièces soumises à la Cour que le 29 avril 2011 la B LUXEMBOURG a confirmé son offre de prêt du 5 octobre 2010 pour la reprise des engagements C et D de A et le paiement de factures, sous condition qu'il présente le jugement constatant le rabattement de la faillite au nom de Monsieur A.

Le Ministère public se rapporte, au regard à cette promesse de prêt, à la sagesse de la Cour.

Le prêt consenti par la B est suffisant pour désintéresser l'ensemble des créanciers de A et pour couvrir les frais et honoraires du curateur.

Le crédit de A n'ayant pas été ébranlé au jour du jugement déclaratif de la faillite, il y a lieu par réformation du jugement entrepris de prononcer le rabattement de la faillite.

Acte est donné à A de ce qu'il renonce, aux termes de ses conclusions notifiées le 9 mai 2010, à sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Les frais et dépens des deux instances ainsi que les frais d'administration de la faillite et les honoraires du curateur demeurent à charge de A, étant donné que c'est par les négligences de celui-ci que la procédure de faillite a été déclenchée.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 22 juin 2011 – Rôle: 36650)

Référence du BIJ: 2012/7-CL 04 9948

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

**Cour d'appel**  
12 janvier 2012

**Contrat de travail oral – Paiement des salaires en espèces – Difficultés de preuve – Illustration**

L'appelante qui conteste toute relation de travail entre parties s'empare à titre subsidiaire des déclarations faites par le témoin H. pour soutenir que la société a rémunéré en espèces B.

Dans son attestation testimoniale du 8 juillet 2009, ce témoin déclare que B. et C. « ont attendu d'obtenir un contrat de travail rédigé en bonne et due forme et qu'ils ont été payés en espèces sans déclaration aux caisses compétentes ».

Ces déclarations sont imprécises en ce qu'elles ne précisent ni les dates de paiement, ni les montants. La Cour note par ailleurs que l'appelante ne verse aucun justificatif de paiement - elle n'en possède pas puisque la remise s'est faite de la main à la main et que la production de toute pièce établirait une relation de travail - et que l'intimé ne conteste pas avoir touché des espèces, ce dernier ne prenant ostensiblement pas position sur ce point précis.

La Cour décide d'accorder une certaine foi aux déclarations du témoin.

En l'absence de pièce et d'explications convaincantes, elle fixe ex aequo et bono à 1.250 € les montants touchés par mois par l'intimé. Sa créance pour les trois mois se réduit partant à la somme de 3.750 €. Le jugement est à réformer en ce sens.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 12 janvier 2012 – Rôle: 35909)

Référence du BIJ: 2012/7-CL 08 10657

## Droit commercial

### Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

10 juin 2011

#### Concurrence déloyale

**1. Action en cessation contre un ancien salarié devenu gérant d'une société concurrente – Agissements en nom personnel (non) – Compétence du juge pour connaître de l'action (non)**

**2. Action contre la société concurrente – Relations concurrentielles (oui) – Charge de la preuve des agissements déloyaux de détournement de clientèle incombe au demandeur en cessation**

(1) Quant à la demande dirigée contre V.:

V. soulève l'incompétence du juge saisi pour connaître de la demande dirigée contre lui au motif que la clause de non-concurrence prévue à son contrat de travail est réputée non écrite en application de l'article 125-8 du Code du travail.

En d'autres termes, V. fait plaider que le magistrat siégeant en matière de concurrence déloyale ne peut connaître d'une demande basée sur la violation d'une clause de non-concurrence.

La demanderesse estime que V. a commis des actes contraires à son engagement contractuel tels que visés par l'article 14 de la [loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative (ci-après la « Loi »)] et que cette disposition s'applique à toute personne qu'elle soit physique ou morale.

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

Ainsi, une action dirigée contre un ancien salarié et basée sur une violation d'un engagement contractuel n'est a priori pas exclue du champ d'application de l'article précité de la Loi.

Par contre, le juge de la concurrence déloyale n'est pas compétent pour trancher la question préalable de la violation effective de la clause de non-concurrence laquelle relève de la compétence exclusive du tribunal de travail. A défaut de constatation préalable par le juge compétent de la validité de la clause de non-concurrence et de sa violation par un ancien salarié, le juge de la concurrence déloyale ne peut tenir pour établie la violation de l'engagement contractuel et devra en tirer des conséquences quant au fond de la demande et non quant à la compétence pour en connaître.

Le moyen selon lequel les conditions d'application de la clause de non-concurrence ne sont pas remplies au motif que V. n'est pas un agent d'assurances indépendant mais un employé auprès de la société S. S.à r.l. ne

peut être analysé par le juge siégeant en matière de concurrence déloyale. Par contre, au vu des termes précis de l'article 14 de la Loi, un acte de concurrence déloyale ne peut être reproché qu'à une personne exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

En l'espèce, il résulte du registre des agents et agences d'assurances agréés au Grand Duché de Luxembourg, facilement consultable sur le site internet du Commissariat aux Assurances, que tant

V. que la société S. S.à r.l. sont agréés comme agent, respectivement agence d'assurances pour les sociétés A., B. et C.

Il est également constant en cause que par contrat de travail signé le 30 mars 2010, V. a été engagé comme agent par la société S., dont il est également le gérant administratif et l'associé détenant 50 % des parts.

La société demanderesse reproche à V. d'avoir violé son engagement de non-concurrence et d'avoir commis des actes de concurrence déloyale en démarchant les clients en raison des relations commerciales qu'il entretenait avec eux alors qu'il était au service de la demanderesse et en ce qu'il se sert des données de la clientèle pour les convaincre de résilier leurs polices d'assurances avec X. Assurances.

Tous ces reproches s'adressent à V. en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée S. S.à r.l. dans le cadre de l'activité de cette dernière de sorte que les actes de concurrence déloyale allégués n'ont pas été exécutés par lui en nom personnel, mais en qualité de représentant de la société à responsabilité limitée S. S.à r.l.

Aucun élément en cause ne permet de retenir que V. ait exercé à titre personnel et dans le cadre d'une activité qui lui serait propre, en faisant sa profession habituelle, des actes de commerce, d'industrie, d'artisanat ou libérale au sens de l'article 14 de la Loi.

Partant le juge saisi doit se déclarer incompétent pour connaître de l'action en cessation dirigée contre V.

(2) Quant à la demande dirigée contre la société S. S.à r.l.:

(...)

La demanderesse reproche également à la société S. de se rendre coupable d'actes de concurrence déloyale consistant à détourner sa clientèle en faisant un usage frauduleux de son fichier clientèle. Ce reproche existe indépendamment de la prétendue violation de la clause de non-concurrence.

La société S. reste en défaut d'établir que ces prétendus actes illégaux ont pris fin et ne sont pas susceptibles de se reproduire. Au contraire, il ne peut être exclu que d'autres preneurs d'assurances résilieront encore leurs polices d'assurances aux dates anniversaires respectives.

Bien que l'existence de relations concurrentielles entre parties ne soit pas contestée par S., il convient néanmoins d'analyser si les conditions posées par l'article 14 de la Loi sont réunies en l'espèce.

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

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

L'agent d'assurances est défini par la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances comme «toute personne physique ou morale qui exerce une activité d'intermédiation en assurances au nom et pour le compte d'une entreprise d'assurances ou de plusieurs assurances, si

les produits d'assurances n'entrent pas en concurrence, et agit sous l'entière responsabilité de ces entreprises d'assurances pour les produits qui les concernent respectivement».

Les agents sont les mandataires des entreprises d'assurances. Ils exercent leurs fonctions à titre salarié ou non et à titre professionnel ou non professionnel (article 106 de la Loi de 1991).

S'il est vrai que, dans l'absolu, l'activité d'une société d'assurances diffère de celle d'une agence d'assurances, il n'en reste pas moins que, dans les faits, les clients s'adressent indistinctement pour la satisfaction des mêmes besoins à une agence d'assurances ou à une compagnie d'assurances, surtout que, comme en l'espèce, X. Assurances emploie des agents salariés. A travers ces salariés, X. Assurances offre, sans intermédiation d'un indépendant, les services d'une agence d'assurances, au même titre que la société S.. Dans ce contexte, il n'est pas pertinent que, dans l'absolu, X. Assurances offre encore d'autres produits et preste des services allant au-delà de ceux prestés par la société S.

Il découle de ce qui précède que la demande dirigée contre la société S. S.à r.l., en ce qu'elle est basée sur la commission d'actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale, est à déclarer recevable.

Quant au fond:

La demanderesse reproche à S. de se rendre coupable d'actes de concurrence déloyale consistant à utiliser frauduleusement le fichier clientèle pour les démarcher et les amener à résilier leur contrats d'assurances avec X. Assurances dans le but de conclure de nouveaux contrats auprès d'un autre assureur.

La preuve du caractère contraire aux usages honnêtes en matière commerciale d'un acte incombe au demandeur en cessation d'acte de concurrence déloyale, en l'occurrence donc à la société X. Assurances.

En vertu du principe de la liberté économique, le débauchage n'est pas par lui-même un acte contraire aux usages honnêtes. Il n'est que la manifestation de l'exercice d'une liberté qui implique la licéité de principe de la prospection et de l'«accaparement» de la clientèle et des travailleurs d'un concurrent (Cour d'appel, 25 mars 2009, n033896 du rôle ainsi que les références y citées).

En effet, la clientèle d'un commerçant ne lui appartient pas, elle est susceptible de recevoir des offres de concurrents, peu importe qu'il s'agisse d'anciens fournisseurs ou d'anciens subordonnés (A. DE CALUWE, Les pratiques du commerce, t1, n° 712 et s.). Pour qu'il y ait détournement illicite de clientèle, il est nécessaire qu'il y ait utilisation de moyens soit frauduleux, soit pour le moins équivoques ou anormaux (A. DE CALUWE, Les pratiques du commerce, t1, n° 716 et s.).

Il est généralement admis que dans sa nouvelle activité, un ancien salarié peut mettre en œuvre les connaissances acquises lors de son précédent emploi dans la mesure où celles-ci ne font l'objet ni d'une protection légale, ni d'une protection conventionnelle. Il est par ailleurs distingué entre le savoir-faire attaché à la personne du salarié que celui-ci reste libre d'utiliser et le savoir-faire propre à l'employeur qui peut être constitué d'informations à caractère confidentiel et qui relève alors du patrimoine intellectuel de l'entreprise (Y. SERRA, Concurrence déloyale, Rép. Com Dalloz, p. 36, n° 183).

Les informations difficilement accessibles à un tiers ayant trait à l'organisation commerciale d'une entreprise sont couvertes par le secret des affaires. Le personnel de l'entreprise, qu'il soit encore ou qu'il ne soit plus au service de celle-ci, ne peut dès lors porter à la connaissance d'autrui les informations protégées par le secret des affaires recueillies pendant son temps de service (Cour d'appel, 15 octobre 2003, n° 27824 du rôle).



En l'espèce, X. Assurances verse un relevé de 99 personnes ayant résilié leurs polices d'assurances avec la précision qu'un seul et même formulaire préimprimé de résiliation a été utilisé, qu'indépendamment du domicile des preneurs d'assurance, les lettres de résiliation ont quasiment toutes été envoyées à partir d'un bureau de poste à Luxembourg-Ville, respectivement à Bonnevoie, qu'un certain nombre de ces courriers portent un logo « AAA » et qu'en ce qui concerne les assurances de responsabilité civile « auto » résiliées, la compagnie d'assurances B. a demandé l'établissement d'une attestation bonus/malus.

Selon la demanderesse, «il est par conséquent évident que toute cette campagne de résiliation émanant de la clientèle du portefeuille de X. Assurances desservi par de défendeur sub 1. a été orchestrée et le chef d'orchestre n'a pas pu être autrui que V qui disposait seul des listes de la clientèle permettant d'orchestrer cette campagne».

Les pièces versées démontrent effectivement que 99 preneurs d'assurances ont résilié leurs polices d'assurances dans les circonstances décrites ci-dessus. S'il est vrai que ces résiliations sont nombreuses et interviennent dans des circonstances trop particulières pour être dues à un seul hasard, toujours est-il que les circonstances exactes ayant mené à ces résiliations ne sont pas clarifiées. En effet, la société X. Assurances ne précise pas comment V. aurait soustrait le fichier clientèle, ni comment il aurait approché la clientèle (contact téléphonique ou par courrier, envoi d'une notice ou d'une offre concurrente), ni avec quels arguments il aurait convaincu les clients de résilier les polices à leurs échéances (tels que par exemple une offre comparative des primes, des services prestés, respectivement un dénigrement de son ancien employeur).

S'il est improbable que V. se souvienne des adresses exactes de l'ensemble de la clientèle desservie par lui, il peut cependant se rappeler leurs noms et il ne peut être exclu qu'il ait retrouvé leurs adresses par une recherche sur internet sans avoir nécessairement dû faire usage d'une liste de clientèle.

En effet, l'usage d'un fichier contenant les adresses des clients par un ancien préposé ne peut être supposé mais doit être prouvé (O. DESSARD, Les usages honnêtes, Larcier, 2007, p.185, n° 160). La simple vraisemblance d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale est insuffisante mais il faut établir des faits précis et concrets.

Dans ce contexte, l'offre de preuve qui se borne à établir que les 99 clients ont résilié leurs polices d'assurances « à l'initiative » de V. est à rejeter faute de précision. En effet, l'offre de preuve ne permet pas de déterminer quand et comment V. a contacté les clients dont il avait la charge, ni comment il les a convaincus de résilier leurs polices. Le simple fait qu'il a fourni le formulaire préimprimé aux preneurs d'assurance, respectivement qu'il a expédié les lettres de résiliation par la poste est insuffisant pour caractériser un acte de concurrence déloyale.

Au vu de ce qui précède, la société X. Assurances reste en défaut de prouver dans le chef de la société S. le débauchage de clientèle par des moyens non conformes aux usages honnêtes du commerce. La demande est partant à déclarer non fondée.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 2e Chambre – 10 juin 2011 – N°: 809/2011 II)

Référence du BIJ: 2012/7-TL 02 9884

**Droit civil**

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

24 juin 2011

**Mandat – Théorie du mandat apparent – Conditions – Preuve**

La jurisprudence admet qu'une personne tant physique que morale puisse être engagée vis-à-vis d'un tiers sans qu'elle ait consenti à être représentée par celui qui a traité avec le tiers lorsqu'il y a mandat apparent, c'est-à-dire lorsque le tiers a pu légitimement croire que celui avec lequel il a contracté a reçu mandat de représenter cette personne (Cour 5 juin 1985, Pas. 26, 349 ; Cour 27 octobre 2010, n° 3765/10 ; Casso Fr. 13 décembre 1962, Dalloz 1963, n° 277 ; JCL Civil, fasc 2,69 et s.).

Le mandant est lié vis-à-vis des tiers « si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs». Ceci implique l'application de la théorie du mandat apparent non seulement en cas de dépassement de pouvoir mais également en cas d'absence de pouvoir. Les circonstances retenues par la jurisprudence pour légitimer l'erreur du tiers quant au pouvoir du prétendu mandataire sont appréciées par rapport à la nature de l'acte accompli par le prétendu mandataire, la qualité de l'attitude du mandataire et enfin la personnalité du tiers qui a contracté avec le prétendu mandataire (Cass. Corn. Fr. 9 mars 1970, rev. trim. droit com. 1970,719).

La théorie du mandat apparent a pour effet de rendre opposable au mandant le contrat signé entre le prétendu mandataire et le tiers (Encycl. Dalloz VO Mandat n° 374).

Pour qu'un tiers puisse se prévaloir de la théorie du mandat apparent, il faut donc la réunion de deux conditions: il faut une apparence de mandat, c'est-à-dire une personne se comporte en fait comme un mandataire, alors qu'elle n'en a pas les pouvoirs ou les outrepatte. Il faut encore la bonne foi du tiers, il faut que ce dernier ait commis une erreur commune, vraisemblable et excusable, donc une croyance légitime à l'étendue des pouvoirs du mandataire, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes des pouvoirs dudit mandataire (Cass. Fr. 1. Civ. 30 novembre 1965, JCP 1966, 14631).

La charge de la preuve que ces conditions sont remplies incombe à celui qui se prévaut de l'apparence, c'est-à-dire en l'espèce la société S s.à r.l. qui est le tiers qui a contracté avec le pseudo-mandataire. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens et notamment par présomptions (JCL Civil, art. 1991 à 2002, fasc. 20, n° 61).

La bonne foi du tiers, de même que sa croyance légitime doit s'apprécier au moment de la conclusion du contrat litigieux et non à une date postérieure. En effet, si à ce moment-là, il avait eu des raisons légitimes pour ne pas mettre en doute la réalité des pouvoirs du mandataire apparent, il n'avait aucune raison de s'abstenir de contracter, via le mandataire apparent, avec le mandant.

Il s'agit dès lors d'apprécier si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la société S s.à r.l. a légitimement pu croire que la société F S.A. avait mandaté A. M. pour contracter avec elle et accepter l'offre du 16 mars 2009.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 2e Chambre – 24 juin 2011 – Rôle: 132444 – N°: 902/11 II)

Référence du BIJ: 2012/7-TL 02 9895