



# Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

7/2013

23 décembre 2013

## SOMMAIRE

- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 26 janvier 2012** 128  
Modification du contrat de travail existant suite à une décision de reclassement interne – Révision du contrat – Applicabilité de l'article L.121-7 du Code du travail (non)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2<sup>e</sup> Chambre, 18 novembre 2011** 129  
Assignation à date fixe en matière commerciale – Indication erronée de la salle d'audience – Nullité d'ordre public (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 1<sup>er</sup> décembre 2011** 131  
Contrat de prêt – Contrat réel – Requalification en promesse de prêt en l'absence de remise des fonds – Inexécution de la promesse ouvrant droit à des dommages et intérêts (oui) – Recevabilité d'une demande en exécution forcée (non)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 8 décembre 2011** 132  
(1) Compétence territoriale – Clause attributive de juridiction contenue dans des conditions générales de banque – Qualité de "consommateur" du client au sens des articles 15 à 17 du Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 (2) Absence de contrat de gestion discrétionnaire – Obligation accessoire de conseil et d'information du banquier en matière d'ordres de bourse – Critère du banquier raisonnable et prudent – Appréciation de la qualité du conseil au moment où il est donné et non a posteriori (3) Obligations du banquier dispensateur de crédit – Obligation de se renseigner sur le client et son projet – Obligation de moyen
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 8 décembre 2011** 136  
Article 100 de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales – Décision quant à la continuation de l'exploitation – Appréciation par rapport au capital social – Actif immobilier indifférent (oui) – Nécessité du constat des pertes par le conseil d'administration ou le directoire sur base de toute pièce comptable (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 8 décembre 2011** 138  
Assignation – Erreur dans l'indication du mode de comparution – Sanction – Nullité de forme
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 15 décembre 2011** 139  
Facture – Notion au sens de l'article 109 du Code de commerce
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 22 décembre 2011** 140  
Diminution du capital social suivie d'une augmentation de capital (technique dite du coup d'accordéon) – Conditions de validité
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 22 décembre 2011** 141  
Requête en rectification d'erreur matérielle – Erreur imputable à la partie demanderesse – Requête non fondée
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 6<sup>e</sup> Chambre, 12 janvier 2012** 142  
Rectification des jugements – Compétence
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2<sup>e</sup> Chambre, 20 janvier 2012** 143  
Acte introductif d'instance – Indication du domicile inexact du demandeur – Nullité de forme soumise à l'exigence d'une atteinte aux intérêts de la partie adverse (oui) – Intention de dissimulation (oui) – Nullité de l'acte (oui)



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

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



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

**Cour d'appel**  
26 janvier 2012

**Modification du contrat de travail existant suite à une décision de reclassement interne – Révision du contrat – Applicabilité de l'article L.121-7 du Code du travail (non)**

Dans le cadre d'une révision du contrat de travail les parties peuvent toujours compléter ou modifier d'un commun accord leur convention originale et ce même en défaveur du salarié du moment que celui-ci les accepte, étant rappelé que les dispositions des articles L. 121-4 par. 4 et suivants du Code du travail relatifs à la révision du contrat de travail ne sont pas, d'après l'article L.121-7 alinéa 4 du même code, applicables en cas de reclassement interne d'un travailleur incapable d'exercer son dernier poste de travail comme dans le cas de A.

En effet dans ce cas, comme l'a à juste titre rappelé le tribunal du travail, l'employeur ne pouvait que mettre en œuvre la décision de reclassement prise par la commission mixte en date du 10 août 2006 ; l'employeur n'avait partant d'autre choix que de reclasser la salariée tel que prévu par la commission mixte de reclassement, sans commettre un abus de droit et la salariée ne pouvait refuser ce reclassement sauf à mettre en cause devant les instances compétentes, à savoir devant le Conseil Arbitral des Assurances Sociales, la décision de la commission mixte du 10 août 2006 ou trouver un accord avec l'employeur sur une réintégration à plein temps, ce qui ne fut pas le cas.

Pour être complet il paraît important de relever que la clause litigieuse que la salariée voudrait voir annuler n'a en aucun cas rendu la situation de cette dernière plus défavorable, alors que pour un travail à mi-temps elle percevait une rémunération correspondant à un travail à temps plein.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 26 janvier 2012 – Rôle: 36057)

Référence du BJI: 2013/7-CL 03 10422



**Procédure civile et commerciale**

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

18 novembre 2011

**Assignation à date fixe en matière commerciale – Indication erronée de la salle d'audience – Nullité d'ordre public (oui)**

Aux termes de l'article 548 du Nouveau Code de procédure civile, l'assignation en matière commerciale contient, à peine de nullité, le lieu de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée.

En l'espèce, il résulte de l'exploit introductif d'instance du 22 septembre 2011 que le demandeur a fait donner assignation à la partie défenderesse à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième section, bâtiment TL, salle O1. Or, le local ordinaire des audiences publiques de la chambre saisie du présent litige est situé dans le bâtiment CO et plus précisément dans la salle CO.1.01.

Le mandataire de A. conclut à la recevabilité de sa demande au motif que l'erreur dans l'indication de la salle et du bâtiment ne porte pas à conséquence.

A cette fin, le demandeur se prévaut de l'article 157 du Nouveau Code de procédure civile et fait ainsi plaider qu'il résulte du procès-verbal de recherche dressé par l'huissier de justice que la défenderesse n'a pas de boîte à lettres à son nom, de sorte qu'elle n'est en tout état de cause pas en mesure de prendre connaissance d'un exploit introductif d'instance, que ce soit par courrier simple ou recommandé, et qu'il lui est par ailleurs loisible de venir prendre connaissance de l'exploit auprès de l'huissier pendant une durée consécutive de trois mois.

L'article 157 du Nouveau Code de procédure civile est relatif aux diligences à accomplir par l'huissier de justice pour rechercher la personne morale destinataire de l'acte qui n'a plus d'établissement connu au lieu indiqué comme siège social par le Registre de Commerce et des Sociétés.

L'article 548 du Nouveau Code de procédure civile est quant à lui relatif aux informations que l'assignation doit contenir.

En l'occurrence, l'assignation contient une information erronée, de sorte que la rédaction matérielle de l'acte est affectée.

L'assignation en matière commerciale étant à date fixe, le lieu de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée doit être indiqué pour permettre à la partie assignée de comparaître utilement, si elle le souhaite.

Les formalités substantielles d'un exploit sont celles qui sont prescrites par une loi d'ordre public ou qui sont tellement nécessaires que sans elles le but de l'acte serait manqué (Cour, 14 février 1995, P. 29, 406).

La prescription quant à l'indication du lieu de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée édictée par l'article 548 du Nouveau Code de procédure civile relève de l'organisation judiciaire et est partant d'ordre public.

Cette indication dans un exploit devant contenir sommation à la partie défenderesse de se présenter en justice à un endroit déterminé est une formalité si essentielle de cet exploit que celui-ci manquerait son but si elle n'était pas remplie.



Il s'en suit que l'assignation introductive d'instance est entachée de nullité, l'indication du bâtiment et celle de la salle où a eu lieu l'audience pour laquelle la défenderesse a été assignée étant erronée.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg - 2e Chambre - 18 novembre 2011 - Rôle: 140441 - N°: 1620/2011)

Référence du BIJ: 2013/7-TL 02 10415



**Droit civil**

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

01 décembre 2011

**Contrat de prêt – Contrat réel – Requalification en promesse de prêt en l'absence de remise des fonds – Inexécution de la promesse ouvrant droit à des dommages et intérêts (oui) – Recevabilité d'une demande en exécution forcée (non)**

Dans un premier temps et avant d'analyser les moyens soulevés par les parties, il s'agit de qualifier l'engagement conclu entre les parties.

D'une part il n'est pas contesté que le document intitulé « acte sous seing privé» signé le 12 octobre 2009 entre les parties est à qualifier de contrat de prêt de consommation, et plus particulièrement de contrat de prêt à intérêt.

D'autre part les parties s'accordent pour dire que la remise des fonds faisant l'objet de ce contrat de prêt n'a jamais eu lieu.

Or, un prêt de consommation, contrat réel, ne se réalise que par la remise de la chose prêtée à l'emprunteur lui-même ou à un tiers, qui la reçoit et la détient pour le compte de l'emprunteur; l'avantage est de repousser la formation du contrat au moment où la chose est remise à l'emprunteur. Le prêt est souvent précédé d'une promesse de prêt, qui constitue un contrat consensuel obligatoire. Mais la promesse de prêt n'est pas le prêt; ainsi le bénéficiaire de la promesse a-t-il droit à des dommages-intérêts en cas d'inexécution, et non à l'exécution en nature (Encyclopédie Dalloz, civil, n° Prêt n° 223).

Faute de remise du montant de 1.000.000,- € par C. à P., le contrat de prêt litigieux ne s'est jamais formé entre les parties qui se trouvent partant liées par une simple promesse de prêt. En cas d'inexécution, cette promesse ne donne droit qu'à des dommages-intérêts, à l'exclusion d'une exécution en nature.

La demande en exécution forcée du contrat est partant à déclarer irrecevable.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 6e Chambre – 1 décembre 2011 – Rôle: 129255 – N°: 1382/2011)

Référence du BI: 2013/7-TL 06 10413

Ce jugement est frappé d'appel.



## Droit bancaire et financier

### Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

08 décembre 2011

**(1) Compétence territoriale – Clause attributive de juridiction contenue dans des conditions générales de banque – Qualité de "consommateur" du client au sens des articles 15 à 17 du Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale – Conditions posées par l'article 15 – Appréciation en l'espèce au regard de l'article 15 c) du Règlement 44/2001**

**(2) Absence de contrat de gestion discrétionnaire – Obligation accessoire de conseil et d'information du banquier en matière d'ordres de bourse – Critère du banquier raisonnable et prudent – Appréciation de la qualité du conseil au moment où il est donné et non a posteriori**

**(3) Obligations du banquier dispensateur de crédit – Obligation de se renseigner sur le client et son projet – Appréciation de la situation apparente au moment du crédit – Obligation de moyen (oui) – Existence d'un profil d'investisseur approuvé par le client**

(1) P.A. soutient qu'il est un consommateur au sens du Règlement 44/2001

du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après dénommée le Règlement) et qu'il bénéficie dès lors d'une protection spéciale.

Il en conclut que la clause attributive de compétence contenue dans les conditions générales de banque est abusive et partant nulle dans la mesure où elle lui est défavorable et qu'elle se heurte aux dispositions des articles 15 et 16 du Règlement. Il affirme que par voie de conséquence et puisqu'il demeure en Belgique, les juridictions belges sont compétentes tant en application de l'article 2 du Règlement selon lequel les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre doivent y être attirées, qu'en application de l'article 5 du Règlement et que le tribunal de Luxembourg doit décliner sa compétence.

(...)

L'article 15 du Règlement, inscrit dans la section 4 intitulée « compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs », retient que la compétence est déterminée par cette section, (...), en matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle,

- a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels
- b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets,
- c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Il en suit que la compétence est seulement déterminée par la section 4 du Règlement pour les contrats définis sous a), b) et c) conclus entre un consommateur et un professionnel.

Force est de constater que le contrat litigieux n'est ni une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels, ni un prêt à tempérament ou une opération de crédit liés au financement d'une vente d'objets mobiliers corporels et ce contrat rentre partant dans la catégorie de contrats visés sous c), à savoir tous contrats sans restrictions (sauf ceux expressément exclus).



Ces contrats ne peuvent cependant bénéficier de la protection spéciale qu'à la condition que le professionnel avec qui le contrat a été conclu, soit exerce ses activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, soit par tout moyen, dirige ses activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre».

Ainsi pour justifier de l'application de l'article 15, paragraphe 1 c) du Règlement, celui qui invoque cette disposition à son profit doit, outre sa qualité de consommateur, démontrer que ces conditions sont remplies.

P.A. affirme être entré en contact avec la banque K. en raison du fait que le gestionnaire qui s'était précédemment occupé (pour le compte d'une autre Banque établie à Luxembourg) de son portefeuille l'y a emmené comme client, d'où il se déduit qu'il était client auprès d'une autre banque sise Luxembourg avant de transférer ses avoirs vers la banque K. et qu'il n'est devenu client de cette dernière que par un pur hasard tenant à la mutation d'un employé de banque (d'une banque établie à Luxembourg vers une autre banque établie à Luxembourg), mais il ne justifie pas que les conditions spécifiques (le professionnel avec qui le contrat a été conclu, soit exerce « ses activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile », soit « par tout moyen, dirige ses activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre ») sont remplies.

Il n'a partant pas établi que le contrat litigieux bénéficie (et ce même à supposer que P.A. soit un simple consommateur) de la protection des articles 15 à 17 du Règlement et il devient en ces circonstances oiseux d'analyser s'il est ou non à considérer comme consommateur au sens du Règlement. Dans la mesure où il n'est pas contesté que les conditions générales de banque contenant la clause de compétence ont été acceptées par le défendeur, il convient de retenir que la clause attributive de juridiction n'est pas abusive, mais est valable.

Comme cette clause donne compétence aux juridictions luxembourgeoises, ce tribunal est compétent d'un point de vue territorial pour connaître de la demande.

(2) P.A. affirme qu'il était lié à la banque par un contrat de gestion discrétionnaire ou par un contrat de gestion. Aucune pièce du dossier ne permet cependant de retenir qu'un tel contrat existait entre parties et il ne ressort pas non plus des éléments soumis au tribunal que la banque ait effectué une gestion discrétionnaire de fait, de sorte qu'il y a lieu de retenir qu'aucune faute ne peut être imputée à la banque en cette (ces) qualité(s).

Il suit de ce qui précède que la banque n'était pas investie d'un mandat de gestion discrétionnaire et qu'elle ne disposait pas de la liberté pour acheter et vendre pour le compte du demandeur.

En matière d'ordres de bourse, la banque a cependant, même en l'absence de tout contrat de gestion, une obligation accessoire d'information et de conseil.

Cette obligation se déduit des règles de conduite énoncées à l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

L'information ne doit dans cette hypothèse porter que sur les risques du jeu boursier en général et non point sur les risques particuliers en relation avec une opération déterminée, ni sur l'opportunité du service ou des opérations envisagées par le client.

Si comme en l'espèce la banque donne des recommandations d'achat, elle engage par contre sa responsabilité s'il s'avère que les conseils donnés ont été le résultat d'une appréciation fautive des éléments dont elle disposait ou devait disposer.



L'obligation du banquier se mesure alors selon le critère de banquier raisonnable et prudent, replacé dans les mêmes circonstances, raisonnablement tenu dans les limites de ce qu'il peut connaître et dévoiler.

Il y a lieu d'observer qu'à cause des aléas du marché financier et en raison de l'incertitude inhérente à l'évolution de celui-ci, le bon conseil donné aujourd'hui peut s'avérer mauvais demain. La qualité du conseil doit donc s'apprécier au moment où il est donné et non pas a posteriori.

Il appartient au client de prouver le caractère fautif ou négligent du conseil (à supposer que l'existence même de celui-ci soit certain). Pour ce faire, il doit établir que les conseils donnés, eu égard à la politique d'investissement adoptée, s'écartaient de ceux qu'aurait donnés un conseiller en placements normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances concrètes.

La seule constatation de pertes boursières, ou plus généralement la seule confrontation de la performance atteinte à celle attendue, est insuffisante. Il est à cet égard indifférent que les pertes se révèlent considérables. Celles-ci ne sauraient à elles seules satisfaire à l'exigence de preuve de la faute (Cour, 26 avril 2000, n° du rôle 18.243).

Le client devrait donc établir spécifiquement en ce qui concerne les conseils donnés en rapport avec les achats litigieux, que la banque n'avait pas analysé correctement les informations disponibles ou dont elle aurait dû disposer, si elle avait pris en considération toutes les données lui accessibles.

(3) P.A. reproche ensuite à la banque d'avoir commis un certain nombre de fautes en rapport avec l'octroi du crédit: manquement à l'obligation de s'informer et d'informer, violation du devoir de vigilance et de mise en garde.

Il est admis que le banquier dispensateur de crédit, doit, avant d'octroyer un crédit, prendre une série d'informations sur son client, sa situation personnelle et financière. Il doit examiner si la capacité du client paraît suffisante pour mener son projet à bien et être attentif à ne pas permettre à une personne d'entreprendre une activité ou de réaliser une opération manifestement déraisonnable.

La responsabilité du banquier doit s'apprécier en fonction de la situation apparente au moment où il consent le crédit et non en fonction de la situation réelle qui se révèle après coup.

Le dispensateur de crédit n'assume cependant qu'une obligation de moyen en ce qui concerne la récolte et la communication des informations auprès du candidat crédit. S'il doit vérifier dans une certaine mesure les informations que le crédit lui remet, il devra faire confiance en la sincérité des données, informations et pièces qui lui sont remises par celui-ci. Seul l'emprunteur est responsable des réticences dolosives concernant les informations données au moment de la conclusion du contrat.

Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'en tant que bénéficiaire du crédit, il est censé connaître mieux que personne sa situation financière et la décrire de manière honnête et conforme à la réalité.

Il ressort des pièces du dossier que P.A. a signé et par conséquent approuvé le profil d'investisseur dressé sur lui. (...)

A supposer (comme il le laisse entendre actuellement) que ces informations étaient fausses, P.A. ne peut néanmoins, en vertu de l'adage « nemo auditur », se prévaloir d'une faute du banquier qui lui a, sous sa demande, octroyé un crédit, ce d'autant moins que face à ces informations, l'octroi d'un





crédit ne présentait en apparence aucun caractère excessif ou inapproprié.

Il y a lieu de relever encore que P.A. a été le maître de l'utilisation des fonds mis à sa disposition et qu'il est à considérer, eu égard à la nature et au nombre des opérations bancaires réalisées par lui, comme un spéculateur averti en sorte que la banque n'avait pas à s'immiscer dans ses affaires et que le reproche du manquement à l'obligation de mise en garde et de vigilance du banquier ne peut pas valoir en l'espèce.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg - 6e Chambre - 8 décembre 2011 - Rôle: 127479 - N°: 1386/2011)

Référence du BIJ: 2013/7-TL 06 10412



## Droit des sociétés

### Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

08 décembre 2011

#### **Article 100 de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales – Décision quant à la continuation de l'exploitation – Appréciation par rapport au capital social – Actif immobilier indifférent (oui) – Constatation des pertes au moyen d'un bilan approuvé (non) – Nécessité du constat des pertes par le conseil d'administration ou le directoire sur base de toute pièce comptable (oui)**

Les décisions des deux assemblées générales de la société P.I. dont l'annulation est demandée ont été prises sur le fondement de l'article 100 de la loi sur les sociétés commerciales qui prévoit la possibilité de mettre fin anticipativement à la société en cas de perte d'une partie (moitié ou trois-quarts) du capital social.

Il est ainsi admis en droit luxembourgeois que la perte d'une partie, voire de la totalité du capital social ne donne pas lieu à la dissolution automatique de la société déficitaire. Il n'y a pas non plus d'obligation pour les actionnaires de renflouer la société en restaurant le montant du capital social. La seule conséquence est en fait que la question de la continuation de l'exploitation ou de la dissolution de la société doit être posée à l'assemblée générale des associés (en fait l'assemblée générale ordinaire) et que la dissolution de la société peut être prononcée à des conditions fortement allégées par rapport au droit commun.

D.F. conteste qu'il y ait eu une perte du capital social telle que requise par l'article 100 de la loi sur les sociétés commerciales en soutenant que si les pertes ont atteint plus de 100% du capital social (qui est de 31.000,- €) , la société dispose cependant d'un actif immobilier largement supérieur à ces pertes.

L'article 100 indique que la perte s'apprécie par rapport au capital social. Le capital social représente la valeur monétaire constatant la somme des apports en numéraire ou en nature transmis à une société personne morale à sa constitution ou en cours de vie sociale. Il constitue la marge de sécurité destinée à amortir les chocs en cas de perte d'exploitation et toute considération de l'actif immobilier est indifférente. C'est une notion juridique et comptable qui ne coïncide pas avec la notion de fonds ou d'actif social qui lui représente l'ensemble des éléments composant le patrimoine de la société et figurant à son actif et donc y compris l'actif immobilier.

Le moyen du demandeur n'est dès lors pas fondé.

D.F. estime ensuite que la perte doit être constatée au moyen d'un bilan approuvé par l'assemblée des actionnaires.

L'article 100 prévoit que dans le cas de la perte de la moitié, respectivement des trois quarts du capital social, le conseil d'administration ou le directoire doit convoquer une assemblée dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée par eux ou aurait dû l'être.

L'article 100 requiert dès lors le constat de la perte de la part du conseil d'administration ou du directoire sans pour autant exiger que l'appréciation de la perte soit faite sur base d'un bilan approuvé. Au contraire, il appartient au conseil d'administration de réagir dès que la perte est certaine, sous peine d'engager sa responsabilité. Afin de pouvoir remplir cette obligation lui incombant, il faut nécessairement qu'il puisse faire ce constat sur base de toute pièce comptable sans attendre l'approbation préalable des comptes par l'assemblée des actionnaires.



Quant à l'existence de la perte, D.F. ne conteste pas que la perte avait atteint les trois quarts du capital social. Il ressort par ailleurs des pièces versées que le conseil d'administration avait déjà informé les associés lors de l'assemblée générale du 17 mai 2010 que les revenus de la société ne lui permettaient pas de faire face à ses frais courants et qu'elle avait besoin de nouveaux fonds.

C'est dès lors en conformité avec les dispositions de l'article 100 de la loi sur les sociétés commerciales que la question de savoir si nonobstant la perte de plus de trois quarts du capital social par la société PI. n°2, l'assemblée générale des actionnaires souhaite continuer les activités de la société ou non, a été soumise aux actionnaires lors de l'assemblée du 24 juin 2010 respectivement lors de l'assemblée du 24 novembre 2010.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 6e Chambre – 8 décembre 2011 – Rôle: 133408 et 134926 – N°: 1385/2011)

Référence du BIJ: 2013/7-TL 06 10410



**Procédure civile et commerciale**

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

08 décembre 2011

**Assignation – Erreur dans l'indication du mode de comparution – Sanction – Nullité de forme**

Il résulte de l'acte d'assignation du 8 juin 2009 que l'assignation est donnée « devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale » et que la défenderesse est invitée à « comparaître par ministère d'Avocat à la cour dans le délai de la loi qui est de quinze jours, outre les délais de distance s'il y a lieu, vendredi à 9.00 heures devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, deuxième section, [...] ».

Force est de constater que le mode de comparution tel qu'indiqué dans l'assignation n'est pas correct. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, les erreurs contenues dans le mode de comparution constituent des nullités de forme et la nullité ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de cette formalité aura pour effet de porter atteinte aux intérêts du défendeur (Cass. n° 35/09 du 28.5.2009, n° 2641 du registre).

En principe, l'existence d'un grief n'est retenue que lorsque l'irrégularité a empêché le défendeur de se présenter et donc qu'il y a eu violation des droits de la défense (La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile, Recueil Dalloz Sirey, 1984).

En l'espèce, la preuve d'une atteinte aux droits de la défense du défendeur n'étant pas rapportée, ni même alléguée, la demande de la [partie demanderesse] est dès lors à déclarer recevable en la forme.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 6e Chambre – 8 décembre 2011 – Rôle: 122549 et 124954 – N°: 1384/2011)

Référence du BIJ: 2013/7-TL 06 10408



## Droit commercial

### **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

15 décembre 2011

#### **Facture – Notion au sens de l'article 109 du Code de commerce**

M. demande paiement d'un montant de 23.000,- € sur base d'un document intitulé « facture » du 27 octobre 2010.

La partie défenderesse conteste en premier lieu qu'il s'agit d'une facture au vu du manque de précisions renseignées sur ce document.

Aucune disposition légale de droit commercial ne détermine les mentions essentielles de la facture. Celles-ci se déduisent de sa fonction. Il s'ensuit que toute facture doit affirmer une créance, en indiquant sa cause et son montant, et mentionner le nom du fournisseur et du client. En pratique, elle contient souvent d'autres mentions encore: l'objet de la prestation, sa date, les « conditions générales » du fournisseur (Van Ryn et Heenen, Principes de droit commercial, Tome III, 2<sup>e</sup> éd., n° 60, p. 65).

La description des biens livrés doit être suffisamment précise pour mettre le client en mesure de vérifier si ce qui lui a été facturé correspond à ce qui a été commandé par lui, et à ce qui lui a été fourni (Cloquet. La facture, n° 250 ; Dirix et Ballon, La facture, n° 70).

Le document intitulé « facture » du 27 octobre 2010 ne peut pas être considéré comme une facture documentant la nature, la quantité et le prix des prestations fournies. Il ne contient aucune indication précise quant aux prestations facturées. Est uniquement indiqué le montant de 23.000,- €, redevable pour « Commission d'apport contrat construction, prestations de services pour assistance et négociations des divers contrats de construction de l'objet immobilier à [...] ».

Aucune précision n'est fournie concernant la date des prestations, leur objet exact, les contrats prétendument apportés, la nature de l'assistance fournie ou des négociations invoquées. Aussi, il y a lieu de constater qu'aucun détail de facturation n'est précisé, un seul montant global de 20.000,- € étant réclamé auquel 15% ont été rajoutés à titre de la T.V.A..

La partie défenderesse, à supposer qu'elle a reçu ce document, n'a donc pas été en mesure de contrôler les prix facturés voire de contester la facturation. Le document en question n'étant pas à considérer comme une facture au sens de l'article 109 du Code de commerce, le principe de la facture acceptée est à écarter en l'espèce.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 6e Chambre – 15 décembre 2011 – Rôle: 136904 – N°: 1437/2011)

Référence du BIJ: 2013/7-TL 06 10409



## Droit des sociétés

### **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

22 décembre 2011

#### **Diminution du capital social suivie d'une augmentation de capital (technique dite du coup d'accordéon) – Conditions de validité**

Il est ainsi établi que la société E a, par l'adoption de ces 5 résolutions, associé une réduction et une augmentation de son capital: elle a effectué ce qu'on appelle un "coup d'accordéon".

Cette opération qui s'effectue en plusieurs temps est avantageuse sur le plan comptable et financier puisqu'elle permet, d'une part, de "nettoyer" le bilan en faisant disparaître les pertes comptables et d'autre part, de recapitaliser la société grâce à un apport de liquidités. La réduction du capital à zéro a (le plus souvent) pour effet d'éliminer les actionnaires anciens, sauf s'ils font jouer leur droit préférentiel de souscription (Droit des sociétés 17ème édition, Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, page 352, Editions du Jurisclasseur).

Cette technique a été validée par la Cour de Cassation française dès 1994 et ce même si elle a pour conséquence l'exclusion des actionnaires minoritaires opposés à l'opération (Cass.com. 17 mai 1994, affaire Usinor, Rev. Sociétés 1994, page 485).

Elle a été confirmée par l'arrêt L'Amy du 18 juin 2002 mais cet arrêt ne reconnaît la licéité du coup d'accordéon d'une part qu'à la condition que l'intérêt social, identifié à la pérennité de l'entreprise, justifie l'opération (l'idée sous-jacente est celle de dire qu'en cas de dépôt de bilan, les associés auraient eu une situation identique) et d'autre part qu'à la double condition que la société soit insolvable et qu'elle ne soit plus viable.

En effet, la propriété de l'associé ne se réduit pas seulement à ses droits pécuniaires mais a également pour objet la société elle-même en tant qu'outil de production de richesse. Or, une société peut être viable tout en étant insolvable et tant qu'elle demeure viable, elle conserve une valeur positive. Ainsi si la société demeure viable, la décision de l'assemblée est objectivement illicite puisqu'elle exproprie sans indemnisation l'associé de valeurs qui sont siennes - ce qui est une violation du droit de propriété - et qu'il ne peut se réapproprier qu'en souscrivant à l'augmentation de capital subséquente et donc en réalisant un effort supplémentaire (Droit des sociétés 17ème édition, Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, page 358, éditions du jurisclasseur).

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 6e Chambre – 22 décembre 2011 – Rôle: 121778 – N°: 1486/2011)

Référence du BIJ: 2013/7-TL 06 10405



**Procédure civile et commerciale**

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

22 décembre 2011

**Requête en rectification d'erreur matérielle - Erreur imputable à la partie demanderesse -  
Requête non fondée**

Lorsqu'une erreur ou omission matérielle affecte un jugement, il est nécessaire d'opérer une rectification pour donner à la décision toute son efficacité et permettre son exécution. La doctrine considère que l'erreur n'est réparable que dans la mesure où elle provient d'une inadvertance, d'une négligence ou d'une inattention du juge. Seules les erreurs commises par le juge sont réparables. La procédure de rectification ne permet pas de corriger une erreur imputable aux parties.

En l'espèce, il convient d'analyser l'origine de l'erreur alléguée pour se rendre à l'évidence qu'elle est imputable à la demanderesse elle-même qui, dans l'assignation, a requis condamnation pour les montants de 45.547,98 € et de 6.832,20 € (au paiement desquels la société anonyme de droit belge Building & Engineering s.a./n.v. a été condamnée) et a omis lors des plaidoiries, de saisir le tribunal d'une demande en augmentation des montants.

Comme les juges, sous peine de statuer ultra petita, ne peuvent sous aucun prétexte prononcer condamnation pour des montants plus élevés que ceux réclamés par les parties elles-mêmes, et compte tenu du fait que la demanderesse n'a pas formulé une telle demande lors des plaidoiries, le jugement commercial n° 1173/2011 rendu par ce tribunal en date du 27 octobre 2011 ne contient pas d'erreur matérielle.

Il en suit que la demande en rectification n'est pas fondée.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg - 6e Chambre - 22 décembre 2011 - Rôle: 137993 - N°: 1493/2011)

Référence du BIJ: 2013/7-TL 06 10406



## Procédure civile et commerciale

### **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

12 janvier 2012

#### **Rectification des jugements – Compétence**

Alors qu'il est admis que des erreurs ou omissions peuvent être rectifiées et qu'un jugement peut donner lieu à interprétation, le Nouveau Code de procédure civile luxembourgeois ne contient aucune disposition réglementant la rectification ou interprétation. Il y a partant, en application de la jurisprudence (Cour d'appel de Luxembourg du 17 mars 2005, numéro 27694 du rôle), lieu de s'inspirer des principes énoncés par l'article 462 du Nouveau Code de procédure français dans les termes suivants: les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déféré, selon ce que le dossier révèle ou, à défaut de ce que la raison commande.

Il a été décidé par la Cour de cassation française (Cass. 3e civ. 25 février 1987) que c'est le juge qui a rendu la décision qui a en principe compétence pour rectifier celle-ci, et ce même si la décision est passée en force de chose jugée (Cass. 2e civ. 23 septembre 1998).

Aussi, lorsqu'un appel est formé à l'encontre d'un jugement affecté d'une erreur matérielle, seule la cour d'appel a compétence pour rectifier la décision qui lui est déférée, la juridiction du premier degré étant dessaisie. Ce transfert de compétence à la cour d'appel est une compétence de l'effet dévolutif de l'appel.

Il a encore été décidé que la compétence de la cour d'appel est maintenue même postérieurement au dessaisissement de celle-ci et que l'auteur initial de la décision est définitivement incompétent pour réparer l'erreur, même en cas de confirmation du jugement (Cass. 2e civ. 21 décembre 2000, Bull.civ., n° 177).

En application de ces principes et compte tenu du fait que le jugement rendu par ce tribunal a été intégralement déféré à la cour d'appel qui a rendu en date du 20 mars 2008 un arrêt confirmant le taux d'intérêt indiqué dans le jugement du 7 juillet 2005, ce tribunal est incompétent pour connaître la demande.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 6e Chambre – 12 janvier 2012 – Rôle: 138874 – N°: 28/2012)

Référence du BIJ: 2013/7-TL 06 10404





**Procédure civile et commerciale**

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

20 janvier 2012

**Acte introductif d'instance – Indication du domicile inexact du demandeur – Nullité de forme soumise à l'exigence d'une atteinte aux intérêts de la partie adverse (oui) – Intention de dissimulation (oui) – Nullité de l'acte (oui)**

La partie défenderesse sur opposition soulève l'irrecevabilité de cet acte d'opposition pour irrégularités dans les formalités et mentions exigées par la loi et notamment pour absence, respectivement fausse indication de domicile.

En vertu des dispositions des articles 566, 92 et 548 du Nouveau Code de procédure civile, il y a lieu de se référer à l'article 153 du même code qui dispose que « tout acte d'huissier de justice indique à peine de nullité, ...si le requérant est une personne physique: ses nom, prénoms, professions et domicile ». En l'espèce, l'opposant qui est une personne physique doit indiquer son domicile exact, réel et actuel.

L'acte d'opposition du 11 août 2011 est signifié à la requête de «L.S., commerçant, exerçant le commerce sous la dénomination de E., établi [en Belgique], inscrit à la Banque-Carrefour des Entreprises de Belgique sous le numéro Y. ».

Il n'est pas contesté que cette adresse ne constitue pas celle du domicile de L.S., ce dernier étant domicilié au Grand-Duché de Luxembourg.

L'indication du domicile correct ne constitue pas une formalité fondamentale d'un acte d'opposition; une telle fausse indication est à qualifier de nullité de forme, soumise aux exigences de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile: « Aucune nullité pour vice de forme des exploits ou des actes de procédure ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse ».

Le domicile doit permettre de localiser le lieu du principal établissement. Sachant qu'au moment de l'acte d'opposition L.S. n'habitait pas en Belgique et qu'en indiquant toutefois cette adresse erronée, il faut admettre que l'opposant a volontairement dissimulé la situation réelle de son domicile. Cette intention de dissimulation est corroborée par le fait que l'opposant relève dans l'acte d'opposition que c'est à tort que le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la demande introduite en date du 25 mai 2011 et qu'il conclut à la compétence des juridictions belges pour connaître du litige.

L'ignorance du domicile réel a encore pour conséquence qu'il est impossible à la société E. S.A. de déterminer l'adresse à laquelle il faut signifier les actes de procédure. Bien que la jurisprudence considère en principe les problèmes d'exécution des décisions judiciaires comme ne constituant pas un grief suffisant, cette tolérance est toujours liée à la condition essentielle que le domicile exact soit aisément décelable à partir des éléments de l'acte d'opposition. Or tel n'est pas le cas en l'espèce (voir en ce sens: Cour, 27 avril 2005, n° 29091 du rôle).

Il s'ensuit que l'indication d'un domicile inexact par l'opposant équivaut à une absence de domicile, de sorte que l'atteinte aux intérêts de la partie défenderesse sur opposition est donnée en l'espèce.

L'acte d'opposition est des lors à déclarer nul, partant irrecevable.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 2e Chambre – 20 janvier 2012 – Rôle: 139730 – N°: 108/2012)

Référence du BJI: 2013/7-TL 02 10411