

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE 1. Notion et classifications	7 (1-11)
Les obligations juridique et morale	9 (2-3)
Les obligations de faire, de ne pas faire et de dare	10 (4-5)
Les obligations de moyen et de résultat	11 (6-10)
Les obligations pécuniaires et en nature	20 (11)
PARTIE 2. Les sources des obligations	23 (12-290)
TITRE 1. Les contrats	25 (12-241)
Chapitre I. Notion de contrat	27 (12-14)
Chapitre II. Classification des contrats	31 (15-18)
Les contrats synallagmatiques et unilatéraux	31 (15)
Les contrats commutatifs et aléatoires	32 (16)
Les contrats de bienfaisance et à titre onéreux	32 (17)
Les contrats nommés et innomés	33 (18)
Chapitre III. La formation des contrats	35 (19-101)
SECTION 1. LES RELATIONS PRÉCONTRACTUELLES	35 (20-34)
§ 1. Les négociations précontractuelles	35 (20-23)
§ 2. L'obligation précontractuelle d'information	40 (24-29)
§ 3. Les avant-contrat et contrats préparatoires	51 (30)
§ 4. Les engagements de contracter	51 (31-34)
Le pacte de préférence	51 (31)
La promesse de contrat	52 (32-34)
SECTION 2. LE PRINCIPE DE CONSENSUALISME	56 (35-40)
§ 1. Le principe	56 (35-37)
§ 2. L'exigence d'un certain formalisme	61 (38-40)
SECTION 3. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CONTRATS	64 (41-101)
§ 1. Le consentement	64 (42-78)
1.1. <i>L'absence de consentement</i>	64 (43-44)
1.2. <i>L'échange des consentements</i>	66 (45-53)
1.2.1. L'offre	67 (46-47)
1.2.2. L'acceptation	68 (48-53)

1.3. <i>Le consentement simulé</i>	75 (54-58)
1.4. <i>Les vices de consentements</i>	79 (59-78)
1.4.1. <i>L'erreur</i>	80 (60-65)
<i>L'erreur obstacle</i>	80 (60)
<i>L'erreur vice de consentement</i>	80 (61-65)
1.4.2. <i>La violence</i>	87 (66-68)
1.4.3. <i>Le dol</i>	89 (69-74)
1.4.4. <i>La lésion</i>	94 (75-78)
§ 2. <i>La capacité des cocontractants</i>	100 (79-85)
§ 3. <i>L'objet de l'obligation</i>	107 (86-94)
<i>L'objet déterminé ou déterminable</i>	108 (87-90)
<i>L'objet dans le commerce</i>	113 (91-92)
<i>L'objet licite</i>	115 (93-94)
§ 4. <i>La cause de l'obligation</i>	119 (95-101)
4.1. <i>Introduction</i>	119 (95)
4.2. <i>L'existence de la cause</i>	120 (96-99)
4.3. <i>La licéité de la cause</i>	125 (100-101)
Chapitre IV. Le contenu des contrats	129 (102-144)
SECTION 1. LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	129 (102-108)
Principes	129 (102-106)
La liberté du commerce et de l'industrie	135 (107-108)
SECTION 2. LE CONTENU IMPLICITE DU CONTRAT	137 (109-113)
§ 1. <i>Les usages</i>	137 (109-110)
§ 2. <i>Les obligations accessoires</i>	139 (111-113)
<i>L'obligation de sécurité</i>	140 (112)
<i>L'obligation d'information</i>	141 (113)
SECTION 3. LES EXCEPTIONS À L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	144 (114-130)
§ 1. <i>L'ordre public et les bonnes mœurs</i>	144 (114-121)
Principes.	144 (114-116)
Sanctions	151 (117-119)
Les adages « <i>Nemo auditur ...</i> » et « <i>In pari causa ...</i> » 153 (120)	
<i>L'ordre public international</i>	156 (121)
§ 2. <i>La fraude à la loi</i>	158 (122-124)
§ 3. <i>Les contrats forcés</i>	161 (125-130)
Principes et monopoles	161 (125)
Lois particulières, refus illicite de vente - retrait et le rachat obligatoire d'actions de société	161 (126)
Le droit de conclure par préférence	163 (127)

Les limites personnelles au droit de contracter	164 (128)
L'expropriation pour cause d'utilité publique	166 (129)
Les obligations des autorités publiques – les marchés publics	168 (130)
SECTION 4. LA MODIFICATION DU CONTRAT	172 (131-144)
§ 1. Le principe de convention-loi - la modification du contrat par les parties	172 (131-132)
§ 2. La modification du contrat par le juge	175 (133-139)
Principes et exceptions légales	175 (133-134)
La réduction du salaire des mandataires	176 (135)
La réduction de la clause pénale	177 (136-137)
Les actions en cessation	180 (138)
La théorie de l'imprévision	181 (139)
§ 3. La modification du contrat prévue par la loi	183 (140-144)
Les contrats conclus avec une autorité publique	183 (140)
La modification d'une clause essentielle du contrat de travail	184 (141)
La gestion contrôlée, le sursis bancaire et le surendettement	184 (142)
La non-rétroactivité de la loi nouvelle	185 (143-144)
Chapitre V. Les effets des contrats	189 (145-177)
SECTION 1. L'EFFET OBLIGATOIRE DES CONTRATS	189 (145-148)
§ 1. Principe	189 (145)
§ 2. L'exécution de bonne foi des conventions	189 (146-148)
Le principe	189 (146)
L'exécution de bonne foi pendant la vie du contrat	190 (147)
L'exécution de bonne foi à la fin du contrat	192 (148)
SECTION 2. L'EFFET RELATIF DES CONTRATS	193 (149-177)
§ 1. Les parties au contrat	193 (150-153)
§ 2. Le principe de la relativité des contrats	198 (154-156)
§ 3. Les exceptions au principe de la relativité des contrats	203 (157-167)
3.1. <i>La promesse de porte-fort</i>	203 (157-158)
3.2. <i>La stipulation pour autrui</i>	204 (159-162)
3.3. <i>La chaîne de contrats</i>	208 (163-165)
3.4. <i>La théorie de l'ensemble contractuel</i>	212 (166)
3.5. <i>Le manquement contractuel – faute quasi-délictuelle</i>	213 (167)

§ 4. L'opposabilité des effets externes des contrats . . .	215 (168-170)
Principe	215 (168)
La tierce complicité	216 (169)
Les exceptions à l'opposabilité aux tiers des effets externes	218 (170)
§ 5. Les actions du créancier agissant au droit du débiteur	219 (171-177)
5.1. <i>L'action directe</i>	219 (171-174)
5.2. <i>L'action oblique</i>	226 (175-177)
Chapitre VI. L'interprétation des contrats	229 (178-187)
SECTION 1. PRINCIPE – LA RECHERCHE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES	229 (178-179)
SECTION 2. LES AUTRES PRINCIPES GUIDANT L'INTERPRÉTATION PAR LE JUGE	232 (180-187)
Les préceptes prévus par le Code civil	232 (180-182)
Les préceptes élaborés par la jurisprudence	235 (183)
Principes particuliers prévus par certaines lois	236 (184)
SECTION 3. LA QUALIFICATION DU CONTRAT PAR LE JUGE	238 (185-187)
La requalification du contrat	239 (186)
La requalification du contrat	242 (187)
Chapitre VII. La transmission des contrats	247 (188-194)
SECTION 1. LA CESSION CONVENTIONNELLE DU CONTRAT – DROIT COMMUN	247 (189-191)
SECTION 2. LA CESSION DE CONTRAT PRÉVUE PAR DES LOIS PARTICULIÈRES	251 (192-194)
Chapitre VIII. L'inexécution des contrats	255 (195-220)
SECTION 1. L'EXÉCUTION FORCÉE	255 (195)
SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE	255 (195.1)
SECTION 3. LE DROIT DE RÉTENTION	258 (196-198)
SECTION 4. L'INEXÉCUTION À LA SUITE D'UN CAS DE FORCE MAJEURE	260 (199-204)
SECTION 5. RÈGLES SPÉCIFIQUES AUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES	265 (205-220)
§ 1. L'exception d'inexécution	265 (206-209)
§ 2. La résolution pour inexécution fautive	270 (210-220)
2.1. <i>Principes</i>	270 (210)
2.2. <i>Les conditions d'application</i>	270 (211-216)
2.3. <i>Les effets</i>	280 (217)
2.4. <i>La résolution conventionnelle</i>	281 (218-220)

Chapitre IX. La dissolution des contrats	287 (221-241)
SECTION 1. LA RÉSILIATION DES CONTRATS	287 (221-227)
Le mutuus dissensus	287 (221)
La résiliation unilatérale d'un contrat à terme.	288 (222-223)
La résiliation unilatérale des contrats à prestations successives et à durée indéterminée.	289 (224-226)
Des cas de résiliation unilatérale prévus par la loi	292 (227)
SECTION 2. LA CADUCITÉ DES CONTRATS	294 (228-229)
SECTION 3. LA NULLITÉ DES CONTRATS	295 (230-236)
Notion	295 (230)
La nullité absolue et la nullité relative.	296 (231-232)
Les effets de la nullité	297 (233-235)
La conversion des actes nuls	301 (236)
SECTION 4. L'ACTION PAULIENNE DU CRÉANCIER	301 (237-241)
Notion	301 (237)
Les conditions d'application	302 (238-239)
Les effets	303 (240)
Les inopposabilités en cas de procédures d'insolvabilité	304 (241)
TITRE 2. Les quasi-contrats	307 (242-267)
Chapitre I. La gestion d'affaire	309 (243-249)
SECTION 1. LES CONDITIONS	309 (244-246)
SECTION 2. LES EFFETS	311 (247-249)
Chapitre II. Le paiement de l'indu	315 (250-256)
SECTION 1. LES CONDITIONS	315 (251-255)
SECTION 2. LES EFFETS	320 (256)
Chapitre III. L'enrichissement sans cause	323 (257-261)
SECTION 1. LES CONDITIONS	324 (259-261)
SECTION 2. LES EFFETS	326 (262)
Chapitre IV. Les actes unilatéraux	329 (263-267)
Notion	329 (263-265)
Régime juridique	331 (266-267)
TITRE 3. La confiance légitime	335 (268-276)
Chapitre I. La théorie de l'apparence	337 (268-270)
Notion	337 (268)
Conditions	337 (269)

Effets	340 (270)
Chapitre II. L'abus de droit	343 (271-273)
Chapitre III. Les autres cas d'application de la confiance légitime	347 (274-276)
Applications	347 (274)
La légitime confiance des administrés.	347 (275)
Le principe de cohérence – <i>renvoi</i>	349 (276)
TITRE 4. Les actes collectifs	351 (277-288)
Chapitre I. Notion	353 (277)
Chapitre II. Les conditions de validité des actes collectifs	355 (278-282)
Chapitre III. Les effets des actes collectifs	363 (283-285)
Chapitre IV. Les nullités des actes collectifs	367 (286-288)
TITRE 5. Les obligations naturelles	371 (289)
TITRE 6. Les délits et quasi-délits – <i>renvoi</i>	373 (290)
PARTIE 3. Les modalités des obligations	375 (291-353)
TITRE 1. Les obligations différées	377 (291-325)
Chapitre I. Les obligations à terme	379 (292-305)
SECTION 1. NOTION	379 (292)
SECTION 2. LE TERME SUSPENSIF	379 (293-300)
Notion	379 (293)
Effet avant l'échéance	380 (294)
La renonciation au terme.	381 (295)
Effet à l'échéance du terme.	382 (296-297)
Le terme de grâce	383 (298-300)
SECTION 3. LE TERME EXTINCTIF.	386 (301-305)
Principes	386 (301)
La prorogation du terme	386 (302-303)
La tacite reconduction du terme	387 (304-305)
Chapitre II. Les obligations sous condition	389 (306-325)
SECTION 1. NOTION ET PRINCIPES	389 (306-308)
SECTION 2. LA CONDITION SUSPENSIVE	392 (309-320)
Effet pendente conditione	392 (309-310)
La nullité de la condition suspensive potestative.	394 (311)
La défaillance de la condition et effet	395 (312-313)
Exception – modification des modalités de la condition	397 (314)

Exception – renonciation à la condition	398 (315)
Exception – la condition réputée accomplie	400 (316-317)
Effet en cas de réalisation de la condition	402 (318-320)
SECTION 3. LA CONDITION RÉVOCATOIRE	405 (321-325)
Effet pendente conditione	405 (321)
Effet à l'échéance	405 (322-323)
Le droit de rétractation	407 (324-325)
TITRE 2. Les obligations plurales	409 (326-353)
Chapitre I. Les obligations à objets multiples	411 (326-330)
SECTION 1. LES OBLIGATIONS CONJONCTIVES	411 (327)
SECTION 2. LES OBLIGATIONS ALTERNATIVES	411 (328-329)
SECTION 3. LES OBLIGATIONS FACULTATIVES	414 (330)
Chapitre II. Les obligations à sujets multiples	417 (331-353)
SECTION 1. LES OBLIGATIONS CONJOINTES	417 (332-335)
SECTION 2. LES OBLIGATIONS SOLIDAIRES	420 (336-342)
§ 1. Notion et principes	420 (336)
§ 2. La solidarité active	421 (337-338)
Notion et effets	421 (337)
Application - Le compte joint	422 (338)
§ 3. La solidarité passive	424 (339-342)
Notion et effets	424 (339)
La contribution à la dette	426 (340)
Renonciation et extinction de la solidarité	427 (341-342)
SECTION 3. LES OBLIGATIONS INDIVISIBLES	428 (343-350)
Notion et indivisibilité objective	428 (343)
Indivisibilité subjective – le compte-courant	429 (344)
Effets de l'indivisibilité – principes	431 (345)
Obligation des débiteurs indivisibles	431 (346-347)
Droit des créanciers indivisibles	434 (348-349)
Effets en matière procédurale	435 (350)
SECTION 4. LES OBLIGATIONS IN SOLIDUM	438 (351-353)
Notion	438 (351-352)
Effets	440 (353)
PARTIE 4. La transmission des obligations	441 (354-384)
TITRE 1. La transmission des obligations	
à cause de mort	443 (355-359)

Chapitre I. Principe de la transmission universelle	445 (355-357)
Chapitre II. Exceptions à la transmission universelle . . .	449 (358-359)
TITRE 2. La transmission des obligations entre vifs. . . .	451 (360-384)
Chapitre I. La cession de créance de droit commun . . .	453 (361-367)
SECTION 1. NOTIONS ET PRINCIPES	453 (361-363)
SECTION 2. LES EFFETS DE LA CESSIION DE CRÉANCE	455 (364-366)
Effets entre parties contractantes	455 (364)
Effets à l'égard des tiers	456 (365-367)
Chapitre II. Les régimes particuliers de cession de créance . .	459 (368-371)
La cession de droits litigieux	459 (368)
Cessions prévues par des lois particulières	459 (369)
La cession des droits des associés des sociétés	460 (370)
La cession de créance à titre de garantie	461 (371)
Chapitre III. Les titres négociables	463 (372-375)
Notion	463 (372)
Les titres au porteur et les titres à ordre	464 (373)
Les titres nominatifs	465 (374)
Les titres dématérialisés	466 (375)
Chapitre IV. La transmission universelle de patrimoine entre vif	469 (376-379)
SECTION 1. LA TRANSMISSION DE PATRIMOINE D'UNE PERSONNE PHYSIQUE	469 (376-377)
Le transfert de patrimoine professionnel	469 (376)
L'institution contractuelle	470 (377)
SECTION 2. LA TRANSMISSION DE PATRIMOINE D'UNE PERSONNE MORALE	470 (378-379)
La fusion et la scission d'une société commerciale	470 (378)
L'apport d'une partie de l'actif ou d'une branche d'activité et le transfert de patrimoine professionnel	473 (379)
Chapitre V. La transmission de dette	475 (380-384)
SECTION 1. LA DÉLÉGATION	475 (380-383)
Notion	475 (380-381)
Effets	477 (382)
Applications - le paiement par carte bancaire, la délégation sûreté	477 (383)
SECTION 2. LA CESSIION CONVENTIONNELLE DE DETTE	478 (384)
PARTIE 5. La preuve des obligations	481 (385-486)

TITRE 1. Principes et objet	483 (385-391)
Notions	485 (385-387)
Les aménagements contractuels aux principes	487 (388-389)
Les éléments de preuve recueillis illicitement.	489 (390-391)
TITRE 2. La charge de la preuve	493 (392-400)
Principes	495 (392-398)
La collaboration des parties à la charge de la preuve	503 (399-400)
TITRE 3. Les procédés de preuve	507 (401-468)
Chapitre I. Le principe de la prééminence de la preuve écrite	509 (401-406)
Principes - la preuve par écrit des actes juridiques portant sur plus de 2.500 €	509 (401-403)
L'obligation de prouver contre et outre le contenu d'un acte juridique par un écrit	513 (404-406)
Chapitre II. Les écrits probants – les actes authentiques et les actes sous seing privé	517 (407-427)
SECTION 1. L'ACTE AUTHENTIQUE.	517 (407-412)
§ 1. Notion	517 (407-409)
§ 2. Force probante	519 (410-412)
SECTION 2. L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ	523 (413-427)
§ 1. Notion et conditions	523 (413-418)
L'écriture	523 (414)
La signature.	524 (415-417)
L'auteur de l'écrit	526 (418)
§ 2. La force probante.	527 (419-426)
Principe	527 (419)
Le désaveu de la signature ou de l'écriture	528 (420)
La preuve de la date à l'égard des tiers	531 (421)
Les originaux multiples des contrats synallagmatiques.	531 (422)
La formalité du bon pour des engagements unilatéraux	533 (423-426)
§ 3. Les lettres missives	536 (427)
Chapitre III. Les autres preuves littérales	537 (428-432)
Introduction et acte reconnaîtifs	537 (428)
SECTION 1. LES PAPIERS DOMESTIQUES	537 (429)
SECTION 2. LES COPIES	538 (430-432)

Chapitre IV. Les cas dans lesquels la preuve peut être apportée par toutes voies de droit	541 (433-440)
SECTION 1. LE COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT	541 (434-436)
SECTION 2. L'IMPOSSIBILITÉ DE SE PRÉCONSTITUER UN ÉCRIT.	544 (437)
SECTION 3. LA PERTE DE L'ÉCRIT PAR CAS FORTUIT	545 (438)
SECTION 4. LA PREUVE DE LA FRAUDE	545 (439-440)
Chapitre V. La preuve par toutes voies de droit – le témoignage.	547 (441-448)
Principes	547 (441)
Les personnes pouvant témoigner	548 (442-444)
La procédure.	550 (445-446, 448)
Le respect de l'égalité des armes (447)	
Chapitre VI. La preuve par toutes voies de droit – les présomptions	557 (449-455)
SECTION 1. LES PRÉSUMPTIONS LÉGALES	557 (450-454)
Les présomptions irréfragables	558 (451-452)
Les présomptions simples	563 (453-454)
SECTION 2. LES PRÉSUMPTIONS DU FAIT DE L'HOMME	567 (455)
Chapitre VII. L'aveu.	569 (456-461)
SECTION 1. L'AVEU EXTRAJUDICIAIRE	570 (457-459)
SECTION 2. L'AVEU JUDICIAIRE	572 (460-461)
Chapitre VIII. Le serment	575 (462-468)
SECTION 1. LE SERMENT DÉCISOIRE.	575 (463-466)
SECTION 2. LE SERMENT SUPPLÉTOIRE	577 (467-468)
TITRE 4. La preuve en matière commerciale	579 (469-486)
Chapitre I. Le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale	581 (469-472)
Chapitre II. Les modes de preuve particuliers du droit commercial.	585 (473-486)
SECTION 1. LA PREUVE PAR LA FACTURE ACCEPTÉE	585 (474-480)
Principes	585 (474)
Condition – une facture entre commerçant	587 (475)
Condition – l'acceptation de la facture	588 (476-479)
Condition – La qualité de la facture	591 (480)
SECTION 2. L'ACCEPTATION PAR LE SILENCE.	592 (481-482)
SECTION 3. LA PREUVE PAR LES LIVRES DE COMMERCE	594 (483-486)
PARTIE 6. L'extinction des obligations	599 (487-586)

TITRE 1. Le paiement	601 (487-531)
Chapitre I. Principes	603 (487)
Chapitre II. Les conditions de validité du paiement	605 (488-504)
SECTION 1. LES PARTIES AU PAIEMENT.	605 (488-492)
Le paiement par le débiteur ou le tiers intéressé.	605 (488)
Le paiement par le tiers non-intéressé.	606 (489)
Le paiement au créancier ou à son mandataire.	607 (490)
Le paiement à l'accipiens convenu	608 (491)
L'interdiction de payer le créancier	609 (492)
SECTION 2. L'OBJET DU PAIEMENT.	610 (493-501)
§ 1. Principes - exceptions légales et dation en paiement	610 (493-495)
§ 2. L'exécution d'une obligation en nature	613 (496)
§ 3. L'exécution d'une obligation pécuniaire	614 (497-501)
Monnaie de compte et monnaie de paiement	614 (497)
La monnaie fiduciaire	614 (498)
La monnaie scripturale.	615 (499)
Le nominalisme monétaire	617 (500-501)
SECTION 3. LES MODALITÉS DU PAIEMENT	620 (502-504)
Le moment du paiement	620 (502)
Le lieu du paiement	620 (503)
Les frais du paiement	622 (504)
Chapitre III. Les effets du paiement	623 (505-506)
Chapitre IV. Le paiement avec subrogation	625 (507-519)
SECTION 1. LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE	625 (508-509)
SECTION 2. LA SUBROGATION LÉGALE	626 (510-514)
Les cas de subrogation visés par l'article 1251 du Code civil	626 (510)
La subrogation au profit de celui qui paie une dette dont il est tenu avec d'autres ou pour d'autres.	627 (511-513)
Les autres cas de subrogation légale.	630 (514)
SECTION 3. LES EFFETS DE LA SUBROGATION	631 (515-519)
La cession de la créance	631 (515-518)
L'extinction de la dette du créancier	634 (519)
Chapitre V. L'imputation des paiements	635 (520-521)
Chapitre VI. L'exécution forcée du paiement	637 (522-531)
SECTION 1. L'EXÉCUTION FORCÉE CONTRE LE DÉBITEUR	637 (523-530)

La mise en demeure préalable	637 (523-525)
Le titre exécutoire	641 (526)
L'exécution d'une obligation pécuniaire	642 (527)
L'exécution d'une obligation en nature	643 (528-530)
Principes	643 (528)
La faculté de remplacement	644 (529-530)
SECTION 2. L'EXÉCUTION FORCÉE CONTRE LE CRÉANCIER –	
l'offre réelle suivie de consignation	646 (531)
TITRE 2. La novation	649 (532-537)
Chapitre I. Les conditions de la novation	651 (533-536)
L'existence d'une obligation valable à éteindre	651 (533)
La création d'une obligation nouvelle	651 (534)
L'animus novandi	652 (535)
La délégation parfaite	653 (536)
Chapitre II. Les effets de la novation	655 (537)
TITRE 3. La remise de dette et les renonciations	657 (538-541)
Chapitre I. La renonciation abdicative	659 (538-539)
Chapitre II. La remise de dette	665 (540-541)
TITRE 4. La compensation	667 (542-554)
Chapitre I. La compensation légale	669 (543-549)
SECTION 1. PRINCIPES	669 (543-545)
Conditions	669 (543)
La compensation en cas de connexité	670 (544)
Effet de plein droit	671 (545)
SECTION 2. LES EXCEPTIONS AU DROIT DE COMPENSER	672 (546-549)
Les exceptions liées à la qualité d'une créance ou d'une partie	672 (546)
L'interdiction de porter atteinte aux droits acquis des tiers	674 (547-548)
La renonciation à la compensation	676 (549)
Chapitre II. La compensation conventionnelle et la compensation judiciaire	679 (550-554)
La compensation conventionnelle – principes	679 (550-551)
Application – la clause d'unicité de compte	681 (552)
Application – la clause de compensation de compte	683 (553)
La compensation judiciaire	683 (554)

TITRE 5. La confusion	685 (555-556)
TITRE 6. La prescription extinctive	689 (557-580)
Chapitre I. Principes	691 (558-567)
Notion	691 (558)
Point de départ et décompte	692 (559-562)
Délai de droit commun en matière civile	697 (563)
Délai de droit commun en matière commerciale	698 (564-565)
Effet de la prescription	701 (566)
L'absence de caractère d'ordre public de la prescription	702 (567)
Chapitre II. L'interruption de la prescription	705 (568-573)
Principes	705 (568)
La citation en justice	705 (569)
La prescription d'une décision de justice	707 (570)
Le commandement, la saisie et la reconnaissance de dette	708 (571)
Effet de l'interruption de la prescription	708 (572-573)
Chapitre III. La suspension de la prescription	711 (574)
Chapitre IV. La prescription des dettes périodiques	713 (575-579)
Notion et champ d'application	713 (575-578)
Effets	716 (579)
Chapitre V. Les prescriptions - présomptions de paiement	717 (580)
TITRE 7. Les déchéances	719 (581-586)
Principes	721 (581)
Cas d'application – la caution	721 (582)
Cas d'application – le recel successoral et le recel des effets de la communauté	723 (583)
Cas d'application – la perte des avantages matrimoniaux en cas de divorce	725 (584)
La déchéance conventionnelle	726 (585)
Le principe de cohérence	728 (586)
Index	731
Table des matières	749

PARTIE 1

Notion et classification

1. Le droit des obligations est une matière fondamentale. Il reprend les bases du droit patrimonial et en constitue le droit commun.

On peut définir l'obligation comme étant le lien de droit en vertu duquel une ou plusieurs personnes peuvent contraindre une ou plusieurs autres à donner, faire, ou ne pas faire quelque chose.

2. On distingue d'abord l'obligation juridique de l'obligation morale.

Pour que l'on soit en présence d'une obligation juridique, il faut qu'un pouvoir de contrainte légitime puisse s'exercer afin de forcer le débiteur à exécuter son obligation, respectivement un recours en justice.

Lorsqu'un tel pouvoir n'existe pas, et qu'aucun droit objectif ne consacre l'obligation concernée, on se trouve en présence d'une obligation à caractère purement moral, qui ne peut pas être sanctionnée par les Cours et Tribunaux. Constituent de telles obligations morales les accords à caractère mondain, des arrangements familiaux, des accords dans le domaine religieux... Les gentlemen's agreements, qui sont des accords que des parties en relation d'affaires vont formuler à titre de manifestations d'intention, constituent aussi des obligations morales. Le Code Civil consacre également comme une obligation morale la dette de jeu ou le paiement d'un pari (article 1965 du Code civil).

3. La jurisprudence a considéré que les engagements pris par les hommes politiques sont à considérer comme des obligations morales. L'Administration ne peut pas conclure de convention dans un secteur relevant de son pouvoir de décision unilatéral. Elle ne peut pas renoncer ainsi à une de ses compétences ou à un de ses pouvoirs, tel le droit de déposer des projets de loi. De tels engagements ne peuvent pas être qualifiés de contractuels et doivent être assimilés à l'aboutissement de négociations politiques dépourvues de valeur juridique¹.

Des spéculateurs qui passaient des ordres à terme et qui se proposaient de liquider l'opération, non par une livraison effective des titres à l'échéance mais en payant ou en encaissant la différence de cours, ont tenté d'opposer à leur banquier l'exception de jeu et pari lorsque l'opération s'avérait déficitaire. La jurisprudence actuelle a généralement rejeté cette prétention. En effet, le jeu ou le pari sont des contrats dans lesquels l'intention commune de toutes les parties est de jouer ou de parier, ce que le banquier qui exécute l'ordre du client sur le marché à terme n'a pas. En

¹ Trib. Luxembourg, 16 mars 2000, Codex, 2000/4, p. 139.

donnant pareil ordre le client a donc bien pris une obligation juridique dont le banquier est fondé à lui réclamer l'exécution, et en justice si nécessaire².

4. On distingue ensuite les obligations de faire, les obligations de ne pas faire et les obligations de darder.

L'obligation de faire est une obligation par laquelle le débiteur est tenu à accomplir une prestation. Il en va ainsi de l'entrepreneur qui s'engage à construire une maison, de l'avocat qui s'engage à représenter son client devant les tribunaux ou de l'acteur qui s'engage à jouer une pièce.

La personne qui s'est engagée, suivant les termes du contrat, à remettre à une autre le fruit de son travail couvert par le droit d'auteur qui lui est propre, prend un engagement de faire, soumis au droit commun et est étranger aux différents droits d'auteur. La demande d'exécution de cette obligation par le créancier ne tend donc pas à la protection du droit d'auteur cédé, de sorte que la demande basée sur l'article 81 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données doit être déclarée irrecevable³.

Par une obligation de ne pas faire, le débiteur est tenu de s'abstenir d'accomplir un acte. Le vendeur d'un fonds de commerce est ainsi tenu de ne pas concurrencer son acheteur.

Le banquier, qui a une obligation contractuelle au secret bancaire, est tenu d'une obligation de ne pas faire, en ce qu'il n'a pas le droit de révéler des informations confidentielles dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession⁴.

Il y a obligation de « dare » (de donner) lorsque le débiteur est tenu de céder au créancier un droit réel sur un bien. Le vendeur d'un immeuble s'engage ainsi à transférer la propriété du bâtiment à son acheteur.

Le constituant d'un gage transfère également un droit réel sur le bien objet du gage au créancier gagiste⁵.

5. Cette distinction est d'abord utile afin de déterminer si l'obligation du débiteur est de moyen ou de résultat (infra point 6).

Le régime juridique applicable en cas d'inexécution de l'obligation à la suite d'un cas de force majeure va également varier si l'obligation concer-

² Cour d'appel, 23 février 2005, n° 26952, BJJ, 2006, p. 43

³ Cour d'appel, 20 décembre 2005, DAOR, 2010, n° 95 et note L. MAMERE.

⁴ Cour d'appel, 5 novembre 2009, n° 32874, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 28.

⁵ Voyez O. POELMANS, « Le débiteur ne peut pas résilier unilatéralement un gage », Bull. Dr. et Banque, 2003, n° 34, p. 64 et s.

née est de faire ou de ne pas faire, ou s'il s'agit d'une obligation de dare (infra points 202 et 203).

Lorsque l'obligation violée est une obligation de ne pas faire, des dommages et intérêts sont dus du seul fait de la contravention à l'obligation (article 1145 du Code civil).

Il a ainsi été jugé que l'obligation de discrétion du banquier était une obligation de ne pas faire, de ne pas divulguer des informations relatives au client bancaire, et que le débiteur d'une telle obligation doit des dommages par le seul fait de la contravention, dans la mesure où le Code civil prévoit que le non-respect de l'obligation de ne pas faire cause nécessairement un préjudice au créancier. Néanmoins, lorsque le créancier de l'obligation ne prouve pas avoir subi un préjudice effectif du fait de la violation de cette obligation de ne pas faire, la réparation sera purement symbolique et évaluée à 1 €⁶.

De même, le droit pour un tiers de payer valablement la dette du débiteur connaît une exception lorsque l'obligation est une obligation de faire et que le créancier a un intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur (article 1237 du Code civil) (infra point 489). Lorsque l'obligation est une obligation de dare, la personne qui exécute l'obligation doit être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner (article 1238 du Code civil) (infra point 488).

6. On distingue également les obligations de moyen et les obligations de résultat⁷.

L'obligation de moyen est celle par laquelle le débiteur est tenu d'employer tous les moyens appropriés, de faire toutes les diligences nécessaires, pour exécuter l'obligation qu'il a souscrite.

L'obligation de résultat est celle par laquelle le débiteur s'engage à obtenir un résultat précis et déterminé.

Pour déterminer si une obligation est de moyen ou de résultat, il faut examiner quelle a été l'intention des parties contractantes ou du législateur, lorsque cette obligation est née.

Les parties à un contrat ont d'abord pu le préciser expressément, ou même tacitement.

⁶ Trib. Luxembourg, 20 mars 2009, n° 111538 ; Trib. Luxembourg, 5 décembre 2008, n° 96095, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 51

⁷ Voyez G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasirisie, 2006, p. 389 et s., n° 468 et s. ; M. PIERRAT, « De la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat : pile ou face ? », JTL, 2011, p. 61 et s.

Les parties peuvent, même en principe, convenir qu'une obligation qui est généralement considérée comme étant de résultat, ne sera qu'une obligation de moyen dans le cadre de leur relation⁸.

La loi peut également être claire sur ce point.

Ce n'est alors que si l'obligation de résultat est une obligation d'ordre public, que le débiteur de l'obligation ne pourra pas se prévaloir d'une clause spécifiant qu'il n'est tenu que d'une obligation de moyen⁹.

Lorsque ce n'est pas le cas, il faudra vérifier dans quelle mesure l'obtention du résultat présente un caractère normalement aléatoire. Si c'est le cas, l'obligation sera qualifiée d'obligation de moyen. Si l'obtention du résultat prévu ne comporte au contraire pas d'aléa, l'obligation du débiteur sera une obligation de résultat.

7. C'est dans le droit de la responsabilité contractuelle que cette classification va trouver son principal intérêt¹⁰.

En effet, lorsque l'obligation est de résultat, le créancier de l'obligation pourra engager la responsabilité du débiteur en prouvant que le résultat convenu n'a pas été atteint. Il reviendra alors au débiteur défaillant de démontrer que si ce résultat n'a pas été atteint c'est à la suite d'un cas de force majeure. A défaut il sera présumé en faute, la seule preuve par celui-ci qu'il n'a pas commis de faute en agissant étant insuffisant à le libérer.

Lorsque l'obligation est de moyen, le créancier de l'obligation devra prouver que le débiteur n'a pas exécuté son obligation et que cette inexécution tient au fait que le débiteur n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour y arriver et est ainsi fautive.

La jurisprudence luxembourgeoise a également reconnu le concept d'obligation de moyen renforcé, qui va imposer au débiteur de l'obligation d'apporter à l'exécution de celle-ci un soin particulier. En cas de défaillance, le débiteur sera alors présumé en faute mais pourra s'exonérer en apportant la preuve qu'il a bien exécuté son obligation¹¹.

8. La jurisprudence a ainsi qualifié d'obligation de moyen :

Le restaurateur et l'hôtelier sont tenus d'observer dans l'organisation et le fonctionnement de leur exploitation les règles de prudence et de surveil-

⁸ CSSF, Rapport d'activités, 2003, p. 198

⁹ Cour d'appel, 25 mars 2009, Pas., 34, p. 590

¹⁰ Voyez G. RAWARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasirisie, 2006, p. 389 et s., n° 468 et s.

¹¹ Cour d'appel, 13 juin 2007, Pas., 33, p. 558 ; BJL, 2007, p. 145 ; Cour d'appel, 25 mai 2005, BJL, 2005, p. 145 ; Trib. Luxembourg, 20 mars 2009, n° 115578, BJL, 2009, p. 110

lance qu'exige la sécurité de la clientèle. Cette obligation est une obligation de moyen, ces professionnels n'étant pas obligés de rendre les clients à la sortie de leur établissement¹².

Le banquier qui conclut avec son client un contrat de gestion de portefeuille a une obligation de moyen. Le résultat de la gestion du portefeuille dépend de circonstances indépendantes de la diligence du professionnel, comme la variation de la conjoncture économique. En raison du caractère aléatoire des résultats, le professionnel promet seulement d'agir au mieux en vue d'obtenir les bons résultats espérés, sans les garantir. Il appartient au client qui veut engager la responsabilité du gestionnaire de prouver que la ligne de conduite adoptée par la banque a été contraire aux critères économiques et financiers du moment et que ce choix se trouve en relation de cause à effet avec le préjudice allégué. Le simple fait que la gestion de portefeuille a entraîné une perte de la moitié du capital ne saurait aboutir à un renversement de la charge de la preuve et prouver à lui seul la faute du banquier¹³.

Le banquier qui donne des conseils en investissements à son client a également une obligation de moyen et ne garantit pas le résultat des recommandations qu'il donne. Le banquier conseiller ne commet pas de faute du simple fait que les instruments financiers conseillés à son client ont perdu de leur valeur. Pareilles opérations comportent toujours un risque de perte que le client ne doit normalement pas ignorer. A cela s'ajoute le fait que l'efficacité du conseil échappe à celui qui le donne, pour passer à celui qui prend librement la décision de le suivre ou non. Un débiteur ne saurait s'engager à garantir un résultat que la volonté du créancier est libre d'écarter. L'engagement de la responsabilité est subordonné à la preuve qu'un professionnel normalement prudent et attentif n'aurait pas, dans les mêmes circonstances, conseillé l'acquisition des mêmes instruments financiers¹⁴. Le banquier conseillé doit apporter à sa mission des

¹² Cour d'appel, 9 janvier 2002, Bull. AIDA, 2006, n° 9, p. 124 ; Cour d'appel, 27 avril 2005, n° 28313, BJJ, 2006, p. 38. Le restaurateur a une obligation de surveillance de moyen des vêtements remis, dont l'étendue varie selon la classe de l'établissement. Cour d'appel, 27 janvier 1982, Pas., 25, p. 299.

¹³ Cour d'appel, 3 juillet 2002, DAOR, 2003, n° 66, p. 109 ; Cour d'appel, 18 juin 2003, DAOR, 2004, n° 70, p. 75 et note O. POELMANS et A. DÉOME ; Cour d'appel, 20 octobre 2004, BJJ, 2005, p. 131 ; Cour d'appel, 27 avril 2005, cité au Dr. Banc. Fin.(B), 2006, p. 381 ; Cour d'appel, 22 avril 2009, n° 32760 cité au Dr. Banc. Fin., 2010/V, p. 347 et au Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 38, Trib. Luxembourg, 15 novembre 2006, cité au Dr. Banc. Fin.(B), 2007, p. 442 ; Trib. Luxembourg, 14 juillet 2004, n° 82946, BJJ, 2004, p. 124. Voyez aussi P. BOURIN, *La gestion de portefeuille*, éd. Anthémis, 2009, p. 176.

¹⁴ Cour d'appel, 11 mars 2009, n° 33287, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 71 ; Cour d'appel, 13 février 2008, n° 32019, BJJ, 2008, p. 186, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 19.

« soins consciencieux ». On ne peut également exiger du conseiller plus que des connaissances normales, appréciées au moment où le conseil est donné. Si le banquier ne garantit pas l'exactitude des renseignements fournis, il doit faire preuve d'une certaine diligence pour parvenir à cette exactitude¹⁵.

Le tribunal a également jugé que l'obligation d'information et de conseil qui s'impose au banquier quel que soit le contrat qui le lie à son client est une obligation de moyen, la charge de la preuve de l'existence d'une faute dans le chef de la banque appartenant dès lors au client¹⁶.

Il a été jugé que l'entrepreneur qui accepte de construire une pelle mécanique a, compte tenu de la participation active du client dans sa conception, une obligation de moyen renforcé. Il ne pourra néanmoins pas s'exonérer de sa responsabilité en invoquant s'être tenu aux plans et instructions remis par son client, puisque, professionnel en la matière, il était tenu d'informer le client sur les doutes et craintes qu'il avait en rapport avec l'efficacité de la pelle que le client lui demandait de construire et, le cas échéant, à refuser de la construire¹⁷.

Le garagiste contracte également une obligation de moyen renforcée, pour les réparations qu'il apporte au véhicule de ses clients¹⁸. Cette obligation emporte à la fois présomption de faute et présomption de lien de causalité entre la faute et le dommage, dont il peut s'exonérer en démontrant son absence de faute. Le client n'est cependant pas libéré de toute tâche probatoire. Il doit rapporter la preuve que l'intervention du garagiste portait sur l'élément défaillant à l'origine de la panne ou de l'accident invoqués. Il ne suffit pas d'établir que le garagiste a réalisé une intervention sur le véhicule, encore faut-il prouver l'imputabilité de cette intervention dans le dommage. La responsabilité du garagiste ne saurait être retenue lorsque la cause du dommage reste indéterminée.

L'entreprise de nettoyage ou la blanchisserie assument une obligation de moyen renforcée. Cette obligation emporte présomption de faute dont elle peut s'exonérer par la preuve d'une absence de faute dans son chef¹⁹.

Le contrat de mise à disposition d'un emplacement de stationnement comporte, pour le propriétaire du parking, une obligation accessoire de sécurité qui est une obligation de moyen. Aucune faute contractuelle ne

¹⁵ Cour d'appel, 19 février 2003, cité au Dr. Banc. Fin.(B), 2004/III, p. 166 confirmant Trib. Luxembourg, 24 octobre 2001, cité au Dr. Banc. Fin.(B), 2002, p. 361 ; Bull. AIDA, 2002, n° 7, p. 74.

¹⁶ Trib. Luxembourg, 30 juin 2011, n° 126438, BJL, 2012, p. 91

¹⁷ Trib. Luxembourg, 12 mars 2009, n° 107903, BJL, 2009, p. 108

¹⁸ Trib. Luxembourg, 20 mars 2009, n° 115578, BJL, 2009, p. 110

¹⁹ Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n° 943/2011

saurait être retenue à charge du propriétaire d'un parking si un usager, se méprenant sur le fonctionnement du dispositif de fermeture d'une barrière automatique, emprunte le chemin de sortie à la suite d'une voiture et est blessé par la barrière en train de se fermer. L'omission du propriétaire du parking de signaler le processus de fermeture de la barrière et d'interdire le passage aux piétons n'est pas une faute causale, les barrières de fermeture étant à l'heure actuelle communément utilisées et leur mode de fonctionnement devant être connu des usagers²⁰.

L'obligation de surveillance des actifs et de contrôle des opérations de l'organisme de placement collectif constituent, dans le chef de la banque dépositaire, des obligations de moyen que celle-ci doit exercer avec la diligence attendue d'un professionnel normalement compétent et prudent placé dans les mêmes circonstances²¹.

9. La jurisprudence a qualifié d'obligation de résultat les obligations suivantes :

L'obligation contractuelle du banquier de garder secret les renseignements qui lui sont confiés par son client est une obligation de résultat. Pour la Cour, il est dans le cours normal des choses que les renseignements confiés lors de la conclusion d'un contrat ayant pour objet la mise en place d'une opération financière internationale avec une banque soient gardés secrets. Il n'y a pas d'aléa particulier que ce résultat, qui rentre dans les prévisions des parties au contrat et que le législateur protège par des sanctions pénales, ne soit pas atteint. En cas d'inexécution par le banquier de cette obligation, il est présumé responsable, sans que le client n'ait à prouver l'existence d'une faute et sans que le banquier ne puisse s'exonérer en prouvant son absence de faute²².

Une partie de la jurisprudence considère également que le banquier teneur de compte, est tenu envers son client d'une obligation de restitution de résultat. Il ne peut être déchargé de cette obligation qu'en effectuant des paiements entre les mains de son créancier, respectivement sur ordre de son client, et cela même si le faux ordre a été exécuté sans faute de sa part. Il ne

²⁰ Cour d'appel, 25 octobre 2000, Pas. 32, p. 67

²¹ Trib. Luxembourg (réf.), 4 mars 2009, n° 119872, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 69

²² Cass., 18 mars 2004, Pas., 32, p. 500 et Bull. Dr. et Banque, 2004, n° 35, p. 46 et note P. KINSCH, confirmant Cour d'appel, 2 avril 2003, Pas., 32, p. 524 et Bull. Dr. et Banque, 2003, n° 34, p. 52 ; Cour d'appel, 11 mai 2005, n° 26434, BJJ, 2005, p. 151 ; Cour d'appel, 5 novembre 2009, n° 32874, cité Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 28. Contra M. PIERRAT, « De la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat : pile ou face ? », JTL, 2011, p. 65 et s., n° 26 à 32.

peut y échapper qu'en établissant que le paiement est le résultat d'une faute imputable au client ou d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable²³.

Le transporteur de marchandise est, en application de l'article 17 de la Convention de Genève relative au contrat de transport international de marchandises par route du 19 mai 1956 -la CMR-, responsable de la perte ou de l'avarie qui se produit entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison. Il se trouve ainsi débiteur d'une obligation de résultat et le client ne doit pas, pour engager sa responsabilité, prouver l'existence d'une faute ou du lien causal entre cette faute et le dommage. Pour s'exonérer de sa responsabilité, le transporteur doit invoquer une des causes visées par les paragraphes 2 à 4 de l'article 17 CMR²⁴.

Le voiturier, transporteur de personne, a une obligation de sécurité de résultat, qui commence lorsque le passager monte dans le véhicule et fini lorsqu'il en est descendu et a repris son autonomie. Il ne peut s'exonérer de sa responsabilité de plein droit en cas de dommage subi par un passager que par la preuve d'une cause étrangère. Il doit démontrer que le dommage corporel est dû à tel événement qu'il dénonce et qui ne lui est pas imputable²⁵. Il ne peut être exonéré quand les circonstances de l'accident n'ont pas été clairement déterminées, quand la cause demeure inconnue. Il ne peut pas non plus s'exonérer en prouvant que le minibus concerné aurait été muni de tous les équipements matériels habituels et n'aurait présenté aucun caractère ou danger anormal. Le seul fait qu'une personne âgée monte dans un minibus et se fasse, le cas échéant, assister par son conjoint n'est à aucun titre une faute susceptible d'exonérer le transporteur de la responsabilité. Le voiturier verra, par contre, sa responsabilité mise hors cause lorsque le passager est descendu du bus en panne pour aider le chauffeur et qu'il a été happé par un camion circulant sur la voie publique.

Dans le cadre d'un contrat d'entreprise portant sur la construction d'un immeuble, l'architecte a une obligation de résultat de concevoir un ouvrage exempt de vice. L'architecte a également une obligation de résultat de surveillance des travaux réalisés par l'entrepreneur. L'entrepreneur a, quant à lui une obligation de résultat d'édifier un immeuble conforme aux règles de

²³ Cour d'appel, 10 février 2010, n° 34399, cité au Dr. Banc. Fin. (B), 2012, p. 200 ; Cour d'appel, 11 novembre 2009, Pas., 34, p. 686 ; Cour d'appel, 8 février 2006, Pas., 33, p. 197 ; Cour d'appel, 31 janvier 2001, n° 23298, BJJ, 2004, p. 7 ; Trib. Luxembourg, 22 novembre 2006, n° 101545, BJJ, 2007, p. 150 ; voyez O. POELMANS, A. DEOME, « Petit point comparé sur les conséquences civiles en matières de faux ordre de paiement », DAOR, 2006, n° 79, p. 274 et s.

²⁴ Cour d'appel, 19 mars 2008, n° 31184 confirmant Trib. Luxembourg, 11 janvier 2006, n° 81942, BJJ, 2006, p. 73.

²⁵ Cour d'appel, 24 octobre 2007, n° 31845, BJJ, 2008, p. 19 ; Cour d'appel, 13 février 2008, n° 31819, BJJ, 2008, p. 67

l'art et exempt de malfaçons. L'immixtion du maître de l'ouvrage dans la conception de l'ouvrage et des travaux ne constitue pas une cause d'exonération de leur responsabilité. L'obligation du contrôleur technique de surveiller la conformité de l'étanchéité des murs extérieurs d'un immeuble aux règles de l'art à la suite de la modification du matériel de construction de la part du maître de l'ouvrage est une obligation de résultat²⁶.

Le promoteur d'un immeuble vendu en l'état futur d'achèvement a également une obligation de résultat de terminer les travaux dans les délais convenus. Il sera donc présumé responsable en cas de retard à délivrer l'immeuble convenu, sauf s'il démontre que ce retard est imputable à une force majeure ou à une cause légitime de suspension des délais de livraison²⁷. Le seul fait que le promoteur ait écrit aux acquéreurs pour leur faire savoir que les corps de métier ont dû se mettre en intempérie, sans préciser d'éléments objectifs quant à la nature, la durée et l'influence des intempéries sur la continuation des travaux, ne suffit pas. De même la faillite d'un sous-traitant chargé par l'acquéreur de modification mineur n'exonère pas non plus le promoteur de sa responsabilité. De même, le fait que d'importantes fissures soient apparues à la maison voisine à cause des travaux et que les travaux ont été suspendus jusqu'à la stabilisation, ne constitue pas une cause légitime de suspension des délais de livraison, dès lors qu'une étude géotechnique du site avait été réalisée par un sous-traitant du promoteur, et malgré le caractère erroné de cette étude.

L'obligation contractuelle souscrite par une partie de fournir une garantie est également une obligation de résultat. La Cour l'a rappelé dans une espèce dans laquelle le vendeur d'un immeuble en état futur d'achèvement s'était engagé à fournir à l'acheteur une garantie d'achèvement. Le vendeur n'avait pas rempli cette obligation et prétendait que ce manquement ne lui était pas imputable. La Cour n'a pas retenu cette objection, considérant que l'obligation de fournir une garantie bancaire ne présente pas d'aléa et que faute pour le vendeur de justifier sa carence par une force majeure, le manquement lui était imputable²⁸.

²⁶ Cass., 27 mai 2010, Pas., 35, p. 216 ; Cour d'appel, 24 mars 2010, JTL, 2011, p. 101 ; Cour d'appel, 5 février 2009, Pas., 34, p. 427 ; Cour d'appel, 20 février 2008, n° 32157, BJJ, 2008, p. 181. Pour le caractère d'obligation de résultat de la garantie décennale voyez Cour d'appel, 25 mars 2009, Pas., 34, p. 590. Egalement M. BENA, N. BERNARDY, « Les obligations de contrôle, de surveillance et de direction de l'architecte : questions pratiques », JTL, 2009, p. 117 et s.

²⁷ Cour d'appel, 12 juillet 2006, n° 30375, cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2008/4, p. 53 ; Trib. Luxembourg, 24 octobre 2008, n° 114091, BJJ, 2009, p. 3.

²⁸ Cour d'appel, 30 mai 2001, n° 24271 cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2008/3, p. 49.

Le notaire a une obligation de résultat de parvenir à la rédaction d'un acte valable. Il est responsable en cas de manquement à l'une de ses grandes catégories d'obligation, respectivement l'obligation d'authentification et l'obligation de conseil. Il est présumé en faute dès lors que l'acte est entaché d'une erreur de droit ou d'erreurs commises dans la vérification des conditions nécessaires à la validité et à l'efficacité de l'acte. Il ne pourra s'exonérer qu'en cas de force majeure. La faute de la victime ou la faute d'un tiers –notamment l'administration– ne peut exonérer le notaire que si elles sont imprévisibles et irrésistibles²⁹.

L'obligation du locataire de restituer les lieux en bon état en fin de bail, est une obligation de résultat. Le bailleur n'a donc qu'à prouver le fait matériel de la dégradation pour que la présomption d'inexécution fautive de l'obligation d'entretien existe à charge du locataire³⁰.

L'opérateur d'un service d'accès à l'internet contracte une obligation de résultat en ce qu'il est imposé à ce dernier de fournir le service décrit au contrat. Le fournisseur doit assurer la connexion de l'abonné aux réseaux décrits au contrat et il doit garantir l'accès aux services promis. Le fournisseur doit en outre assurer une qualité satisfaisante de connexion au réseau internet sans pouvoir réduire ses obligations à une simple obligation de moyens³¹.

En règle générale, on considère que les obligations de ne pas faire et les obligations de dare sont des obligations de résultat (sur ces notions voyez supra point 4)³². Quelqu'un qui s'engage à ne pas faire quelque chose ne peut prétendre qu'il y aurait un aléa à l'exécution de son engagement. De même, lorsque le contrat implique le transfert d'un droit réel sur une chose, le débiteur de l'obligation doit impérativement réaliser ce transfert.

10. Certains contrats vont imposer aux parties certaines obligations qui vont être tantôt de moyen tantôt de résultat.

C'est ainsi que, pour le contrat de dépôt à titre gratuit, le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose les mêmes soins qu'il apporte *in concreto* à ses affaires. Son obligation de conservation est une obligation de moyen³³.

²⁹ Cour d'appel, 12 mai 2010, Pas., 35, p. 194 ; Cour d'appel, 16 avril 2008, Pas., 34, p. 235

³⁰ Trib. Luxembourg, 30 juin 2008, BJJ, 2008, p. 131 ; Trib. Luxembourg, 18 janvier 2008, n° 112066, BJJ, 2008, p. 46 ; Trib. Luxembourg, 3 juin 2005, n° 94240, BJJ, 2005, p. 167 ; Trib. Lux., 31 octobre 2003, n° 81109, BJJ, 2004, p. 53

³¹ Cour d'appel, 12 octobre 2011, JTL, 2012, p. 61, BJJ, 2012, p. 98

³² Voyez G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p. 389 et s., n° 468 et s.

³³ Cour d'appel, 8 novembre 2000, Pas., 31, p. 399

Le dépositaire entreposant gratuitement des voitures mises en dépôt-vente sur un parking privé se trouvant en bordure de route commet une faute s'il ne recourt pas à des moyens sophistiqués et efficaces pour diminuer les risques de vol et de détérioration.

Lorsque le dépôt est salarié, comme pour un dépositaire-vendeur rémunéré dans l'opération, le dépositaire se doit d'apporter à la chose les soins d'un bon père de famille et non seulement ceux qu'il apporte à ses propres affaires. La faute du dépositaire est donc appréciée in abstracto, par référence au comportement et diligence d'un autre professionnel normalement avisé. Son obligation de garde est alors une obligation de moyen renforcée, qui fait présumer une faute de sa part en cas de perte de la chose et l'oblige à prouver qu'il n'a pas commis de faute.

Le contrat de dépôt engendre (qu'il soit gratuit ou rémunéré) une obligation de restitution des avoirs déposés qui est une obligation de résultat³⁴.

L'obligation du médecin est en principe une obligation de moyen. Le médecin a une obligation de moyen de prodiguer au patient des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science. Tout acte médical comporte un irréductible aléa³⁵. L'aléa thérapeutique se définit comme la réalisation d'un risque d'accident inhérent à l'acte médical et qui ne peut pas être maîtrisé. La réparation des conséquences de cet aléa n'entre pas dans le champ des obligations qu'a le médecin envers son patient³⁶. On ne peut ainsi pas considérer que le médecin ou la clinique s'engage à garantir une intervention chirurgicale et une hospitalisation sans risque d'infection³⁷.

En chirurgie esthétique, le chirurgien assume également une obligation de moyen. L'aléa y est très prononcé parce que le résultat dépend de facteurs psychologiques divers et de la structure de la peau du patient. Mais pour une telle chirurgie, il s'agit d'une obligation de moyen renforcée, qui doit être appréciée plus strictement car elle propose un certain résultat qui n'est pas de rétablir la santé, mais d'apporter une amélioration esthétique³⁸.

³⁴ Cour d'appel, 13 juin 2007, Pas., 33, p. 558 ; BJL, 2007, p. 145

³⁵ Cour d'appel, 14 décembre 2011, n° 36338, cité au JurisNews – Droit civil & procédure civile, 2012/1, p. 4 ; BJL, 2012, p. 223 ; Cour d'appel, 31 janvier 2007, n° 31646, BJL, 2008, p. 39 ; Cour d'appel, 25 mai 2005, n° 24338 et 24486, BJL, 2005, p. 145 ; Cour d'appel, 5 décembre 2001, n° 24506, 24516, Bull. AIDA, 2002, n° 7, p. 62

³⁶ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 461

³⁷ Cour d'appel, 14 décembre 2011, n° 36338, cité au JurisNews – Droit civil & procédure civile, 2012/1, p. 4 ; BJL, 2012, p. 223 ; Cour d'appel, 5 décembre 2001, n° 24506, 24516, Bull. AIDA, 2002, n° 7, p. 62

³⁸ Cour d'appel, 25 mai 2005, n° 24338 et 24486, BJL, 2005, p. 145

Par contre, le médecin a une obligation de résultat pour les actes de pure technique médicale qui sont sans aléas³⁹. Il en va ainsi du médecin qui place un drain lors d'une intervention, qui se doit de mettre celui-ci en place de telle manière qu'il reste fixé à la peau de façon visible pour permettre à la personne en charge des soins postopératoires de remarquer sa présence et de le retirer. Pour s'exonérer, le médecin devra prouver que le dommage du patient résulte d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable, tel la faute d'un tiers qui n'est pas un préposé dont il répond, ou d'un comportement non prévisible du patient.

Le médecin a également une obligation de sécurité de résultat pour ce qui concerne le matériel qu'il utilise lors de l'acte médical, notamment si le dommage est causé par l'instrument qu'il utilise ou qui est défectueux, où s'il fournit lors de l'intervention une prothèse ayant des défauts techniques. Pour que le médecin voie sa responsabilité engagée à l'égard de son patient, ce dernier doit démontrer que le dommage qu'il a subi procède d'un défaut du matériel utilisé⁴⁰. Dans l'espèce soumise à la Cour et à l'origine de l'arrêt de 2009, une mâchoire de la pince à disque utilisée pour l'opération d'une hernie discale lombaire s'était brisée et était restée à l'intérieur de l'espace intervertébral du patient. Il résultait néanmoins du rapport de l'expert que cette rupture était un événement exceptionnel, mais non rarissime, qui pouvait se produire sans que le matériel utilisé puisse être qualifié de défaillant et le médecin n'a donc pas été jugé responsable de cette défaillance.

11. On distingue encore les obligations pécuniaires et les obligations en nature.

L'obligation pécuniaire est celle qui va s'exécuter par la remise au créancier d'une somme d'argent.

Il en va ainsi de l'obligation de payer le prix dans une vente ou de celle de payer les intérêts dans le cadre d'un prêt.

L'obligation « en nature » est celle par laquelle le débiteur s'engage à réaliser une prestation ou à ne pas faire quelque chose.

L'entrepreneur qui s'engage à construire une maison, ou le vendeur d'un fonds de commerce qui est tenu de ne pas concurrence son acheteur, sont débiteurs d'une obligation en nature. L'obligation de ne pas commettre de

³⁹ Cour d'appel, 30 mai 2001, Pas. 32, p. 82

⁴⁰ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 461 ; Cour d'appel, 5 décembre 2001, n° 24506, 24516, Bull. AIDA, 2002, n° 7, p. 62

faute qui causerait un dommage à un tiers (visée à l'article 1382 du Code civil) constitue également une obligation en nature.

Les obligations pécuniaires vont se voir appliquer un régime particulier à plusieurs égards.

C'est ainsi que leur inexécution ne donne en principe lieu qu'au paiement d'intérêts moratoires, à un taux fixé par la loi (article 1153 Code civil).

Ces obligations ne peuvent pas non plus s'éteindre pour force majeure, en application de l'adage *genera non pereunt* (article 1302 du Code civil).

L'action oblique est ouverte au seul titulaire d'une créance pécuniaire, dans la mesure où elle tend à reconstituer le patrimoine du débiteur négligeant afin de rendre efficace l'exercice ultérieur de voies d'exécution (infra points 168 et s.).

Mais c'est dans le cadre du paiement, de l'exécution par le débiteur de son obligation, que la distinction entre obligation pécuniaire et obligation en nature va avoir le plus d'impact, que celui soit dans ses principes (infra points 496 et s.) ou dans la façon dont une exécution forcée va pouvoir être ordonnée (infra points 527 et s.).

CHAPITRE I. NOTION DE CONTRAT

12. Le contrat peut être défini comme un accord entre au moins deux parties dans l'intention de produire des effets juridiques.

Pour que l'on soit en présence d'un contrat, il faut donc que deux conditions soient remplies.

Il faut d'abord que deux personnes (au moins) passent un accord entre elles.

Il faut ensuite que ces personnes aient la volonté de produire des effets juridiques, respectivement de créer, modifier, transmettre ou éteindre une obligation juridique.

13. Il n'y aura ainsi en principe pas contrat lorsqu'une personne accepte d'aider une autre par courtoisie, en raison de leur relation d'amitié.

Lorsqu'une personne s'engage ainsi à « rendre un service » à une autre, en raison de leurs bonnes relations, ni l'assistant ni l'assisté n'ont l'intention de donner des effets juridiques à leur accord. Ils ne concluent donc aucun contrat et l'assisté ne va donc pas pouvoir contraindre l'assistant à exécuter son engagement en l'assignant en justice^{1 2}.

¹ G. RAWARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasirisie, 2006, pp. 367-368, n° 439.

² Si l'assistant subit un dommage dans le cadre du service rendu, la jurisprudence considère que l'assisté doit néanmoins le dédommager. L'assistant a, à charge de l'assisté, une obligation de sécurité de résultat au profit. Cette obligation emporte nécessairement à charge de l'assisté l'obligation de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui auquel il a fait appel. Pour s'exonérer de cette obligation, l'assisté doit démontrer que l'assistant a commis une faute caractérisée, lourde ou grave, justifiant l'absence d'indemnisation. L'assistant peut commettre des fautes ordinaires lors de l'action qu'il accomplit par dévouement, sans perdre son droit à l'indemnisation de son dommage (Cour d'appel, 27 juin 2001, Pas., 32, p. 154 ; G. RAWARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasirisie, 2006, p.367-368, n° 439). La jurisprudence fonde, à tort selon nous, cette obligation sur l'exécution d'un « contrat d'assistance », sans doute pour mettre à charge de l'assisté une obligation de résultat qui ne se conçoit généralement qu'entre parties contractantes. Cet artifice est néanmoins inutile, une obligation de sécurité de résultat pouvant être mise à charge d'une personne sans qu'un contrat ne la lie nécessairement au créancier de l'obligation (voyez pour l'obligation de l'Etat de n'ouvrir à la circulation que des voies de circulation sûres G. RAWARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasirisie, 2006, p.105, n° 127)

La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ces principes dans certaines affaires dans lesquelles une personne avait accordé à une autre certaines tolérances, sans pour autant accepter de s'engager juridiquement à son égard.

Dans une espèce, une partie avait occupé l'appartement, propriété de l'autre partie, d'abord pendant la procédure de divorce, ensuite encore pendant plus de deux ans, en l'entretenant et payant les charges.

Le tribunal rappelle que le bail est un contrat 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 lui payer. La simple occupation ne s'identifie dès lors pas nécessairement avec l'existence d'un bail, même si elle s'est poursuivie pendant une longue durée. La simple tolérance ou l'inaction du propriétaire ne suffit pas non plus. Son silence, en soi neutre, doit être circonstancié pour être probant. La seule passivité du créancier ne peut, à défaut d'autres éléments, être considérée comme une volonté d'exécution d'un contrat. Par ailleurs, le bail est à titre onéreux et implique l'obligation pour le preneur de payer un prix, en contrepartie de la jouissance des lieux. Une convention, quelle qu'elle soit, qui accorde la jouissance d'un bien immobilier sans fixation de loyer, ou pour un loyer dérisoire, ne peut constituer un bail au sens des articles 1709 et suivants du Code civil. En l'espèce, l'appartement occupé était d'une superficie de 140 m², comportant un grand living, trois chambres, deux salles de bains, une cuisine équipée, une cave et un grenier. Le seul prix payé était de 275 € par mois et correspondait aux charges de l'appartement. L'existence d'un prix adéquat n'était dès lors pas établie. Aucun élément de la cause ne permettait de déduire la volonté de convenir d'un bail et le juge a qualifié les relations entre parties d'occupation précaire, valant jusqu'à la révocation de cette tolérance, et de déclarer l'occupante sans droit ni titre de l'appartement³.

Dans une autre affaire, une société avait, à la suite de l'exécution d'ordres de virements, un débit en compte de près de 700.000 €. Elle prétendait avoir ainsi obtenu de son banquier une ouverture de crédit à concurrence de cette somme et donc un droit contractuel à bénéficier d'une telle facilité. Le tribunal débouta néanmoins cette société de ses prétentions. Pour ce faire le tribunal rappela que l'ouverture de crédit est un contrat par lequel un banquier promet de mettre des fonds à la disposition de son client. Quand le banquier a souscrit un véritable engagement envers son client et qu'il ne l'exécute pas, il engage sa responsabilité contractuelle. Au

³ Trib. Luxembourg, 16 février 2007, n° 106239, BJL, 2007, p. 66

contraire, si le banquier tolère seulement quelques découverts, il exécute un crédit qu'il n'a pas promis. A défaut d'être engagé, il peut en principe interrompre sa tolérance à tout moment, sans même qu'un abus soit concevable. Il n'est tenu d'aucun avertissement, d'aucun préavis, puisque son client n'est pas fondé à compter sur le maintien de la faveur dont il profite⁴.

14. De même, une personne ne peut pas conclure un contrat avec elle-même. Lorsqu'une personne devient à la fois créancière et débitrice d'une obligation, celle-ci s'éteint en principe par confusion (article 1300 du Code civil voyez infra points 555-556).

Par contre, une personne peut intervenir en deux qualités différentes à un même contrat, respectivement en intervenant pour son compte et pour le compte d'une personne qu'elle représente, qu'elle soit son représentant légal ou qu'elle le représente en exécution d'un mandat ou d'un contrat de commission.

On considère qu'un tel contrat est valide dans son principe, sauf si la loi ou l'usage interdit à une personne de se porter contrepartie dans une opération réalisée pour la personne qu'elle représente.

En pratique la loi prohibe généralement ce genre d'opération, au point qu'il convient en fait de considérer que ce type de convention est illicite, sauf exception.

C'est ainsi que, en règle, le mandataire ne peut pas se porter contrepartie à l'acte qu'il doit passer pour son mandant. L'article 1596 du Code civil le prévoit expressément pour la vente, mais cette interdiction est générale et ne se limite pas au mandataire qui a reçu un mandat de vente. Elle est fondée sur l'obligation de loyauté qui pèse sur la personne qui, accomplissant une mission dans l'intérêt d'autrui, ne peut pas agir dans son intérêt personnel sans commettre un détournement de pouvoir⁵.

C'est en application des mêmes principes que le tuteur ne peut pas acheter les biens du mineur, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance de son pupille (articles 450 et 1596 du Code civil). Pareillement, le commissionnaire ne peut pas se porter contrepartie à l'opération qu'il négocie pour le commettant⁶.

⁴ Trib. Luxembourg, 9 octobre 2007, n° 109429, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 29

⁵ Pour un cas d'application, dans lequel le mandataire a été condamné car il avait investi la totalité des avoirs dont il avait la gestion dans des fonds avec lesquels il était associé : Trib. Luxembourg, 2 mars 2010, n° 122629, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 54

⁶ R. NOTHAR, N. HILGERT, « Déclin et grandeur de la convention de crocure », Ann. Dr. Lux., 1998, n° 8, p. 124

CHAPITRE II. LA CLASSIFICATION DES CONTRATS

15. Le Code civil procède à une certaine classification des contrats.

Il distingue d'abord les contrats synallagmatiques des contrats unilatéraux (articles 1102 et 1103 du Code civil).

Le contrat synallagmatique est le contrat par lequel chaque cocontractant a, au moment de la formation du contrat, une obligation à l'égard de l'autre¹. C'est, par exemple, le cas pour le contrat de vente, dans lequel le vendeur a l'obligation de transférer la propriété de la chose vendue et l'acheteur a l'obligation de payer le prix.

Le contrat est unilatéral lorsqu'il ne fait naître, au moment de sa formation, d'obligation que dans le chef d'une des parties à l'acte. C'est, par exemple, le cas pour le dépôt à titre gratuit, qui ne fait naître d'obligations que dans le chef du dépositaire, respectivement celles de conserver et garder la chose déposée et de la restituer au déposant à l'échéance du contrat².

Lorsque, postérieurement à la formation du contrat une obligation vient à naître dans le chef du créancier du contrat unilatéral, on considère que le contrat sera un contrat synallagmatique imparfait. Il en ira ainsi, par exemple, lorsque le dépositaire (à titre gratuit) fait des dépenses pour la conservation de la chose déposée, que le déposant devra lui rembourser.

Certaines règles ne s'appliquent qu'aux contrats synallagmatiques. C'est le cas de l'exception d'inexécution, (article 1134-2 du Code civil ; infra points 206 et s.), de la résolution du contrat pour inexécution fautive (article 1184 du Code civil ; infra points 210 et s.), ou de l'obligation de signer

¹ En France, on considère que pour que le contrat puisse être qualifié de synallagmatique, il ne faut pas uniquement que chacune des parties prennent un engagement à l'égard de l'autre lors de la formation du contrat. Il faut également que les obligations qui naissent à charge des parties se servent réciproquement de cause.

² Le dépôt est un contrat réel, qui n'est formé que lorsque la chose est remise par le déposant au dépositaire (voyez infra point 38). Cette remise étant une condition de validité du contrat, on considère qu'il ne s'agit pas d'une « obligation » que le déposant a à l'égard du dépositaire et que le contrat de dépôt est ainsi un contrat unilatéral. D'autres contrats réels sont qualifiés de contrats unilatéraux pour la même raison, comme c'est le cas pour le prêt à usage ou le gage.

autant d'instrumentum du contrat qu'il y a de parties à la convention (article 1325 du Code civil ; infra point 422).

Lorsque le contrat est un contrat synallagmatique imparfait, on considère généralement que les règles des contrats unilatéraux lui sont applicables en ce qui concerne la formation du contrat, et les règles des contrats synallagmatiques sont applicables au niveau de l'exécution (ou de l'inexécution) du contrat.

16. Un contrat peut être commutatif ou aléatoire (article 1104 du Code civil).

Un contrat est commutatif lorsque les parties à l'acte connaissent, dès la formation du contrat et avec certitude, la prestation qu'elles vont recevoir en exécution de ce contrat. C'est ainsi que dans la vente, l'acheteur connaît le bien dont il va acquérir la propriété et le vendeur sait combien il va percevoir pour la vente de son bien.

Le contrat est aléatoire lorsque la possibilité pour les parties à la convention de faire un gain ou une perte en exécutant le contrat dépend de la réalisation d'un événement incertain sur lequel les parties se seront mises d'accord. C'est par exemple le cas de la rente viagère, le débirentier recevant la propriété d'un bien contre le paiement d'une somme qu'il versera au crédentier tant que ce dernier sera en vie, soit pendant un temps plus ou moins long³.

Certaines règles spécifiques vont s'appliquer aux contrats aléatoires. C'est ainsi que sa validité est subordonnée au caractère véritablement incertain de l'aléa convenu entre les parties. Un contrat aléatoire ne peut, en principe, être annulé pour lésion (infra points 75 et s.). Il existe également une controverse sur la question de savoir si le contrat synallagmatique aléatoire peut être résolu pour inexécution fautive, ou si seule son exécution forcée est envisageable.

17. Un contrat peut être de bienfaisance ou à titre onéreux (articles 1105 et 1106 du Code civil).

Le contrat est onéreux, lorsque chacune des parties à l'acte reçoit un avantage qui est l'équivalent de l'avantage qu'il procure à l'autre partie. Le bail est un contrat onéreux par lequel le preneur peut habiter un immeuble contre le paiement d'un loyer normal au bailleur.

Le contrat est de bienfaisance lorsqu'une partie procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en contrepartie, ce qui inclut les cas où l'avan-

³ F. GREFF, « La rente viagère », JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2011/6, p. 141 et s.

tage procuré est dérisoire. Le prêt, par lequel une partie met (par exemple) un immeuble à disposition d'une autre gratuitement (ou même contre paiement de seules charges de l'immeuble) est un contrat de bienfaisance.

Cette distinction emporte certaines conséquences juridiques. Un contrat de bienfaisance ne pourra en effet pas être annulé pour lésion⁴. Le débiteur de contrat de bienfaisance verra généralement sa responsabilité plus difficilement mise en cause (pour le dépôt voyez l'article 1927 du Code civil et pour le mandat l'article 1992 du Code civil). Par contre, l'action paulienne aboutira plus facilement lorsque l'acte fait en fraude des droits du créancier est un acte à titre gratuit (infra point 238).

18. Le Code civil distingue enfin les contrats nommés des contrats innomés (article 1107 du Code civil).

Les contrats nommés sont ceux qui sont spécialement régis par un texte de loi, que cela soit par le Code civil (comme pour la vente – articles 1582 et s. du Code civil-, ou le louage – articles 1708 et s. du Code civil), le Code de commerce (comme pour le contrat de commission – articles 91 et s. du Code commerce) ou par une loi particulière (comme le Code de la consommation pour le crédit à la consommation ou la loi du 27 juillet 2003 sur le contrat fiduciaire pour le contrat fiduciaire).

Les contrats innomés sont ceux que la loi ne régit pas en tant que tel, comme c'est le cas pour le contrat de compte en banque ou le leasing⁵.

La principale conséquence juridique de cette distinction est qu'un corps de règles clairement défini s'applique aux contrats nommés, corps de règles qui va parfois être d'ordre public et auquel les parties ne pourront pas déroger. Lorsque le contrat est innomé, les parties ont, en principe, une plus grande liberté pour en déterminer les principes applicables et, dans le silence des parties sur certains points, le juge appliquera à cette convention le droit commun des obligations.

⁴ Cour d'appel, 11 juin 2008, n° 27137, BJ, 2008, p. 126

⁵ Trib. Luxembourg, 21 octobre 2010, n° 119567, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 65

SECTION 1. LES RELATIONS PRÉCONTRACTUELLES

§ 1. LES NÉGOCIATIONS PRÉCONTRACTUELLES

20. L'offre d'engager des pourparlers, les accords préparatoires, les propositions et contre-propositions ne constituent pas des engagements contractuels. Il s'agit de simples préliminaires, indications des conditions de la transaction, de tâtonnements, ne faisant que dégager le terrain sur lequel le contrat s'édifiera. Situés en amont de la formation du contrat, les pourparlers ne sauraient en principe engager les parties respectives.

Constituant la période dite de gestation du contrat, les pourparlers ne peuvent donc lier les parties. Ils peuvent d'ailleurs toujours être rompus en vertu de la maxime « pas de contrat vaut mieux qu'un mauvais contrat »¹.

Il a ainsi été jugé qu'un employeur peut faire passer des tests aux candidats pour vérifier leurs connaissances et aptitudes professionnelles. Tant que ces tests ne sont pas concluants, il n'y a pas encore de contrat de travail liant les parties².

¹ Cour d'appel, 5 mars 2008, n° 19272 ; Cour d'appel, 13 février 2008, Pas., 34, p. 155

² Trib. Trav. Esch sur Alzette, 4 juillet 2000, Codex, 2000/8, p. 244

La distinction entre l'offre ferme et les simples pourparlers, souvent délicate à faire, relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Il est difficile de donner un critère précis de distinction ; chaque espèce particulière doit être l'objet d'une recherche d'intention en vue d'apprécier si les parties ont eu ou non l'intention de se lier juridiquement. On devra, en général, décider que les parties en sont encore au stade préliminaire des pourparlers, lorsque les éléments et les conditions du contrat projeté ne sont pas encore fixés avec certitude.

21. Même si les parties ne sont pas encore liées contractuellement au stade de ces pourparlers, elles n'en ont pas moins différentes obligations sanctionnées par une responsabilité extracontractuelle appelée « culpa in contrahendo »³.

Elles ont ainsi une obligation de continuer à négocier de bonne foi. Il se déduit de la jurisprudence l'existence d'un devoir de loyauté dans la phase précontractuelle. Ce devoir se révèle surtout, a contrario, à l'occasion de la rupture des négociations, intervenue abusivement.

La rupture des pourparlers doit être loyale et reposer sur des motifs légitimes.

Une faute intentionnelle n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité de l'auteur de la rupture, pas plus que de démontrer une intention de nuire dans son chef. La confiance légitime trompée constitue la faute qui engage la responsabilité de la partie qui est à l'origine de la rupture des négociations. La mauvaise foi suffit à caractériser cette faute.

Constitue une telle faute le fait de rompre les pourparlers brusquement et sans raison sérieuse ou le fait de les rompre brutalement en ayant eu une attitude qui avait pu faire légitimement croire que la conclusion du contrat était certaine. En effet, la confiance du partenaire s'accroît légitimement à mesure que progressent les négociations.

Plusieurs éléments sont pris en considération dans l'appréciation de la faute: l'état d'avancement des négociations avant la rupture, l'importance et la singularité (ou non) du contrat discuté, l'état ou non de professionnel de l'auteur de la rupture, la publicité qui lui est donnée, l'existence d'une offre de contracter (faisant naître chez son bénéficiaire une confiance et un espoir particuliers), son degré de précision, son délai.

³ Cour d'appel, 13 février 2008, Pas., 34, p. 155 ; Voyez également G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasirisie, 2006, p. 361 et s., n° 431 et s.

22. Dans une première espèce, le litige portait sur la rupture des négociations entre deux théâtres à propos de la représentation à Luxembourg d'une pièce. Le tribunal a d'abord considéré que les parties n'avaient pas encore conclu de contrat et que les échanges en étaient restés à un niveau pré-contractuel. Les négociations étaient néanmoins à un stade très avancé au moment de la rupture des pourparlers par le théâtre luxembourgeois, les dates pour les représentations ayant déjà été définitivement arrêtées entre parties. Dès lors, le tribunal a jugé que l'obligation de négocier loyalement imposait au théâtre luxembourgeois de mettre tout en œuvre pour mettre à disposition de la troupe étrangère une salle aux dates arrêtées. Le fait que ce théâtre ait contracté uniquement une salle qui n'avait pas reçu l'aval de l'autre partie a été qualifié de légèreté blâmable. En mettant fin aux négociations sous le prétexte que cette seule salle était devenue ensuite indisponible, le théâtre luxembourgeois a mis fin aux négociations sans motif sérieux.

En appel, la Cour a confirmé ce jugement. Elle a constaté qu'aucun contrat n'avait été conclu en l'absence d'un accord ferme des parties sur le prix à payer pour les représentations. Elle a également jugé que le directeur du théâtre luxembourgeois avait rompu brutalement et unilatéralement les pourparlers avancés existants entre les parties, ce qui justifiait la mise en cause de sa responsabilité quasi-délictuelle⁴.

Dans une deuxième affaire, qui concernait la vente d'un lot de terrains à un promoteur immobilier, le tribunal a jugé que le document « Vereinbarung » qui avait été rédigé ne pouvait pas être considéré comme engageant d'ores et déjà les parties dans la vente des terrains qui était en cours de négociation. L'objet et le prix de la vente à réaliser ne résultaient pas de façon définitive des clauses du document et certaines incertitudes subsistaient, notamment à propos de la vente de la chose d'autrui ou de la vente d'une chose future. Par contre ce document est qualifié par le tribunal d'accord partiel dans la mesure où il reprend les points sur lesquels les parties étaient d'ores et déjà tombées d'accord. Le tribunal a ensuite jugé que le vendeur avait failli à la bonne foi en rompant les négociations sous le prétexte que les terrains à vendre appartenaient pour une bonne partie à un tiers, qui ne marquait pas son accord sur le projet. Etant donné l'état d'avancement des négociations en cours, le vendeur aurait dû avoir informé le propriétaire des autres terrains des négociations, ce qu'aucun

⁴ Trib. Luxembourg, 24 janvier 2002, n° 68830, BJJ, 2004, p. 119 confirmé par Cour d'appel, 11 juin 2003, n° 26817

élément du dossier ne montrait. Donc, il a commis une faute à l'origine de la rupture des pourparlers⁵.

Dans une affaire soumise à la Cour, les parties étaient en négociation à propos du rachat de différents éléments d'actif d'une société. Des accords pré-contractuels avaient été conclus, par lesquels le vendeur avait notamment pris l'engagement de vendre les éléments de l'actif à l'autre partie s'il ne recevait pas, dans les 15 jours, une autre offre réelle et sérieuse, pour un montant plus important que celui qui était en discussion, et qui devait présenter des garanties de faisabilité. A l'expiration de ce délai, le vendeur avait fait savoir au candidat acheteur qu'il était en possession d'une telle offre. Un litige s'en est suivi, dans lequel le candidat acheteur a contesté, avec succès, cette attitude du vendeur. La Cour a, en effet, constaté que le vendeur ne prouvait pas que l'offre du tiers répondait aux conditions des engagements pré-contractuels que le vendeur avait lui-même pris. Le vendeur ne prouvait pas que l'offre du tiers, dont il se prévalait pour justifier la rupture des négociations, était réelle et sérieuse, d'un montant plus important et comportant les garanties de faisabilité. La Cour a donc jugé que c'est fautivement que le vendeur avait rompu les négociations. Cet arrêt est donc particulièrement intéressant, dans la mesure où il donne une certaine force obligatoire aux engagements pré-contractuels pris par les parties et qu'il condamne la partie défaillante au paiement de dommages et intérêts pour culpa in contrahendo, et donc sur une base quasi-délictuelle⁶.

Dans une autre affaire soumise à la Cour, les parties en présence avaient négocié la vente d'un terrain. Les parties avaient signé un premier compromis venu à échéance et poursuivi ensuite les négociations pendant deux années en vue de conclure un nouveau contrat. Le vendeur avait ensuite rompu les négociations et vendu le terrain à un tiers. La Cour a débouté l'acheteur de sa demande en dommages et intérêts pour rupture des négociations, considérant qu'il ne pouvait pas être reproché au vendeur d'avoir, après plus d'un an et demi, mis fin à des négociations restées infructueuses et donner suite à une autre offre lui paraissant plus avantageuse⁷.

23. La partie victime d'une culpa in contrahendo peut solliciter la réparation de son dommage.

Dans les deux affaires commentées et soumises au tribunal, celui-ci a considéré que la partie lésée pouvait considérer que la perte des gains

⁵ Trib. Luxembourg, 15 mai 2008, n° 102925

⁶ Cour d'appel, 13 février 2008, Pas., 34, p. 155

⁷ Cour d'appel, 5 mars 2008, n° 19272

espérés du contrat ou la perte d'une chance de réaliser de tels gains étaient un élément de son dommage indemnisable.

C'est ainsi que dans le premier litige, le juge a condamné le théâtre luxembourgeois à payer au théâtre étranger le dommage qu'il avait subi du fait du retrait du spectacle. Pour le tribunal, le théâtre étranger pouvait donc prétendre à recevoir le montant de la recette que ce spectacle aurait pu apporté moins les frais engendrés par les représentations.

Dans le deuxième litige, le tribunal a considéré que, en ne continuant pas à négocier sérieusement avec l'acquéreur, le vendeur a privé ce dernier de la chance que le marché se réalise. Au vu des négociations, cette chance a été qualifiée de réelle et sérieuse. Le tribunal a alors considéré que la chance que le marché se réalise devait être évalué à 20 %, de sorte que l'acheteur pouvait prétendre au paiement de 20 % du bénéfice qui serait résulté pour lui de la réalisation du projet.

Cette solution n'est néanmoins pas celle qui est traditionnellement retenue, le dommage réparable en cas de rupture abusive des pourparlers étant limité aux frais occasionnés par la négociation avortée et les études préalables auxquelles la partie victime a fait procéder⁸.

Cette solution traditionnelle a d'ailleurs été expressément confirmée par la Cour dans les affaires précitées.

Dans la première d'entre elles, la Cour a jugé que c'est légitimement que le premier juge avait opté pour une conception restrictive du dommage réparable causé par la rupture fautive des pourparlers contractuels, en limitant le dommage réparable aux frais occasionnés par la négociation et par les études préalables auxquelles la victime de la rupture a fait procéder, excluant ainsi toute indemnisation de la perte de gains espérés du contrat avorté et de la perte d'une chance de réaliser de tels gains.

Dans l'autre espèce, la Cour avait également précisé, dans la partie de son arrêt où elle décrit les principes applicables à la matière que « *le préjudice dont la réparation est due sur le fondement d'une responsabilité délictuelle résulte des frais exposés, des possibilités sacrifiées, pour se mettre en mesure de s'engager* ».

⁸ G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p.366 et s., n° 436

§ 2. L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE D'INFORMATION

24. Si à l'origine on considérait que, sauf dans les cas spécialement prévus par la loi, une partie en négociation n'avait pas une obligation de renseigner son cocontractant, la jurisprudence a progressivement élaboré certaines théories visant à protéger de manière plus complète le consentement de la « partie faible » à un contrat.

La jurisprudence considère ainsi que le professionnel doit fournir en principe à ses clients toutes les informations nécessaires pour permettre à ceux-ci de se décider à acquérir le bien ou le service en connaissance de cause, et sans lesquelles ces derniers, soit n'auraient pas conclu le contrat, soit l'auraient conclu à des conditions différentes.

Le but de cette obligation d'information consiste à compenser l'inégalité de compétences des contractants. Une telle obligation existe en cas de déséquilibre des connaissances entre les parties, c'est-à-dire lorsque l'une d'entre elles ignore légitimement les informations qui lui étaient utiles et que l'autre les connaissait ou se devait de les connaître. Cette obligation d'information reconstitue l'équilibre que postule le principe de l'autonomie de la volonté.

Cette obligation est fondée sur les principes repris aux articles 1134 et 1135 du Code civil qui prévoient que les obligations s'exécutent de bonne foi et en respectant les usages⁹.

Pour la Cour, il est admis que tous les professionnels sont considérés comme tenus vis-à-vis de leurs clients de cette obligation, qui concerne des secteurs d'activités très larges comme les prestataires de services matériels, les professionnels de la vente, les constructeurs, les assureurs, les agents immobiliers, agents d'affaires, agences de voyage, les notaires, les avocats ou les banquiers¹⁰.

La jurisprudence luxembourgeoise considère que la preuve de l'exécution du devoir d'information incombe au professionnel¹¹. Comme il s'agit

⁹ Cour d'appel, 9 mai 2007, Pas., 33, p. 529 ; Cour d'appel, 23 mai 2001, DAOR, 2003, n° 66, p. 62 ; Trib. Luxembourg, 12 mars 2009, n° 107903, BJJ, 2009, p. 108 ; Trib. Luxembourg, 14 juin 2006, n° 95950, BJJ, 2007, p. 109 ; J.P. Luxembourg, 6 juillet 2005, BJJ, 2005, p. 180.

¹⁰ Cour d'appel, 18 décembre 2003, n° 25968. A. MOREL, E. OMES, « L'obligation d'information et de conseil du banquier », In Droit bancaire et financier au Luxembourg, V.2, éd. Larcier - ALJB (2004), p. 481 et s.

¹¹ Cour d'appel, 2 février 2011, n° 29968, BJJ, 2011, p. 8 ; Cour d'appel, 31 janvier 2007, n° 31646, BJJ, 2008, p. 39 ; Cour d'appel, 5 juillet 2006, n° 30289 et 30299 ; Cour d'appel, 18 décembre 2003, n° 25968 ; Cour d'appel, 20 novembre 2002, n° 24535, BJJ, 2003, p. 99.

de rapporter la preuve d'un fait juridique, celle-ci peut être rapportée par toutes voies de droit¹².

Ce droit à l'information ne permet néanmoins pas à la partie faible au contrat de se contenter d'un rôle passif. Elle doit solliciter l'information de la part du professionnel¹³.

Lorsque le futur cocontractant n'est pas un profane, le professionnel n'a pas à son égard une telle obligation précontractuelle d'information.

Mais la jurisprudence apporte néanmoins une nuance à ce principe. Si le client qui n'est pas un profane interroge néanmoins le professionnel sur certains points, le professionnel doit soit lui fournir une information exacte soit lui faire part de son incapacité de donner l'information demandée. A défaut, il engage sa responsabilité¹⁴.

Le préjudice qui est causé par le manquement par un professionnel à son obligation d'information consiste en une perte de chance pour le client de refuser de contracter ou de contracter à d'autres conditions et d'échapper ainsi aux conséquences dommageables de la situation.

Pour être indemnisé, le client doit donc apporter des éléments attestant que s'il avait été pleinement informé, il aurait agi autrement¹⁵.

25. La jurisprudence luxembourgeoise a eu l'occasion d'appliquer ces principes à différentes reprises.

Il a été jugé que si une personne se présente auprès d'un avocat pour faire contredire contre une ordonnance conditionnelle de paiement qui ne porte que sur un montant de 417,40 €, il est du devoir de l'avocat d'avertir le client que les honoraires risquent de dépasser considérablement l'enjeu du litige¹⁶.

De même, le médecin est tenu de donner au patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques afférents aux investigations et soins proposés et aux conséquences de l'intervention ou de l'acte projeté ou réalisé. Il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement. Il doit informer le patient de la possibilité d'un échec de l'intervention, ou des éventuelles complications postopératoires. Cette obligation d'information est à relativiser dans

¹² Trib. Luxembourg, 26 janvier 2007, n° 105914, BJJ, 2007, p. 59

¹³ Cour d'appel, 9 mai 2007, Pas. 33, p. 529 ; Cour d'appel, 23 mai 2001, DAOR, 2003, n° 66, p. 62 ; Trib. Luxembourg, 14 juin 2006, n° 95950, BJJ, 2007, p. 109 ; CSSF, Rapport d'activités, 2003, p. 140

¹⁴ Cour d'appel, 14 février 2007, n° 28388, BJJ, 2007, p. 67

¹⁵ Cour d'appel, 2 février 2011, n° 29968, BJJ, 2011, p. 8

¹⁶ J.P. Luxembourg, 6 juillet 2005, BJJ, 2005, p. 180

l'hypothèse où il y urgence, impossibilité ou danger imminent, ou encore en cas de refus du patient d'être informé. Le médecin qui doit, dans la nuit et en l'absence des parents, poser un cathéter ombilical veineux rendu nécessaire par l'épuisement du réseau veineux d'un enfant prématuré n'a pas une obligation préalable d'information des parents¹⁷.

Par contre, il a été jugé qu'il n'appartient pas au médecin de décider à la place de sa patiente des suites d'une grossesse. Son devoir primaire et obligatoire est de l'informer du risque que court l'enfant. La décision de vouloir interrompre la grossesse appartient aux parents. Par la violation de l'obligation d'information, les parents perdent la chance d'une décision éclairée de recours à l'interruption volontaire de grossesse et sont privés de toute possibilité morale de se préparer à la naissance d'un enfant handicapé¹⁸.

En matière de chirurgie esthétique, l'obligation d'information est plus étendue. Le spécialiste est tenu d'informer très exactement le patient et de le mettre en garde même contre les risques courants d'une intervention et de ses inconvénients. Cette information doit être claire, loyale et appropriée et doit être donnée sous une forme intelligible pour le patient. Lorsqu'il s'agit de l'injection d'un produit non résorbable, il appartient au médecin d'informer la patiente des risques potentiels d'un tel traitement, notamment du risque d'une réaction de rejet et d'apparitions d'abcès, et de pratiquer le cas échéant des tests d'allergie lorsque la patiente ne s'est jamais soumise à une injection de ce produit. Cette obligation à charge du médecin existe même si c'est le patient lui-même qui a requis l'emploi du produit¹⁹.

L'entrepreneur qui accepte de construire une pelle mécanique a envers son client une obligation d'information. Il ne pourra donc pas s'exonérer de sa responsabilité en invoquant s'être tenu aux plans et instructions remis par son client, puisque, professionnel en la matière, il était tenu d'informer le client sur les doutes et craintes qu'il avait en rapport avec l'efficacité de la pelle que le client lui demandait de construire et, le cas échéant, à refuser de la construire²⁰.

¹⁷ Cour d'appel, 14 décembre 2011, n°36338, BJJ, 2012, p. 223; cité au JurisNews – Droit civil & Procédure civile, 2012/1, p. 4; Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 461; Cour d'appel, 31 janvier 2007, n°31646, BJJ, 2008, p. 39; Cour d'appel, 24 janvier 2007, n° 29367, BJJ, 2007, p. 36; Cour d'appel, 20 novembre 2002, n° 24535, BJJ, 2003, p. 99

¹⁸ Cour d'appel, 6 avril 2011, Pas., 35, p. 609

¹⁹ Cour d'appel, 2 février 2011, JTL, 2012, p. 57; BJJ, 2011, p. 8

²⁰ Trib. Luxembourg, 12 mars 2009, n° 107903, BJJ, 2009, p. 108

L'entreprise de nettoyage ou la blanchisserie ont une obligation de renseignement et de conseil en vertu de laquelle elles doivent informer leur clientèle des risques éventuels liés à un traitement, de la mettre en garde contre un éventuel insuccès et, le cas échéant, de refuser la mission qui leur est confiée²¹.

Le banquier a également un tel devoir d'information à l'égard de celui qui postule l'octroi d'un crédit. Il a l'obligation de l'informer quant aux choix à opérer entre les différentes formes de crédits possibles, en le mettant en garde en cas de choix inadapté. L'étendue de cette obligation dépend de la nature de l'opération et de la qualité du client. Le client averti est généralement mieux placé que la banque pour apprécier sa propre rentabilité et ses facultés de remboursement. L'obligation d'information du banquier ne peut non plus aller jusqu'à la création dans le chef de la banque d'une obligation de substituer sa propre appréciation à celle du chef d'entreprise à propos de la gestion structurelle et financière du crédit, le dirigeant social étant normalement le mieux à même d'en apprécier le risque. Ce devoir de mise en garde n'implique en principe pas le devoir de refuser au client un crédit excessif. Pour pouvoir ainsi mettre en garde le crédit, le banquier doit s'informer sur ses capacités financières et tenir compte de sa situation actuelle comme de ses perspectives prévisibles. Le crédit doit pleinement coopérer en informant loyalement le banquier. Le banquier, tenu par un devoir de non-immixion, est en droit de se fier aux informations ainsi communiquées par le client²².

Une telle obligation existe également à charge du banquier qui offre un service d'investissement à son client, et qui reçoit de celui-ci des ordres de bourse qui pourraient avoir pour conséquence d'endetter le client, notamment à la suite d'un effet de levier lié au titre qui fait l'objet de l'ordre. La jurisprudence a jugé que l'endettement excessif d'un débiteur peut être source de préjudice. Une banque qui incite au surendettement ou qui ne justifie pas avoir mis en garde un investisseur sur l'importance de son endettement manque à son devoir de conseil et engage sa responsabilité. Le banquier doit donc faire preuve de prudence et refuser d'octroyer le concours sollicité dès lors qu'il apparaît que les charges en résultant sont excessives par rapport aux ressources du client. Pour que ce banquier aie une telle obligation, il faut que la situation du client soit compromise, au point que la banque aurait soit dû avertir son débiteur de l'importance de

²¹ Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n° 943/2011

²² Cour d'appel, 1 juillet 2009, Pas., 34, p. 652 ; Cour d'appel, 23 mai 2001, DAOR, 2003, n° 66, p. 62 ; Cour d'appel, 5 avril 2001, Codex, 2001/6, p. 178 ; Trib. Luxembourg, 13 novembre 2003, n° 71493

son découvert soit carrément refuser l'opération ordonnée par le client, au moment où les ordres d'achat de titres avaient été adressés à la banque²³.

Le banquier n'a, par contre, pas une telle obligation systématique d'information à l'égard de la personne qui se propose de s'engager en tant que caution afin de garantir les obligations du crédit. S'il est admis que, par application des principes généraux du droit des obligations, le créancier peut être tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de la caution, il revient à celui-ci de veiller à ses propres intérêts et de s'informer auprès de la personne dont il va garantir les engagements²⁴.

L'assureur doit informer le souscripteur d'une police d'assurance incendie de l'importance de la couverture à laquelle il doit souscrire et de la prime qu'il doit payer pour obtenir une telle couverture. Il doit également, en cas de réticence de l'assuré à prendre cette couverture, l'alerter sur les risques gravissimes qu'il court en se sous-assurant²⁵. Cette obligation d'information de l'assureur ne peut être étendue à des éléments que le cocontractant ne peut légitimement ignorer, la négligence de la victime de l'erreur rendant celle-ci inexcusable si la victime pouvait et devait s'informer. C'est ainsi que lorsque l'assuré est un professionnel du transport, disposant de plusieurs camions soumis à assurance, il est censé avoir des connaissances plus approfondies en la matière, respectivement prêter une plus grande attention aux conditions régissant les contrats d'assurance conclus. Il ne peut alors pas reprocher à l'assureur de ne pas l'avoir informé sur les risques liés à une sous-assurance²⁶.

La personne qui reprend le fond de commerce d'un restaurant, ne peut pas se contenter d'attendre de la brasserie avec laquelle elle conclut un contrat de fourniture, que celle-ci l'informe du nombre d'hectolitres de bière fixé dans le précédent contrat et vendu par le précédent exploitant. Il lui revenait de s'informer activement sur ce point et ne peut donc pas ensuite, lorsque son commerce a échoué, prétendre à une violation par la brasserie de son obligation d'information et de conseil²⁷.

L'agent immobilier, chargé de la vente ou de la location d'un bien, est tenu de renseigner son mandant sur les conditions du contrat qu'il projette de conclure. L'étendue de l'obligation d'information et de conseil dont l'agent immobilier est tenu, dépend de la complexité de l'opération. Elle

²³ Cour d'appel, 10 juin 2009, n° 33419, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 42

²⁴ Cour d'appel, 12 juin 2002, n° 25810 ; Cour d'appel, 20 mars 2002, DAOR, 2002, n° 64, p. 479 et note O. POELMANS ; Trib. Luxembourg, 1 juillet 2009, n° 116867

²⁵ Cour d'appel, 18 décembre 2003, n° 25968.

²⁶ Cour d'appel, 6 février 2003, n° 25061

²⁷ Cour d'appel, 9 mai 2007, Pas., 33, p. 529

porte sur les opérations que l'agent immobilier va être amené à effectuer en exécution du contrat de mandat ou d'entremise dont il est chargé. La clause du contrat d'agence immobilière, par laquelle cet agent se voit confier un mandat exclusif et irrévocable de vendre un appartement, et qui précise que la commission due à l'agent sera payable si la vente intervient avec un acheteur contacté par l'agence et cela même après la fin du mandat, est suffisamment claire et explicite pour être comprise par un profane. Mais si le client n'en comprend néanmoins pas la portée, il lui appartient de demander les explications nécessaires, soit à l'agent soit à un tiers²⁸.

26. Le professionnel peut se voir imposer une telle obligation d'information à l'égard de celui qui n'est pas son client.

C'est ainsi que la jurisprudence considère que le tiers professionnel intervenant dans l'acte de vente doit également informer l'acquéreur sous peine de voir sa responsabilité délictuelle engagée.

Ainsi l'agent immobilier du vendeur peut voir sa responsabilité engagée au cas où il n'a pas procédé à toutes les investigations utiles pour renseigner l'acheteur de l'immeuble vendu par son entremise.

La Cour en a décidé ainsi dans une espèce où l'agence immobilière avait confirmé à l'acheteur des informations inexactes reçues de la partie venderesse, comme si elle s'était effectivement livrée à des investigations sur la consistance des plafonds, alors que ceux-ci ne correspondaient pas aux caractéristiques promises²⁹.

27. La loi peut également prévoir qu'une personne a une obligation d'information à l'égard des personnes avec qui elle entre en relation afin de conclure un contrat.

C'est d'abord le cas pour les professionnels qui offrent des produits ou services aux consommateurs^{30 31}.

Le Code de la consommation prévoit une obligation générale d'information à charge du professionnel, et précise qu'avant la conclusion de tout contrat, le professionnel doit mettre, de façon claire et compréhensible, le

²⁸ Cour d'appel, 11 novembre 2009, Pas., 34, p. 671

²⁹ Cour d'appel, 4 juillet 2007, Pas., 34, p. 41 ; BJJ, 2008, p.41 ;

³⁰ Le professionnel est toute personne physique ou morale qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel. Le consommateur est toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (article L.010-1 (2) du Code de la consommation).

³¹ Voir J. BRUCHER, *La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire et financier : morceaux choisis quant à son évolution récente au Luxembourg*, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 49, p. 22 et s.

consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles des biens ou services qu'il propose (article L.1111-1 du Code de la consommation). Il doit aussi, par voie de marquage, étiquetage, affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur du prix des produits et des services qu'il offre (article L.1112-1 à L.1112-8 du Code de la consommation).

Lorsque le professionnel offre aux consommateurs de contracter à distance³², il doit en plus communiquer au consommateur, en temps utile avant la conclusion d'un contrat et de manière claire et compréhensible, son identité, l'adresse géographique à laquelle il est établi, les caractéristiques essentielles du bien ou service, le prix du bien ou du service, toutes taxes comprises ou, lorsqu'un prix exact ne peut être déterminé, la méthode de détermination du prix, permettant au consommateur de vérifier les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution et l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation (articles L.221-1 et L.221-2 du Code de la consommation)

Pour les contrats à distance hors service financier³³, le professionnel doit en plus informer préalablement le consommateur de l'adresse et du numéro de téléphone ou l'adresse électronique auxquels le consommateur peut adresser ses réclamations, les coordonnées de l'éventuel prestataire de service de certification auprès duquel il a obtenu un certificat, de la monnaie de facturation, des frais de livraison éventuels, de l'indication si les frais de renvoi sont à charge du consommateur en cas d'exercice du droit de rétractation, du mode de remboursement des sommes versées par le consommateur en cas de rétractation, des informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existantes, des conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an, du coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, de la durée de validité de l'offre ou du prix et de la durée minimale éventuelle du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service.

Pour les biens et services commercialisés par voie électronique qui ne sont pas soumis à un droit de rétractation, le consommateur doit être en

³² Il y a contrat à distance pour tout contrat concernant des biens ou des services conclus entre un professionnel et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le professionnel qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même (article L.222-1 (1) du Code de la consommation).

³³ Un contrat porte sur des services financiers lorsqu'il porte sur tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements (article L.222-1 (4) du Code de la consommation).

plus informé des caractéristiques du système d'exploitation ou de l'équipement nécessaire pour utiliser de manière efficace le produit ou le service commandé et le temps approximatif et le coût du téléchargement éventuel d'un produit ou d'un service, et le cas échéant les modalités et conditions du contrat de licence (article L.222-3 du Code de la consommation).

Lorsque le contrat à distance porte sur des services financiers hors assurances, les professionnels se voient encore imposer des informations précontractuelles supplémentaires (articles L.222-14 à 222-17 du Code de la consommation).

Les professionnels qui offrent aux consommateurs des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme, des contrats de revente et d'échange, des crédits à la consommation ou des contrats de voyage à forfait sont obligés de leur fournir des informations précontractuelles particulières (articles L.221-1, L.221-2, L.223-4, L.223-5, L.224-6 à 224-9 R.225-2 du Code de la consommation).

Les producteurs³⁴ de produits destinés aux consommateurs doivent fournir aux consommateurs les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents au produit pendant sa durée d'utilisation normale, lorsque ceux-ci ne sont pas immédiatement perceptibles sans un avertissement adéquat, et de s'en prémunir. Le producteur doit également indiquer, sur le produit ou son emballage, son identité et ses coordonnées ainsi que la référence du produit ou du lot de produits auquel il appartient (article 4 (1) de la loi du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits).

28. D'autres législations particulières prévoient également une telle obligation d'information à charge de certains professionnels et cela même si le cocontractant n'est pas un consommateur.

C'est ainsi que l'assureur doit, avant la conclusion du contrat d'assurance, communiquer par écrit au preneur d'assurance des informations sur sa situation (raison sociale, forme juridique, le nom de l'Etat membre où est établi son siège social, son adresse ...), ainsi que des informations concernant l'entreprise avec qui le preneur a des relations commerciales, les coordonnées des autorités de surveillance compétentes, la définition de chaque garantie et option ainsi que toute limitation ou exclusion apportées à ces

³⁴ Ce producteur est le fabricant établi dans l'Union européenne, celui qui se présente comme tel, celui qui procède au reconditionnement d'un tel produit, le représentant du fabricant non-établi dans l'Union européenne, ou en l'absence l'importateur d'un tel produit, et les autres professionnels de la chaîne de commercialisation, dans la mesure où leurs activités peuvent affecter les caractéristiques de sécurité d'un tel produit (article 2.5. de la loi du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits). Voyez M. PIERRAT, *La sécurité du consommateur – rapport luxembourgeois*, Ann. Dr. Lux., 2009, n° 19, p. 237

garanties, la durée du contrat, les modalités d'exercice du droit de résiliation, l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation et ses modalités, les modalités et la durée de versement des primes, les informations sur tous les frais accessoires et les taxes occasionnés par la conclusion du contrat, les informations sur les primes relatives à chaque garantie, la loi applicable au contrat, la juridiction compétente pour connaître des litiges, les dispositions relatives à l'examen des réclamations, y compris, le cas échéant, l'existence ou l'absence d'une instance chargée d'examiner les réclamations et les modalités d'accès à cette dernière, la langue dans laquelle sont communiquées les conditions générales et spéciales et dans laquelle les parties vont communiquer pendant la durée du contrat, toute limitation de la durée pendant laquelle les informations fournies sont valables, le cas échéant, une notification indiquant que le contrat d'assurance est lié à des instruments qui impliquent des risques particuliers. Pour l'assurance-vie, l'assureur doit en plus informer le preneur sur les modalités de calcul et d'attribution des participations aux bénéficiaires, les indications des valeurs de rachat et de réduction et la nature des garanties y afférentes, une énumération des valeurs de référence utilisées (unités de compte) dans les contrats à capital variable, des indications sur la nature des actifs représentatifs des contrats à capital variable, des indications générales relatives au régime fiscal applicable au type de police (article 10 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance)³⁵.

Lorsque le contrat d'assurance est conclu à distance, l'assureur se voit encore imposer la communication d'informations précontractuelles supplémentaires (article 62-2 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance et article 62-6 de cette loi lorsque le contrat est conclu par voie électronique).

De même, les établissements de crédit et entreprises d'investissement qui offrent des services d'investissements à leurs clients et prospects, doivent leur communiquer au préalable des informations appropriées sous une forme compréhensible, sur leur établissement et ses services, les instruments financiers et les stratégies d'investissement proposées, ce qui doit inclure des orientations et des avertissements appropriés sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments ou à certaines stratégies d'investissement et les systèmes d'exécution et les coûts et frais liés, pour permettre raisonnablement aux clients de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les

³⁵ Voyez R. BISENIUS, *L'assurance du particulier – assurances de dommages*, T.1, éd Promoculture (2010), p. 51, n° 3.1.4.

risques y afférents et, par conséquent, de prendre des décisions en matière d'investissement en connaissance de cause (article 37-3 (3) de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier)³⁶.

Le prestataire de services de la société de l'information, qui fournit un service à distance par voie électronique, doit permettre aux destinataires des services et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent à son nom, son adresse, les coordonnées permettant de le contacter rapidement et de communiquer directement et effectivement avec lui, y compris son adresse de courrier électronique, son numéro d'immatriculation au registre de commerce, son numéro d'identification à la TVA, l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité ainsi que les coordonnées de l'autorité ayant donné cette autorisation, ses éventuels titres professionnels, ainsi que les éventuelles références de l'ordre professionnel auquel il adhère ainsi qu'une référence aux règles professionnelles applicables et aux moyens d'y avoir accès (article 5 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique). Dans une espèce, le tribunal a d'abord rappelé que cette obligation d'information imposait au prestataire que les autorités compétentes, qui ne concluent d'ailleurs pas de contrat avec ce prestataire, aient également accès à ces informations. Il a également jugé que l'indication par le prestataire du seul prix mensuel, sans précision relative au montant total de l'abonnement, ni à l'obligation au paiement du montant total en une seule fois dès le premier mois, ne répondait pas au souci de mettre à la disposition des destinataires des informations claires, précises et non équivoques³⁷.

Le prestataire de services de la société de l'information, qui fournit un service à distance par voie électronique, doit également, sauf convention contraire entre professionnels, fournir au destinataire du service, avant que celui-ci ne passe commande, de manière claire, compréhensible et non équivoque, les informations portant sur les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, l'archivage ou non du contrat par le prestataire une fois celui-ci conclu et son accessibilité, les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée, les langues proposées pour la conclusion du contrat, les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis, les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique. Il doit également communiquer impérativement à tous ses cocontractants les clauses particulières et les conditions générales

³⁶ Voyez P. BOURIN, *La gestion de portefeuille*, éd. Anthémis (2009), p. 92 et s.

³⁷ Trib. Luxembourg, (Prés.), 23 décembre 2009, n°1626/09

de la convention de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire (article 51 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique)³⁸.

29. Certaines législations prévoient une obligation d'information précontractuelle à charge du client qui sollicite l'intervention d'un professionnel.

C'est ainsi que l'article 11 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance impose une obligation d'information à charge du preneur d'assurance. Il doit déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque³⁹.

Toute réticence de la part du preneur d'assurance ou de l'assuré, même sans mauvaise foi, rend l'assurance nulle lorsqu'elle diminue l'opinion du risque ou en change le sujet de telle sorte que l'assureur, s'il en avait eu connaissance, n'aurait pas contracté aux mêmes conditions. Il importe peu que le risque omis ou dénaturé par l'assuré ait été sans influence sur le sinistre ni que l'assuré ait été de bonne ou de mauvaise foi⁴⁰.

L'assuré ne doit néanmoins pas informer l'assureur des éléments qui sont déjà connus de lui.

De même, on ne peut considérer qu'il y a eu réticence dans le chef de l'assuré sans rechercher si les circonstances non déclarées étaient légitimement ignorées de l'assureur ou non⁴¹.

C'est à l'assureur qu'il incombe de prouver que l'élément sur lequel il n'a pas été informé était un facteur d'appréciation du risque, que le preneur pouvait raisonnablement le considérer comme tel et que le preneur en avait connaissance. C'est également à l'assureur qu'il incombe d'établir le caractère intentionnel du manquement ou du fait que l'assuré était bien atteint de l'affection au moment de la conclusion du contrat⁴². Lorsque l'assureur ajoute sur la demande d'assurance un questionnaire détaillé sur l'existence éventuelle de maladies, souffrances ou séquelles d'accident, cela démontre à suffisance que ces éléments étaient nécessaires pour déterminer l'opinion du risque au moment de la conclusion du contrat.

³⁸ Voyez A. PRUM, Y. POUILLET, E. MONTERO, *Le commerce électronique en droit luxembourgeois*, éd. Larcier (2005), p. 127 et s., n° 114 à 132 et p. 445 et s., n° 497 à 520.

³⁹ Voyez R. BISENIUS, *L'assurance du particulier – assurances de dommages*, T.1, éd Promoculture (2010), p. 53 et s., n° 3.2.

⁴⁰ Cour d'appel, 4 avril 2003, Pas. 32, p. 272 ; BJJ, 2003, p. 88

⁴¹ Cass., 6 avril 2006, Pas., 33, p. 224 ; Cour d'appel, 28 février 2007, Pas., 33, p. 404.

⁴² Trib. Luxembourg, 8 mai 2003, n° 71532 ; Trib. Luxembourg, 25 avril 2002, n° 68690

§ 3. LES AVANT-CONTRAT ET CONTRATS PRÉPARATOIRES

30. Avant qu'il n'y ait conclusion d'un contrat définitif, il se peut également que les parties concluent des contrats préparatoires, tels un contrat de négociation ou un contrat partiel⁴³.

Le contrat de négociation ou accord de principe est un contrat par lequel les parties fixent le déroulement et les conséquences des négociations. Elles s'obligent à engager ou à poursuivre de bonne foi la négociation des conditions du futur contrat, elles prévoient la confidentialité des échanges d'informations, elles établissent un calendrier des discussions, elles s'accordent sur le caractère exclusif des négociations... .

Un tel accord peut aussi fixer par écrit les points sur lesquels les parties sont déjà tombées d'accord en cours des négociations et organise la suite des pourparlers.

Le contrat partiel est une convention par laquelle les parties s'accordent sur certains éléments du contrat complexe qu'elles négocient. La portée juridique de ce contrat partiel dépend de la volonté des parties. Celles-ci peuvent n'avoir voulu s'engager que pour autant que sera obtenu un accord complet. Le contrat partiel sera par contre assimilé au contrat définitif lorsque l'accord porte sur les éléments essentiels du contrat et que seul le soin de régler les éléments accessoires est renvoyé à de futures négociations.

§ 4. LES ENGAGEMENTS DE CONTRACTER

31. la suite de ces pourparlers, les parties peuvent convenir qu'une partie va s'engager à l'égard de l'autre, en lui accordant certains droits qui vont potentiellement déboucher ensuite sur la conclusion d'un contrat entre elles.

Le pacte de préférence est ainsi un contrat par lequel une personne s'engage envers une autre, qui accepte, à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé, sans lui avoir au préalable proposé de conclure le contrat aux mêmes conditions avec elle.

Pour qu'un tel contrat soit valable, il faut uniquement que l'objet du futur contrat soit défini. Il ne faut pas encore que les conditions de cette future convention soient d'ores et déjà déterminées.

⁴³ Cour d'appel, 6 juillet 2011, n° 36593, BJJ, 2012, p. 139 ; Trib. Luxembourg, 15 mai 2008, n° 102925

La Cour l'a confirmé dans une espèce dans laquelle une partie contestait avoir conclu un tel pacte de préférence. En l'espèce, un acte prévoyait qu'une partie concédait à l'autre partie un droit de préemption irrévocable et exclusif sur des immeubles précisés dans ledit écrit. Aucun prix de vente, ni aucune précision permettant aux parties de déterminer à l'avance dans quelles conditions le droit de préférence serait appelé à jouer n'était prévu au contrat. La Cour a considéré que la préemption se définissait comme une convention par laquelle le propriétaire d'un bien s'engage, pour le cas où il vendrait la chose à un tiers, à donner la préférence à une personne déterminée, pourvu que ce dernier paye le même prix que le tiers. Il en résulte que l'indication d'un prix ne s'impose pas lors de l'octroi du droit de préemption pour que le pacte de préférence soit valable⁴⁴.

Lorsque la partie qui s'est engagée souhaite conclure le contrat, elle doit faire une offre au bénéficiaire du pacte (souvent selon des modalités définies dans le pacte), qui devra encore l'accepter pour que le contrat soit formé. Si le bénéficiaire du pacte n'accepte pas cette offre, la partie qui s'est engagée sera libérée de son engagement et pourra conclure avec un tiers.

Si la partie qui s'est engagée ne respecte pas le pacte, le bénéficiaire du pacte pourra demander au juge l'annulation du contrat conclu en violation de ses droits, à condition qu'il démontre que le tiers qui a contracté connaissait le pacte et son intention d'exercer ses droits de bénéficiaire. Il pourra également, selon nous, en demander l'exécution forcée en nature, et donc éventuellement s'entendre déclarer titulaire du droit qui lui avait été promis.

Des lois particulières offrent également le droit à certaines personnes de contracter par priorité (infra point 127).

32. La forme la plus aboutie de ces engagements de contracter est la promesse de contrat, par laquelle une partie s'engage définitivement envers une autre à conclure avec elle un contrat, dont tous les éléments sont déterminés, si cette autre partie en manifeste le désir dans le futur.

On est alors en présence d'une promesse unilatérale de contracter, aussi appelée option de contracter.

La promesse de contracter est en soi une convention unilatérale, qui fait naître dans le chef de son bénéficiaire une option.

Le seul article du Code civil qui fait référence à la promesse de contrat est l'article 1589 Code civil, qui concerne la promesse de vente. La conven-

⁴⁴ Cour d'appel, 13 décembre 2006, n° 30474, BJJ, 2007, p. 43

tion par laquelle une personne s'engage à vendre à une autre, à un prix fixé, un terrain en tant que terrain à bâtir sous réserve d'obtenir les autorisations nécessaires à cette fin est une promesse unilatérale de vente⁴⁵.

On considère cependant qu'une partie peut s'engager par une promesse pour la conclusion d'autres conventions.

La jurisprudence a ainsi considéré que l'ouverture de crédit constitue une promesse de crédit par laquelle le banquier s'engage à consentir une opération de crédit déterminée. Le client crédité bénéficie d'une option, dont la levée lui permet d'obtenir le crédit promis⁴⁶.

Les plans de stock options mis en place par certains employeurs au profit de leurs dirigeants et salariés sont, en droit luxembourgeois, une application de la promesse de contracter. La société s'engage ainsi unilatéralement envers des bénéficiaires, sans qu'il y ait de leur part un quelconque engagement et l'option est irrévocable une fois qu'elle est consentie par la société⁴⁷.

33. Par l'effet de la promesse de contracter, le promettant s'engage d'ores et déjà à contracter, tandis que le bénéficiaire dispose de la faculté d'accepter ou de ne pas accepter ultérieurement d'entrer dans les liens du contrat.

La promesse crée donc seulement un droit personnel à l'encontre du promettant sans entraîner les effets du contrat promis (tel le transfert de propriété pour une promesse de vente).

Par contre l'engagement du promettant est définitif au jour de la promesse. C'est à cette date que la validité de l'engagement de contracter du promettant doit s'apprécier et qu'il doit donc avoir la capacité et le droit de contracter.

Lorsque la promesse ne mentionne pas de date d'échéance, elle est à durée indéterminée.

Lors de la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse, le contrat va être conclu, avec tous ses effets juridiques. Le bénéficiaire pourra ainsi demander au juge d'obtenir l'exécution forcée du contrat⁴⁸.

Dans une espèce, la Cour avait considéré que l'accord des parties ne comportait pas seulement l'obligation de négocier un contrat de construc-

⁴⁵ Cour d'appel, 27 juin 2007, Pas., 33, p. 566

⁴⁶ Cour d'appel, 23 mai 2001, DAOR, 2003, n° 66, p. 62 ; Trib. Luxembourg, 9 octobre 2007, n° 109429, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 29

⁴⁷ F. BROUXEL & csrts, « Les options de souscription ou d'achat d'actions: un aperçu du droit luxembourgeois », JurisNews - Regard sur le Droit des Sociétés, 2010/1, p. 89 et s.

⁴⁸ Cour d'appel, 27 juin 2007, Pas., 33, p. 566 ; Trib. Luxembourg, 16 mai 2002, n° 423/2002

tion pour aboutir éventuellement au contrat définitif envisagé, mais qu'il renfermait au-delà de l'obligation de négocier, l'engagement ferme des parties de conclure ce contrat. L'accord conclu entre parties constituait partant une promesse synallagmatique de conclure un contrat de construction. Cette promesse synallagmatique de contrat avait cependant ceci de particulier qu'elle n'avait pas pour objet un contrat d'ores et déjà déterminé dans tous ses éléments. Elle ne valait donc pas encore contrat de construction puisque ni l'objet ni le prix ne sont suffisamment déterminés. La promesse ne donne pas naissance à l'obligation de construire telle maison déterminée ni à une obligation corrélative d'en payer le prix, mais à une obligation de faire dont l'inexécution se résoudra en dommages et intérêts. Cette obligation de faire consiste en l'espèce en l'obligation pour le promettant de choisir parmi les types de maisons offerts par l'entrepreneur celle qu'il entendait faire construire, sinon de présenter un plan de construction individualisé à l'entrepreneur et de passer commande pour la construction. Accessoirement, l'obligation de faire comportait aussi une obligation de négocier dans la mesure où une négociation est requise pour fixer l'ensemble des éléments du contrat d'entreprise définitif. Comme l'obligation de faire assumée par l'intimé comporte l'engagement contraignant de conclure un contrat de construction, mais renferme aussi accessoirement une obligation de négocier qui n'est jamais dépourvue de tout aléa, il y a lieu de la qualifier d'obligation de résultat allégée en ce sens que l'intimé débiteur doit, pour s'exonérer de sa responsabilité en cas d'inexécution, prouver qu'une négociation était requise pour fixer définitivement tous les éléments du contrat de construction et que l'échec de cette négociation n'était pas dû à sa faute. En l'espèce, la Cour a constaté que le promettant n'avait pas exécuté cette obligation de faire. Nonobstant divers rappels et tentatives d'arrangement proposées par l'entrepreneur, restés sans réponse, et finalement une mise en demeure, le promettant n'a jamais passé commande à l'entrepreneur, ni pour la maison dont il lui avait soumis les plans ni pour une quelconque autre maison offerte par elle, sans fournir la moindre explication quant à son changement d'avis. En outre, le promettant a refusé toute négociation. Comme le promettant n'a pas exécuté son obligation et n'avait, de surcroît, pas été à même de justifier sa défaillance par la preuve d'une absence de faute, il a engagé sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'entrepreneur qu'il a été condamné à indemniser du préjudice subi⁴⁹.

⁴⁹ Cour d'appel, 6 juillet 2011, n°36593, BJJ, 2012, p. 140

34. Pour que l'on soit en présence d'une promesse de contracter, il faut que cette promesse ait un caractère unilatéral.

Lorsque la promesse est synallagmatique, on considérera généralement ne plus être en présence d'une option mais bien d'une convention entièrement et valablement formée.

La Cour l'a confirmé dans une espèce où les deux parties avaient signé un compromis de vente. Elle rappelle que dans la vente le transfert de propriété s'effectue dès le moment de la double promesse, sauf si une intention contraire est formellement exprimée par les parties. Cette volonté de reculer dans l'avenir la réalisation de la promesse de vente ne saurait d'ailleurs résulter de l'apposition d'un terme. En effet, si la promesse synallagmatique de vente vaut vente, la promesse synallagmatique de vente à terme vaut vente à terme. Et dans la vente à terme, la formation du contrat et le transfert de propriété ne sont pas différés. Ce qui est renvoyé à l'échéance du terme, c'est la tradition de la chose ou le versement du prix⁵⁰.

Dans une autre affaire le tribunal d'arrondissement de Luxembourg précisait que la disposition de l'article 1589 du Code civil n'est que supplétive et qu'il était permis aux parties de l'écarter, en concluant une promesse synallagmatique de vente, véritable contrat préparatoire de la vente proprement dite, soumise quant à sa validité, par exemple, à la conclusion d'un acte authentique, érigeant ainsi cette formalité en élément constitutif de la vente. Lorsque la promesse synallagmatique est ainsi un avant-contrat, elle produit des effets spécifiques, distincts de ceux de la vente. Aux termes de la promesse, les parties s'engagent à accomplir les formalités nécessaires à la conclusion de la vente (démarches, demandes d'autorisation, participation à l'acte authentique, etc.). Le refus d'exécution des obligations nées de la promesse sera alors sanctionné par la mise en cause de la responsabilité contractuelle du promettant. Dans le cas d'espèce, le tribunal a jugé qu'il résultait des éléments qui lui étaient soumis que la vente n'avait pas été définitivement conclue à la signature du compromis - la promesse synallagmatique de vente ne valant donc pas vente en l'occurrence - mais que la formation effective du contrat de vente était soumise à la signature d'un acte authentique de vente. Il a, par ailleurs, constaté que les deux parties étaient en défaut d'exécuter leurs obligations résultant de la promesse de contracter, à savoir d'accomplir les formalités nécessaires à la conclusion de la vente authentique du bien dans les délais convenus. Le Tribunal a donc rejeté les demandes en indemnisation faites de part et d'autre, dans la mesure où la non-réalisation de l'acte authentique était imputable

⁵⁰ Cour d'appel, 15 mai 2002, n° 25788

à leur absence conjointe de diligence pour en assurer la signature. Il a également déclaré non-fondée la demande en résolution de la vente entre parties, d'abord car la promesse de vente ne valait pas vente en l'espèce, et ensuite parce que la promesse de contracter étant devenue caduque par le fait que l'acte authentique de vente n'a pas été signé dans les délais, il n'y a jamais eu vente parfaite entre parties⁵¹.

⁵¹ Trib. Luxembourg, 29 avril 2004, n° 85531

SECTION 2. LE PRINCIPE DE CONSENSUALISME

§ 1. LE PRINCIPE

35. En application du principe de consensualisme, un contrat est entièrement et valablement formé par le seul échange des consentements des parties. Les parties ne doivent donc pas, en plus, respecter certaines formes particulières pour être contractuellement engagées⁵².

Le contrat d'assurance constitue ainsi un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des volontés entre l'assureur et l'assuré⁵³.

Le cautionnement est également un contrat consensuel qui ne nécessite aucun écrit entre la caution et le créancier pour sortir ses effets, et le fait que l'article 2015 du Code civil précise que le cautionnement doit être exprès n'en fait pas un contrat solennel⁵⁴.

Le bail –et le bail commercial– sont des contrats consensuels. Aucune forme n'est requise pour leur validité. Conformément au droit commun, on peut louer par écrit ou verbalement, ou même tacitement. La mise à disposition d'un immeuble, moyennant le paiement régulier d'une somme d'argent, caractérise l'existence d'un contrat de bail⁵⁵.

La vente d'une voiture est un contrat consensuel qui est formé dès que l'offre d'achat a été acceptée par le vendeur, sans que cette acceptation ne soit soumise à une quelconque forme⁵⁶.

Le contrat de compte en banque est un contrat consensuel qui peut faire l'objet d'un écrit, ce qui est généralement le cas, mais pas obligatoirement⁵⁷.

⁵² Cour d'appel, 27 avril 2005, Pas. 33, p. 70 ; Trib. Luxembourg, 7 mars 2007, n° 102925

⁵³ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 458 ; Trib. Luxembourg, 1 février 2008, n° 105952, BJJ, 2008, p. 94

⁵⁴ Trib. Luxembourg, 16 mai 2007, n° 103930, BJJ, 2007, p. 183

⁵⁵ Trib. Luxembourg, 21 décembre 2007, n° 11396, BJJ, 2008, p. 44 ; Trib. Luxembourg, 9 juin 2006, n° 100270, BJJ, 2007, p. 29

⁵⁶ Cour d'appel, 27 avril 2005, Pas. 33, p. 70

⁵⁷ Cour d'appel, 2 mai 2001, n° 24235

La validité d'un partage n'est pas subordonnée à la rédaction d'un écrit signé des parties, ni a fortiori à la rédaction d'un acte authentique. La preuve d'un partage verbal est soumise aux règles de droit commun régissant la preuve des conventions⁵⁸.

La cession de parts sociales d'une S.à.r.l. est un contrat consensuel, dont l'écrit n'est pas une condition de validité. Entre les parties à la cession, un accord de volonté sur les parts cédées et sur le prix suffit, et peut résulter d'un simple échange de courrier, et cela nonobstant le fait que l'article 190 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoit qu'une telle cession doit être constatée par un acte authentique ou un acte sous seing privé. Le caractère consensuel de la cession n'exonère pas les parties à la cession de leur obligation d'obtenir l'agrément de l'assemblée générale des associés, en application de l'article 189 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, et cela sous peine de nullité de la cession⁵⁹.

Le contrat d'architecte est un contrat consensuel, qui n'exige aucune forme spéciale quant à sa validité. Ce caractère consensuel n'est pas remis en cause par les dispositions du Règlement Grand-ducal du 17 juin 1992 déterminant la déontologie des architectes et des industriels, ni par le contrat-type de l'Ordre des architectes et des ingénieurs conseils, qui prévoient que le contrat doit être rédigé par écrit⁶⁰.

Le contrat de transaction est également un contrat consensuel, nonobstant le fait que l'article 2044 du Code civil précise que ce contrat doit être rédigé par écrit⁶¹.

Le mandat de gestion de portefeuille est un contrat consensuel, qui se forme par la seule volonté conjuguée des parties⁶².

36. En application du principe de consensualisme, le juge va considérer que le contrat est formé dès que les parties sont tombées d'accord sur les éléments essentiels du contrat.

Il existe d'abord des éléments objectivement essentiels, qui sont constitués par les prestations qui se servent mutuellement de contrepartie. Il y a ensuite les éléments tenus pour essentiel par l'une des parties, une partie pouvant toujours subordonner son accord à un élément

⁵⁸ Cour d'appel, 16 mai 2007, Pas., 34, p. 23

⁵⁹ Trib. Luxembourg, 14 juillet 2009, n° 74776, 74777, 74894, 74934, 75219, 75211, 80337

⁶⁰ Cour d'appel, 5 juillet 2009, n° 33003, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2010/5, p. 115-116

⁶¹ Trib. Diekirch, 22 juin 2010, n° 15197

⁶² Cour d'appel, 4 mai 2011, n° 34552, BJJ, 2011, p. 102 ; Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 82

généralement accessoire, mais qu'elle tient dans le cas particulier pour essentiel⁶³.

Le tribunal a justement appliqué ce principe dans une espèce où il résultait du compromis de vente que la vente portait sur un appartement avec jardin et cave pour le prix de 210.000 €. En signant le compromis de vente indiquant tant la chose à vendre que le prix, l'acheteur avait donc marqué son accord sur la vente⁶⁴.

Dans d'autres litiges, une des parties contestait avoir accepté de transiger. Afin de vérifier si une telle transaction avait été convenue, les juridictions ont examiné si les parties avaient accepté de faire des concessions réciproques afin de mettre un terme à un litige.

La Cour a jugé que de telles concessions étaient avérées lorsque le salarié licencié avait renoncé à toute action à l'encontre de son ancien employeur, tandis que l'employeur renonçait de son côté à toute action qu'il pouvait avoir contre son salarié, notamment à celle de le licencier avec effet immédiat et de lui demander des dommages-intérêts en relation avec les fautes qu'il lui reprochait, et s'engageait à verser au salarié son salaire complet jusqu'à la fin du préavis, même dans l'hypothèse où le salarié trouverait un nouvel emploi avant la fin du préavis⁶⁵.

Dans une autre affaire le tribunal a constaté qu'il y avait litige au moment de la conclusion de la transaction entre les parties sur le nombre d'heures prestées de part et d'autre et que chaque partie avait fait des concessions, une partie en acceptant de facturer moins d'heures que revendiquées et l'autre partie en payant plus d'heures qu'initialement acceptées et en abandonnant ses prétentions relatives aux heures prestées pour compte de la première partie. L'intention des parties de mettre fin à tout litige résultait des termes mêmes de l'écrit, en ce que les parties avaient arrêté un chiffre qui était encore à payer. Le tribunal a donc jugé que le consentement des parties à conclure une transaction était prouvé en l'espèce⁶⁶.

A l'inverse, dans une autre espèce, le tribunal a constaté que, s'il était vrai que dans la lettre invoquée à titre de transaction une partie avait renoncé à l'indemnité de procédure initialement réclamée, elle demandait le paiement d'intérêts à un taux de 10% sur le montant total, y compris la clause pénale. Or, cette exigence était supérieure à ce qui lui était

⁶³ Trib. Luxembourg, 7 mars 2007, rôle n° 102925

⁶⁴ Trib. Luxembourg, 18 mai 2007, n° 102112, BJJ, 2007, p. 125, également Cour d'appel, 14 octobre 1998, Pas., 30, p. 499

⁶⁵ Cour d'appel, 6 décembre 2007, Pas. 34, p. 75

⁶⁶ Trib. Luxembourg, 11 juillet 2007, n° 105395, BJJ, 2007, p. 179

dû en vertu des conditions générales liant les parties. Le tribunal en a déduit qu'aucune transaction n'avait donc été conclue car une des parties à l'accord n'avait pas fait de concession pour mettre fin au litige et que les parties n'étaient donc pas tombées d'accord sur un élément essentiels du contrat de transaction⁶⁷.

Dans l'affaire précitée opposant deux théâtres à propos de la représentation à Luxembourg d'une pièce, le tribunal et la Cour ont constaté que les parties n'avaient pas conclu de contrat au moment de la naissance de leur différend. D'abord car, à ce moment, aucun accord n'existait quant au lieu où devait se dérouler le spectacle, alors que le choix de la salle est un élément essentiel pour la formation d'un contrat relatif à un spectacle. Ensuite parce que les parties n'étaient pas non plus parvenues à un accord définitif quant au prix à verser au théâtre qui devait accueillir le spectacle⁶⁸.

La Cour d'appel a également rappelé que l'assuré pouvait prouver l'existence d'un contrat d'assurance, en démontrant qu'il y avait accord reprenant le nom de l'assuré, le numéro de la police, l'objet et la nature de la garantie, la nature du risque, les modalités de paiement de la prime, la date de la prise d'effet et la durée du contrat⁶⁹.

Pour la Cour, la preuve de l'ouverture de compte peut se confondre avec la preuve de l'opération qui a marqué le début de son fonctionnement. Elle a ajouté que si la banque avait des doutes quant à l'honorabilité du client, justifiant de la non-ouverture d'un compte à son nom, elle n'aurait certainement pas reçu et accepté sans protestation l'avis d'une autre banque concernant l'entrée des fonds, mais aurait de suite informé le client de la non-ouverture du compte en ses livres⁷⁰.

On peut néanmoins se demander si le contrat de compte n'est pas devenu, au fil des législations, un véritable contrat solennel. Déjà la Circulaire IML 94/112 relative à la lutte contre le blanchiment et la prévention de l'utilisation du secteur financier à des fins de blanchiment prévoyait que l'ouverture de compte devait se faire sur un formulaire de la banque, dûment et lisiblement complété, daté et signé par le client. Les normes législatives plus récentes prévoient l'obligation pour le banquier qui entre en relation avec un client d'établir un dossier complet. La banque doit conserver la documentation relative à l'identification d'un client. Cette documentation comprend la demande d'ouverture de compte signée et

⁶⁷ Trib. Luxembourg, 4 février 2005, n° 86013, BJJ, 2005, p. 168

⁶⁸ Trib. Luxembourg, 24 janvier 2002, n° 68830, BJJ, 2004, p. 119 confirmé par Cour d'appel, 11 juin 2003, n° 26817

⁶⁹ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 458

⁷⁰ Cour d'appel, 2 mai 2001, n° 24235

datée par le client, reprenant ses nom et prénom, sa date de naissance, son adresse exacte, sa profession ainsi que le numéro et la date de son document d'identité officiel, le cas échéant, la copie du document d'identité officiel requis pour l'identification et la documentation relative à l'identification des bénéficiaires effectifs (article 3(6) de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme et point 37 de la Circulaire CSSF 08/387 concernant la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et la prévention de l'utilisation du secteur financier à des fins de blanchiment et de financement du terrorisme). Les banques qui fournissent pour la première fois un service d'investissement, autre qu'un conseil en investissement, à un nouveau client particulier doivent conclure avec le client par écrit un contrat de base, sur papier ou sur un autre support durable, énonçant les droits et obligations fondamentaux des parties (article 45 du Règlement Grand-Ducal du 13 juillet 2007 relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier). Le banquier doit aussi constituer un dossier incluant les documents approuvés par les parties, où sont énoncés les droits et les obligations des parties ainsi que les autres conditions auxquelles le banquier fournit des services au client (article 37-3(7) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier). La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si l'absence de tels écrits devait être sanctionnée par la nullité de la convention –ce qui ferait du contrat un contrat solennel- ou aurait pour « seule » conséquence la mise en cause de la responsabilité de la banque^{71 72}.

⁷¹ Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, la jurisprudence avait considéré que l'article 37 (ancien) de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier –qui reprenait les règles de conduite du secteur financier- n'avait pas pour effet de prohiber les conventions limitatives de responsabilité et d'entraîner leur nullité. La Cour a jugé que les règles de conduite sont des règles relatives à la surveillance prudentielle des professionnels du secteur financier qui ne peuvent fonder l'annulation d'une clause contractuelle qui ne respecterait pas une règle de conduite, « à défaut d'avoir été spécialement prévu par un texte » – Cour d'appel, 22 avril 2009, n° 32760, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 38 ; Cour d'appel, 13 février 2008, n° 32019, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 19 ; Cour d'appel, 29 juin 2006, n° 29293, cité au Dr. Banc. Fin. (B), 2007, p. 440 confirmant Trib. Luxembourg, 22 juin 2004, cité au Dr. Banc. Fin. (B), 2005, p. 267 ; Trib. Luxembourg, 30 juin 2011, n° 126438, BJJ, 2012, p. 91. Dans un jugement du 2 juillet 2009 (n° 120558), le tribunal d'arrondissement a confirmé l'application de cette jurisprudence en cas de non-respect par le banquier de l'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, respectivement les règles de conduite intégrées dans la loi sur le secteur financier par loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers.

⁷² Pour M. Bourin, les exigences de formalisme prévues par la loi ne font pas du contrat de gestion de portefeuille un contrat solennel, la forme écrite étant imposée dans une optique limitée à l'information du client et à la preuve des obligations réciproques - P. BOURIN, « La gestion de portefeuille », éd. Anthémis (2009), p. 121

37. Le fait que le consentement des parties n'ait pas porté sur d'autres éléments, considérés comme secondaires au moment de la conclusion de la convention, est insignifiant⁷³.

Dans le différend précité relatif à la vente de l'appartement, le tribunal a considéré que le constat, après l'échange des consentements, que le jardin n'appartenait pas en totalité au vendeur était sans influence sur l'existence du consentement au moment de la signature du contrat⁷⁴.

Dans l'espèce précitée relative au pacte de préférence, la Cour a précisé que dans un tel engagement l'indication d'un prix ne s'impose pas lors de l'octroi du droit de préemption et que le pacte de préférence signé sans la mention d'un tel prix était valable⁷⁵.

§ 2. L'EXIGENCE D'UN CERTAIN FORMALISME

38. Certains contrats vont néanmoins nécessiter, pour être valablement formés, plus qu'un simple échange de consentement. Ces contrats ne seront valablement constitués que si certaines conditions de forme sont également respectées.

Lorsque le contrat est un contrat réel, celui-ci ne sera pleinement et valablement formé que moyennant l'échange des consentements et par la remise de la chose.

Le contrat de prêt d'argent est un contrat réel et n'est donc réalisé que par la remise des fonds à l'emprunteur. Tant que ces fonds n'ont pas été remis, les parties ne sont liées que par une simple promesse de contracter, qui est un accord purement consensuel mais qui n'a pas formé le contrat tant que la chose n'a pas été remise à l'emprunteur⁷⁶. Il a ainsi été jugé que si l'emprunteur n'a jamais été mis en possession des fonds prêtés, par exemple car le prêteur a remis ces fonds à une personne qui s'est faussement faite passer pour le mandataire de l'emprunteur, le contrat de prêt n'a jamais été noué entre les parties⁷⁷.

Le don manuel est également un contrat réel. Il n'existe donc que si, en plus de la volonté de donner, il y a eu tradition réelle et effective du bien meuble se concrétisant par le transfert de la maîtrise du meuble, du vivant

⁷³ Trib. Luxembourg, 7 mars 2007, n° 102925

⁷⁴ Trib. Luxembourg, 18 mai 2007, n° 102112, BJJ, 2007, p. 125

⁷⁵ Cour d'appel, 12 décembre 2006, n° 30474, BJJ, 2007, p. 43

⁷⁶ Cour d'appel, 28 mai 2008, n° 32446, BJJ, 2008, p. 169 ; Cour d'appel, 20 juin 2001, Codex 2002/1, p. 8 ; Trib. Luxembourg, 8 mars 2006, n° 89589, BJJ, 2006, p. 106. On relèvera que dans ces affaires le prêt n'avait pas été octroyé par un banquier à son client.

⁷⁷ Cour d'appel, 10 décembre 1993, Bull. Dr. et Banque, 1994, n° 22, p. 17.

du donateur. La remise des papiers, conjointement avec les clés de l'automobile, peut être considérée comme l'équivalent de la tradition réelle, dès lors que les circonstances de la cause révèlent le dessaisissement irrévocable du disposant⁷⁸.

Le contrat de gage est également un contrat réel, qui n'est donc formé que lorsque le créancier gagiste est mis en possession du bien gagé (article 2076 du Code civil). Le contrat de gage sur instruments financiers ou sur créance, régi par la partie II de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, conserve ce caractère de contrat réel (article 5 (1) de cette loi).

Le contrat de dépôt est également un contrat réel, qui n'est parfait que lors de la remise de l'objet déposé au dépositaire (article 1919 du Code civil).

39. Les contrats solennels constituent une autre catégorie de contrat exigeant un certain formalisme pour leur constitution.

Un contrat est solennel lorsque les parties doivent extérioriser leur volonté de contracter en respectant un formalisme imposé par la loi, sous peine de nullité du contrat.

Il en va ainsi en cas de vente d'un immeuble à construire, au sens de l'article 1601-5 du Code civil. Pour que l'on se trouve en présence d'une telle vente, trois conditions doivent être réunies. Il faut que l'immeuble faisant l'objet du contrat soit un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, que le vendeur se soit réservé les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à l'achèvement des travaux de construction et enfin que le prix soit stipulé payable pendant la période de construction. Lorsque les parties décident de conclure une telle vente, celle-ci doit revêtir notamment la forme authentique et cela sous peine de nullité⁷⁹.

De même, si la vente porte sur un immeuble à construire, au sens de l'article 1601-1 et s. du Code civil, l'indication du délai dans lequel l'immeuble sera édifié est un élément essentiel du contrat. L'élément fondamental de l'obligation du vendeur est l'édification d'un immeuble dans un délai déterminé, le but de la loi étant de voir le promoteur prendre un engagement ferme et précis quant à la livraison de la chose, par définition inexistante au moment de la conclusion de l'acte, la détermination du délai de livraison constitue une clause essentielle du contrat. L'absence d'indica-

⁷⁸ Cour d'appel, 11 mai 2011, Pas., 35, p. 635

⁷⁹ Cour d'appel, 3 juillet 2006, n° 30475, BJJ, 2007, p. 4

tion du délai de livraison entraîne la nullité du contrat. Cette nullité est une nullité de protection⁸⁰.

D'autres contrats solennels sont prévus par le Code de la consommation.

C'est ainsi que lorsqu'un professionnel conclut avec un consommateur un contrat d'utilisation de biens à temps partagé, un contrat de produit de vacances à long terme ou un contrat de revente et d'échange, ce contrat doit être rédigé par écrit, sur support papier ou sur un autre support durable, et en autant d'exemplaires qu'il y ait de parties contractantes à l'acte ou être fait sous la forme d'un acte notarié. Il doit être rédigé, au choix du consommateur, soit en langue allemande, soit en langue française, soit dans la langue de l'État membre dont il a la nationalité. Il doit, de plus, intégrer différentes mentions et notamment le droit de rétractation et être accompagné d'un formulaire standard de rétractation distinct (articles L.223-4 et L.223-5 du Code de la consommation).

Le contrat de crédit à la consommation est également un contrat solennel, qui doit être rédigé par écrit sur un support papier ou un autre support durable et comprenant de nombreuses mentions (article L.224-11 du Code de la consommation) à peine de nullité.

Le contrat relatif aux voyages, vacances ou séjours à forfait conclu entre un professionnel et un consommateur doit être conclu par écrit et comporter toutes indications relatives aux noms et adresses de l'organisateur, du vendeur, du garant et de l'assureur, à la détermination des prestations fournies, aux prix et modalités de paiement, aux droits et obligations réciproques des parties en matière notamment de révision éventuelle des prix, d'annulation ou de cession du contrat, ainsi qu'à la remise des documents, sous peine de nullité du contrat (articles L.225-11 et R.225-3 du Code de la consommation).

40. Il existe également une autre sorte de formalisme, apparue plus récemment.

La législation prévoit parfois que si les parties veulent intégrer dans leur contrat certaines obligations, ces obligations vont devoir faire l'objet d'un écrit.

Il s'agit donc d'un formalisme partiel, en ce sens que le contrat sera valablement formé par le simple échange de consentement des parties et sans autre formalité, mais que certaines obligations voulues par les parties ne lieront celles-ci que si elles ont fait l'objet d'une acceptation dans un écrit.

⁸⁰ Cour d'appel, 16 février 2000, Pas., 31, p. 446

Lorsque qu'un agent immobilier prétend que les parties ont convenu qu'il avait droit à une rémunération pour l'exécution de sa mission, il doit exciper d'un mandat exprès et écrit pour fonder son droit à la commission. A défaut le mandat sera gratuit (article 8 du Règlement Grand-Ducal du 20 janvier 1972 fixant le barème des commissions maxima pouvant être facturé par des agents immobiliers). En l'absence d'écrit, seule la commission est nulle, le reste du contrat étant régi par le droit commun du mandat⁸¹.

⁸¹ Cour d'appel, 24 mars 2004, Pas., 33, p. 16. Dans une autre espèce, la Cour d'appel a tenu un autre raisonnement. Elle a considéré qu'en exigeant un mandat exprès et écrit pour fonder le droit à la commission de l'agent immobilier, le Règlement Grand-ducal avait édicté des mesures contraires au droit commun du Code civil et devait donc être déclaré inapplicable - Cour d'appel, 4 juin 2009, n° 32849, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2010/6, p. 118.

§ 1. LE CONSENTEMENT

42. Pour qu'une partie soit liée par un contrat il faut qu'elle y consente, qu'elle ait la volonté de s'engager. A défaut, le contrat est nul.

1.1. *L'absence de consentement*

43. Il arrive qu'un individu capable ne soit pas en état de se rendre compte de la portée de ses actes. Il ne peut donc pas émettre un véritable consentement.

Si, dans cet état, il contracte, on ne peut pas considérer juridiquement qu'il a émis une volonté de s'engager et le contrat ne peut donc pas être formé valablement. Tel ne sera par exemple le cas lorsque la personne d'un des cocontractants est un illettré qui ne comprend pas ce qu'il signe.

Par ailleurs, pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit (article 489 du Code civil). Il n'en ira pas ainsi lorsqu'une des parties à l'acte est atteinte d'une infirmité mentale, ou si elle est sous l'emprise de l'alcool

ou de la drogue. L'ivresse ou la prise de stupéfiant ne sont des causes de nullité du contrat que si elles vont jusqu'à la perte de la raison⁸².

La Cour d'appel a eu à connaître d'une affaire dans laquelle une personne avait assigné sa sœur pour entendre déclarer la nullité d'un acte de cession d'usufruit. En l'espèce, le demandeur n'avait pas signé l'acte mais y avait été représenté suivant un pouvoir annexé à l'acte. Cet écrit contenait la stipulation « pour autant que de besoin, les cédantes agissant pour elles-mêmes et pour leurs ayants cause ou ayants droit, donnent pouvoir irrévocable à Madame B. de prendre toutes dispositions de formaliser un droit d'usufruit viager par voie notariée sur le prédit appartement et de faire toutes démarches ». La Cour a considéré que cet acte ne constituait pas un mandat de signer l'acte de cession d'usufruit, car il n'est pas dit que B. devait représenter les parties cédantes lors de l'authentification de la convention devant notaire. La Cour a donc jugé que l'irrégularité invoquée était telle que la convention de cession d'usufruit n'avait pu se former. De ce fait, le demandeur pouvait invoquer un cas de nullité absolue, voire d'inexistence d'acte⁸³.

Dans cet arrêt, la Cour considère donc que la nullité du contrat pour une telle absence de consentement est la nullité absolue de la convention, voire l'inexistence de l'acte. Cette solution est celle défendue par une partie de la doctrine en cas de nullité pour absence de consentement en général. Elle repose sur l'idée que les actes accomplis par une personne entièrement privée de volonté sont inexistantes, de sorte qu'aucun contrat ne peut s'être formé, et qu'il ne peut donc pas être confirmé. Cette solution n'est pas unanimement admise. Pour d'autres, le défaut de consentement ne rend pas une convention inexistante mais simplement nulle d'une nullité relative, les intérêts protégés étant des seuls intérêts privés⁸⁴.

Par ailleurs, l'article 489 du Code civil prévoit que l'action en nullité pour insanité d'esprit ne peut, du vivant de l'individu, être exercée que par lui ou, le cas échéant, par son tuteur ou son curateur et qu'elle est prescrite par 5 ans. La loi prévoit donc clairement que la nullité d'un contrat pour insanité d'esprit est une nullité relative.

44. L'article 901 du Code civil, qui prévoit que pour faire une libéralité il faut être sain d'esprit, est une application de ce principe. Une libéralité faite par une personne atteinte d'insanité d'esprit est nulle.

⁸² Cour d'appel, 27 novembre 2001, n°24972

⁸³ Cour d'appel, 22 novembre 2006, n° 29961, BJ, 2007, p. 41

⁸⁴ Cass. B, 21 octobre 1972, Pas., 1972, I., p. 174

Pour déterminer si un acte a été passé en toute lucidité par le cocontractant, la jurisprudence procède à une identification de l'insanité d'esprit à partir de ses symptômes en posant un diagnostic dans chaque cas d'espèce. L'insanité d'esprit a ainsi pu être analysée comme étant de nature à provoquer une annihilation de l'intelligence et un dérèglement du discernement excluant une volonté libre et réfléchie, une détérioration ou une altération des facultés intellectuelles avec trouble de la mémoire, du jugement et du raisonnement mettant hors d'état de manifester une volonté ou de rédiger un acte, une incapacité d'exprimer une volonté éclairée, un affaiblissement de l'intelligence, de la faculté de discernement ou encore un affaiblissement mental important ou encore une affection touchant à l'intelligence et à la lucidité. L'insanité doit être suffisamment grave pour priver l'intéressé de tout discernement et obérer ainsi ses facultés intellectuelles au moment de l'acte.

Il appartient au contestataire de prouver que cette insanité d'esprit existait au moment même de l'acte. Cette preuve sera rapportée s'il est démontré que le disposant avait été frappé d'insanité d'esprit dans la période immédiatement antérieure et celle immédiatement postérieure à la passation de l'acte incriminé, s'il était justifié d'une démence constante du cocontractant ou même antérieure et postérieure à la signature de l'acte, s'il est établi que les facultés mentales du contractant avaient connu depuis plusieurs années une dégradation progressive et constante dont procédait un état inéluctable d'insanité d'esprit à l'époque de l'acte contesté ou encore si, à l'époque où le contrat avait été signé, le contractant se trouvait dans un état habituel de trouble mental justifiant la nullité de l'acte dont il était l'auteur.

Il s'agit néanmoins là de présomptions qui peuvent être combattues par la preuve que la confection de l'acte est intervenue au cours d'un intervalle de lucidité du signataire⁸⁵.

1.2. *L'échange des consentements*

45. Pour que le contrat soit valablement conclu, il faut que l'offre faite par une partie soit acceptée par l'autre partie.

⁸⁵ Cour d'appel, 29 avril 2009, n° 31486, BJL, 2009, p. 137 ; Cour d'appel, 7 mai 2008, Pas., 34, p. 247 ; BJL, 2008, p. 213

1.2.1. L'offre

46. Il y a offre lorsqu'une partie (l'offrant ou pollicitant) émet une volonté définitive de s'engager de sorte que cette volonté puisse être immédiatement acceptée par l'autre en vue de former le contrat.

Il n'y a offre véritable et ferme que lorsqu'une partie manifeste une intention de se lier juridiquement et que cette manifestation contienne des indications précises et suffisamment complètes pour que le contrat puisse se former par une acceptation pure et simple⁸⁶.

L'offre peut être définie comme une manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat⁸⁷.

Pour que l'on soit en présence d'une offre il faut, et il suffit, que les éléments essentiels du contrat à conclure soient précisés dans l'acte (sur la notion voyez supra point 36)⁸⁸.

Il faut également que le pollicitant ait l'intention de se lier et que cette offre soit portée à la connaissance du bénéficiaire. L'offre ne peut contribuer à la formation du contrat qu'à la condition d'être précise, ferme et dépourvue d'équivoque afin d'exprimer un véritable engagement. Une offre n'est ferme que si elle est faite sans la moindre réserve⁸⁹.

Dès que l'offre a été portée à la connaissance du bénéficiaire, elle lie le pollicitant. Le pollicitant peut fixer un délai dans lequel son offre doit être acceptée par le bénéficiaire. A défaut, il doit maintenir son offre durant un délai raisonnable.

Passé un tel délai, le pollicitant peut retirer son offre tant que le bénéficiaire de l'offre ne l'a pas acceptée⁹⁰.

La Cour d'appel a eu à connaître d'une espèce dans laquelle un « contrat de vente » d'une voiture avait été signé entre un garage et un client. Ce contrat précisait que le garage n'était pas engagé par la signature de l'employé-vendeur et que la venderesse ne serait engagée qu'après la contre-signature du contrat par le gérant ou un fondé de pouvoir. La Cour a considéré que cette clause devait être interprétée comme signifiant que l'employé-vendeur avait le droit de négocier la vente sans pouvoir

⁸⁶ Trib. Luxembourg, 24 janvier 2002, n° 68830, BJJ, 2004, p. 119 confirmé par Cour d'appel, 11 juin 2003, n° 26817 ; Cour d'appel, 14 octobre 1998, Pas., 30, p. 499.

⁸⁷ Trib. Luxembourg, 7 mars 2007, n° 102925

⁸⁸ Cour d'appel, 14 octobre 1998, Pas., 30, p. 499

⁸⁹ Cour d'appel, 13 février 2008, Pas., 34, p. 155 ; Trib. Luxembourg, 7 mars 2007, n° 102925

⁹⁰ Cour d'appel, 27 avril 2005, Pas., 33, p. 70 confirmé par Cass. 4 mai 2006, n° 25/06

la conclure, la signature du contrat étant réservée aux gérants ou à un fondé de pouvoir. Avant la signature du contrat par le gérant, le « contrat » est donc une simple offre d'achat, par laquelle l'acheteur s'engageait à acquérir le véhicule. L'acheteur avait la possibilité de révoquer librement son offre aussi longtemps que celle-ci n'avait pas été acceptée⁹¹.

La Cour a ultérieurement confirmé sa jurisprudence, dans des termes identiques, dans une espèce relative à la vente d'un terrain à bâtir⁹².

47. Certaines lois prévoient expressément les conditions dans lesquelles on peut considérer être en présence d'une offre, qui lie la partie qui l'a émise.

C'est ainsi que la proposition d'assurance, qui est le formulaire émanant de l'assureur et que le preneur doit remplir et signer, n'engage ni le candidat preneur d'assurance ni l'assureur à conclure le contrat⁹³. Il s'agit d'un acte préliminaire, préparatoire de l'assurance que l'assureur est libre de refuser. Elle ne vaut donc pas offre et n'engage pas la compagnie d'assurance tant qu'elle n'a pas été acceptée par elle⁹⁴.

L'assureur est, par contre, obligé de notifier au candidat preneur, dans les trente jours de la réception de la proposition, soit une offre d'assurance, soit la subordination de l'assurance à une demande d'enquête, soit le refus d'assurer.

Ce n'est qu'en cas de remise par l'assureur d'un police présignée que le contrat d'assurance est formé dès la signature de ce document par le preneur d'assurance (article 9 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance)⁹⁵.

1.2.2. L'acceptation

48. L'acceptation des conditions de l'offre par le bénéficiaire emporte la formation du contrat.

Il faut pour cela que l'acceptation soit pure et simple.

Lorsque l'offre fait l'objet d'une contre-proposition ou d'une acceptation avec réserve, le dialogue qui s'ouvre constitue la poursuite des pourpar-

⁹¹ Cour d'appel, 27 avril 2005, Pas., 33, p. 70 confirmé par Cass. 4 mai 2006, n° 25/06

⁹² Cour d'appel, 13 février 2008, Pas., 34, p. 151 ; BJJ, 2008, p. 179

⁹³ Voyez R. BISENIUS, « L'assurance du particulier – assurances de dommages », T.1, éd Promoculture (2010), p. 49, n° 3.1.1.

⁹⁴ Cour d'appel, 18 novembre 1987, Pas., 27, p. 195 ; Cour d'appel, 21 janvier 1981, Bull. AIDA, 1994, n° 1, p. 73

⁹⁵ Voyez R. BISENIUS, « L'assurance du particulier – assurances de dommages », T.1, éd Promoculture (2010), p. 50, n° 3.1.3.

lers. Dans ce dialogue, il importe de déterminer celui qui émet l'offre acceptée par l'autre. L'auteur de l'offre qui formera le contrat n'est pas nécessairement celui qui a pris l'initiative de la première proposition. L'offre qui forme les termes du contrat est celle qui fait l'objet d'une acceptation pure et simple.

L'acceptation doit porter sur les éléments essentiels du contrat à conclure. Pour qu'il y ait formation du contrat définitif, il faut qu'il y ait concordance de l'offre et de l'acceptation sur les éléments essentiels du contrat⁹⁶.

Lorsque le contrat est à conclure entre plusieurs parties, et que ce contrat prévoit des engagements réciproques de chacun des contractants à l'égard des autres parties contractantes, le contrat est indivisible et ne sera valablement formé que lorsqu'il aura été accepté par toutes les parties. Si, et tant que, toutes les parties n'ont pas signé la convention, une partie signataire ne pourra pas prétendre qu'une autre partie signataire est engagée à son égard⁹⁷.

La formation du contrat par l'acceptation de l'offre n'est pas altérée par le fait que la loi accorde un droit de rétractation à un des cocontractants. En effet, un tel droit rétractation constitue plutôt une condition résolutoire purement potestative, permettant au bénéficiaire du droit de faire disparaître une convention pleinement formée avec effet rétroactif (sur le droit de rétractation, voyez infra point 324).

49. L'acceptation de l'offre peut être expresse.

Le mode le plus habituel d'acceptation d'une offre est la signature apposée par le bénéficiaire de l'offre au bas de l'offre.

Cette signature emporte un engagement du signataire, qui est présumé connaître le teneur et la portée de l'écrit qu'il signe⁹⁸.

Dans la mesure où la partie a signé le contrat, l'affirmation selon laquelle il ne connaît pas la langue anglaise dans laquelle le contrat est rédigé, ne saurait tirer à conséquence, dès lors que l'ignorance de la langue employée ne suffit pas à elle seule à enlever au contrat dûment signé sa force probante, celle-ci découlant du seul fait que le contrat a été signé par la partie intéressée et que cette signature n'est pas déniée⁹⁹.

Néanmoins, lorsque le contrat lie un professionnel et un consommateur, sont considérées comme abusives, et donc nulles, les clauses qui constatent

⁹⁶ Trib. Luxembourg, 7 mars 2007, n° 102925

⁹⁷ Trib. Luxembourg, 23 mars 2005, n° 86338

⁹⁸ Cour d'appel, 14 octobre 1998, Pas., 30, p. 499

⁹⁹ Cour d'appel, 8 mai 2003, DAOR, 2008, n° 85, p. 13 et note S. GUIMEZANE et O. POELMANS

de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat (article L. 211-3.23 du Code de la Consommation).

50. L'acceptation de l'offre, n'étant soumise à aucune forme, peut également être tacite.

Le tribunal a rappelé ce principe dans une espèce où une caution contestait la naissance du contrat de cautionnement. Pour le tribunal, le cautionnement est parfait par le seul échange des consentements entre la caution et le créancier. Si l'accord de la caution doit être exprès¹⁰⁰, celui du créancier en revanche peut être tacite et résulter, en particulier, des poursuites engagées par lui contre la caution. En l'occurrence, le créancier avait fait appel à la garantie. Il avait ainsi manifesté son adhésion à l'engagement de caution dans son intégralité, et la caution ne pouvait donc postérieurement invoquer l'inopposabilité à son égard d'une clause du contrat¹⁰¹.

Dans une autre affaire, la Cour a considéré que le vendeur d'un véhicule automobile avait valablement accepté l'offre de l'acheteur en commandant le véhicule et en informant l'acheteur que le véhicule était à sa disposition pour livraison¹⁰².

51. On rappellera également que le simple silence ou l'inaction ne valent pas, en soi, acceptation.

Le tribunal l'a confirmé dans une affaire dans laquelle une des parties se prévalait d'un bail. Le tribunal rappelle que le bail est un contrat par lequel une partie 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 lui payer. La simple occupation n'implique dès lors pas nécessairement l'existence d'un bail, même si elle s'est poursuivie pendant une longue durée, pas plus d'ailleurs que la simple tolérance ou l'inaction du propriétaire. Son silence, en soi neutre, doit être circonstancié pour être probant. La seule passivité du créancier ne peut, à défaut d'autres éléments, être considérée comme une volonté d'exécution¹⁰³.

La Cour l'a également rappelé dans une affaire relative à la vente du logement familial de deux époux. L'article 215 al. 2 du Code civil prévoit que les époux ne peuvent pas, l'un sans l'autre, disposer du logement familial ou des meubles meublants dont il est garni. Pour la Cour, l'accord

¹⁰⁰ Cela résulte expressément de l'article 2015 du Code Civil qui fait donc, dans une certaine mesure, exception au droit commun en la matière.

¹⁰¹ Trib. Luxembourg, 16 mai 2007, n° 103930, BJJ, 2007, p. 183

¹⁰² Cour d'appel, 27 avril 2005, Pas., 33, p. 70 confirmé par Cass., 4 mai 2006, n° 25/06

¹⁰³ Trib. Luxembourg, 16 février 2007, n° 106239, BJJ, 2007, p. 66

du conjoint du vendeur ne doit pas nécessairement se faire par écrit et être repris dans l'acte de vente lui-même. Il peut, en tant que fait juridique, être rapporté par tous moyens. Mais ajoute la Cour, un simple silence du conjoint, ne saurait impliquer une manifestation de sa volonté, en l'absence d'agissements positifs de nature à pouvoir impliquer un accord¹⁰⁴.

Il existe néanmoins une exception notable à ce principe. Un usage en droit commercial considère qu'un devoir de protestation est mis à charge d'un commerçant contre lequel est dirigée une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part. Ce devoir se justifie dans la mesure où les transactions commerciales doivent se développer dans la sécurité et la rapidité, exigences qui impliquent que soit réduit au minimum le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques. Si un commerçant ne conteste pas rapidement un écrit contenant une telle affirmation, il sera considéré comme ayant accepté le contenu de cette mention¹⁰⁵. En application de cet usage, un commerçant pourrait être considéré comme ayant accepté une offre, du seul fait qu'il n'aurait pas contesté la prétention de son accord sur celle-ci.

La loi peut également prévoir expressément que le silence d'une partie vaudra acceptation par elle du contrat.

Les actes d'administration et de disposition relatifs à un bien indivis requièrent, en principe, le consentement de tous les indivisaires. Mais, si un indivisaire prend en main la gestion du bien indivis, et que les autres indivisaires ne s'y opposent pas, l'indivisaire ayant agi sera présumé avoir reçu un mandat tacite couvrant les actes d'administration du bien (article 815-3 du Code civil). Pour éviter la naissance d'un tel mandat, les autres indivisaires doivent s'opposer immédiatement à l'acte. Une opposition à un acte intervenue 5 mois après sa connaissance par les autres indivisaires est tardive et est sans effet sur le mandat tacite accordé¹⁰⁶.

52. L'acceptation de conditions générales standardisées fait l'objet d'un régime juridique particulier.

Les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître

¹⁰⁴ Cour d'appel, 29 avril 2009, Pas., 34, p. 625

¹⁰⁵ Cass., 9 juin 2005, DAOR, 2009, n° 90, p. 139 et note D. PHILIPPE confirmant Cour d'appel, 26 mai 2004, DAOR, 2009, n° 90, p. 144 ; Trib. Luxembourg, 16 mai 2008, DAOR, 2009, n° 90, p. 147 ; Trib. Luxembourg, 11 mai 2007, n° 105558, BJJ, 2007, p. 110 ; Trib. Luxembourg, 8 décembre 2004, n° 87272, BJJ, 2005, p. 5

¹⁰⁶ Trib. Luxembourg, 27 mars 2009, n° 112418, BJJ, 2009, p. 135

lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées (article 1135-1 du Code civil) ¹⁰⁷.

Dans son principe, il appartient à celui qui se prévaut de ses conditions générales de rapporter la preuve de leur connaissance et de leur acceptation par le cocontractant.

Pour être opposables au cocontractant, il n'est pas nécessaire que ces conditions générales soient rédigées dans la langue du cocontractant, celui-ci devant se renseigner sur le contenu des articles qu'il ne comprend pas. Dans cette hypothèse il est néanmoins plus impérieux de s'assurer que le cocontractant a bien accepté ces conditions. Le simple fait que le créancier ait annexé à la facture envoyée un exemplaire préimprimé de ces conditions générales en langue étrangère (le néerlandais) ne pourra suffire, si les parties n'étaient pas en relation d'affaires suivie, pour justifier leur application ¹⁰⁸. Par contre, si les parties sont en relations d'affaires continues depuis plusieurs années, le débiteur ne peut pas prétendre qu'il n'a pas accepté les conditions générales du vendeur car celle-ci sont rédigées dans une langue qu'il ne comprend pas, dans la mesure où il ne s'est pas renseigné, par la passé, sur le contenu desdites conditions générales et n'a pas contesté la facture à la réception de celle-ci ¹⁰⁹.

Si les conditions générales sont rédigées dans une taille de police tellement réduite qu'elles restent illisibles pour une personne munie d'une acuité visuelle ordinaire, le cocontractant peut valablement prétendre qu'il n'a pas effectivement eu l'occasion d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat ¹¹⁰.

Lorsque la personne à laquelle les conditions générales sont opposées a apposé sa signature sur un contrat dans lequel il est mentionné que par sa signature elle déclare avoir reçu les conditions générales et les conditions particulières régissant le contrat, en avoir pris connaissance et en approuver les termes, elle ne peut pas contester leur opposabilité ¹¹¹.

La Cour a appliqué ces principes dans un litige opposant un architecte et son client. L'architecte prétendait avoir droit à des honoraires correspondant à la phase de prestation entamée et non simplement à des hono-

¹⁰⁷ Voyez J. BRUCHER, N. THIELTGEN, M. BENA, « La protection juridique des intérêts du consommateur dans le Code civil », In Le Bicentenaire du Code Civil – une contribution luxembourgeoise, p. 174 et s.

¹⁰⁸ Cour d'appel, 6 février 2002, n° 25422, BJJ, 2003, p. 7

¹⁰⁹ Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n°135628, BJJ, 2012, p. 93

¹¹⁰ Cour d'appel, 18 mai 2011, n° 36778, BJJ, 2011, p. 122

¹¹¹ Cour d'appel, 18 décembre 2002, Pas., 32, p. 393 ; Trib. Luxembourg, 31 mai 2005, n° 84373, Bull. AIDA, 2006, n° 9, p. 80.

raires correspondant aux prestations réellement fournies, contrairement aux termes du contrat. Il soutenait pour cela que le contrat qu'il avait signé était un contrat d'adhésion qui devait être interprété en sa faveur. Pour débouter l'architecte de ses prétentions la Cour a, entre autre, fait valoir que les contrats d'adhésion ne constituent pas une catégorie autonome, mais restent soumis au droit commun, les tribunaux devant seulement prendre soin de vérifier si l'adhérent auquel on veut opposer les clauses contenues dans le contrat type a été en mesure de les connaître au moment de contracter. En l'espèce, les clauses contractuelles discutées étaient reprises au contrat et l'architecte avait, par une deuxième signature apposée sur le contrat, reconnu en avoir pris connaissance et les accepter¹¹².

Le tribunal d'arrondissement a néanmoins considéré que les clauses exorbitantes du droit commun, parmi lesquelles la stipulation d'intérêts supérieurs au taux légal, la clause pénale ou la clause de compétence, ne sont admises qu'au cas où les parties sont en relation d'affaires suivie et si les conditions générales ont été acceptées expressément ou si l'attention du cocontractant y a été attirée spécialement lors de la conclusion de la convention par un renvoi suffisamment clair et apparent. Ainsi la reproduction des conditions générales de vente au verso des factures a été jugée comme ne prouvant pas, à elle seule, cette acceptation des conditions générales de vente par l'autre partie. L'offre de la société portant à la fin de la dernière page la mention « annexe : conditions générales de la société » ne suffit pas non plus à elle seule à prouver que la partie défenderesse a accepté les conditions générales litigieuses. En effet, la société reste en défaut de prouver qu'elle a soumis les conditions générales à son cocontractant au moment de la signature de l'offre de service¹¹³.

Selon nous, ce principe doit être nuancé lorsque les parties au contrat sont des commerçants.

En effet, entre commerçants l'acceptation de la facture constitue une manifestation d'accord sur l'existence et les modalités d'un contrat. Il est de principe que la facture acceptée établit à l'égard d'un commerçant, non seulement la créance du fournisseur, mais aussi l'existence du contrat et ses conditions, et notamment les conditions générales, dans la mesure où elle les indique. La facture est notamment acceptée par le silence du commerçant qui la reçoit (infra points 478). Lorsqu'un commerçant reçoit une facture sur laquelle les conditions générales de son cocontractant sont

¹¹² Cour d'appel 10 janvier 2008, n° 30334, BJL, 2008, p. 177

¹¹³ Trib. Luxembourg, 12 mars 2009, n° 107903, BJL, 2009, p. 108 ; Trib. Luxembourg, 4 février 2005, n° 94999, BJL, 2005, p. 168 ; Trib. Luxembourg, 7 mai 2004, n° 86468, BJL, 2004, p. 204

reprises, il va être lié par ces conditions générales s'il n'émet pas de contestation à leur sujet à brève échéance après réception de cette facture.

53. Lorsque les parties sont en présence au moment où l'offre du pollicitant est acceptée par le bénéficiaire de l'offre, le contrat va être formé au moment et au lieu de cette acceptation.

Lorsque le contrat est conclu à distance, respectivement entre parties non-présentes, le contrat est considéré comme conclu au moment et à l'endroit où l'offrant a reçu l'acceptation de son offre.

Le juge luxembourgeois applique ainsi la théorie de la réception. Plus précisément, le contrat est formé au moment où l'offrant a reçu l'acceptation de son offre et a pu prendre connaissance de l'acceptation, même si en raison de circonstances particulières il n'en a pas effectivement pris connaissance à ce moment (son courrier stagnant par exemple non ouvert dans sa boîte aux lettres pendant plusieurs jours car il est en déplacement à l'étranger)¹¹⁴.

Les parties peuvent toutefois convenir elles-même du moment de la formation du contrat¹¹⁵. Les parties peuvent ainsi décider de donner un effet rétroactif à leur convention, à condition que cela soit possible et ne heurte pas l'ordre public. La rétroactivité conventionnelle ne peut pas non plus porter atteinte aux droits acquis des tiers¹¹⁶.

Lorsque le contrat conclu à distance lie un professionnel et un consommateur, le consommateur va bénéficier de protections supplémentaires.

En règle, le consommateur va d'abord bénéficier d'un droit de rétractation. Il peut ainsi se rétracter du contrat par écrit sur tout support durable, sans indication de motif et sans pénalité, dans un délai de sept jours ouvrables, prenant cours, pour la livraison de biens, le jour de la réception et pour les prestations de services, le jour de la conclusion du contrat (article L. 221-3 du Code de la consommation) (voyez également infra point 324). En cas d'exercice du droit de rétractation relatif à un contrat à distance, le professionnel est tenu au remboursement des sommes versées en paiement par le consommateur, sans frais. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. Ce remboursement doit être effectué dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans un

¹¹⁴ Voyez A. PRUM, Y. POULLET, E. MONTERO, « Le commerce électronique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2005), p. 471, n° 539 ; Cour d'appel, 18 novembre 1987, Pas., 27, p. 195 ; Trib. Luxembourg, 13 juin 1997, n° 448/97.

¹¹⁵ Cour d'appel, 18 novembre 1987, Pas., 27, p. 195

¹¹⁶ Cour d'appel, 10 juillet 2008, n° 32926 ; Trib. Luxembourg, 10 mars 2010, n° 117949

délai de trente jours. La somme due est de plein droit majorée du taux de l'intérêt légal en vigueur à compter du premier jour suivant l'expiration de ce délai (article L. 222-6 du Code de la consommation).

De plus, et sauf convention contraire, le professionnel doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au professionnel. En cas d'indisponibilité du bien ou du service commandé, le consommateur doit en être informé. En cas de défaut d'exécution du contrat par le professionnel au plus tard dans un délai de trente jours à compter de celui où il a transmis sa commande au professionnel, le contrat est résilié de plein droit. Le consommateur doit alors être remboursé sans frais et dans un délai de trente jours des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement. Si le remboursement ne s'opère pas dans un délai de trente jours, la somme due est de plein droit majorée au taux de l'intérêt légal en vigueur à compter du premier jour suivant l'expiration du délai (article L. 222-6 du Code de la consommation).

1.3. *Le consentement simulé*

54. La simulation est le mensonge concerté entre des cocontractants, qui dissimulent le contrat qui renferme leur volonté réelle derrière un contrat qui est apparent. Il y a donc entente des parties pour tromper les tiers, l'acte clandestin étant le siège de l'accord réel des volontés¹¹⁷.

La contre-lettre, qui exprime ce que les parties contractantes ont réellement voulu, est un acte juridique secret, non révélé aux tiers, et qui a pour objet de déroger, en tout ou en partie, aux composantes ou aux effets d'un acte juridique apparent, seul porté par les parties à la connaissance des tiers¹¹⁸.

La contre-lettre est un contrat entre les parties à l'acte simulé. Pour être obligatoire, elle va donc devoir remplir toutes les conditions requises par le droit commun pour la validité de tels actes¹¹⁹.

55. Pour qu'il y ait simulation, il faut nécessairement qu'il y ait un acte qui dissimule la véritable portée du contrat.

¹¹⁷ Cour d'appel, 9 mai 2001, Pas., 32, p. 116

¹¹⁸ Cour d'appel, 24 mai 2006, n° 29983, BJJ, 2006, p. 204

¹¹⁹ Cour d'appel, 12 novembre 2003, Pas., 32, p. 451

Il en va par exemple ainsi lorsque la forme du contrat d'échange est utilisée pour dissimuler une vente afin d'échapper au droit de préemption du coindivisaire de l'immeuble cédé ¹²⁰.

Lorsque deux voies s'ouvrent aux parties pour atteindre le but poursuivi, elles ont le droit de choisir celle qui est la moins onéreuse, dès lors qu'elle n'est pas interdite par la loi, et cela même si le Trésor va percevoir des droits moins élevés. Il n'y aura alors pas simulation, dans la mesure où le contrat conclu reflète l'intention réelle des parties. Le fait que la cession des parts d'une société entraîne le transfert d'un immeuble ne constitue pas en soi une simulation d'une vente d'immeuble ¹²¹.

De même, il n'y a aucune simulation en cas de vente d'un bien à un prix inférieur à sa valeur, du moment que le prix indiqué dans l'acte correspond à celui convenu entre les parties ¹²².

La simple identification du bénéficiaire effectif d'un compte bancaire, conformément aux dispositions légales en vigueur, ne s'apparente pas à une contre-lettre dressée dans le cadre d'une simulation, qui ferait entrer ledit bénéficiaire effectif dans la relation contractuelle entre la banque et le client par le simple fait de la connaissance de la banque de cette désignation du bénéficiaire économique ¹²³.

Pour que l'on soit en présence d'une simulation, il faut également que les deux actes juridiques, l'un secret, l'autre apparent, soient concomitants en ce sens que, dès l'origine, les parties à l'acte ostensible ont eu l'intention de contredire l'apparence par un acte qui ne sera pas révélé aux tiers. Cette concomitance est cependant appréciée avec souplesse. Ce qui importe, c'est que, dans l'esprit des contractants, l'acte ostensible et l'acte secret forment un ensemble lié, une opération unique traduisant leur volonté commune. Il faut qu'il existe un lien d'ordre intellectuel entre l'acte secret et l'acte ostensible. Si la contre-lettre vient par essence contredire une donnée de l'acte apparent, il n'est pas nécessaire que les parties y indiquent expressément qu'elles entendent par l'acte secret modifier l'acte apparent. Il suffit qu'une telle intention puisse être clairement établie ¹²⁴.

Par contre, il n'est pas requis que l'acte apparent et la contre-lettre soient tous deux signés par les mêmes personnes. Le prête-nom ou l'interposition

¹²⁰ Cour d'appel, 7 janvier 2009, Pas., 34, p. 367

¹²¹ Cour d'appel, 9 mai 2001, Pas., 32, p. 75

¹²² Cour d'appel, 16 mai 2001, Pas., 32, p. 121

¹²³ Cour d'appel, 19 octobre 2011, JTL, 2012, p. 83 et note A. SCHMITT ; BJJ, 2012, p. 71 qui confirme sur ce point Trib. Luxembourg, 19 novembre 2009, JTL, 2010, p. 112 et note A. SCHMITT ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 32

¹²⁴ Cour d'appel, 24 mai 2006, n° 29983, BJJ, 2006, p. 204

de personne sont deux formes de simulation portant sur la véritable personnalité d'une partie à un acte juridique¹²⁵.

56. Bien qu'impliquant un mensonge, la simulation est en principe licite et n'est pas en soi une cause de nullité du contrat.

La jurisprudence luxembourgeoise a admis la validité de la pratique du nominee, pratique par laquelle le propriétaire de titres se fait inscrire dans les registres des actionnaires d'une société par l'intermédiaire d'un prête-nom¹²⁶.

Entre les parties, c'est l'acte secret, qui exprime leur véritable volonté, qui va primer et qui va trouver à s'appliquer.

C'est ainsi que, dans un contrat de vente, un des vendeurs peut se prévaloir de l'existence d'une contre-lettre pour prouver qu'il y a eu paiement d'un prix supérieur à celui prévu à l'acte apparent. Il peut donc rétablir le véritable prix dans les relations entre vendeurs par la fourniture d'un écrit qui contredit les stipulations de l'acte apparent relativement au prix prévu¹²⁷.

De même, lorsqu'une personne est intervenue à un acte d'achat d'un immeuble, en partie pour elle-même et en partie en tant que prête-nom, la personne pour laquelle elle est intervenue est admise à prouver cette simulation par toutes voies de droit afin de faire reconnaître ses droits sur l'immeuble¹²⁸.

57. Les parties ne peuvent pas imposer la contre-lettre aux tiers.

Les tiers peuvent néanmoins choisir de se prévaloir de l'acte apparent ou de la contre-lettre, s'ils en ont connaissance. Ils intenteront alors à l'encontre des parties l'action en déclaration de simulation (article 1321 du Code civil).

Dans une espèce, différentes personnes s'étaient associées au sein d'une société civile, afin de réaliser un projet immobilier. Certaines d'entre elles avaient, par la suite, céder leurs parts à des tiers. Elles prétendaient ne pas être débitrices des dettes contractées par la société civile postérieurement à cette cession. Cependant, un créancier de la société faisait valoir que ces anciens associés avaient conclu un accord avec les cessionnaires des parts, par lequel ils s'engageaient personnellement, solidairement et irrévo-

¹²⁵ Cour d'appel, 12 novembre 2003, Pas., 32, p. 451 ; Trib. Luxembourg, 16 janvier 2009, n° 116432

¹²⁶ Cour d'appel, 16 mars 2005, DAOR, 2007, n° 82, p. 241 et note A. DE JERPHANION

¹²⁷ J.P. Luxembourg, 21 mars 2003, n° 1433/03, BJL, 2003, p. 44.

¹²⁸ Cour d'appel, 12 novembre 2003, Pas., 32, p. 451, contra Trib. Luxembourg, 16 janvier 2009, n° 116432 qui considère que la preuve de convention de prête-nom doit être rapportée en respectant les principes de hiérarchie des preuves visés aux articles 1341 et s. du Code civil.

cablement, à achever l'immeuble à leurs frais et à les garantir contre tous recours, actions et prétentions des tiers en rapport avec cet immeuble « *de sorte que les nouvelles associées sont étrangères à l'ensemble du projet de la Résidence (...) qui restera l'affaire exclusive des associés originaires en nom personnel* ». La Cour a considéré que cet accord démontrait que la société avait continué à servir comme écran aux anciens associés pour les opérations relatives au projet immobilier. Elle a alors qualifié cet accord de contre-lettre par rapport à l'acte apparent de cession des parts sociales. Elle a donc autorisé les entreprises ayant fourni des fournitures et travaux pour cet immeuble à se prévaloir de cette contre-lettre, et donc à considérer que les anciens associés étaient toujours associés de la société civile et tenus des dettes contractées par celle-ci ¹²⁹.

Lorsque le conflit met deux tiers en présence et que l'un souhaite se prévaloir de l'acte apparent et l'autre de la contre-lettre, l'esprit et la lettre de l'article 1321 du Code civil imposent la primauté de l'acte apparent.

La Cour a eu l'occasion d'appliquer ce principe dans une espèce où une personne avait créé une société fictive. Une société fictive est une société simulée, les actionnaires ayant conclu un contrat de société sans avoir jamais eu l'intention de créer une telle structure ou de lui apporter un patrimoine. Une société fictive peut également être le siège d'une interposition de personne, le (ou les) actionnaires(s) faisant croire qu'une société est partie à un contrat alors que c'est en réalité l'actionnaire lui-même qui agit. Dans son arrêt la Cour rappelle que la société de façade ou société écran, n'est qu'une apparence de société, manipulée par un seul personnage qui est le maître de l'affaire. La fictivité suppose la réunion d'un faisceau d'indices concordants, à savoir, entre autres, le défaut de pluralité d'associés, le défaut d'activité sociale, le défaut de vie sociale, le défaut d'autonomie patrimoniale de la société. En l'espèce, la Cour a jugé qu'il résultait du dossier que l'actionnaire se comportait comme le seul et véritable maître de la société, méconnaissant la personnalité morale distincte de la société et a décidé que la société répondait aux critères pour constituer une société fictive. Un créancier de l'actionnaire avait saisi les comptes ouverts par la société auprès d'une banque luxembourgeoise. La Cour a alors validé la saisie, en considérant que le compte de la société auprès de la banque devait être considéré comme étant celui de l'actionnaire qui opérait par cette société écran pour se soustraire aux poursuites de ses créanciers. La Cour a donc jugé que le tiers créancier pouvait se prévaloir de la situation

¹²⁹ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 512 ; Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 282

réelle, à savoir l'absence de constitution d'une société et le fait que le compte en banque soit un compte ouvert par le maître de l'affaire¹³⁰.

Tous les tiers ne bénéficient pas du droit de pouvoir choisir de se prévaloir, dans leur relation avec les parties, de l'acte apparent.

L'administration fiscale ne jouit pas d'une telle latitude. L'impôt doit en effet être fondé sur la situation réelle du contribuable. Le fisc doit ignorer l'acte apparent et ne peut établir l'imposition que sur base de la contre-lettre¹³¹.

58. La simulation peut être frauduleuse. Si les parties ont procédé à cette simulation afin de frauder les droits des tiers ou d'éviter l'application d'une loi d'ordre public, l'opération pourra être annulée.

Il arrive que la loi organise des situations qui sont présumées renfermer des simulations illicites.

L'article 1 de la loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession prévoit la nullité de toute convention ayant pour but de dissimuler une partie du prix de vente d'un immeuble.

Cette nullité est prononcée à une double condition.

Il faut que l'acte dissimule une partie du prix de vente. Tel est le cas lorsque les parties ont rédigé deux écrits, qui renseignent tous deux des prix différents pour la vente de l'immeuble. Il faut également que cette dissimulation ait pour but de réaliser une fraude fiscale. Pour la Cour, cette intention frauduleuse est souvent présumée du fait de la dissimulation réalisée par les parties et par l'intérêt que chacune des parties a à cacher l'opération au fisc (réduction des droits d'enregistrement, réduction de la taxation de la plus value).

Cette nullité est une nullité absolue destinée à protéger l'intérêt général¹³².

1.4. *Les vices de consentements*

59. Le consentement d'une partie peut également être vicié.

¹³⁰ Cour d'appel, 21 avril 2004, DAOR, 2005, n° 74, p. 60 et note A. BERTOLOTI. Sur la simulation en droit de sociétés voyez J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd.(2011), éd. Legitec, p. 234 à 237.

¹³¹ Cour d'appel, 3 juillet 2002, Pas., 32, p. 254 ; BJJ, 2002, p. 4 ; J.P. Luxembourg, 21 mars 2003, n° 1433/03, BJJ, 2003, p. 44.

¹³² Cour d'appel, 24 mai 2006, n° 29983, BJJ, 2006, p. 204 ; Cour d'appel, 9 mai 2001, Pas., 32, p. 75 ; J.P. Luxembourg, 21 mars 2003, n° 1433/03, BJJ, 2003, p. 44.

Le consentement n'est pas valable s'il a été donné par erreur ou extorqué par violence, surpris par dol (article 1109 du Code civil) ou s'il y a lésion (article 1118 du Code civil).

1.4.1. *L'erreur*

60. L'erreur se définit comme étant la distorsion entre la volonté déclarée et la volonté réelle.

L'erreur peut d'abord être une erreur-obstacle.

Il y a erreur-obstacle lorsque, malgré la conclusion formelle d'un contrat, il s'avère qu'il n'existait aucun accord entre les parties, qui n'ont en fait pas voulu la même chose.

Pour qu'une partie puisse invoquer l'erreur-obstacle, il faut que l'erreur des intéressés soit tellement profonde qu'elle empêche la rencontre-même des consentements. Cette erreur fait donc obstacle à la rencontre des volontés des parties. Il faut également que l'erreur commise porte sur un élément fondamental du contrat.

Il peut ainsi y avoir erreur-obstacle lorsque les parties sont différentes quant à la nature de la convention, l'un croyant acheter un immeuble, alors que l'autre entendait le lui louer. L'erreur-obstacle peut également porter sur la chose concernée par l'accord, l'objet du contrat, l'un croyant acheter un immeuble alors que l'autre lui vend les parts d'une société immobilière, ou l'un croyant avoir acheté un bien pour un prix libellé en franc, alors que pour l'autre le prix est libellé en euro.

L'erreur-obstacle entraîne la nullité relative de la convention, nullité qui peut éventuellement exister dans le chef des deux parties, qui peuvent alors toutes deux s'en prévaloir (voyez infra points 232 et s.).

61. L'erreur peut également être un vice de consentement.

Pour que l'erreur constitue un vice de consentement, elle doit d'abord avoir eu une influence prépondérante sur le consentement. Elle doit avoir été déterminante pour le consentement de la partie qui s'en prévaut. Elle doit être telle que si le cocontractant ne l'avait pas commise, il n'aurait pas consenti. L'erreur doit avoir provoqué, au moment de l'échange des consentements, une altération ou une disparition de la cause de l'obligation du cocontractant¹³³.

¹³³ Cour d'appel, 11 novembre 2009, Pas., 34, p. 671 ; Cour d'appel, 7 février 2007, Pas., 33, p. 397 ; Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n° 134738, BJJ, 2012, p. 57

L'erreur est un vice de consentement si elle porte sur la substance de la chose qui en est l'objet (article 1110 du Code civil).

On retient comme erreur sur la substance l'erreur sur la qualité substantielle.

L'erreur sur la qualité substantielle est la croyance erronée en une qualité de l'objet du contrat, qualité en fait inexistante ou encore l'absence d'une qualité attendue ou promise. Un élément est substantiel in abstracto lorsque son absence dénature la chose à un point tel qu'elle serait une autre chose ou encore qu'elle serait impropre à son usage naturel. Lorsque l'erreur ne porte pas sur une qualité substantielle in abstracto, l'erreur doit en plus être « commune », en ce sens que l'autre partie cocontractante doit avoir compris le caractère substantiel de la chose sur laquelle a porté l'erreur¹³⁴.

L'erreur sur les motifs de l'engagement ne vicie pas le consentement. Il ne peut devenir cause de nullité que si les parties ont érigé les motifs en condition de leur engagement¹³⁵.

62. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer à différentes reprises sur cette notion d'erreur substantielle et commune.

Dans une espèce, un prêteur soutenait l'annulation du contrat au motif qu'il avait notamment été induit en erreur sur l'existence de sûretés. La Cour a fait droit à sa demande, après avoir rappelé qu'au moment de la signature du contrat les deux parties savaient pertinemment quelles garanties étaient requises et que les sûretés par lesquelles est garanti le remboursement d'un prêt peuvent constituer une qualité substantielle du contrat de prêt influant sur le consentement du prêteur¹³⁶.

La Cour a également considéré que la constitution d'un gage sur un véhicule automobile est à considérer comme affectant de façon substantielle les qualités que l'on pouvait attendre de ce véhicule. En effet, en achetant sans le savoir un véhicule gagé, l'acquéreur se méprend de façon substantielle sur l'étendue de son droit de jouissance de ce véhicule. La connaissance par l'acheteur de l'inscription du gage l'aurait détourné du véhicule en question¹³⁷.

Dans une espèce relative à la cession de parts sociales, le bilan soumis à l'acheteur lors des négociations n'était manifestement pas conforme à

¹³⁴ Cour d'appel, 7 février 2007, Pas., 33, p. 397 ; Cour d'appel, 10 décembre 2003, n° 27308 cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/1, p. 1 ; Cour d'appel, 30 octobre 2003, n° 27040, BJL 2004, p. 2 ; Cour d'appel, 5 avril 2001, Codex, 2001/6, p. 175 ; Cour d'appel, 9 février 2000, Pas. 31, p. 356 ; Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 65 ; Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n° 134738, BJL, 2012, p. 57

¹³⁵ Cour d'appel, 10 janvier 2007, Pas., 33, p. 491

¹³⁶ Cour d'appel, 9 février 2000, Pas. 31, p. 356 ; Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 65

¹³⁷ Cour d'appel, 8 février 2006, n° 30012, BJL, 2006, 174

la situation financière de la société. Or, précise la Cour, la situation financière d'une société constitue une qualité substantielle pour l'acquéreur et si celui-ci avait connu l'étendue réelle des dettes, il n'aurait certainement pas acquis les parts sociales. Par conséquent l'annulation de la cession des parts sociales pouvait être prononcée sur base de l'erreur¹³⁸.

Dans une autre affaire, deux cautions sollicitaient l'annulation de leurs engagements au motif qu'elles avaient commis une erreur sur l'étendue de leurs engagements. Elles croyaient que cet engagement n'était que subsidiaire par rapport à un autre cautionnement et que ce dernier n'était pas limité alors qu'il s'agissait en fait d'un cautionnement hypothécaire. La Cour d'appel rejeta cette prétention, après avoir rappelé que l'erreur sur l'existence d'autres sûretés ou droits ne peut entraîner la nullité du cautionnement que si l'engagement des autres sûretés a été soit la cause déterminante de l'engagement soit si la validité du cautionnement avait été subordonné à celui des autres sûretés, ce qui n'était pas clairement le cas en l'espèce¹³⁹.

La jurisprudence considère également que l'insolvabilité du débiteur principal est rarement considérée comme une erreur substantielle dans le chef de la caution. La solvabilité douteuse du débiteur principal est précisément la raison d'être de la garantie et la caution doit en principe en supporter les conséquences. La caution qui entend obtenir la nullité de son engagement pour cause d'erreur sur la solvabilité du débiteur principal doit établir que l'absence de dette antérieure du débiteur et sa solvabilité constituait pour elle l'élément déterminant de la garantie et qu'elle a fait connaître expressément cette circonstance au créancier¹⁴⁰.

La Cour a refusé l'annulation de la vente d'un appartement, qualifié d'habitable par les parties dans l'acte de vente, qui avait été demandée au motif que la partie acheteuse ne pouvait pas y installer sa résidence. Pour la Cour la notion d'habitabilité n'englobe pas celle de résidence principale ou de domicile légal. Dans la mesure où la qualité attendue ne serait pas une qualité substantielle in abstracto, l'annulation pour erreur n'est possible que si le cocontractant savait que cette qualité était recherchée, et que la qualité considérée apparaissait comme substantielle pour les deux contractants. La partie demanderesse n'apportant pas la preuve qu'elle a assigné un caractère substantiel au fait qu'elle puisse établir sa résidence principale dans l'appartement acheté, elle doit être déboutée de sa demande en annulation.

¹³⁸ Cour d'appel, 18 mai 2006, n° 28582, BJJ, 2006, p. 203

¹³⁹ Cour d'appel, 5 avril 2001, Codex, 2001, n° 6, p. 175

¹⁴⁰ Cour d'appel, 10 janvier 2007, Pas. 33, p. 491 ; Cour d'appel, 20 mars 2002, DAOR, 2002, n° 64, p. 479 et note O. POELMANS.

La jurisprudence refuse également d'annuler pour erreur l'acceptation d'une succession par un héritier, lorsque l'erreur dont se prévaut l'héritier porte sur l'importance du passif successoral. En l'espèce la Cour rappelle d'abord que l'option exercée par l'héritier est, en principe, annulable, conformément au droit commun. Mais, précise-t-elle, l'erreur sur la consistance de la succession n'est pas une erreur sur les qualités substantielles, mais se confond avec la lésion qui, sauf le cas très spécial visé à l'article 783 du Code civil, n'est pas une cause de nullité¹⁴¹.

L'erreur n'a pas de lien nécessaire avec la langue employée et ne peut dès lors se déduire du seul fait de l'emploi de cette langue pour la rédaction de l'acte attaqué, fût elle inconnue de la partie signataire. L'ignorance de la langue du contrat n'est pas une cause d'annulation pour erreur ou vice de consentement en droit luxembourgeois¹⁴².

Il a aussi été jugé qu'une erreur sur la valeur des parts n'est pas une cause de nullité du contrat. L'appréciation inexacte par l'acheteur de la situation active et passive de l'entreprise reflétée dans la valeur des parts ne caractérise pas l'erreur susceptible de vicier le consentement¹⁴³.

Dans une espèce, un particulier avait acheté à un garage un véhicule d'occasion. Le vendeur avait fait savoir à l'acheteur qu'il avait réparé des dégâts sur le côté gauche du véhicule. L'acheteur soutenait que, peu de temps après avoir réceptionné le véhicule, il s'est aperçu d'un courant d'air persistant sur le côté droit du véhicule, qu'il a fait expertiser le véhicule et que l'expertise avait confirmé que le véhicule faisait l'objet des dégâts non renseignés et recouverts de peinture pour couvrir les dégâts. L'acheteur demandait l'annulation de la vente pour erreur. Le tribunal a néanmoins refusé, en considérant que l'acheteur ne rapportait pas la preuve que s'il avait connu les dégâts du côté droit au moment de la vente, cela l'aurait empêché de contracter, et cela au vu du fait qu'il avait été d'accord d'acheter un véhicule accidenté¹⁴⁴.

63. L'erreur n'est pas un vice de consentement lorsqu'elle porte sur la personne du co-contractant, sauf si la qualité de cette personne a joué un rôle déterminant dans le consentement de l'autre partie au contrat (article 1110 al. 2 du Code civil).

¹⁴¹ Cour d'appel, 15 novembre 2006, Pas., 33, p. 307 ; BJJ, 2007, p. 27

¹⁴² Cour d'appel, 25 juin 2009, Pas., 34, p. 645 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 44

¹⁴³ Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 103193, BJJ, 2008, p. 93

¹⁴⁴ Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n° 134738, BJJ, 2012, p. 57

Il ne peut donc y avoir nullité du contrat pour erreur sur la personne que si l'on a attribué à une personne des qualités qu'elle n'avait pas. Pour qu'une annulation soit possible sur cette base, il faut qu'il s'agisse de qualités essentielles, susceptibles d'avoir déterminé le consentement, ce qui s'apprécie tant de la nature du contrat que de la psychologie individuelle de celui qui s'est mépris. C'est ainsi que le tribunal a semblé admettre dans une espèce que si une partie avait l'intention de ne contracter qu'avec une entreprise agréée par la CSSF, une erreur sur cette qualité pourrait être cause de nullité du contrat¹⁴⁵.

Le tribunal a retenu l'erreur sur la personne comme cause de nullité du contrat, dans une espèce où un garage avait signé un contrat de vente d'une voiture avec une société A. Il avait ultérieurement appris que la société A était en réalité la société A. Sportscars, elle-même revendeur de véhicules automobiles non agréés. Dès que le garage a connu la vraie identité de son cocontractant, il lui a fait part du fait qu'il ne vendait pas de véhicule neuf à un revendeur non agréé et qu'il ne donnerait aucune suite à la commande. Dans le litige qui s'en est suivi, le garage a conclu à la nullité du contrat pour erreur sur la qualité du cocontractant, qui l'aurait sciemment induit en erreur. Le tribunal a fait droit à sa demande et a déclaré le contrat de vente nul. Pour ce faire, le tribunal a retenu que le garagiste pensait avoir conclu son contrat avec une société A et non pas avec la société A Sportscars. Cette attitude est justifiée au regard de la circonstance que le garagiste a été induit en erreur sur la qualité essentielle de son cocontractant. En supprimant le mot « Sportscars » de la dénomination de la société, le client a caché son identité, et de ce fait sa qualité de vendeur professionnel de véhicules, qui, si elle avait été connue par le vendeur, l'aurait empêché de conclure. Il était en effet essentiel pour le garage de ne pas vendre à un revendeur de véhicule qui n'était pas concessionnaire de la marque du véhicule¹⁴⁶.

64. Pour être une cause de nullité, l'erreur ne doit pas être inexcusable.

L'erreur est inexcusable lorsqu'elle est fautive. Il en est ainsi lorsque la partie qui invoque l'erreur a manqué à son obligation de se renseigner ou de refuser de signer avant la lecture de tous les documents contractuels¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Trib. Luxembourg, 6 mars 2009, n° 118100, BJJ, 2009, p. 107 ; Bull. Dr et Banque, 2009, n° 44, p. 60

¹⁴⁶ Trib. Luxembourg, 24 octobre 2007, n° 104452, BJJ, 2007, p. 193

¹⁴⁷ Cour d'appel, 11 novembre 2009, Pas., 34, p. 671 ; Cour d'appel, 7 février 2007, Pas., 33, p. 397 ; Cour d'appel, 8 février 2006, n° 30012, BJJ, 2006, 174 ; Trib. Luxembourg, 6 mars 2009, n° 118100, BJJ, 2009, p. 107 ; Bull. Dr et Banque, 2009, n° 44, p. 60

Dans l'affaire précitée du véhicule gagé vendu, le vendeur prétendait que l'erreur invoquée par l'acheteur pour demander la nullité de la vente était inexcusable. Il soutenait que l'acheteur aurait dû se renseigner sur l'état du véhicule auprès de l'immatriculation en France, ce qui lui aurait permis de savoir que celui-ci avait été gagé. La Cour a rejeté cette prétention. La Cour constate que le vendeur avait antérieurement acheté le véhicule muni d'une plaque d'immatriculation luxembourgeoise et qu'il avait revendu ce véhicule à l'acheteur muni de cette même plaque. L'acheteur – en présence d'une voiture immatriculée au Luxembourg – n'avait aucune raison de penser que la voiture avait déjà antérieurement fait l'objet d'une immatriculation en France et qu'elle pouvait être grevée d'un gage. Il n'avait aucune obligation de s'enquérir – avant l'achat – sur une quelconque inscription de gage en France, mais pouvait légitimement croire que la voiture était libre de tout gage. Son erreur a été déclarée excusable¹⁴⁸.

Dans une autre espèce, l'acheteur d'un studio dans une copropriété sollicitait l'annulation de la vente pour erreur, notamment car la gestion de la copropriété de l'immeuble s'avérait impossible. Le Tribunal a débouté le demandeur de ses prétentions, en considérant que si erreur il y avait eu sur ce point, elle était inexcusable. En effet, le nom du syndic gérant la copropriété était indiqué dans le compromis de vente et l'acheteur était donc en mesure de se renseigner auprès de lui au sujet de sa gestion, avant la vente, si il entendait faire de la bonne gestion de la copropriété une des conditions principales de son consentement. Est inexcusable l'erreur de l'acheteur qui, prétendant attacher une importance essentielle à une qualité de la chose qu'il désire acquérir, ne songe pas à vérifier cet élément, lors des divers examens qu'il fait de la chose avant de l'acquérir¹⁴⁹.

Dans une troisième affaire, l'acheteur d'un appartement sollicitait l'annulation de la vente pour erreur, car la situation de l'immeuble acheté n'était pas conforme au règlement de copropriété, règlement dont il n'avait pas eu connaissance au moment de la signature de l'acte. La Cour a jugé que si erreur il y avait eu, cette erreur était inexcusable. L'acheteur a en effet commis une faute en ne se renseignant pas plus avant et en ne refusant pas de signer l'acte de vente avant d'avoir pu avoir lecture du règlement de copropriété¹⁵⁰.

La Cour a également jugé que la caution, qui a fait savoir au créancier qu'elle connaissait le débiteur principal depuis de nombreuses

¹⁴⁸ Cour d'appel, 8 février 2006, n° 30012, BJJ, 2006, p. 174

¹⁴⁹ Trib. Luxembourg, 7 janvier 2005, n° 87357 cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/8, p. 31

¹⁵⁰ Cour d'appel, 7 février 2007, Pas., 33, p. 397

années, qu'elle lui faisait confiance et qu'elle était personnellement intéressée à ses projets immobiliers, a la possibilité de se renseigner sur la situation des comptes du débiteur. En ne s'enquérant pas de cette situation financière avant de signer comme garant, la caution ne peut pas se prévaloir d'une erreur excusable qui justifierait l'annulation de son engagement¹⁵¹.

Si une personne, habituée en matière d'investissement, entend uniquement contracter avec un professionnel du secteur financier agréé par la CSSF, elle peut facilement procéder elle-même avant la conclusion du contrat à des vérifications, simplement en consultant le site internet de la CSSF qui reprend le nom des différentes personnes soumises à la surveillance de cette autorité. Si elle n'a pas procédé à cette simple vérification, l'erreur qui en découle doit être qualifiée d'inexcusable¹⁵².

La Cour a également jugé que ne constitue pas une erreur excusable, le fait pour l'acheteur d'un immeuble de signer un compromis de vente sans disposer de l'argent et sans intégrer dans le compromis de vente une condition suspensive d'obtention d'un crédit¹⁵³.

65. La sanction de l'erreur vice de consentement est la nullité relative du contrat (infra point 232).

La convention contractée par erreur n'est pas nulle de plein droit. Cette nullité doit être demandée en justice (article 1117 du Code civil).

Cette action en nullité pour erreur se prescrit par cinq ans (article 1304 du Code civil). Ce délai de cinq ans ne court cependant que du jour où l'erreur a été découverte et il revient au créancier qui se prévaut de cette prescription d'apporter la preuve de la date de cette découverte¹⁵⁴.

L'annulation du contrat pour cause d'erreur laisse subsister dans le chef de celui qui a induit l'autre en erreur une responsabilité extra-contractuelle, dès lors que la nullité du contrat ne suffit pas à réparer le préjudice¹⁵⁵. La responsabilité d'une des parties peut être engagée en présence d'une erreur, dès lors que celle-ci est imputable à une faute commise par l'autre partie dans l'exécution de son obligation précontractuelle d'information¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cour d'appel, 10 janvier 2007, Pas., 33, p. 491

¹⁵² Trib. Luxembourg, 6 mars 2009, n° 118100, BJL, 2009, p. 107 ; Bull. Dr et Banque, 2009, n° 44, p. 60

¹⁵³ Cour d'appel, 14 novembre 2007, Pas. 34, p. 57

¹⁵⁴ Cour d'appel, 5 avril 2001, Codex, 2001, n° 6, p. 175.

¹⁵⁵ Cour d'appel, 9 février 2000, Pas. 31, p. 356, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 65

¹⁵⁶ Cour d'appel, 7 février 2007, Pas., 33, p. 397

Il existe en jurisprudence une controverse à propos de la possibilité pour une personne d'invoquer l'erreur, lorsque la chose objet du contrat est atteinte d'un vice. Ainsi la Cour a décidé que l'acquéreur d'un immeuble, qui avait constaté l'apparition d'infiltrations d'eau et de moisissures quelques mois après la vente, devait fonder son action sur la garantie des vices cachés et actionner l'action rédhibitoire. En présence d'un tel vice, l'acheteur ne peut pas invoquer l'erreur, même si l'action rédhibitoire n'est plus recevable faute d'avoir été intentée à bref délai ¹⁵⁷. Dans un arrêt antérieur, la Cour avait au contraire précisé que l'acheteur victime d'une erreur sur la substance, si celle-ci est également constitutive d'un vice caché de la chose, bénéficie d'une option en vertu de laquelle il est libre de se prévaloir soit de la nullité pour vice de consentement soit de la garantie des vices cachés ¹⁵⁸.

Personnellement nous inclinons à penser que cette seconde solution est la plus exacte. Dans la mesure où les conditions légales pour invoquer l'erreur sont remplies, il n'y a juridiquement aucune raison de considérer que la partie victime va être exclue de faire valoir ses droits sous prétexte que cette partie aurait pu invoquer un autre fondement juridique. L'erreur n'est pas une cause accessoire d'annulation des contrats et peut donc être invoquée dès que les conditions de son application sont présentes.

1.4.2. *La violence*

66. Il y a violence lorsqu'une personne s'engage dans les liens d'un contrat sous l'emprise d'une menace qui va peser sur son consentement.

Cette menace réside dans la perspective d'un mal considérable et présent. Le mal doit être assez grave pour que la violence revête un caractère déterminant ¹⁵⁹.

Cette menace peut concerner aussi bien la personne du contractant que ses biens (article 1112 du Code civil), ou encore menacer ses proches (article 1113 du Code civil). Elle peut être le fait du contractant ou d'un tiers (article 1111 du Code Civil).

Pour être cause de nullité, cette violence doit également être injuste, illégitime. Elle ne doit pas être motivée par l'exercice normal d'un droit ou d'un rapport de subordination économique ou morale (article 1114 du Code civil).

¹⁵⁷ Cour d'appel, 12 mars 2008, Pas. 34, p.189

¹⁵⁸ Cour d'appel, 18 mai 2006, n° 28582, BJL, 2006, p. 203 ; Cour d'appel, 8 janvier 1997, Pas., 30, p. 200

¹⁵⁹ Cour d'appel, 7 décembre 2006, Pas., 33, p. 376

La violence doit également être de nature à peser sur la volonté d'une personne raisonnable, c'est-à-dire d'une personne moyenne (article 1112 du Code civil).

67. Dans une espèce soumise à la Cour, une personne avait souscrit un crédit auprès d'une banque. Elle prétendait que ce crédit avait été souscrit dans le seul intérêt d'une troisième personne, qui l'avait obligée à contracter l'emprunt par la violence et demandait l'annulation du contrat.

Cette personne était aveugle de naissance et le bénéficiaire du crédit l'avait menacée de ne plus s'occuper d'elle si elle refusait de signer le contrat de crédit en sa faveur.

Le premier juge avait fait droit à cette demande, considérant que le mal redouté menaçait l'intégrité physique du plaignant et que la crainte pour cette personne aveugle de se retrouver seule était un danger suffisamment grave et précis pour constituer une violence justifiant l'annulation. Par ailleurs, le bénéficiaire du crédit s'étant vu remettre les fonds sans assumer aucun remboursement mensuel, la violence avait un caractère illégitime.

La Cour a réformé ce jugement et a refusé l'annulation du contrat de crédit. Pour la Cour, il ne saurait être sérieusement admis que la simple expectative de devoir se passer des services du bénéficiaire du crédit était susceptible de générer dans le chef de la personne aveugle la crainte d'un danger raisonnable pour sa personne ou ses biens. En effet, cette personne était employée communale et aurait pu recourir à tout moment aux mesures dont bénéficient les personnes souffrant d'un certain degré de dépendance ¹⁶⁰.

68. La sanction de la violence est la nullité relative du contrat (voyez infra point 232).

La convention contractée par violence n'est pas nulle de plein droit. Cette nullité doit être demandée en justice (article 1117 du Code civil).

Cette action en nullité pour erreur se prescrit par cinq ans (article 1304 du Code civil). Pour la violence, la prescription de l'action commence à courir du jour où elle a cessé ¹⁶¹.

Un contrat ne peut plus être attaqué pour violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement (article 1115 du Code civil).

¹⁶⁰ Cour d'appel, 7 décembre 2006, Pas., 33, p. 376

¹⁶¹ Cour d'appel, 23 février 2005, n° 28941, BJJ, 2005, p. 124

1.4.3. *Le dol*

69. Le dol est une tromperie par laquelle une partie à un contrat provoque chez l'autre partie une erreur qui la détermine à contracter.

Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté (article 1116 du Code civil). Le dol est alors un dol principal.

Lorsque les manœuvres invoquées par la partie plaignante sont postérieures à l'acte querellé, elles n'ont pu avoir aucune influence sur la partie cocontractante au moment de la passation de l'acte. Elles ne peuvent donc pas justifier une annulation de cet acte¹⁶².

Le dol peut également être incident. Il y a dol incident lorsque les manœuvres n'ont eu pour effet que d'influencer les conditions auxquelles l'autre partie a contracté, sans remettre en cause le contrat.

Une partie ne peut prétendre à l'existence d'un dol que si elle prouve l'existence de manœuvres frauduleuses, c'est-à-dire de mensonges ou de réticences dolosives de son cocontractant, mais également la mauvaise foi de ce dernier ainsi que le caractère déterminant de l'erreur provoquée par la manœuvre dans la conclusion du contrat¹⁶³.

Il n'y a dol que si l'auteur a agi intentionnellement pour tromper le cocontractant. Le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne suffit pas pour caractériser la réticence dolosive si ne s'y ajoute pas la constatation du caractère intentionnel du manquement. Il a ainsi été jugé que la caution qui entend fait annuler son engagement de garant pour dol doit prouver que le silence gardé par le banquier sur la situation de dette du débiteur avait pour objet de tromper la caution et de la déterminer à s'engager. A défaut, la preuve d'un dol n'est pas établie¹⁶⁴.

Les manœuvres frauduleuses de l'auteur du dol peuvent être de différentes natures. Il peut s'agir de véritables fraudes pénales, tels une escroquerie ou un faux, ou de déloyautés. Il peut s'agir de mensonges.

70. Pour qu'il y ait dol il faut donc que celui qui a été victime du dol ait commis une erreur. Il faut que son consentement ait été donné sous l'empire

¹⁶² Cour d'appel, 23 février 2005, n° 28941, BJJ, 2005, p. 124

¹⁶³ Cour d'appel, 10 décembre 2003, n° 27308 cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/1, p. 1 ; Cour d'appel, 5 avril 2001, Codex, 2001, n° 6, p. 175 ; Cour d'appel, 9 février 2000, Pas. 31, p. 356, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 65 ; Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 103193, BJJ, 2008, p. 93

¹⁶⁴ Cour d'appel, 10 janvier 2007, Pas., 33, p. 491

d'une méprise. Il ne suffit pas que des pressions aient été exercées ni qu'une obligation d'information n'ait pas été respectée.

Le caractère inexcusable de l'erreur dans laquelle la victime du dol a versé ne fait pas obstacle à la nullité.

La Cour a débouté l'acheteur d'un appartement qui sollicitait l'annulation de la vente pour dol, car l'immeuble acheté n'avait pas de compteur individuel et n'était donc pas conforme au règlement de copropriété.

La Cour a jugé que l'acheteur ne pouvait se prévaloir d'un quelconque dol car aucune erreur n'avait pu exister dans son chef, dans la mesure où il savait que l'appartement qu'il achetait n'avait pas de compteur individuel et qu'il avait signé l'acte de vente sans contrôler le règlement de copropriété. La présence du compteur n'étant pas déterminante, la nullité pour dol ne pouvait pas être retenue¹⁶⁵.

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. 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, et/ou n'ignorait pas la situation difficile et précaire de la société dont il a acquis les parts¹⁶⁶.

La souscription d'actions dans le cadre de la constitution d'une société ou de l'augmentation de capital est également un acte juridique susceptible d'annulation pour vice de consentement, et notamment pour dol. L'annulation n'est encourue que si l'erreur ou le dol portent sur la qualité et les caractéristiques des titres, sur la nature de l'opération, l'identité ou l'objet de la société et s'ils concernent un élément déterminant au consentement. Le tribunal a ainsi débouté l'actionnaire qui invoquait un tel dol, en relevant que le président de la société demanderesse était un des administrateurs de la société dans laquelle elle avait investi, ainsi qu'un homme d'affaires avisé, sensé être au courant de la situation de cette société. Il en découlait, que la société demanderesse ne montrait pas en quoi elle aurait été la victime d'un dol opposable à la société en souscrivant à l'augmentation de capital¹⁶⁷.

71. La réticence est également une manœuvre frauduleuse à l'origine d'un dol. La réticence dolosive est le mensonge par omission, le silence d'une partie dissimulant un fait qui, s'il avait été connu, aurait empêché

¹⁶⁵ Cour d'appel, 7 février 2007, Pas., 33, p. 397

¹⁶⁶ Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 103193, BJJ, 2008, p. 93

¹⁶⁷ Trib. Luxembourg, 11 janvier 2007 n° 94686 et 97947

de contracter. Si le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter, encore faut-il que cette partie ait été obligée d'informer son cocontractant se trouvant dans l'impossibilité de se renseigner lui-même. L'existence d'une obligation de parler constitue par conséquent la condition nécessaire de la sanction du dol par réticence¹⁶⁸.

Dans une espèce, la Cour a rappelé que la réticence, ou le simple silence gardé par le salarié, lors de la conclusion de son contrat de travail sur des faits, même relatifs à sa vie privée, mais ayant une incidence sur son activité professionnelle, peut être constitutif de dol cause de nullité du contrat, si le dol a été déterminant. Dans cette affaire, l'employeur avait interrogé le candidat lors de l'entretien d'embauche, en raison d'une lacune dans son curriculum vitae, sur son activité professionnelle entre 1992 et 1998. Le candidat lui avait répondu avoir travaillé dans le secteur immobilier pour sa famille et omis de mentionner que pendant cette période il avait été incarcéré pendant plusieurs années pour trafic de stupéfiants. Pour la Cour, en agissant de la sorte, le candidat, devenu employé, avait commis une réticence dolosive. En effet, face à la question précise qui lui avait été posée quant à son occupation, et même en l'absence de question spécifique relative à d'éventuels antécédents judiciaires, le candidat ne pouvait pas garder légitimement le silence sur son incarcération. Il était tenu de répondre de bonne foi à la question posée en fournissant des indications exactes et complètes sur son activité professionnelle pendant la période en question et en mentionnant notamment l'interruption prolongée de celle-ci du fait de son incarcération. Le futur employeur pouvait au contraire légitimement se fier à l'honnêteté du candidat au poste à pourvoir et à l'exactitude des renseignements fournis par celui-ci sans devoir procéder à des contrôles ou vérifications afférents et notamment sans devoir exiger la production d'un extrait du casier judiciaire, à défaut d'un quelconque élément devant lui inspirer un doute raisonnable quant à l'intégrité du candidat, voire un soupçon concret quant à des antécédents judiciaires. Cette réticence a été considérée comme déterminante eu égard à l'importance primordiale de l'honnêteté et des relations de confiance dans le secteur particulièrement sensible de la bijouterie, à la gravité des faits que font présumer la durée et l'exécution de la peine prononcée et au contexte défavorable se rattachant à la nature de l'infraction ayant donné lieu à l'incarcération incriminée¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cour d'appel, 7 février 2007, Pas., 33, p. 39 ; Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n° 134738, BJJ, 2012, p. 57

¹⁶⁹ Cour d'appel, 18 novembre 2004, n° 28235, BJJ 2005, p. 40

Dans une autre affaire, le plaignant était un banquier qui s'était vu proposer par une autre banque une participation dans un crédit. Il reprochait à sa cocontractante de lui avoir menti sur l'existence d'un contrat d'assurance-vie et sur la cession de loyers destinés à garantir le prêt et de ne pas l'avoir informé du fait que, dès avant sa prise de participation dans le crédit, le débiteur avait déjà des retards de paiement. La Cour a reconnu que, en agissant de la sorte, la banque avait menti sur un élément important et avait commis une réticence dolosive impardonnable. Elle a néanmoins jugé que le banquier ne prouvait pas que la banque avait agi avec une intention dolosive, et donc que ses fausses affirmations et ses réticences étaient des manœuvres employées intentionnellement pour attirer le capital du banquier et diminuer ainsi son risque. La mauvaise foi n'étant pas démontrée, la demande d'annulation du contrat pour dol a été rejetée¹⁷⁰.

Dans une espèce, un particulier avait acheté à un garage un véhicule d'occasion. Le vendeur avait fait savoir à l'acheteur qu'il avait réparé des dégâts sur le côté gauche du véhicule. L'acheteur soutenait que peu de temps après avoir réceptionné le véhicule, il s'est aperçu d'un courant d'air persistant sur le côté droit du véhicule, qu'il a fait expertiser le véhicule et que l'expertise avait confirmé que le véhicule faisait l'objet des dégâts non renseignés et recouvert de peinture pour couvrir les dégâts. L'acheteur demandait l'annulation de la vente pour dol. Le tribunal a refusé en considérant que l'acheteur ne rapportait pas la preuve que s'il avait connu les dégâts du côté droit au moment de la vente, cela l'aurait empêché de contracter, et cela au vu du fait qu'il avait été d'accord à acheter un véhicule accidenté¹⁷¹.

72. Certaines législations particulières prévoient des cas particuliers de « dol ».

En matière de libéralité, l'acte peut ainsi être annulé pour « suggestion de captation ».

Il y a suggestion de captation lorsque le bénéficiaire d'une libéralité a induit le disposant en erreur par des manœuvres frauduleuses pour s'attirer sa bienveillance.

Pour qu'une telle captation soit reconnue il faut, d'un côté, des manœuvres consistant à susciter chez le gratifiant l'animosité envers des héritiers ab intestat, et de l'autre, celles consistant à s'assurer un empire sur sa volonté

¹⁷⁰ Cour d'appel, 9 février 2000, Pas. 31, p. 356, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 65

¹⁷¹ Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n° 134738, BJJ, 2012, p. 57

en le coupant du monde extérieur, et plus particulièrement de sa famille, afin de le faire douter de l'affection des siens.

Il faut également que ces manœuvres aient été déterminantes et se soient nécessairement produites avant ou à l'époque de la libéralité et non postérieurement¹⁷².

73. La sanction du dol principal est la nullité relative du contrat (infra point 232).

Le dol ne peut néanmoins engendrer la nullité du contrat que s'il émane d'un cocontractant (article 1116 Code civil). Le dol n'est cause de nullité, lorsqu'il émane d'un tiers, que si ce tiers a été complice ou a agi en tant que représentant du cocontractant¹⁷³.

C'est ainsi qu'un cautionnement ne pourra pas être annulé pour dol si la manœuvre dolosive émane d'un autre cofidélusé, dans la mesure où cet autre cofidélusé n'est pas partie au contrat de caution¹⁷⁴.

De même, lorsque la nullité pour dol de la souscription d'actions dans le cadre de la constitution d'une société ou de l'augmentation de capital est demandée, l'annulation n'est possible que s'il émane de la société. Il faut que le dol puisse être considéré comme perpétré par la société en la personne de ses administrateurs, et non pas seulement par un ou quelques-uns de ses administrateurs.

De plus, et il s'agit d'une particularité du droit des sociétés, une souscription entachée d'une cause de nullité pour manœuvres dolosives commises par les dirigeants sociaux contre le souscripteur demeure valable envers les tiers qui ont traité avec la société.

Le tribunal a eu l'occasion d'appliquer cette solution dans une espèce où la société concernée était en état de faillite et alors que le curateur menait contre les actionnaires l'action en libération de la souscription. Il a ainsi débouté l'actionnaire de sa demande en annulation, en relevant que le curateur de la société agissait non seulement au nom et dans l'intérêt de la société, mais encore en sa qualité de représentant de la masse des créanciers de la société, c'est-à-dire des tiers qui ont traité avec la société et auxquels les manœuvres dolosives ne sont pas opposables¹⁷⁵.

74. La convention contractée par dol n'est pas non plus nulle de plein droit. Cette nullité doit être demandée en justice (article 1117 Code civil).

¹⁷² Cour d'appel, 11 juin 2008, n° 27137, BJL, 2008, p. 126

¹⁷³ Cour d'appel, 13 janvier 1998, Pas., 30, p. 465

¹⁷⁴ Trib. Luxembourg, 21 février 2002, n° 51012

¹⁷⁵ Trib. Luxembourg, 11 janvier 2007 n° 94686 et 97947

Cette action en nullité pour dol se prescrit par cinq ans (article 1304 Code civil). Ce délai de cinq ans ne court cependant que du jour où le dol a été découvert et il revient au créancier qui se prévaut de cette prescription d'apporter la preuve de la date de cette découverte¹⁷⁶. Ce délai de prescription court aussi bien à l'encontre des parties à l'acte qu'à l'égard des ayants cause de ces personnes qui leur ont succédé¹⁷⁷.

Le cocontractant peut se fonder sur le dol pour obtenir la nullité du contrat, et cela même s'il est en droit d'invoquer d'autres fondements à son action.

La Cour a confirmé que l'acquéreur d'un immeuble peut faire annuler la vente sur base du dol, suite à l'apparition d'infiltrations d'eau et de moisissure quelques mois après la vente, même si le fait que le problème apparu pouvait être qualifié de vice caché, fondant une action réhibitoire si elle est intentée à bref délai¹⁷⁸.

La victime d'un dol peut également se limiter à solliciter des dommages et intérêts et ne pas demander la nullité du contrat. La Cour a ainsi considéré que l'acheteur d'un immeuble, à qui le vendeur avait faussement prétendu que le grenier était muni d'une dalle en béton, pouvait limiter sa demande au remboursement du coût de la réalisation de cette dalle¹⁷⁹.

Le dol incident est uniquement sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts.

1.4.4. La lésion¹⁸⁰

75. La lésion est un déséquilibre qui 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. Cette disproportion vicie le consentement lorsqu'elle a été introduite dans le contrat par l'exploitation d'une position de force, en abusant sciemment de la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de l'autre partie (article 1118 Code civil).

Pour qu'un cocontractant puisse invoquer la lésion pour faire annuler le contrat, il doit donc d'abord démontrer qu'il y a une disproportion mani-

¹⁷⁶ Cour d'appel, 5 avril 2001, Codex, 2001/6, p. 175.

¹⁷⁷ Cour d'appel, 23 février 2005, n° 28941, BJJ, 2005, p. 124.

¹⁷⁸ Cour d'appel, 12 mars 2008, Pas. 34, p. 189.

¹⁷⁹ Cour d'appel, 4 juillet 2007, Pas., 34, p. 41 ; également Cour d'appel, 13 janvier 1998, Pas., 30, p. 465.

¹⁸⁰ J. BRUCHER, N. THIELTGEN, M. BENA, « La protection juridique des intérêts du consommateur dans le Code civil », in *Le Bicentenaire du Code Civil – une contribution luxembourgeoise*, éd. Portalis, 2008, p. 171 et s.

festes entre la prestation promise par une partie et la contrepartie de l'autre, et cela au moment de la conclusion du contrat.

Il doit ensuite prouver que cette disproportion est le résultat d'une exploitation consciente par une partie d'une position de force.

Le fait qu'une partie ne dispose pas de la connaissance ordinairement requise pour apprécier la situation concrète dans laquelle le contrat est conclu peut être qualifié d'inexpérience, et fonder une demande de rescission pour lésion.

76. La Cour a fait application de ces principes pour annuler un contrat pour lésion dans une espèce dans laquelle une société avait vendu à une autre 50 % des actions d'une troisième société. Le prix de la vente était fixé à 225.000 €. Un mois après la conclusion du contrat, l'acheteur avait mandaté un réviseur pour analyser la situation de la société cible. Celui-ci avait établi un rapport en se fondant sur les 4 années qui précédaient la conclusion du contrat de vente. Le rapport établi par le réviseur laissait apparaître que la société cible était fortement endettée, avait de gros problèmes de liquidité, était dans l'impossibilité d'honorer ses débiteurs et ne vivait que par le financement obtenu de son actionnaire. Le rapport mentionnait que, au vu des documents comptables examinés, la société cible valait « zéro ». Le vendeur, bien que contestant ce rapport, n'apportait aucun élément qui contredisait ces conclusions, pas plus qu'il ne sollicitait la désignation d'un expert judiciaire. La Cour en a déduit qu'il existait une disproportion évidente entre la prestation de l'acheteur –qui avait payé 225.000 €- et celle du vendeur –qui avait cédé 50 % des actions d'une société dont la valeur bilantaire était nulle. La Cour a également considéré que le vendeur avait abusé sciemment de l'inexpérience de l'acheteur. Pour ce faire elle a d'abord constaté que le vendeur avait une bonne connaissance de la valeur de la société cible. Les conseils d'administration des deux sociétés étaient pour partie composés des mêmes personnes. L'objet social du vendeur, consistant dans la prise de participation dans d'autres entreprises et dans la gestion et la mise en valeur de ses participations, était proche de celui de la société cible qui consistait dans l'exploitation d'entreprises de construction et de terrassement. A l'inverse, l'acheteur était étranger à la gestion de la société cible et avait pour objet social la détention, la gestion et l'administration d'immeuble. La Cour en a déduit que le vendeur avait abusé sciemment de l'inexpérience de l'acheteur, en mettant à son profit sa propre position de supériorité économique, matérialisée entre autre par sa connaissance parfaite de la situation réelle de la société cible. Elle a donc considéré qu'il y avait lésion, à savoir disproportion

évidente au moment de la conclusion du contrat entre les prestations des parties, disproportion due au fait volontaire du vendeur qui a exploité sciemment et mis à profit l'inexpérience de l'acheteur et sa propre supériorité technique et économique. La Cour a alors annulé le contrat de vente conclu entre les parties¹⁸¹.

Dans une autre affaire où l'acheteur entendait remettre en cause l'achat des actions d'une société qu'il avait acquises, le tribunal a jugé que le cessionnaire d'actions d'une société qui entend invoquer la lésion pour réclamer la nullité de la vente, doit démontrer que le prix payé par lui était disproportionné par rapport à la valeur des actions reçues, respectivement du chiffre d'affaires de la société au moment de la cession et que la disproportion entre la valeur de la chose cédée et son prix a été causée par une position de force qu'aurait exercée le cédant. Le demandeur ne peut donc pas se contenter de prétendre qu'il a été lésé car la valeur de la société acquise est inférieure au prix payé¹⁸².

Dans une autre espèce soumise à la Cour, une dame avait légué par testament à sa femme de ménage sa maison et tout son mobilier -uniques actifs de la succession. Les héritiers de cette dame avaient alors prétendu que ce legs était une libéralité rémunératoire dont la valeur était hors de proportion avec les services rendus par la légataire qui avait déjà été rétribués par salaires. Ils avaient invoqué la nullité du testament pour lésion. La Cour va rejeter cette prétention en précisant que l'expression « libéralité rémunératoire » désigne les libéralités inspirées par le désir de récompenser le gratifié pour un service rendu. En l'espèce, l'attribution de la maison avec tout le mobilier ne constituait pas un paiement intervenant dans le cadre d'une relation contractuelle, mais une véritable libéralité, inspirée par un sentiment de reconnaissance ou par tout autre sentiment. Elle en conclut que la position des héritiers aux termes de laquelle « il y a donc manifestement disproportion entre la valeur du legs et celle des services rendus » de sorte que « le testament devra donc être annulé pour cause de lésion » est irrelevante. La Cour considère, justement selon nous, que dès lors que les parties sont en présence d'une libéralité, il ne peut pas y avoir de lésion, dans la mesure où l'acte étant fait à titre gratuit il ne peut nécessairement pas y avoir de « proportion » -ni de disproportion- entre les prestations des parties à l'acte¹⁸³.

¹⁸¹ Cour d'appel, 10 novembre 2010, Pas., 35, p. 283

¹⁸² Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 103193, BJJ, 2008, p. 93

¹⁸³ Cour d'appel, 11 juin 2008, n° 27137, BJJ, 2008, p. 126

Dans une quatrième affaire, la Cour nous semble avoir fait usage de la lésion, sans le préciser expressément, pour annuler une transaction. En l'espèce, la Cour a rappelé que la validité d'une transaction implique notamment l'existence de concessions réciproques. La Cour ajoute que l'importance des concessions requises est cependant laissée à l'appréciation des juridictions saisies. S'il importe peu que les concessions soient d'importance inégale, elles ne doivent pas être dérisoires, sauf à entacher la transaction de nullité. En l'espèce, l'employeur en autorisant son salarié à ne pas effectuer le préavis légal de six mois, tout en lui payant quand même une indemnité compensatoire de préavis de deux mois et demie, a fait une concession. Mais, la Cour a d'abord considéré que cette dispense de travailler pendant le préavis constituait, pour lui, plus un avantage certain qu'une concession alors qu'il se trouvait dans une situation économique difficile et que le travail à confier au salarié manquait. Elle a ensuite jugé que cette concession était sans commune mesure avec celle faite par le salarié qui a renoncé à toutes revendications salariales ultérieures telles le paiement de trois mois et demi d'indemnité compensatoire de préavis, de trois mois d'indemnité de départ, voire aux dommages et intérêts en cas de licenciement abusif ainsi qu'à son indemnité pour congés non pris à concurrence de 2.500 €. La Cour a alors jugé que la transaction revêtait un caractère léonin en ce qu'elle présente une asymétrie financière certaine et anormale au profit de l'employeur, et doit de ce chef être déclarée nulle et de nul effet¹⁸⁴.

77. La sanction de la lésion est la nullité relative du contrat (infra point 232).

La partie victime d'une telle lésion pourra solliciter la rescision du contrat ou la réduction des obligations lésionnaires (article 1118 al. 2 Code civil).

L'action en rescision du contrat ou en réduction des obligations doit être exercée dans un délai d'un an à partir de la conclusion du contrat (article 1118 al. 3 Code civil).

78. Outre l'article 1118 du Code civil, d'autres articles du Code civil organisent des régimes particuliers de lésion.

Selon nous, nombres de principes applicables à ces lésions vont également s'appliquer à la lésion prévue à l'article 1118 du Code civil.

L'article 1674 du Code civil introduit un cas spécifique de lésion en matière de vente d'immeuble. Un contrat de vente immobilière peut être

¹⁸⁴ Cour d'appel, 26 mai 2011, n° 36087, BJJ, 2011, p. 164

annulé pour lésion si le vendeur a perçu lors de cette vente moins de 5/12^{ème} de la valeur de l'immeuble.

Lorsque le contrat concerné est une vente immobilière, une partie ne pourra dès lors pas solliciter la rescision du contrat pour lésion en invoquant les conditions prévues par l'article 1118 du Code civil. L'acheteur d'un immeuble ne peut ainsi pas prétendre à obtenir la rescision de la vente immobilière, l'article 1683 du Code civil l'excluant¹⁸⁵.

Dans une affaire la Cour a d'abord précisé que la lésion s'apprécie au jour de la conclusion du contrat. Dès lors, les plus ou moins-values subies par l'immeuble depuis cette date ne sont pas prises en compte pour déterminer si le contrat est, ou non, lésionnaire. L'appréciation de la lésion se fait par comparaison entre le prix de la vente et la valeur vénale de l'immeuble, c'est-à-dire le prix que le vendeur aurait pu obtenir si la vente de l'immeuble s'était faite dans des conditions normales, compte tenu du marché immobilier. Le juge peut, pour décider s'il existe des présomptions de lésion justifiant la désignation d'un expert, tenir compte de convenances que l'immeuble peut présenter pour un acquéreur éventuel ou qui peuvent déterminer un amateur à offrir un prix pour des convenances personnelles ou spéculatives, tels que le caractère résidentiel de la zone dans laquelle le bien est situé, le prix pratiqué dans le voisinage, la constructibilité du terrain, sa vocation à devenir un terrain à bâtir ou de la possibilité d'un allotissement. En l'espèce, le juge a constaté qu'au moment de la vente des projets de lotissement existaient, qui ne pouvaient pas être qualifiés d'hypothétiques. Le prix payé par l'acheteur à l'are pour de tels terrains était tel que la Cour a considéré qu'il y avait probabilité de lésion et qu'un expert devait être désigné afin d'établir la valeur réelle du terrain¹⁸⁶.

De même, lors d'un partage entre héritiers, un héritier peut demander la rescision de l'opération lorsqu'il établit une lésion de plus d'un quart (article 887 du Code civil). L'action en rescision peut être intentée contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision, peu importe sa qualification en vente, échange ou transaction (article 888 du Code civil). Ce régime est également applicable au partage entre époux lors d'un divorce par consentement mutuel. Il est irrelevant de savoir si la partie lésant connaissait ou non la valeur du bien partagé, et s'il a été victime ou non d'une erreur. Si la lésion de plus d'un quart est établie, la lésion peut être prononcée. Si la transaction a pour objet de faire cesser l'indivision ou si elle porte sur

¹⁸⁵ Cour d'appel, 24 mars 2010, JTL, 2011, p. 101

¹⁸⁶ Cour d'appel, 19 juin 2001, Codex, 2001/9, p. 290. Pour un autre cas voyez également Trib. Luxembourg, 14 janvier 2009, n° 103463, cité au JurisNews – Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2009/1, p. 74

les opérations mêmes du partage, notamment sur l'estimation des lots, leur formation, leur distribution, la forme même du partage, elle est rescindable pour lésion. La transaction ne pourra néanmoins pas être attaquée pour lésion si elle est indépendante du partage et a pour objet, non de résoudre l'indivision, mais de résoudre des difficultés préalables concernant, par exemple, la capacité des parties, la quotité des droits héréditaires, l'obligation au rapport ou la valeur de biens. La partie lésée peut ratifier la convention et la purger ainsi de son vice. Cette ratification ne peut néanmoins intervenir qu'après l'acte de partage et ne peut donc pas être faite dans l'acte de partage même¹⁸⁷.

La simple lésion donne lieu à rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions (article 1305 du Code civil). Cette lésion protège le mineur contre tout acte qui lui est préjudiciable. Elle n'est soumise à aucun quantum déterminé et existe dès que le mineur subit un préjudice d'une certaine importance pouvant résulter d'un déséquilibre des prestations reprises au contrat ou de la disproportion entre l'engagement et l'état de fortune du mineur.

La prohibition des pactes léonins reprise à l'article 1855 du Code civil est également une forme particulière de lésion. Les clauses contractuelles contenues dans les statuts ou dans une convention extrastatutaire entre associés d'une société civile ou commerciale qui, par un déséquilibre trop marqué dans la contribution aux pertes et la participation aux bénéfices, portent atteinte à l'*affectio societatis* nécessaire à l'existence d'une société, sont prohibées. Pour qu'une clause soit ainsi prohibée, il faut soit qu'elle porte atteinte de manière excessive à la vocation de chaque associé à percevoir les bénéfices sociaux en faisant en fait disparaître ce droit, soit qu'elle exonère un associé de toute perte, notamment en mettant toutes ces pertes à charge d'un autre associé.

Une convention d'attribution forfaitaire des bénéfices est ainsi léonine, l'associé concerné recevant une simple rémunération et non une participation au bénéfice de la société. Une convention de portage sera également considérée comme un pacte léonin, si elle a pour objet de porter atteinte au pacte social, ou si, ayant apparemment un autre objet, elle tend en réalité à la même fin.

Il n'y a, par contre, pas un pacte léonin si les parties conviennent d'une répartition inégale des bénéfices ou des pertes, soumettent l'attribution des bénéfices à un associé à une condition suspensive (non potestative), ou

¹⁸⁷ Cour d'appel, 13 janvier 2010, n° 34300, BJJ, 2010, p. 3 ; Cour d'appel, 15 novembre 2006, Pas., 33, p. 332 ; Cass., 15 décembre 2011, n° 71/11, BJJ, 2012, p. 227

prive un associé du droit à percevoir une somme dans le boni de liquidation.

En principe, seul le pacte léonin est nul et non l'ensemble du contrat de société ¹⁸⁸.

¹⁸⁸ F. Fayot, K. PANICHI, « La prohibition des clauses léonines », in *Le Bicentenaire du Code civil - une contribution luxembourgeoise*, éd. Portalis (2008), p. 369 et s. ; J.P. WINANDY, *Manuel du droit des sociétés*, 2^{ème} éd (2011), éd. Legitec, p. 228-229

§ 3. L'OBJET DE L'OBLIGATION

86. Il n'y a pas de contrat sans un engagement de la part d'une des parties à l'acte. Tout contrat doit ainsi engendrer une obligation qui com-

porte un objet. L'objet de l'obligation est la prestation que le cocontractant s'engage à fournir à l'autre (article 1126 du Code civil).

Le contrat doit ainsi prévoir une, ou plusieurs, obligations à charge d'une ou des parties, que nous appellerons « l'objet du contrat ».

L'objet du contrat doit répondre aux conditions de validité prévues par la loi. C'est ainsi que l'objet du contrat doit être dans le commerce, licite, possible et déterminé ou déterminable (articles 1128 et 1129 du Code civil).

Le contrat n'existe que si la prestation promise est possible.

Si le débiteur s'engage à une prestation absolument impossible (« je m'engage à toucher le ciel du doigt »), le contrat n'est pas valable. De même le contrat ne peut pas porter sur une chose qui n'existe pas (« je vend ma maison », alors que je en suis propriétaire d'aucune maison).

L'existence de l'objet va s'apprécier au moment de la formation du contrat.

Le contrat peut néanmoins porter sur une chose future, qui n'existe pas encore au moment de la conclusion de l'accord, mais pour laquelle les parties pensent qu'elle existera lors de son exécution (« vente du prochain millésime d'un vin ») (article 1130 du Code civil).

La sanction en cas d'absence d'objet, ou en cas d'objet illicite, indéterminé ou impossible est la nullité absolue de la convention (infra point 231).

87. L'objet du contrat doit être « déterminé ou déterminable ».

L'objet du contrat est déterminé lorsque la nature et l'étendue de la prestation de la partie contractante apparaissent à la lecture du contrat. Il est déterminable lorsque le contrat comprend uniquement les éléments qui vont servir à déterminer cette prestation.

L'objet du contrat sera également considéré comme étant déterminable lorsque les parties chargent un tiers de fixer l'objet du contrat (comme par exemple le prix à payer par une partie au contrat - voyez les articles 1592 et 1593 du Code civil pour la vente). On sera alors en présence d'une tierce décision obligatoire, qui peut être définie comme un accord par lequel les parties consentent conventionnellement à transférer à un ou plusieurs tiers leur pouvoir de décision sur un élément de fait déterminé dans la cadre de la formation ou de l'exécution de la convention. Cette décision va s'imposer aux parties à l'acte. Si le tiers désigné ne peut pas prendre la décision, ou refuse de la prendre, le contrat sera alors caduque par disparition de son objet.

88. Quatre décisions récentes ont été rendues à propos de l'existence de l'objet du contrat.

Dans la première affaire, le tribunal rappelle que, pour que le contrat soit valable, il faut que son objet soit soustrait à l'arbitraire des parties. L'objectif de l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable est d'éviter que l'une des parties ne soit placée à la merci de l'autre. Lorsque le contrat porte sur un service, il faut savoir avec précision quel service, quelles prestations, a été promis. En l'espèce, les demandeurs s'étaient engagés par contrat à conclure un contrat de maître de l'ouvrage délégué avec la défenderesse et un contrat d'architecte avec un tiers. Le contrat ne précisait d'aucune manière les prestations à fournir dans le cadre de ces deux contrats, ni les obligations en découlant pour les parties. Par contre, ce contrat contenait une clause pénale en faveur de la défenderesse pour le cas où les demandeurs ne rempliraient pas leurs obligations contractuelles. Le Tribunal, après avoir constaté que les demandeurs risquaient de se voir imposer les conditions du marché sous la pression de la clause pénale prévue et de l'acompte qu'ils avaient payé, a constaté que l'objet du contrat relativement aux contrats de maître de l'ouvrage délégué et d'architecte n'était pas déterminé, ni déterminable et que le contrat était donc nul²¹⁵.

La deuxième espèce concerne un contrat de vente d'un terrain.

La Cour a d'abord examiné si la vente portait sur un corps certain ou sur une chose fongible. Après avoir constaté que la convention portait sur une partie de terrain « suivant un futur mesurage cadastral », elle en déduit qu'elle n'avait pas pour objet un corps certain. La Cour a jugé que, à défaut d'indication précise de la contenance du terrain – « superficie totale d'environ plus ou moins 1 are » – et à défaut encore d'indication du moindre élément de repère permettant de situer concrètement la parcelle vendue, la vente portait sur une chose de genre. Partant, pour que le contrat ait un objet valable, il faut que la quotité de la chose vendue soit, sinon déterminée aux termes du contrat, du moins déterminable au jour de la conclusion de la vente. A cette date, la quantité de la chose vendue devait dès lors être définie de manière suffisamment précise, pour pouvoir être déterminée en dehors de toute nouvelle manifestation de volonté des parties. Il pourrait en être ainsi pour la vente d'un terrain à prendre dans une parcelle plus vaste, dès lors que la superficie du terrain vendu est déterminée au contrat et que « la venderesse s'en était remise par avance au choix des acquéreurs quant à sa délimitation exacte ». Mais, la vente litigieuse de « plus ou moins un are » ne portait pas sur une superficie

²¹⁵ Trib. Luxembourg, 14 décembre 2005, n° 92419, BJJ, 2006, p.3

déterminée. Il en résulte pour la Cour que le contrat, qui porte vente d'une parcelle à prendre sur le jardin des vendeurs, sans en préciser la superficie ou l'assiette, respectivement sans que ceux-ci ne soient déterminables, porte vente d'un objet non déterminable au moment de la conclusion du contrat et est donc nulle²¹⁶.

Dans la troisième espèce, les parties étaient en litige à propos de la vente d'un fonds de commerce. Les parties avaient précisé dans le contrat qu'elles s'engageaient « *dès à présent à dresser un inventaire complet du matériel cédé. Cet inventaire fera partie intégrante du présent contrat de vente* ». Les parties n'avaient néanmoins pas dressé cet inventaire et l'acheteur voulait en tirer argument, prétendant qu'il n'avait pas pu donner valablement son consentement pour une chose indéterminée et que le contrat était nul par application de l'article 1108 du Code civil qui subordonne la validité d'une convention, entre autres, à l'existence d'« *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* », l'article 1126 du Code civil précisant qu'il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La Cour a rejeté cette allégation. Pour la Cour la désignation de la chose -le fonds de commerce- faisant l'objet du contrat a été suffisante pour l'individualiser, sans qu'il soit besoin, pour la validité de la vente, que soient énumérés les éléments composant ce fonds. S'il est vrai que les parties se sont engagées à dresser un inventaire du matériel cédé, inventaire qui devait faire partie intégrante du contrat de vente, elles ne l'ont finalement pas dressé sans que l'une d'elles n'ait exigé de l'autre la confection de l'inventaire et l'acheteur a pris possession du fonds de commerce cédé et l'a exploité. Il faut donc admettre que les deux parties ont jugé l'inventaire inutile et ont renoncé chacune à la clause le stipulant. L'acheteur ne peut dès lors tirer prétexte de l'absence d'inventaire pour en déduire qu'elle n'a pas valablement donné son consentement²¹⁷.

Dans la quatrième affaire, le litige portait sur le contenu d'un contrat d'assurance. L'assureur refusait de prendre en charge un sinistre, au motif qu'il tombait sous les exclusions de garantie édictées par les conditions générales et qui excluaient les dommages « *normalement prévisibles eu égard aux règles de l'art* » et « *ceux causés par aggravation ou par répétition lorsque, en raison du comportement d'un assuré ayant constaté un premier dommage, ils deviennent normalement prévisibles et inévitables* ». L'assuré faisait valoir que ces clauses n'étaient pas valables et prétendait que sont nulles les clauses d'exclusion qui, par leur généralité

²¹⁶ Cour d'appel, 11 janvier 2006, n° 29797, BJJ, 2006, p. 70

²¹⁷ Cour d'appel, 6 avril 2006, n° 29140, BJJ, 2006, p. 176

et imprécision, mettent en question l'objet même et la raison d'être d'une police d'assurances tous risques au point d'offrir à l'assureur une porte de sortie et la possibilité de s'éclipser pratiquement à volonté, lorsque cela l'arrange, de son obligation d'indemnisation. La Cour a rejeté cette objection, en motivant sa décision par le fait que l'assuré était un professionnel, qui connaît les règles de l'art de son métier et est de ce fait à même d'apprécier les dommages normalement prévisibles en cas de violation de ces règles. Une référence à des documents techniques ou des normes établies par des organismes compétents à caractère officiel, qui sont censés connus par les professionnels, ne sont donc pas indispensables pour considérer que le contrat d'assurance avait un objet déterminable. Il en est de même d'une énumération des règles de l'art dont le non-respect entraîne exclusion, laquelle serait d'ailleurs toujours lacunaire²¹⁸.

89. La jurisprudence considère que l'indétermination du prix n'affecte généralement pas la validité de la convention.

Le tribunal d'arrondissement en a décidé ainsi dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Le tribunal considère que lorsque les travaux confiés à l'entrepreneur sont des travaux modestes ou des travaux accessoires ou exceptionnels, pour lesquels aucun prix ne peut être déterminé à l'avance, les parties peuvent conclure un marché en régie, dans lequel le prix est déterminé en fonction du temps presté et des matériaux mis en œuvre, sur base d'un taux horaire pour la main-d'œuvre et d'un prix unitaire convenus d'avance pour les matériaux. Le maître d'ouvrage supporte les risques d'augmentation de la main-d'œuvre, des matières premières et des quantités de travail et de matériaux. Il s'en remet à l'entrepreneur pour le prix en fonction du temps presté²¹⁹. Un accord préalable sur le coût des travaux n'est pas un élément essentiel du contrat d'entreprise. A défaut de stipulation d'un prix, l'entreprise fixe elle-même sa rémunération et le coût des travaux, de bonne foi sous le contrôle des tribunaux. Le client qui souhaiterait contester ce prix doit prouver que les prix facturés sont excessifs²²⁰.

La Cour l'a également rappelé dans une espèce où un cafetier avait conclu un contrat cadre d'achat exclusif avec un brasseur. Ce contrat précisait que les bières étaient vendues au prix du jour, tels qu'en vigueur auprès du brasseur, suivant tarifs communiqués au client et, pour autant que de besoin, autorisés par l'Office des Prix. Le contrat ajoutait que pour les prix qui n'étaient pas fixés par l'Office des Prix, le client était informé par la com-

²¹⁸ Cour d'appel, 23 janvier 2002, n° 25224 et 252220, BJJ, 2002, n° 45

²¹⁹ Trib. Luxembourg, 15 juillet 2004, n° 83970, BJJ, 2004, p. 122

²²⁰ Trib. Luxembourg, 6 novembre 2003, n° 72902, BJJ, 2004, p. 26

munication de la facture et disposait d'un délai de 15 jours pour les contester, à défaut de quoi il était censé avoir tacitement accepté la modification du prix. Le prix était donc déterminé au moment de chaque commande²²¹. La Cour a jugé que le contrat d'achat exclusif était un contrat-cadre qui s'exécute par des sous-contrats de vente lors desquels la quantité et le prix des marchandises vendues sont à chaque fois déterminés d'un commun accord. L'indétermination du prix des marchandises dans la convention cadre initiale n'affecte pas la validité de celle-ci²²².

Le contrat peut donc valablement prévoir que le prix à payer par le débiteur sera fixé unilatéralement par le créancier de l'obligation de payer. Si le cocontractant qui bénéficie du droit de fixer ce prix veut en tirer un profit illégitime, il commet un abus dans la fixation du prix. Le contrat ne sera alors pas déclaré nul, mais le débiteur de l'obligation pourra lui réclamer le paiement de dommages et intérêts ou demander la résiliation du contrat pour l'avenir.

90. Tous les contrats ne vont cependant pas être considérés comme étant valides lorsque le prix à payer par une des parties est indéterminé.

Il en va d'abord ainsi du contrat de vente, l'article 1591 du Code civil prévoyant expressément que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ».

Il en résulte que, pour que la vente soit valable, il faut que le prix de la vente soit déterminé dans la convention, ou qu'il soit au moins déterminable, par exemple en intégrant dans la convention le prix minimum accepté par les parties pour la vente²²³, ou encore qu'il soit laissé à la décision d'un tiers (article 1592 du Code civil).

Il en va également ainsi pour le contrat de travail, qui doit obligatoirement mentionner le salaire ou le traitement de base qui sera payé au salarié (article L.121-4 du Code du Travail)²²⁴ ou pour le bail qui doit reprendre le montant du loyer, ou à tout le moins les éléments permettant de le déterminer²²⁵.

Par ailleurs, lorsque le contrat lie un professionnel et un consommateur, sont considérées comme abusives, et donc nulles, les clauses prévoyant la détermination du prix au moment de la fourniture ou des fournitures suc-

²²¹ Cour d'appel, 26 mars 2003, n° 26569, BJJ, 2003, p. 100

²²² Egalement Cour d'appel, 17 décembre 1997, Pas., 30, p. 305 ; Cour d'appel, 2 octobre 1996, Pas., 30, p. 145

²²³ Cour d'appel, 16 juin 1970, Pas., 21, p. 366

²²⁴ R. SCHINTGEN, J. FABER, « Le contrat de travail », Publication du Ministère du Travail et de l'Emploi (2010), p. 37

²²⁵ M. THEWES, « Le nouveau droit du bail », éd. ULC (2007), p. 17, n° 19

cessives ou permettant au stipulant de l'augmenter, même en considération de critères objectifs, si le consommateur n'a pas corrélativement le droit de résilier le contrat lorsque le prix définitif devient excessif pour le consommateur par rapport à celui auquel il pouvait s'attendre lors de la conclusion du contrat (article L.211-3.10 du Code de la consommation).

91. On ne peut également passer de conventions que pour les choses qui sont dans le commerce (article 1128 Code civil).

Le corps humain est indisponible, et ce n'est que dans les cas restrictivement prévus par la loi qu'une convention peut avoir pour objet le corps humain ou une partie de celui-ci (voyez la loi 15 mars 1979 portant réglementation de la transfusion sanguine pour le don de sang, la loi du 25 novembre 1982 réglant le prélèvement de substances d'origine humaine pour le don d'organes ou la loi du 1er août 2007 relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines pour le don de tissus humains)²²⁶.

Les stupéfiants, cultures et toxines bactériennes, substances toxiques, soporifiques, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques sont aussi des choses hors commerce, et ne peuvent donc pas faire l'objet de convention, sauf dans les cas et conditions reprises dans la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie.

Les produits qui sont des produits dangereux, au sens de l'article 2.3. de la loi du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits²²⁷, sont également des choses hors commerce.

Les époux ne peuvent en principe pas non plus aménager conventionnellement les rapports personnels au sein de la famille (article 1388 Code civil). On considère traditionnellement que les pactes de séparations et autres arrangements identiques sont nuls²²⁸. La jurisprudence a néanmoins évolué sur cette question. Il a ainsi été jugé que lorsque des parents aménagent contractuellement leurs droits et obligations en tant que parents naturels de leur enfant, en ce qui concerne les droits de visite et d'héberge-

²²⁶ Voyez F. TURK, « Le statut juridique du corps humain – rapport luxembourgeois », Ann. Dr. Lux., 2009, n° 19, p. 161 et s.

²²⁷ Un produit dangereux est un produit qui n'est pas un « produit sûr », respectivement qui n'est pas un produit qui, dans des conditions d'utilisation normales ou raisonnablement prévisibles, y compris de durée et, le cas échéant, de mise en service, d'installation et de besoins d'entretien, ne présente aucun risque ou seulement des risques réduits à un niveau bas compatibles avec l'utilisation du produit et considérés comme acceptables dans le respect d'un niveau élevé de protection de la santé et de la sécurité des personnes. Voyez M. PIERRAT, « La sécurité du consommateur – rapport luxembourgeois », Ann. Dr. Lux., 2009, n° 19, p. 237

²²⁸ Voyez G. VOGEL, *Dissolution du mariage et liquidation du régime matrimonial*, 2ème ed. (2009), ed. Larcier, p. 189, n° 317

ment et leurs participations aux frais d'éducation et d'entretien de l'enfant commun, cette convention porte sur un objet au sujet duquel les parties peuvent s'engager. Le fait qu'un tel accord soit conclu dans le cadre d'une médiation organisée au sein du Centre de médiation ne fait pas non plus obstacle à ce que cet accord constitue un contrat liant les parties, qui peut légitimement être invoqué dans le cadre d'un litige entre les parties²²⁹.

L'auteur d'un ouvrage peut céder à un éditeur le droit de reproduction, à savoir le droit de distribution de son œuvre au public moyennant l'édition d'un livre. Mais, à côté de ces droits patrimoniaux liés à une œuvre, l'auteur est également titulaire de droits moraux, respectivement le droit de divulgation (décider quand et sous quelle forme l'œuvre sera divulguée), le droit de paternité (droit de se faire reconnaître auteur de l'œuvre) et le droit à l'intégrité (droit de faire respecter l'œuvre). Les attributs du droit moral de l'auteur d'une œuvre sont inaliénables et ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat de cession au profit d'un tiers²³⁰.

92. Les biens du domaine public sont également des biens hors commerce²³¹.

Si l'État est effectivement considéré comme étant propriétaire des biens du domaine public, il ne peut pas en disposer librement par contrat. Ces biens sont soumis au régime de la domanialité et sont donc indisponibles. Les biens du domaine public ne peuvent pas être vendus, donnés ou échangés, ni faire l'objet d'un droit réel ou d'une servitude au profit d'une personne privée. Il ne peut pas plus faire l'objet d'un bail, ni a fortiori d'un bail commercial.

Cette indisponibilité n'est cependant pas absolue et des biens du domaine public peuvent faire l'objet de certains droits particuliers, pourvu que ces droits ne mettent pas en cause leur affectation à des fins d'intérêt général et reste compatible avec leur destination initiale.

Il est en effet admis que le principe de l'indisponibilité du domaine public ne fait pas obstacle à ce que l'État concède certaines portions de ce domaine et autorise l'établissement d'entreprise sur les lieux qui en dépendent, de même qu'il ne s'oppose pas à ce que l'État accorde sur ce domaine des concessions ou permissions ayant pour objet des simples droits de jouissance ou d'occupation temporaire. Ces concessions sont précaires et toujours révocables.

²²⁹ J.P. Luxembourg, 27 novembre 2003, n° 4794/03, BJJ, 2004, p. 52 et BJJ, 2005, p. 2.

²³⁰ Trib. Luxembourg, 14 juillet 2005, DAOR, 2010, n° 95, p.313 et note L. MAMERE

²³¹ Voyez R. ERGEC, « Droit public de l'économie en ce compris le patrimoine public », éd. Pasirisie (2011), p. 232 et s., n° 274 et s.; M. THEWES, T. CHEVRIER, « La gestion des biens du domaine public », Ann. Dr. Lux., 2010, n° 20, p. 275 et s.; M. THEWES, « Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois », JTL, 2009, p. 115 et s., n° 61 et s.

Si les autorités publiques souhaitent disposer librement de biens du domaine public, elles doivent prendre au préalable une décision formelle de désaffectation du domaine public, transformant donc ce bien en un bien du domaine privé de l'autorité²³².

93. L'objet de la convention doit également être licite. Une partie ne peut pas s'engager à accomplir une prestation illicite ou immorale.

Les pactes sur succession future sont ainsi prohibés (article 1130 al. 2 du Code civil). Le pacte sur succession future est celui dont l'objet est d'attribuer, en dehors des cas limitativement énumérés par la loi, un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte. Pour être annulable le pacte litigieux doit porter sur des droits dans la succession en considération de laquelle il a été conclu. Si, en revanche l'ouverture d'une succession n'est visée que pour constituer un terme à une obligation dont l'existence est parfaitement extérieure au patrimoine successoral en cause, il n'y a pas de pacte sur succession future. Dans deux litiges soumis à la Cour, les débiteurs s'étaient engagés irrévocablement tout en repoussant l'échéance de la dette au décès du débiteur (ou du dernier mourant d'entre eux). La Cour a considéré qu'il n'y avait pas pacte sur succession future dans ce cas. Ne constitue, en effet, pas un pacte sur succession future prohibé, la convention qui fait naître au profit de son bénéficiaire un droit actuel de créance qui s'exercera contre la succession du débiteur²³³.

La possibilité pour le dépositaire d'un secret professionnel pénalement sanctionné (article 458 du Code pénal) de convenir avec son client de son droit de dévoiler les informations couvertes par le secret, pose également la question de la licéité de l'objet d'une telle convention. Bien qu'il soit incontestable qu'une partie à un contrat ne puisse pas licitement autoriser conventionnellement une autre à commettre une infraction, la jurisprudence luxembourgeoise semble avoir adopté une position plus nuancée en la matière.

Dans une espèce, un assuré avait souscrit un contrat d'assurance-vie et la compagnie d'assurance avait sollicité, après son décès, d'avoir accès à des données sur son état de santé auprès de son médecin traitant sur base d'une clause intégrée dans les conditions générales de la police d'assurance. Pour la Cour, il est admis que l'obligation au secret médical est en réalité une prérogative qui appartient personnellement au malade. Elle n'a

²³² Cour d'appel, 7 mars 1980, Pas., 25, p. 32 ; pour un cas voyez Cass, 1 mars 2007, n° 2413, BJJ, 2008, p. 52

²³³ Cour d'appel, 15 novembre 2007, Pas., 34, p. 61 ; Cour d'appel, 4 juin 2003, n° 26058, BJJ, 2003, p. 105

d'autre but que de protéger le malade contre les indiscretions intolérables. C'est le patient qui est le maître du secret et il a la faculté de relever, même anticipativement, son médecin traitant du secret. La Cour a fait droit à la demande de la compagnie jugeant donc que la clause par laquelle le patient relève le médecin du secret médical est valable. Le fait que la clause déliant les médecins traitant du secret médical soit conçue en termes généraux et soit intégrée dans les conditions générales de la compagnie d'assurance-vie ne fait pas obstacle à son application²³⁴.

Une position proche semble également être adoptée à propos du droit du client de libérer le banquier du secret bancaire (article 41 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier et article 458 Code pénal). La jurisprudence luxembourgeoise a admis, dans son principe, le droit pour le client –maître du secret bancaire– de délier le banquier de son secret au profit de tiers²³⁵. Par ailleurs, la CSSF a annexé à son rapport d'activités 2003, l'avis rendu par son Codéju (Comité des Juristes) à propos de la portée du secret bancaire. Dans cet avis, le Codéju de la CSSF précise que la nature du secret bancaire ne fait pas obstacle à ce que le client délie le banquier de son secret. Mais, pour le Codéju, deux conditions doivent être réunies pour que le client libère valablement le banquier de son secret. Il faut que la levée du secret soit 1° conforme au seul intérêt du client et 2° que le consentement du client soit spécifique, en ce qui concerne le contenu de l'information, le destinataire de l'information, la finalité de cette délivrance d'informations, et la durée pour laquelle ce consentement est donné. Pour le Codéju, une dispense générale de respecter le secret ne sera donc pas valable, qu'elle soit insérée dans les conditions générales ou dans un document spécifique²³⁶.

L'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence prévoit que sont interdites, et nulles de plein droit, les ententes entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. La conclusion d'un contrat entre différentes entreprises, qui aurait pour objet de fausser ainsi la concurrence a donc un objet illicite.

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de condamner une entente illicite²³⁷. En l'espèce, sept entreprises étaient soupçonnées de s'être concertées pour répartir entre elles les marchés publics dans le cadre de la

²³⁴ Cour d'appel, 4 avril 2003, Pas., 32, p. 272 ; BJJ, 2003, p. 148

²³⁵ Trib. Luxembourg, 4 mars 2009, n° 119883, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 56 ; Trib. Luxembourg, 8 juin 2000, Bull. Dr. et Banque, 2001, n° 31, p. 20 ; Trib. Luxembourg, 18 mai 2000, Bull. Dr. et Banque, 2001, n° 31, p. 16

²³⁶ CSSF, Rapport d'activités, 2003, p. 196 et s.

²³⁷ Cons. Conc., 5 mars 2010, DAOR, 2010, n° 96, p. 505 et s. et note P.E. PARTSCH et E. RAIMOND

construction de la Cité judiciaire et fixer les prix à proposer. Il était établi sur base de l'enquête que ces entreprises s'étaient réunies pour s'accorder sur le nom des entreprises qui devaient emporter différents lots de travaux et qu'elles ont tenté de maquiller leur accord en présentant des offres de couverture, c.à-d. des offres factices présentées par les autres entreprises avec un prix supérieur, sans réelle volonté d'emporter le marché. Cette entente sur la répartition des marchés a été complétée par une entente sur les prix, puisque les entreprises qui n'entendaient pas remporter le marché se sont bornées à soumettre les offres de prix qui étaient préparées par l'entreprise qui devait remporter le marché. Le Conseil a jugé qu'en agissant de la sorte, c.-à-d. en adoptant un comportement sur le marché qui ne dépend pas de leur situation individuelle, les entreprises ont faussé le jeu de la concurrence. Les règles de la concurrence veulent que chaque entreprise détermine son comportement en s'adaptant de façon autonome aux conditions changeantes du marché et en cherchant à tout moment à offrir à ses clients des produits et services nouveaux ou innovants au meilleur rapport qualité/prix. Des pratiques telles que celles mises en œuvre par les entreprises écartent ces mécanismes et sont ainsi susceptibles d'influer négativement sur les prix, la qualité, l'innovation et la compétitivité. Elles sont interdites pour cette raison, même si elles ne produisent pas dans l'immédiat des effets sur les prix.

Au Luxembourg, un commerçant ne peut en principe exercer son activité que s'il dispose d'une autorisation d'établissement, en application de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

Certains, après avoir fait appel aux services de personnes ne disposant pas d'une telle autorisation, ont tenté de se dérober à leur obligation de paiement de ces prestations en invoquant le caractère illicite de l'objet du contrat.

Dans une espèce, un particulier avait ainsi commandé l'installation d'une piscine à un magasin qui ne disposait pas de l'autorisation d'établissement pour procéder à une telle installation. Le particulier avait ensuite fait valoir que le contrat était illicite et avait sollicité l'annulation du contrat et le remboursement de sommes versées en exécution de celui-ci. Le premier juge avait fait droit à cette demande, mais a ensuite été réformé par la Cour d'appel. Pour ce faire, la Cour rappelle que le contrat avait pour objet la livraison et l'installation d'une piscine d'une part et la rémunération du matériel fourni et du travail presté d'autre part. Un tel contrat n'est pas illicite par son objet. Il ne contient aucune stipulation contraire à l'ordre public, la fourniture et l'installation du matériel étant sans lien avec le fait que la société en ques-

tion ne disposait pas d'une autorisation d'établissement pour les services prestés²³⁸.

Les juridictions luxembourgeoises ont confirmé cette jurisprudence dans des situations où le prestataire ne s'était vu délivrer son autorisation d'établissement qu'après la conclusion et l'exécution du contrat. Dans la mesure où il ne ressortait d'aucun élément du dossier que le contrat en question était illicite par son objet, ni que l'irrégularité de la situation du prestataire ait pénétré dans le champ contractuel et soit devenue une considération commune aux deux parties, les magistrats ont jugé qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le contrat conclu entre parties avant la date de l'obtention de l'autorisation²³⁹.

94. Une personne ne peut pas non plus s'engager à s'abstenir illicitement d'exercer un droit.

La jurisprudence a ainsi strictement réglementé le droit pour une personne de s'engager par une clause de non-concurrence²⁴⁰. La liberté du commerce et le droit au travail sont des droits reconnus par la Constitution (articles 11.4 et 11.6). Une personne peut néanmoins accepter par convention de ne pas faire de concurrence à une autre personne. Pour qu'un tel engagement soit licite, certaines conditions doivent être remplies. Il faut que la clause de non-concurrence soit proportionnelle au regard de l'objet du contrat. Le juge doit vérifier la légitimité de l'intérêt du créancier et la protection de la liberté économique individuelle de la personne qui accepte de ne pas concurrencer, car il s'agit de mettre concrètement en relation l'intérêt légitime d'un cocontractant et l'atteinte portée à la liberté du second. L'intérêt du créancier est légitime lorsque la concurrence que le débiteur pourrait développer présente un caractère anormal ou périlleux. Une telle clause doit faire l'objet d'une interprétation étroite et restrictive et ne peut être étendue au-delà de ses prévisions²⁴¹.

La Cour a ainsi déclaré nulle une clause de non-concurrence qui avait été intégrée dans un contrat de vente d'un fonds de commerce -un restaurant. Les vendeurs du fonds avaient ouvert une brasserie à quelques centaines de mètres du fonds vendu. Les acheteurs avaient alors assigné

²³⁸ Cour d'appel, 26 octobre 2006, DAOR, 2009, n° 89, p. 77 et note S. SCHWITZ qui réforme Trib. Luxembourg, 9 mars 2005, n° 62430, BJL, 2005, p. 83

²³⁹ Cour d'appel, 12 juin 2008, n° 31612, BJL, 2008, p. 148 ; Trib. Luxembourg, 16 mars 2006, n° 92486, BJL, 2006, p. 185.

²⁴⁰ Nous n'abordons pas ici les principes applicables en droit du travail, mais uniquement la problématique des clauses de non-concurrence entre indépendants. Pour le droit du travail voyez notamment Cour d'appel, 2 octobre 2003, DAOR, 2009, n° 91, p. 287 et note A. BERTIOTTI.

²⁴¹ Cour d'appel, 10 juillet 2002 n° 25635

les vendeurs et sollicitaient l'octroi de dommages et intérêts pour violation de la clause de non-concurrence. Les acheteurs n'étaient cependant plus exploitant ni propriétaire du fonds de commerce. Leur seul intérêt à voir respecter la clause de non-concurrence consistait dans le respect d'une convention transactionnelle conclue entre les parties. Les juges ont donc considéré que la clause de non-concurrence ne protégeait pas des intérêts légitimes du créancier, au regard du critère de proportionnalité, et qu'elle devait donc être considérée comme nulle pour être excessive²⁴².

Dans une autre espèce, un organisme avait conclu avec un Ministre un accord, dans lequel il avait notamment été convenu que le gouvernement ne modifierait pas un des régimes de pensions. Sept années plus tard, le gouvernement avait déposé un projet de loi visant à modifier ce régime des pensions, et l'organisme avait assigné l'Etat devant les tribunaux pour obtenir l'exécution forcée de la convention ou la mise en cause de la responsabilité contractuelle de l'Etat pour violation de la convention. Le tribunal a débouté le demandeur de ces chefs de demande. Pour ce faire, le tribunal précise que « *le gouvernement n'était pas en droit de s'engager contractuellement à renoncer à saisir la Chambre des députés d'un projet de loi portant réforme du régime des pensions (...), alors que le pouvoir de saisie de la Chambre des députés constitue une des compétences essentielles du gouvernement, à laquelle il ne saurait renoncer contractuellement* »²⁴³.

²⁴² Cour d'appel, 11 juillet 2001, DAOR, 2009, n° 91, p. 290

²⁴³ Trib. Luxembourg, 16 mars 2000, Codex, 2000/4, p. 139

§ 4. LA CAUSE DE L'OBLIGATION

4.1. *Introduction*

95. Une convention doit avoir une cause. L'obligation sans cause, sur une fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet (article 1131 du Code civil).

La conclusion d'un contrat par deux (ou plusieurs personnes) obéit à une multitude de raisons. Il y a d'abord les raisons immédiates, et généralement communes aux différentes personnes qui concluent ce type de contrat –un acheteur achète une nouvelle maison pour en devenir le propriétaire. Il y a ensuite les raisons lointaines qui dépendent de la motivation qui va guider chaque personne en particulier –l'acheteur achète une maison car son épouse est enceinte et que leur appartement actuel est trop petit pour loger

la famille qui s'agrandit ou parce qu'il veut la rénover pour la revendre en faisant une plus value...

La raison immédiate de la conclusion du contrat qui anime les cocontractants, est appelée la « cause objective » du contrat.

La raison lointaine, le mobile personnel qui détermine les parties à conclure ce contrat, est qualifiée de « cause subjective » du contrat.

La jurisprudence luxembourgeoise applique l'une ou l'autre de ces notions, en y apportant de plus certaines nuances, d'abord afin de déterminer l'existence de la cause et son caractère licite, mais également en fonction du type de contrat conclu par les parties²⁴⁴.

La sanction en cas d'inexistence de la cause est la nullité relative du contrat, alors que celle de l'illicéité de la cause est la nullité absolue de la convention (infra point 231).

4.2. *L'existence de la cause*

96. Lorsque le juge examine si la cause de l'obligation existe et que le contrat est un contrat à titre onéreux et synallagmatique, il va examiner s'il existe une contrepartie sérieuse à l'engagement du cocontractant. Il va examiner l'existence de la cause objective du contrat. Dès lors qu'une telle contrepartie existe au moment de la conclusion du contrat, celui-ci sera causé.

Dans une espèce soumise à la Cour, des héritiers avaient assigné en justice un autre héritier afin d'entendre annuler la vente d'un immeuble intervenue entre leur parent commun et ce dernier. Les demandeurs fondaient leur demande sur la vileté du prix de la vente, en arguant du fait que le défendeur n'avait en fait pas payé le prix repris dans l'acte pour l'achat du bien. La Cour d'appel a rappelé pour qu'une vente soit valable, il faut que le prix soit sérieux, c'est-à-dire représentatif, jusqu'à un minimum au moins, de la valeur de la chose. L'aliénation de la chose contre un prix dérisoire est sans cause. Mais, ajoute la Cour, l'absence de paiement du prix de la vente n'entraîne pas ipso facto la nullité du transfert de propriété. Si la vente n'a pas, faute de prix réel, la cause qui correspond à sa qualification apparente, elle peut posséder une autre cause, réelle et licite, qui la rend

²⁴⁴ La doctrine et la jurisprudence belge ont abandonné depuis longtemps ce concept multiple de la cause. En droit belge, la cause du contrat est uniquement le mobile déterminant des parties –la cause subjective– dans le mesure où celui-ci a pénétré le champ contractuel. Le mobile des parties peut pénétrer objectivement le champ contractuel –lorsque ce mobile résulte des caractéristiques normales et de l'utilisation usuelle de l'objet du contrat– ou subjectivement, en vertu de circonstances particulières ou de l'accord des parties. Voyez P. WÉRY, *Droit des obligations - Théorie générale du contrat*, V.1, 2^{ème} ed. (2011), éd. Larcier, p. 280 et s., n° 294 et s.

valable. En l'espèce, la Cour a considéré que la vente à prix fictif dissimulait une donation déguisée de la partie venderesse à l'acheteur et que cette donation était valable et qu'elle devait être simplement réduite afin de ne pas léser les droits à la réserve des autres héritiers²⁴⁵.

Dans une espèce où une société cocontractante à un contrat d'approvisionnement en boisson avait été déclarée en faillite, le tribunal avait jugé que l'engagement d'achat exclusif pris par la société et ses gérants avait sa cause dans l'engagement de la brasserie d'accorder à la société un prêt sans intérêt. Après avoir constaté que la société n'avait pas exploité de débit de boissons, et n'avait partant pas été approvisionnée en boissons, le tribunal a jugé qu'aucune des obligations reprises au contrat n'avait de cause de sorte que le contrat était à déclarer nul ab initio²⁴⁶.

La Cour d'appel a réformé ce jugement. Pour la Cour, les gérants ne pouvaient pas se dégager de leurs obligations contractuelles en affirmant qu'ils n'avaient pas exploité le café et qu'ils n'avaient pas reçu le prêt. Il était prévu que la société et les gérants devaient exploiter un débit de boissons et qu'en retour à leur engagement de s'approvisionner exclusivement auprès du brasseur, le brasseur leur remettrait un chèque sous les conditions définies dans le contrat. Il ressortait clairement des pièces versées que le chèque avait été réceptionné par l'époux d'un des gérants et que ce chèque avait été encaissé.

Le contrat avait donc une cause au moment de sa conclusion et le contrat a été déclaré valide²⁴⁷.

Nous ne pouvons qu'approuver cette décision.

D'abord car, comme la Cour le rappelait dans une précédente affaire²⁴⁸, l'existence de la cause d'une obligation née d'un contrat synallagmatique se vérifie au moment de la conclusion du contrat et non en cours de son exécution. Si un contrat valablement conclu n'est plus exécuté, l'inexécution n'est pas sanctionnée par la nullité du contrat, mais par sa résolution, la théorie des risques ou l'exception d'inexécution. Le fait qu'il y ait disparition de la cause après la formation de l'acte reste sans effet sur la validité de cet acte. Le fait que la contre-partie prévue vienne à disparaître ne doit pas permettre à une partie à l'acte de solliciter l'annulation de la convention. Une telle extension de l'utilisation de la théorie de la cause, qui était

²⁴⁵ Cour d'appel, 22 novembre 2006, Pas., 33, p. 346 ; également Cour d'appel, 4 février 2009, Pas., 34, p. 421

²⁴⁶ Trib. Luxembourg, 10 juin 2005, n° 92796, BJJ, 2005, p. 127.

²⁴⁷ Cour d'appel, 19 décembre 2007, n° 30376, BJJ, 2008, p. 71

²⁴⁸ Cour d'appel, 9 juillet 2003, n° 27411, BJJ, 2003, p. 171

celle prônée par le tribunal d'arrondissement en l'espèce, est source d'une insécurité juridique inutile.

Ensuite car cet arrêt de la Cour nous semble également condamner certaines dérives de la notion de cause, que la jurisprudence française connaît, et que le premier juge avait fait siennes. En France, la cause est progressivement passée du rôle de rempart contre le déséquilibre contractuel à celui d'instrument de garantie que le contrat présente et conserve l'économie en considération de laquelle les cocontractants se sont engagés. Dans le cas d'espèce, le premier juge avait constaté que le prêt, dont le remboursement était réclamé, trouvait sa cause dans l'obligation d'achat exclusif pris en faveur de la brasserie. Il avait ensuite constaté que le débit de boisson n'avait pas été exploité, qu'aucun approvisionnement en boisson n'avait été fait en pratique, et que le contrat de prêt devait donc être annulé pour défaut de cause. C'est donc bien uniquement en constatant que l'économie du contrat, tel que voulu entre les parties lors de la signature de la convention, avait disparu par la non-exploitation du débit de boisson, que le tribunal avait prétendu à l'absence de cause de la convention. Cette façon de voir a été fermement condamnée par la Cour, qui a considéré que le contrat était valablement causé par le fait que, lors de la signature du contrat, la société et les gérants avaient pris l'engagement de s'approvisionner exclusivement auprès du brasseur en contrepartie de la remise d'un chèque au titre de prêt. Il existait donc bien une contrepartie sérieuse à l'engagement de chacun des cocontractants. Le fait que, par la suite, l'exploitant n'avait pas pu exploiter le débit de boisson était sans influence sur l'existence de la cause du contrat en l'espèce.

Dans une autre affaire, la Cour a rappelé que la cause d'une convention de transaction est l'existence avérée ou éventuelle d'une situation litigieuse à laquelle les parties entendent mettre fin. Il faut qu'il y ait une situation contentieuse ou pré-contentieuse pour qu'une transaction puisse être valablement conclue²⁴⁹.

97. Lorsque le juge examine si la cause de l'obligation existe et que le contrat est un contrat à titre onéreux et unilatéral, il va considérer que la cause de l'obligation d'une partie réside dans le fait qui l'a déterminée à s'engager, dans sa cause subjective. La cause fait défaut si l'avantage poursuivi n'a pas été obtenu.

Dans une affaire soumise à la Cour, les deux gérants d'une société qui exploitait un club s'étaient également engagés solidairement et indivisible-

²⁴⁹ Cour d'appel, 6 décembre 2007, Pas., 34, p. 75

ment avec la société qui exploitait le club à rembourser le prêt qui lui avait été accordé par une brasserie.

Afin d'échapper à cet engagement, les gérants avaient prétendu à la nullité de ce contrat pour absence de cause, dans la mesure où ils étaient débiteurs principaux des obligations reprises au contrat alors qu'ils n'exploitaient pas personnellement le club et ne disposaient pas des autorisations et licences pour pratiquer une telle exploitation. La Cour a débouté les gérants de ce chef de demande en précisant que la cause de l'engagement des gérants -qui était un engagement unilatéral- résidait dans le fait qui les a déterminés à s'engager personnellement envers la brasserie. En l'espèce ce fait consistait en la perspective d'une remise de fonds par la brasserie au profit du club, fonds qui avaient bien été remis à la société exploitant le club, et leurs engagements étaient donc valablement causés²⁵⁰.

Dans un autre litige, le tribunal d'arrondissement s'est penché sur la problématique de la cause du cautionnement. En l'espèce, la caution précisait que la cause de son engagement avait été dictée par sa volonté de faire fonctionner la société débitrice principale, dont il était l'administrateur général. La reprise du véhicule, dont l'acquisition avait été financée par le contrat principal, ou la faillite de la société débitrice qui s'en était suivie, avaient fait disparaître cette cause. La caution prétendait donc limiter son engagement aux montants dus à la date de la reprise du véhicule. Le tribunal ne fit pas droit à cet argumentaire, en considérant que même à supposer que les circonstances invoquées, à savoir la reprise du véhicule ou la faillite, aient entraîné la disparition de la cause ayant amené la caution à s'engager, ces circonstances ne sont pas de nature à entraîner la nullité de l'acte ou à limiter l'engagement de la caution dans le temps²⁵¹.

Cette décision, en ce qu'elle se limite à s'assurer que la cause existait bien au moment de la conclusion du cautionnement, doit être approuvée.

98. Lorsque le juge examine si la cause de l'obligation existe et que l'acte est un acte à titre gratuit, il va examiner les motifs, la cause subjective, qui ont déterminé le donateur à s'engager.

La Cour a eu à connaître d'une espèce dans laquelle la validité d'un testament était contestée pour disparition de sa cause. Elle rappelle d'abord que, en matière de libéralité, la cause doit exister au moment de la passation de l'acte mais également que la caducité de la libéralité testamentaire peut être demandée lorsque la situation ou l'état de fait qui détermine la

²⁵⁰ Cour d'appel, 9 mai 2007, Pas., 33, p. 529 confirmant Trib. Luxembourg, 14 juin 2006, n° 95950, BJL, 2007, p. 109

²⁵¹ Trib. Luxembourg, 4 mars 2004, n° 79361

volonté du testateur disparaît postérieurement à la date du testament et antérieurement à l'ouverture de la succession, soit que l'on se fonde sur une erreur de motif déterminant, soit que l'on constate de façon objective que le motif impulsif et déterminant a disparu. En l'espèce, le testateur avait rédigé son testament vingt ans avant sa mort et à une époque où il n'était pas encore marié. Par ce testament, il avait gratifié certains proches. L'épouse avait attaqué la validité de ce testament, prétextant que le mobile déterminant de ces gratifications avait disparu à la suite du mariage du testateur et que le testament était donc nul car dépourvu de cause. La Cour a débouté la veuve de ses prétentions. Pour ce faire elle précise, après avoir rappelé les principes applicables, qu'en matière de libéralité à cause de mort il incombe en principe au testateur de veiller lui-même à la révocation de son testament. S'il ne le fait pas nonobstant la survenance d'évènements nouveaux depuis la confection du testament, il faut présumer que la volonté exprimée dans le testament a persisté jusqu'au décès du testateur²⁵².

On relèvera donc que, contrairement à ce qui prévaut pour les actes à titre onéreux, une libéralité testamentaire peut être déclarée caduque en cas de disparition de la cause de la libéralité après la formation de l'acte (infra point 228). Selon nous, cette exception ne s'applique pas aux libéralités entre vifs, mais est spécifique aux libéralités testamentaires²⁵³.

99. Le plus souvent, l'acte qui constate l'accord des parties indique la cause de l'obligation. C'est presque nécessairement le cas lorsque les parties ont conclu un contrat synallagmatique.

Certains actes ne mentionnent néanmoins pas cette cause. Une personne peut ainsi signer une simple reconnaissance de dette par laquelle elle promet à une autre de payer telle somme ou d'effectuer telle prestation sans que soient précisées les raisons d'un tel engagement.

Une telle absence de mention de la cause de l'obligation n'invalide pourtant pas le contrat. La convention est valable quoique la cause n'en soit pas exprimée (article du 1132 du Code civil).

La Cour a eu l'occasion de rappeler ces principes dans une espèce où un débiteur tendait à obtenir l'annulation d'une reconnaissance de dette qu'il avait signée.

²⁵² Cour d'appel, 1 décembre 2004, Pas., 33, p. 32

²⁵³ voyez J.F. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particuliers des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », RCJB, 2004, p. 123 et s., n° 32.2 et s.. Cass. B., 12 décembre 2008, n° C.06.0332.N, Rapp. C. Cass., 2008, p. 31-32

Elle rappelle donc d'abord que, en vertu de l'article 1132 du Code civil, l'existence d'une cause est présumée malgré le silence de l'acte. Au cas où la cause n'est pas exprimée il appartient à celui qui soutient que l'acte est nul de prouver l'absence de la cause. Si aucune cause n'est exprimée dans l'acte, la preuve de l'absence de cause peut toujours être faite par tous moyens. Il ne s'agit, en effet, de prouver ni contre l'acte, puisque précisément la cause n'est pas exprimée, ni outre cet acte, puisque la preuve à rapporter ne tend d'aucune manière à y ajouter quoi que ce soit. En l'espèce, le défendeur ne produisant aucun élément prouvant, de quelque manière que ce soit, l'absence de cause de la reconnaissance de dette, celle-ci a été jugée causée²⁵⁴.

Dans une autre affaire, dans laquelle le débiteur tendait aussi à obtenir l'annulation d'une reconnaissance de dette qu'il avait signée, la cause de l'engagement était exprimée. La somme était due au créancier « pour ses activités dans le projet de la rue de Chicago ». La Cour a alors précisé que celui qui prétend que la cause exprimée n'existe pas, qu'elle est fautive, illicite ou immorale, doit en apporter la preuve et que, à défaut, l'acte doit être considéré comme valablement causé²⁵⁵.

4.3. La licéité de la cause

100. La cause de la convention doit également être licite.

La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi ou quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (article 1133 du Code civil).

Il est admis que, afin de déterminer si la cause est licite, le juge va analyser les mobiles des parties, la cause subjective, et annuler les contrats lorsque les motifs qui ont déterminé les parties sont illicites ou immoraux.

La recherche du pourquoi immédiat et abstrait de chaque obligation, mais aussi d'un pourquoi très concret, variable, plus lointain et très généralement extérieur aux stipulations du contrat, conduit à considérer la cause par rapport au contrat et non uniquement en rapport avec les obligations des parties.

²⁵⁴ Cour d'appel, 2 avril 2003, n° 26706, BJJ, 2003, p. 58

²⁵⁵ Cour d'appel, 8 janvier 2003, n° 25832, BJJ, 2003, p. 80

Il ne s'agit donc plus d'analyser le pourquoi de l'obligation souscrite par chacune des parties mais il faut s'attacher au pourquoi de l'opération juridique dans l'intention de celles-ci ²⁵⁶.

Le contrôle de la licéité de la cause permet de vérifier la rectitude des mobiles des contractants, à tout le moins des mobiles qui sont « la cause impulsive et déterminante » du contrat. Il ne peut y avoir annulation du contrat pour illicéité de la cause que si le mobile illicite poursuivi par un contractant a été considéré par lui comme essentiel et déterminant et que, à défaut de poursuivre cet objectif, le contractant aurait refusé la convention.

Il n'est pas nécessaire que ce motif illicite soit commun aux deux parties, c'est-à-dire qu'il soit voulu par l'un et connu par l'autre.

L'annulation d'un acte pour cause illicite ou immorale peut être mise en œuvre aussi bien par le cocontractant innocent que par celui in culpa ²⁵⁷.

En outre, l'illicéité n'est pas nécessairement la violation formelle d'un texte de loi ²⁵⁸.

101. Il a ainsi été jugé que :

Une convention contraire aux normes professionnelles a une cause illicite. Tel est notamment le cas pour une convention conclue entre un avocat et son client en vertu de laquelle les honoraires sont fixés exclusivement en fonction du résultat.

Une telle convention est contraire au Règlement Intérieur de l'Ordre des avocats et à l'article 38 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, qui prévoit que les honoraires des avocats sont fixés suivant les différents éléments du dossier, tels l'importance de l'affaire, le degré de difficulté, le résultat obtenu et la situation de fortune du client ²⁵⁹.

Une convention conclue dans le but de frauder le fisc ou l'administration de l'enregistrement est frappée de nullité ²⁶⁰.

Dans une autre espèce, un couple avait chargé une personne de faire des travaux de rénovation de leur habitation « en noir ». Après avoir constaté que le prestataire exerçait clandestinement une activité soumise à autorisation d'établissement et que les époux avaient fait appel à lui en connaissance de cause, les juridictions ont annulé le contrat pour cause

²⁵⁶ Trib. Luxembourg, 14 juin 2006, n° 95950, BJJ, 2007, p. 109 confirmé par Cour d'appel, 9 mai 2007, Pas. 33, p. 529

²⁵⁷ Cour d'appel, 14 mars 2001, Pas., 32, p. 48

²⁵⁸ Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 96046, BJJ, 2006, p. 18

²⁵⁹ Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 96046, BJJ, 2006, p. 18

²⁶⁰ Cour d'appel, 1 mars 2000, n° 20905 ; Cour d'appel, 14 mars 2001, Pas., 32, p. 48

illicite, dans la mesure où il tendait à la réalisation d'une activité poursuivie en violation d'une législation d'ordre public et pénalement sanctionnée²⁶¹.

Par contre, le fait pour un prestataire professionnel d'effectuer des travaux pour un client sans avoir au préalable obtenu l'autorisation d'établissement exigée par la loi, ne constitue pas, en soi, un contrat illicite par sa cause. Dans la mesure où il ne ressort d'aucun élément du dossier que le motif des parties de s'engager dans une relation contractuelle ait été de frauder la loi relative au droit d'établissement, ni que l'irrégularité de la situation du prestataire ait pénétré dans le champ contractuel et soit devenue une considération commune aux deux parties, il n'y a pas lieu d'annuler le contrat conclu entre parties avant la date de l'obtention de l'autorisation²⁶².

²⁶¹ Cour d'appel, 9 novembre 2011, n° 35055, à paraître dans *Pas.*, 35 (2012/3) et note P. ANCEL

²⁶² Cour d'appel, 26 octobre 2006, DAOR, 2009, n° 89, p. 77 et note S. SCHMITZ ; Trib. Luxembourg, 16 mars 2006, n° 92486, BJJ, 2006, p. 185.

CHAPITRE IV. LE CONTENU DES CONTRATS

SECTION 1. LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

102. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, la volonté des parties peut librement créer, modifier ou éteindre des droits et des obligations.

Toute personne est ainsi, en principe, libre de décider de contracter, de ne pas contracter et de choisir librement son cocontractant.

Les parties à un contrat peuvent conclure le contrat de leur choix, en régler librement les conditions et modalités. Elles peuvent également modifier ou dissoudre cet engagement.

103. Les parties à un contrat peuvent d'abord conclure une convention qui ne rentre pas dans le moule des contrats spécialement organisés par le Code civil (articles 1582 à 2058 Code civil), le Code de commerce (articles 91 à 109 Code de commerce) ou les lois particulières (voyez par exemple la loi du 27 juillet 2003 relative aux contrats fiduciaires ou les articles L.224-1 et s. et R. 224-1 et s. du Code de la consommation).

On parle alors d'un « contrat innomé » ou « sui generis » dont les parties règlent de commun accord les modalités.

La Cour a rappelé ce principe à propos d'une convention par laquelle le propriétaire de jeux électroniques dépose ceux-ci dans une brasserie exploitée par une autre personne moyennant le partage des recettes. Pour la Cour, une telle convention ne peut pas être qualifiée de dépôt ou de louage d'ouvrage. En effet, pour qu'il y ait dépôt, il faut que la garde soit la cause principale du contrat. Or, en l'espèce, l'exploitant reçoit les jeux en vue de s'en servir dans le cadre de sa profession. Pour qu'il y ait louage, il faut que le bien soit mis à la disposition de l'exploitant contre le paiement d'un loyer. Or, l'exploitant fait usage des jeux mais ne verse aucun loyer au propriétaire des jeux. Le propriétaire des jeux est, en effet, le seul à posséder la clef des appareils et peut seul accéder à la recette,

dont il rétrocède une partie à l'exploitant. Le contrat était donc à qualifier de contrat innomé, d'une nature particulière et spéciale. En l'espèce, les jeux avaient été détruits dans l'incendie qui avait frappé la brasserie. Le propriétaire des jeux avait attaqué l'exploitant afin d'obtenir leur remboursement. La Cour a considéré que le propriétaire des jeux devait prouver, pour obtenir gain de cause, qu'il y avait eu mauvaise exécution du contrat par l'exploitant, ou une faute de sa part engageant sa responsabilité. Elle a constaté qu'il ne ressortait pas de la convention des parties que l'exploitant avait une obligation de surveillance ou de garde des jeux. Sa responsabilité dans l'incendie n'étant pas non plus démontrée, le propriétaire des jeux a été débouté de sa demande¹.

Il a également été jugé que le crédit-bail (ou leasing) est un contrat sui generis qui s'apparente au contrat de location, mais qui constitue en fait une opération de financement. A ce titre, les règles de base du contrat de location se trouvent applicables, mais un certain nombre d'exceptions, notamment quant aux obligations de garantie du bailleur, sont permises dans le cadre d'un contrat de crédit-bail, alors qu'elles sont plus difficilement concevables dans le cadre d'un contrat de location « ordinaire ». Ainsi, la société de leasing peut, par exemple, valablement s'exonérer de l'obligation du bailleur d'assurer au locataire une jouissance paisible du fait d'un tiers. Ces exceptions doivent faire l'objet de stipulations expresses dans le contrat entre parties, dans la mesure où il n'existe pas de « droit commun » du contrat de leasing².

La jurisprudence luxembourgeoise a considéré que le « chèque de voyage » constituait également un contrat innomé, régi essentiellement par la convention des parties³. Ce contrat d'achat de chèques de voyage est un contrat d'adhésion préédigé par le professionnel, dont les clauses ambiguës doivent être interprétées en faveur du preneur du chèque et contre l'émetteur. Dans la mesure où il n'est pas contesté que le client a respecté les conditions inscrites au contrat et à défaut d'un paiement intervenu par l'émetteur à un tiers porteur, l'émetteur ne saurait refuser le remboursement des chèques de voyage en cas de perte ou du vol de ceux-ci, en l'absence d'une condition prévue expressément au contrat d'achat excluant le remboursement du chèque de voyage en cas d'une négligence ou d'une faute du client lors de la perte ou du vol.

¹ Cour d'appel, 31 mai 2000, Pas., 31, p. 454.

² Trib. Luxembourg, 21 octobre 2010, n° 119.567, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p.65

³ Trib. Luxembourg, 18 mars 2004, n° 100/04

Le contrat d'hôtelier est également considéré comme un contrat sui generis, dont le régime juridique découle des usages et de la jurisprudence⁴.

104. Les parties peuvent également conclure un contrat qui va se voir appliquer des principes tenant à plusieurs contrats nommés différents.

C'est ainsi que la Cour a considéré que dans le contrat de « dépôt-vente & autorisation de vente », par lequel un client remet sa voiture à un garagiste en vue de la vente du véhicule contre rémunération (consistant en la différence entre le prix de vente réalisé et le prix minimum fixé), le garagiste assume les obligations du dépositaire accessoirement à celles du mandataire. En outre, le garagiste étant un vendeur professionnel, la qualification de dépôt salarié doit être retenue dans la mesure où la rémunération escomptée constitue la contrepartie d'une opération économique unique dans laquelle le dépôt n'est que l'accessoire du mandat de vente. L'aléa de la perception de la commission n'enlève pas son caractère onéreux à l'ensemble contractuel, qui s'insère dans l'activité professionnelle du garagiste. A l'instar du dépositaire, le garagiste qui ne peut plus remettre la chose déposée parce que celle-ci est perdue ou parce qu'elle est détériorée est tenu à une obligation de moyen renforcée⁵.

105. Le principe de l'autonomie de la volonté permet également aux parties de créer d'autres types d'engagements que des contrats.

La Cour a rappelé qu'une personne peut librement créer un titre au porteur, par lequel elle va s'engager à effectuer un paiement ou une prestation à l'égard du porteur de ce titre. La création d'un tel titre au porteur est libre et ne requiert l'intervention d'aucune disposition spécifique de droit. Il est admis qu'avec l'accord du débiteur toute obligation quelconque est susceptible de donner lieu à la rédaction d'un titre négociable, sauf les exceptions prévues par la loi. Rien ne s'oppose donc à ce qu'une créance civile quelconque soit constatée par un titre au porteur et circule en conséquence par simple tradition. Les parties peuvent constater une créance dans un acte quelconque comportant une clause à ordre ou au porteur rendant la créance transmissible par la voie de l'endossement ou la tradition.

En l'espèce, une banque avait souscrit à des parts d'une Sicav pour le compte de clients. Au moment de la souscription, les certificats matériels au porteur représentant les parts de la Sicav n'étaient pas encore disponibles. La banque demanda à la banque dépositaire de la Sicav d'émettre trois

⁴ Trib. Luxembourg, 20 janvier 2011, n° 188/2011, BJJ, 2011, p. 138

⁵ Cour d'appel, 13 juin 2007, Pas., 33, p. 558 ; BJJ, 2007, p. 145

attestations au porteur représentant chacune un tiers des parts concernées et de remettre ces attestations à ses clients, en attendant la délivrance des certificats. Les clients avaient remis ces trois attestations à une autre banque dans le cadre d'un gage. Ce créancier gagiste, détenteur des attestations, les présenta à la banque dépositaire après la date d'échange reprise sur les attestations afin d'obtenir délivrance des certificats matériels au porteur représentant les parts de la Sicav. Entre-temps, la banque dépositaire avait crédité les parts de la Sicav sur le compte de la banque ayant souscrit, pour compte de ses clients, les parts de la Sicav. N'étant plus en possession des actions de la Sicav, elle refusait d'honorer les attestations. La Cour a néanmoins jugé qu'elle était engagée par son attestation et a ordonné qu'elle délivre les parts de la Sicav, ou leur contre-valeur, au créancier gagiste⁶.

106. Le principe de l'autonomie de la volonté implique aussi que les parties peuvent décider librement du contenu de leur convention, et cela en prévoyant également des clauses qui vont faire exception aux principes prévus par la loi.

Les parties peuvent ainsi choisir de soumettre leur convention à la loi qu'elles entendent. Elles peuvent porter leur choix sur n'importe quelle loi, plusieurs lois et même sur un système juridique sans aucun lien, même subjectif, avec la relation contractuelle. Les parties ne sont pas davantage tenues d'exercer leur faculté de choix au moment de la conclusion du contrat principal ni de suivre définitivement la désignation initiale qui y aurait été faite⁷.

Les parties peuvent aussi, en principe, choisir un tribunal territorialement compétent. La compétence *ratione loci* n'est, en effet, pas d'ordre public contrairement à la compétence d'attribution *ratione materiae*⁸.

Les parties peuvent arrêter dans le cadre de leurs relations des modalités ou conditions de ratification contractuelle. La partie qui se croit lésée est alors déchue de son droit de critiquer les opérations non contestées endéans le délai fixé conventionnellement⁹.

⁶ Cour d'appel, 12 juillet 2006, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 56 et note N. KAYSER, confirmé par Cass., 12 juin 2008, n° 30/08.

⁷ Cour d'appel, 13 juillet 2000, Pas., 31, p. 426.

⁸ Cour d'appel, 22 décembre 2005, n° 29869, BJJ, 2006, p. 13. Ce principe connaît des exceptions expressément prévues par le Nouveau Code de Procédure Civile ou par le Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁹ Cour d'appel, 20 octobre 2004, n° 27623, BJJ, 2005, p. 131.

Le vendeur d'un immeuble peut valablement confier, dans un même contrat, un mandat exclusif de vente à deux sociétés immobilières¹⁰.

Les parties à un contrat nommé expressément réglementé par le Code civil (vente, louage, mandat ...) peuvent modifier les principes prévus par le Code civil et qui sont applicables à ce contrat.

Le vendeur d'un véhicule d'occasion peut prévoir dans le contrat une clause de non-garantie¹¹.

Un commerçant peut prévoir une garantie commerciale en parallèle à la garantie légale et ayant le même objet que cette dernière¹².

Dans le cadre d'un contrat de mandat, le mandant peut dispenser expressément ou tacitement le mandataire de faire une reddition des comptes¹³. Les juges peuvent déduire l'intention tacite du mandant des faits et circonstances de la cause et disposent en ce domaine d'un pouvoir souverain d'appréciation.

Dans la mesure où ni la durée, ni la fin du contrat de bail commercial ne sont soumises à des dispositions légales impératives, les parties ont pu librement convenir des modalités du congé et prévoir que la résiliation du contrat de bail se fera par lettre recommandée avec accusé de réception, à expédier au plus tard le dernier jour ouvrable précédant le début du préavis¹⁴.

Les parties à un contrat de travail peuvent prévoir que l'employeur qui souhaite mettre un terme à la relation de travail devra donner à son salarié un préavis d'une durée supérieure à la durée fixée par la loi. Néanmoins la jurisprudence annule généralement la clause de préavis qui a pour effet d'entraver sérieusement le droit normal d'une partie de mettre fin unilatéralement à un contrat à durée indéterminée, étant donné qu'il est contraire à l'ordre public de maintenir quelqu'un indéfiniment dans les liens conventionnels. La Cour d'appel avait ainsi annulé une clause prévoyant que l'employeur devait payer une indemnité de 4 années de salaire en cas de licenciement de son salarié, s'élevant à plus de 500.000 €. La Cour de Cassation a cassé cet arrêt, en précisant que la stipulation conventionnelle en faveur du salarié d'un délai de préavis plus long que celui issu de la loi n'enlève pas à l'employeur la faculté de résilier le contrat de travail à durée indéterminée. Sur renvoi, la Cour d'appel a alors jugé que le caractère

¹⁰ Cour d'appel, 19 juillet 2003, n° 24976, BJJ, 2003, p. 168 et cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/7, p. 25.

¹¹ Cour d'appel, 25 octobre 2000, Pas., 31, p. 470.

¹² Cour d'appel, 13 juin 2007, Pas., 34, p. 30

¹³ Cour d'appel, 26 mai 2004, n° 27512, BJJ, 2004, p. 199 ; Trib. Luxembourg, 6 mai 2008, n° 85798, BJJ, 2008, p. 105

¹⁴ Trib. Luxembourg, 30 juin 2006, n° 100616, BJJ, 2007, p. 9

général et formel de la décision de la Cour de Cassation s'opposait à la possibilité de parvenir à une réduction de cette clause de préavis, et cela même en la requalifiant en clause pénale. La convention de préavis a alors été jugée licite et applicable¹⁵. La jurisprudence luxembourgeoise semble ainsi valider la pratique des « golden parachute »¹⁶.

Dans un contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage peut se décharger conventionnellement sur l'entrepreneur de sa responsabilité du fait des choses pouvant lui incomber en vertu de l'article 1384 al. 1 du Code civil. La jurisprudence rappelle néanmoins que, pour que ces clauses contractuelles trouvent à s'appliquer, le maître de l'ouvrage doit établir, dans le chef de l'entrepreneur, l'existence d'un fait qui soit causalement intervenu dans la genèse de l'événement dommageable¹⁷.

Si le Code civil a omis de prévoir les principes applicables à la servitude de « tour d'échelle », il existe une exception coutumière de nécessité liée aux contraintes de voisinage qui permet au propriétaire d'un mur mitoyen de demander au juge d'être autorisé à passer sur le fond d'autrui pour exécuter les travaux nécessaires à la réparation de ce mur, moyennant une indemnité à fixer par lui. Le droit de recourir au juge n'empêche pas le droit des parties de s'arranger valablement entre elles pour modaliser ce droit de passage et les dommages et intérêts dus au propriétaire du fonds d'accueil¹⁸.

De même, il est admis que, en principe, l'actionnaire d'une société commerciale qui a droit au dividende à payer par cette société, est celui qui est actionnaire au jour de la décision de l'assemblée générale de distribuer ces dividendes. Les parties peuvent néanmoins aménager ce principe conventionnellement, soit dans les statuts soit dans l'acte de cession¹⁹.

¹⁵ Cour d'appel, 20 mars 2008, n° 31115, 31159 réformé par Cass., 28 mai 2009, n° 33/09 cité au JurisNews - Regard sur le Droit du Travail, 2010/7, p.212 et sur renvoi Cour d'appel, 11 novembre 2010, n° 31105, cité au JurisNews - Regard sur le Droit du Travail, 2010/8, p. 217

¹⁶ La législation récente a néanmoins encadré ce type de clauses pour les dirigeants de banques, d'entreprises d'investissements et autres entreprises financières. L'article 5 § 1bis de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier prévoit qu'une banque ne peut être agréée que si le dispositif de gouvernance interne comprend des politiques et pratiques de rémunération permettant et promouvant une gestion saine et efficace des risques. La même exigence est posée pour l'agrément de certaines entreprises d'investissement. Cette législation prévoit que les indemnités contractuelles versées en lien avec la résiliation anticipée d'un contrat doivent correspondre à des performances effectives et être conçues de manière à ne pas récompenser l'échec. Pour plus de détail voyez la circulaire CSSF 10/437 sur les lignes directrices concernant les politiques de rémunération dans le secteur financier et les circulaires CSSF 06/273 et 07/290 concernant la définition de ratios de fonds, complétées par les circulaires CSSF 10/496 et CSSF 10/497 (les « circulaires CRD III »).

¹⁷ Cour d'appel, 21 novembre 2007, n° 31050, BJJ, 2008, p. 176

¹⁸ Cour d'appel, 10 décembre 2008, Pas., 34, p. 357

¹⁹ Trib. Luxembourg, 4 mai 2007, n° 85435, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21. p. 278

L'immunité d'exécution dont bénéficient les États souverains constitue un principe coutumier du droit international public. Il en découle que les biens appartenant à un État étranger ou à l'un de ses organismes (personnalisés ou non) ne peuvent être saisis, fût-ce en exécution d'un jugement régulièrement obtenu par la partie saisissante. L'État peut néanmoins renoncer conventionnellement à son immunité d'exécution, l'immunité n'étant pas d'ordre public²⁰.

107. Le principe de l'autonomie de la volonté est complété par le droit à la liberté du commerce et de l'industrie, consacrée par l'article 11.6 de la Constitution²¹.

La liberté de commerce implique qu'une personne est libre de contracter ou de ne pas contracter, et est libre de choisir la personne de son cocontractant. En principe donc, le refus de vendre ou de poursuivre une relation d'affaire n'est pas illicite.

Cette liberté permet à un entrepreneur de fermer son entreprise s'il entend ne plus exercer son activité.

Ce droit prime le droit des employés au maintien du contrat de travail, et cela même si ce droit au maintien est organisé par une législation particulière, comme le droit au maintien du contrat de travail pendant la grossesse du salarié ou le droit pour la salariée au congé parental²².

L'entrepreneur a également le droit d'organiser librement son entreprise.

Il peut ainsi procéder à des mesures de réorganisation nécessaires, notamment à la suite d'une baisse considérable des services demandés par un gros client, et de supprimer des postes et cela même si ce poste est occupé par un salarié protégé par la législation relative en congé parental²³.

En application du principe de la liberté du commerce, la Cour a admis que la revente hors réseau, en connaissance du fait que les produits vendus font l'objet d'un contrat de distribution exclusive, ne constitue pas en soi et en l'absence d'autres éléments, une faute dans le chef du revendeur dès lors que les produits vendus peuvent avoir été acquis régulièrement par le revendeur. Le comportement du revendeur ne sera fautif que s'il s'est asso-

²⁰ Trib. Luxembourg, 14 juin 2011, n° 130191, DAOR, 2012, n° 104, p. 432

²¹ R. ERGEC, « Droit public de l'économie en ce compris le patrimoine public », éd. Pasicrisie (2011), p. 33 et s., n° 34 à 45 ; J.P. WINANDY, *Manuel de droit des sociétés*, 2^{ème} éd. (2011), éd. Legitech, p. 31 et 32

²² Cour d'appel, 15 octobre 2009, JTL, 2011, p. 155 ; Cour d'appel, 28 octobre 2003, Pas., 33, p. 13

²³ Cour d'appel, 6 décembre 2007, n° 32095, cité au JurisNews - Regard sur le Droit du Travail, 2008/1, p. 125.

cié en connaissance de cause à la méconnaissance par une partie à ses obligations contractuelles²⁴.

Le principe de liberté du commerce explique également pourquoi la légalité de la clause de non-concurrence est limitée. Une telle clause doit être proportionnelle au regard de l'objet du contrat pour être valide. Le juge doit vérifier la légitimité de l'intérêt du créancier et la protection de la liberté économique individuelle de la personne qui accepte de ne pas concurrencer, car il s'agit de mettre concrètement en relation l'intérêt légitime d'un cocontractant et l'atteinte portée à la liberté du second²⁵.

108. La liberté de commerce et de l'industrie n'est cependant pas absolue.

Elle est d'abord soumise à un régime d'équilibre où notamment la liberté de l'entrepreneur et la protection du salarié sont complémentaires.

C'est ainsi que dans l'hypothèse où seule une branche d'activité de l'entreprise est supprimée par l'employeur pour des raisons économiques et où il y a dès lors, corrélativement, maintien d'autres activités de l'entreprise avec maintien de salariés autres que les délégués du personnel, le régime d'équilibre entre la liberté du commerce et de l'industrie et la protection du salarié ne se trouve pas rompu du fait de l'interdiction faite à l'employeur, par l'article L.415-11 du Code du travail, de licencier les membres des différentes délégations du personnel durant l'exercice de leur mandat²⁶.

La liberté du commerce et de l'industrie est également conditionnée notamment d'un point de vue géographique, par les besoins d'un quartier ou les contraintes objectives d'un lieu, encadrés par les règles d'urbanisme. La loi peut ainsi apporter des restrictions au libre exercice du commerce et de l'industrie, à condition de ne pas en restreindre cette exercice à tel point que les activités commerciales ou industrielles seraient effectivement ou pratiquement impossibles à exercer. Le plan d'aménagement général de la ville de Luxembourg, en classant certains immeubles dans un quartier d'habitation, ne rend pas impossible toute installation de bureaux, mais la soumet à des limitations servant aux besoins propres des quartiers d'habitation suivant une idée de complémentarité bien comprise et ne viole alors pas le principe de la liberté du commerce et de l'industrie²⁷.

²⁴ Cour d'appel, 29 octobre 2003, Pas., 32, p. 597.

²⁵ Cour d'appel, 11 juillet 2001, DAOR, 2009, n° 91, p. 290 et note A. BERLOTTI.

²⁶ Cour Const., 26 mars 2010, Aff n° 00056

²⁷ Cour Admin., 24 juin 2010, JTL, 2011, p. 136

SECTION 2. LE CONTENU IMPLICITE DU CONTRAT

§ 1. LES USAGES

109. Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'usage donne à l'obligation d'après sa nature (article 1135 du Code civil).

Traditionnellement, on distingue usage de droit et usage conventionnel.

Les usages de droit, aussi appelés coutume, sont des règles de droit qui se dégagent des faits et des pratiques habituellement suivies dans un milieu social donné²⁸. Ils sont plus fréquents en droit commercial²⁹.

Les usages dits « conventionnels » sont des pratiques habituellement suivies et automatiquement intégrées dans les conventions des parties, à titre de clause sous-entendue, sans qu'il soit nécessaire d'y faire une référence expresse³⁰.

Ce sont ces usages conventionnels qui sont visés par l'article 1135 du Code civil.

Cette règle n'est pas une règle d'ordre public et les parties peuvent donc exclure expressément dans la convention l'application d'un usage, qui ne trouvera de ce fait pas à s'appliquer³¹.

110. La jurisprudence luxembourgeoise fait parfois référence à l'intégration de tels usages dans les contrats.

Dans une espèce soumise à la Cour, opposant un employé, qui avait fait l'objet d'un déplacement au sein d'une autre société du groupe de son employeur, et cet employeur, il a ainsi été jugé que nonobstant le défaut d'engagement de l'employeur dans le contrat de payer une gratification au salarié, une telle gratification peut devenir un élément de salaire si elle remplit les conditions de généralité, de constance et de fixité et que son paiement est alors obligatoire en vertu de l'usage constant dans l'entreprise, valant engagement tacite de l'employeur³².

²⁸ P. PESCATORE, « Introduction à la science du droit », éd. Bruylant (2009-réimpr.), p. 101-102, n° 57

²⁹ J.P. WINANDY, « Manuel de droit des sociétés », éd. Legitech (2011), p. 54 à 56

³⁰ Voyez P. PESCATORE, « Introduction à la science du droit », éd. Bruylant (2009-réimpr.), p. 102, n° 57

³¹ J.P. WINANDY « Manuel de droit des sociétés », 2^{ème} éd. (2011), éd. Legitech, p. 55 ; Cour d'appel, 25 novembre 1999, Codex, 2000/2, p. 60.

³² Cour d'appel, 14 avril 2005, n° 29395, BJL, 2005, p. 181.

Dans certains litiges opposant des banques et leurs clients, le client reproche au banquier de ne pas avoir respecté différentes instructions qui lui avaient été données. Le banquier fait souvent valoir que le client avait reçu ses relevés de compte reprenant l'opération et n'avait émis aucune contestation à propos des opérations reprises sur ces extraits. Pour la banque, le client, en ne contestant pas les opérations mentionnées sur ses extraits, a ratifié les opérations. Cette position de la banque s'appuie sur une jurisprudence qui considère que, en application d'un usage bancaire, le silence gardé par le client pendant une certaine durée après réception de ses extraits de compte, emporte ratification tacite des opérations renseignées sur l'extrait et/ou des conditions de fonctionnement du compte ou prouve le mandat donné à la banque. Cette jurisprudence qui reconnaît l'existence de cet usage, cantonne néanmoins celui-ci dans une fonction probatoire et non-validante. L'approbation tacite ne saurait régulariser une erreur matérielle commise par la banque qui reste tenue de redresser son erreur, même si le client ne s'en est pas immédiatement rendu compte, à la condition de rapporter la preuve de l'erreur alléguée. L'usage ne saurait ainsi pas régulariser une faute caractérisée de la banque, telle la mauvaise exécution d'un ordre³³.

Dans d'autres affaires, la jurisprudence luxembourgeoise a également relevé l'existence d'un usage commercial qui met à charge d'un commerçant contre lequel est dirigée une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part, un devoir de protester. Cette obligation se justifie dans la mesure où les transactions commerciales doivent se développer dans la sécurité et la rapidité, exigences qui impliquent que soit réduit au minimum le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques. Si un commerçant ne conteste ainsi pas rapidement un écrit contenant une telle affirmation, il sera considéré comme ayant accepté le contenu de cette mention³⁴.

Il existe également un usage qui veut que lorsqu'un commerçant est codébiteur avec un autre d'une dette contractuelle en matière commerciale, il sera présumé être tenu solidairement au paiement de cette dette à l'égard du créancier. Il a ainsi été jugé que lorsqu'une banque s'engage

³³ Cour d'appel, 18 juin 2004, n° 27044, BJJ, 2004, p. 207 ; Cour d'appel, 10 juin 2004, DAOR, 2006, n° 80, p. 412 ; CSSF, Rapport d'activités, 2004, p. 144 ; voyez néanmoins Cour d'appel, 14 février 2007, n° 28388, BJJ, 2007, p. 47

³⁴ Cass., 9 juin 2005, DAOR, 2009, n° 90, p. 139 et note D. PHILIPPE, confirmant Cour d'appel, 26 mai 2004, DAOR, 2009, n° 90, p. 144 ; Trib. Luxembourg, 16 mai 2008, DAOR, 2009, n° 90, p. 147 ; Trib. Luxembourg, 11 mai 2007, n° 105558, BJJ, 2007, p. 110 ; Trib. Luxembourg, 8 décembre 2004, n° 87272, BJJ, 2005, p. 5.

en qualité de caution afin de garantir les engagements d'un client, cette opération constitue une opération de banque, commerciale par son objet, et pratiquée à titre habituel par l'établissement. Ce cautionnement est donc commercial et sera un cautionnement solidaire même en l'absence d'une clause dans le contrat prévoyant une telle solidarité³⁵.

Le fait pour un investisseur de donner des ordres d'achat ou de vente d'instruments financiers à son banquier oralement, par téléphone et sans confirmation écrite, correspond à un usage de la place financière de Luxembourg³⁶.

Il a également été décidé qu'il n'était pas dans les usages bancaires de remettre à chaque client qui acquiert des obligations sur le marché secondaire, les prospectus d'émission des obligations concernées, sauf si l'investisseur en fait la demande spécifique³⁷.

La présence dans les conditions générales des banques d'une clause autorisant la banque à modifier ses frais et commissions au cours des relations d'affaires avec les clients est une pratique bancaire courante et correspond aux usages de la place financière. Lorsque la banque décide d'augmenter ses frais conformément à ses conditions générales, elle est alors simplement tenue d'informer le client préalablement à sa décision, afin de lui permettre, le cas échéant, de mettre fin aux relations d'affaires sous l'application de l'ancienne tarification. L'information fournie aux clients par une indication sur les extraits de compte envoyés aux clients, remplit cette obligation d'information du moment que les clients ont la possibilité de se renseigner sur le détail de la nouvelle tarification³⁸.

§ 2. LES OBLIGATIONS ACCESSOIRES

111. Tout contrat va également intégrer tacitement des obligations accessoires, qui vont découler de l'équité ou de la nature des obligations principales des parties.

L'article 1135 du Code civil prévoit que les conventions obligent, au-delà des usages et de ce qui y est exprimé, à toutes les suites que l'équité ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature³⁹.

³⁵ Trib. Luxembourg, 26 janvier 2001, n° 44615 et 46641 ; Trib. Luxembourg, 14 juillet 2001, n° 47983.

³⁶ CSSF, Rapport d'activités, 2009, p. 196.

³⁷ Trib. Luxembourg, 4 décembre 2008, n° 107256, cité au Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 288

³⁸ CSSF, Rapport d'activités, 2008, p. 172

³⁹ G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p. 377 et s.

Il a ainsi été jugé que le banquier qui entre en relation avec son client, a une obligation contractuelle de résultat de garder secret les renseignements qui lui sont confiés par son client⁴⁰.

Le banquier qui ouvre un compte en banque, reçoit également tacitement un mandat général d'encaissement du client et a l'obligation de recevoir et de garder les fonds virés par des tiers sur le compte du client⁴¹.

112. La jurisprudence considère qu'un professionnel qui met à disposition de sa clientèle un matériel ou des installations dont l'utilisation peut être source d'accident, a une obligation de sécurité à l'égard de celle-ci.

Le restaurateur et l'hôtelier sont ainsi tenus d'observer, dans l'organisation et le fonctionnement de leur exploitation, les règles de prudence et de surveillance qu'exige la sécurité de la clientèle⁴².

Le voiturier, transporteur de personne, a une obligation de sécurité de résultat, qui commence lorsque le passager monte dans le véhicule et finit lorsqu'il en est descendu et a repris son autonomie⁴³.

Le contrat de mise à disposition d'un emplacement de stationnement comporte, pour le propriétaire du parking, une obligation accessoire de sécurité de moyens⁴⁴.

Le médecin a également une obligation de sécurité de résultat pour ce qui concerne le matériel qu'il utilise lors de l'acte médical, notamment si le dommage est causé par l'instrument qu'il utilise ou qui est défectueux⁴⁵, où s'il fournit lors de l'intervention une prothèse ayant des défauts techniques⁴⁶. Il a également une obligation de sécurité de résultat lorsqu'il utilise un drain lors de l'opération, qu'il doit poser de manière à ce qu'il soit vu par la personne chargée de soins postopératoires⁴⁷.

⁴⁰ Cass., 18 mars 2004, Pas., 32, p. 500 ; Bull. Dr. et Banque, 2004, n° 35, p. 46 et note P. KINSCH confirmant Cour d'appel, 2 avril 2003, Pas., 32, p. 524 ; Bull. Dr. et Banque, 2003, n° 34, p. 52 ; Cour d'appel, 5 novembre 2009, n° 32874, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 28. A l'époque des faits, l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier ne mentionnait pas que la banque, personne morale, faisait partie des personnes qui étaient dépositaires du secret bancaire.

⁴¹ Trib. Luxembourg, 4 mars 2009, n° 119872, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 69 ; Trib. Luxembourg, 30 janvier 2009, n° 104560, 108866, 115137 ; Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 66 ; BJJ, 2009, p. 88

⁴² Cour d'appel, 9 janvier 2002, Bull. AIDA, 2006, n° 9, p. 124 ; Cour d'appel, 27 avril 2005, n° 28313, BJJ, 2006, p. 38.

⁴³ Cour d'appel, 13 février 2008, n° 31819, BJJ, 2008, p. 67 ; Cour d'appel, 24 octobre 2007, n° 31845, BJJ, 2008, p. 19

⁴⁴ Cour d'appel, 25 octobre 2000, Pas. 32, p. 67.

⁴⁵ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 461

⁴⁶ Cour d'appel, 5 décembre 2001, n° 24506, Bull. AIDA, 2002, n° 7, p. 62

⁴⁷ Cour d'appel, 30 mai 2001, Pas., 32, p. 82

Le médecin et l'établissement de soin, ont accessoirement à l'obligation principale de prodiguer au patient des soins, une obligation accessoire de garantir la sécurité physique du patient à l'occasion de l'acte médical. Cette obligation de sécurité est une obligation de moyen⁴⁸.

Lorsqu'une personne accepte d'assister une autre dans le cadre du service rendu, la jurisprudence considère que l'assisté doit dédommager l'assistant en cas de survenance d'un dommage. L'assistant a une obligation de sécurité de résultat qui emporte l'obligation de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui auquel il a fait appel⁴⁹.

113. Dans le cadre de l'exécution du contrat⁵⁰, la jurisprudence impose également à certains professionnels une obligation accessoire d'information, voire de conseil.

La jurisprudence luxembourgeoise met ainsi à charge du banquier une telle obligation contractuelle d'information et de conseil⁵¹. Pour la jurisprudence, le banquier a une obligation d'information et de conseil, qui est une obligation générale qui s'impose quel que soit le contrat qui le lie à son client⁵².

Il est ainsi jugé que lorsque le banquier et son client sont déjà liés par un contrat de compte, et même si ce lien contractuel est limité à ce simple contrat de compte-courant/dépôt, avec mandat d'effectuer des opérations de bourse sur ordre spécifique, la banque est débitrice d'une obligation de renseignement et de conseil envers son client. Il s'agit d'une obligation de moyens qui varie en fonction de l'expérience bancaire et boursière du client, du type d'opération envisagée et de l'obligation du client de s'informer. Ainsi, le banquier doit éclairer de manière suffisante et loyale son client sur les produits et services bancaires et boursiers utilisés, ainsi que sur les risques encourus, l'obligation de conseil se limitant toutefois dans le cadre de la relation visée (simple contrat de compte-courant avec mandat d'effectuer des opérations boursières) à une obligation de mise en garde, le banquier n'ayant, dans ce type de relation contrac-

⁴⁸ Cour d'appel, 14 décembre 2011, n°36338, BJJ, 2012, p. 223; cité au JurisNews – Droit civil & Procédure civile, 2012/1, p. 4.

⁴⁹ Cour d'appel, 27 juin 2001, Pas., 32, p. 154

⁵⁰ Cette obligation ne doit pas être confondue avec l'obligation précontractuelle d'information, qui s'impose avant la conclusion du contrat et qui est de nature extracontractuelle. Voyez supra points 24 et s.

⁵¹ A. MOREL, E. OMES, « L'obligation d'information et de conseil du banquier », In Droit bancaire et financier au Luxembourg, V.2., éd. Larcier - AJB (2004), p. 481 et s.

⁵² Trib. Luxembourg, 30 janvier 2009, n° 96446, BJJ, 2009, p. 90. Également Trib. Luxembourg, 30 juin 2011, n° 126438, BJJ, 2012, p. 91, qui considère que cette obligation est une obligation de moyen

tuelle, pas la charge de diriger les investissements de son client. Cette obligation de renseignement et de conseil est à analyser à la lumière de la qualité du client, de ses désidérata et besoins d'investissements, de la qualité du titre en question, des informations objectives à la disposition de la banque au jour de la transaction. Elle disparaît si le client est assisté par un autre professionnel qui assume cette mission. Le banquier n'est pas responsable lorsque les mauvais risques non ignorés par lui l'ont emporté sur les chances dont l'espoir avait raisonnablement guidé le conseil. Il ne peut ainsi lui être reproché d'avoir commis une erreur dans l'appréciation des évolutions futures du marché, dès lors qu'il avait appuyé les conseils prodigués sur l'ensemble des informations à lui accessibles au jour où ils furent donnés. Elle est, par contre, accrue lorsque la banque suggère, de sa propre initiative et sans demande de la part du client, d'acquérir les titres⁵³. Cette obligation de renseignement et de conseil ne doit porter que sur les risques du jeu boursier en général et non point sur les risques particuliers à une opération déterminée, et il n'a pas l'obligation d'informer le déposant des événements susceptibles d'affecter la valeur des titres. L'intermédiaire financier est tenu, en plus, d'une obligation de mise en garde lorsqu'il reçoit une instruction inhabituelle ou disproportionnée par rapport aux avoirs détenus en compte de son client et il doit réagir en présence d'un comportement irrationnel ou gravement téméraire de son client⁵⁴. Il a également été décidé que l'endettement excessif d'un débiteur peut être source de préjudice et une banque qui incite au surendettement ou qui ne justifie pas avoir mis en garde un emprunteur sur l'importance de son endettement manque à son devoir de conseil et engage sa responsabilité⁵⁵.

Cette obligation contractuelle d'information et de conseil est beaucoup plus limitée lorsque le contrat qui lie le banquier et son client est un contrat de gestion discrétionnaire. Dans ce cadre, le banquier n'a normalement qu'une obligation pré-contractuelle d'information et de conseil. Dans le cours du contrat, les décisions d'investissements sont prises et exécutées par le seul professionnel, qui ne doit donc pas en référer au client, ni l'informer ou le conseiller sur les risques liés à ces investissements⁵⁶. Le

⁵³ Trib. Luxembourg, 19 octobre 2011, n° 126443, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 90 ; Trib. Luxembourg, 28 octobre 2010, n° 128041, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 68 ; Trib. Luxembourg, 19 février 2009, n° 117632, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 53 ; Trib. Luxembourg, 2 juillet 2008, n° 103485, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 48

⁵⁴ Cour d'appel, 21 juillet 2009, n° 334949, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 47

⁵⁵ Cour d'appel, 10 juin 2009, n° 33419, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 42

⁵⁶ Cour d'appel, 22 avril 2009, n° 32760, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 38 ; Dr. Banc. Fin., 2010/V, p. 347 ; également P. BOURIN, « La gestion de portefeuille », éd. Anthémis (2009), p. 96 à 100

banquier gestionnaire sera, par contre, débiteur d'une obligation contractuelle d'information envers son client, lorsqu'il reçoit et exécute des ordres de son client. Si le seul fait d'accepter des ordres du client dans le cadre d'une gestion discrétionnaire ne constitue pas une faute dans le chef de la banque, en acceptant de tels ordres, elle est cependant tenue d'informer le client sur les risques et les aléas des opérations envisagées, surtout si lesdits investissements divergent des critères fixés dans le contrat de gestion discrétionnaire⁵⁷.

Le banquier dépositaire de titres confiés par son client a, à l'instar de tout dépositaire, l'obligation de conserver matériellement et juridiquement les titres qui lui sont remis, afin de pouvoir ensuite les restituer au client. A cette obligation de conservation juridique se rattache une obligation accessoire de surveillance et d'information, qui impose au banquier de prévenir le client des opérations qui concernent les titres déposés et qui doivent être effectuées pour éviter une perte, et une obligation d'accomplir les actes indispensables à la conservation de ces titres. Cette obligation d'information est circonscrite aux faits susceptibles d'affecter les titres eux-mêmes, tels que le regroupement de titres, l'augmentation de capital, les échanges, les conversions ou les tirages de primes. Elle n'impose pas au banquier de donner un conseil au client, respectivement d'éclairer le client sur l'opportunité de prendre tel acte de disposition au regard de l'évolution du marché et de la valeur des titres⁵⁸.

Il a également été jugé que la banque qui fait l'objet d'une mesure d'enquête de la part des autorités, a une obligation d'information à l'égard de son client visé par une telle mesure. Si aucun texte de loi ne faisait, de manière expresse, obligation à la banque d'informer le titulaire du compte de la notification de la saisie, les liens contractuels liant le banquier à son client imposent l'information de ce dernier de toute notification afin de lui permettre l'exercice de voies de recours. Il en découlait que le professionnel auprès de laquelle une ordonnance de perquisition et de saisie est exécutée a l'obligation d'en avertir son client. Cette obligation découle de la double qualité de mandataire et de dépositaire de la banque^{59 60}.

⁵⁷ Cour d'appel, 6 décembre 2007, n° 29800, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 26 ; CSSF, Rapport d'activités, 2003, p. 136

⁵⁸ Cour d'appel, 19 février 2003, n° 26642, cité au Dr. Banc. Fin. (B), 2004/III, p. 166 ; Trib. Luxembourg, 19 octobre 2011, n° 126443, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 90 ; Trib. Luxembourg, 16 novembre 2007, n° 88182, BJJ, 2008, p. 7 ; également Cour d'appel, 26 mars 1997, Bull. Dr. et Banque, 1999, n° 28, p. 29

⁵⁹ Trib. Luxembourg, 6 décembre 2006, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 41, p. 68, Trib. Luxembourg, 15 janvier 2006, n° 98375, BJJ, 2007, p. 32

⁶⁰ On relèvera que ces décisions ont été prononcées avant que la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne soit modifiée par la loi du 27 octobre 2010. L'article 7 de

SECTION 3. LES EXCEPTIONS À L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

§ 1. L'ORDRE PUBLIC ET LES BONNES MŒURS

114. L'autonomie de la volonté connaît une première limite. Les parties à un contrat ne peuvent pas conclure une convention contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (article 6 du Code civil).

Sont d'ordre public les règles de droit qui forment la partie essentielle de l'ordre social, les bases juridiques de la société. Les bonnes mœurs sont l'ensemble des notions morales communément acceptées dans notre société⁶¹.

En fait, la notion d'ordre public intègre deux concepts en fonction de la nature des intérêts à protéger.

Si la règle vise à imposer une certaine conception de l'intérêt général sur le plan politique, moral, social ou économique, elle est une règle d'ordre public *sensu stricto*.

Si la règle tend seulement à protéger l'une des parties et à préserver l'équilibre interne du contrat, elle est une règle impérative, une règle d'ordre public de protection⁶².

De nos jours, le législateur a de plus en plus recours au mécanisme des contrats réglementés, dans lesquels il impose ou interdit certaines clauses par l'effet de dispositions d'ordre public.

115. Le régime légal de loi du 21 avril 2004 relative à la garantie de conformité, qui prévoit une garantie de 2 ans au profit du consommateur est une règle d'ordre public. Un commerçant peut prévoir une garantie commerciale en parallèle à la garantie légale et ayant le même objet que cette dernière, mais il ne peut pas réduire conventionnellement cette garantie en la limitant à une année⁶³.

La prohibition du pacte comissoire, prévue par l'article 2078 du Code Civil, qui fait donc interdiction aux parties de prévoir dans un contrat de gage que le créancier pourra se voir attribuer la propriété du bien gagé

la version actuelle de loi du 8 août 2000 limite expressément le droit du banquier d'informer son client de certaines mesures d'enquêtes.

⁶¹ P. PESCATORE, « Introduction à la science du droit », éd. Bruylant (2009 -réimpr.), p. 199 et 200, n° 131

⁶² Cour d'appel, 9 juillet 2008, n° 33039 et 33594, BJJ, 2008, p. 160

⁶³ Cour d'appel, 13 juin 2007, Pas., 34, p. 30 ; Trib. Luxembourg, 20 mars 2008, n° 305/08, BJJ, 2008, p. 105

pour le paiement de sa créance, est également considérée comme étant une règle d'ordre public⁶⁴.

La règle suivant laquelle le droit de superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante années, prévue par l'article 4 de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie, est d'ordre public.⁶⁵

Le droit pour un héritier réservataire d'agir en réduction des libéralités faites et qui portent atteinte à sa réserve, prévu par l'article 918 du Code civil, est d'ordre public et l'héritier ne peut pas y renoncer par convention⁶⁶.

La règle suivant laquelle l'assurance-vie couvre le décès survenu par suicide lorsque ce suicide est survenu plus d'un an après la conclusion du contrat d'assurance ou sa remise en vigueur, prévue par l'article 103 de la loi 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance terrestre, est une règle d'ordre public à laquelle il ne peut pas être dérogé dans le contrat d'assurance⁶⁷.

L'article 14 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation, qui octroie au locataire une indemnité si le bailleur qui a mis fin au bail n'occupe pas les lieux aux fins invoquées pour la dénonciation du contrat, est d'ordre public⁶⁸.

L'article 40 de la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis prévoit que certaines de ses dispositions sont d'ordre public. Il en va notamment ainsi du principe suivant lequel les actions qui ont pour objet de contester les décisions des assemblées générales doivent à peine de déchéance, être introduites par les copropriétaires opposants ou défaillants dans un délai de deux mois à compter de la notification desdites décisions qui leur est faite à la diligence du syndic⁶⁹.

L'article 1601-5 du Code civil, qui prévoit que le contrat de vente d'immeuble à bâtir doit reprendre le délai de livraison, est également une disposition d'ordre public⁷⁰.

L'article 299 du Code civil prévoit que lorsqu'un divorce est prononcé pour cause d'excès, sévices ou injures graves d'un des conjoints envers l'autre, l'époux coupable de ces manquements perdra les avantages mari-

⁶⁴ Cour d'appel, 9 juillet 2008, n° 33039 et 33594, BJJ, 2008, p. 160. On relèvera néanmoins une importante exception à ce principe. Depuis la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, le créancier gagiste qui bénéficie d'un gage sur créance ou instruments financiers peut s'approprier les avoirs au prix déterminé suivant le mode d'évaluation convenu entre les parties, sauf si le contrat prévoit le contraire (article 11(1)).

⁶⁵ Cour d'appel, 23 mai 2007, n° 30947, BJJ, 2007, p. 127

⁶⁶ Cour d'appel, 14 avril 2005, Pas., 33, p. 64

⁶⁷ Cour d'appel, 17 octobre 2002, Pas., 32, p. 295 ; Trib. Luxembourg, 14 juin 2001, n° 50651

⁶⁸ Cour d'appel, 14 juin 2000, Codex, 2000/9, p. 291

⁶⁹ Cour d'appel, 22 mars 2000, Pas., 31, p. 314.

⁷⁰ Cour d'appel, 16 février 2000, Pas., 31, p. 446

moniaux obtenus, sans contrepartie et avec une intention libérale, par contrat de mariage. Cette révocation est d'ordre public et toute clause du contrat de mariage qui y dérogerait, que cela soit expressément ou, par exemple, en prévoyant un partage de la communauté par moitié en cas de divorce, est nulle⁷¹.

Le contrôleur technique, dont la mission consiste dans le contrôle et la réception des gros et menus ouvrages réalisés dans le cadre d'un contrat d'entreprise immobilier, est également débiteur de l'obligation décennale de garantie. Cette garantie est de résultat et d'ordre public, de sorte que le contrôleur ne peut pas se prévaloir d'une clause spécifiant qu'il n'assume pas une telle mission et n'est tenu que d'une obligation de moyen⁷².

La législation sur le contrat de travail, prévue aux articles L.121-1 et s. du Code du travail, est également d'ordre public. La Cour d'appel a eu à connaître d'une affaire particulière qui illustre bien ce propos. Un contrat de travail prévoyait que pour garantir les stocks et les éventuelles différences de caisse provenant de la faute grave de l'exploitant, l'employé devait donner une garantie bancaire émise par une banque agréée au Grand-Duché de Luxembourg avant l'entrée en vigueur du contrat. La Cour a considéré que cette clause était contraire à l'essence même des droits et obligations respectives des parties propres aux contrats de travail. Elle aggrave, en effet, les obligations du salarié en ajoutant à celles lui incombant normalement en exécution de son travail, la condition de bloquer des moyens financiers dans le seul intérêt de l'employeur qui entend se prémunir contre l'hypothèse d'une éventuelle responsabilité du salarié. La Cour a donc décidé d'annuler la clause relative à la garantie bancaire et d'exiger que l'employeur rembourse à l'employé le montant bloqué à la suite de l'émission de la garantie ainsi que les frais que le salarié était obligé d'exposer en vue de constituer celle-ci⁷³.

Dans une autre affaire, la Cour a également rappelé qu'un employeur ne pouvait pas mettre des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition d'un tiers qui utilise ces salariés et exerce sur eux une part de l'autorité administrative et hiérarchique qui est réservée à l'employeur (article L.133(1) du Code du travail). La sanction de la transgression de cette interdiction entraîne la nullité du contrat (de service) conclu entre les deux employeurs, la création d'un contrat de travail à durée

⁷¹ Cour d'appel, 2 juillet 2008, Pas., 34, p. 504

⁷² Cour d'appel, 25 mars 2009, Pas., 34, p. 590

⁷³ Cour d'appel, 18 octobre 2007, n° 30889 cité au JurisNews – Regard sur le Droit du Travail, 2007/9, p. 115

indéterminée entre le salarié et l'employeur utilisateur, et une solidarité des deux employeurs en ce qui concerne le paiement des rémunérations et indemnités dues au salarié et des charges à payer aux autorités⁷⁴.

116. La partie du Code de la consommation relative aux clauses abusives (article L.211-2 à L.211-7), constitue également une loi d'ordre public⁷⁵.

L'objet de cette législation est d'ailleurs de déclarer abusive, et partant nulle et de nul effet, toute clause ou combinaison de clause reprise dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, qui entraîne un déséquilibre des droits et des obligations au préjudice du consommateur (article L.211-2 du Code de la consommation).

Le consommateur ne peut pas renoncer à la protection ainsi accordée par la loi (article L.211-6 (1) du Code de la consommation) et le juge peut soulever d'office la nullité qui résulte de la violation de cette législation⁷⁶.

Le Code de la consommation n'énumère pas de manière exhaustive les clauses abusives. L'appréciation du caractère abusif d'une clause peut se faire au regard des circonstances concrètes entourant la conclusion du contrat, en replaçant la clause incriminée dans son contexte contractuel et en la rapprochant éventuellement d'autres clauses. Une clause qui n'est pas en soi abusive peut encourir cette qualification lorsqu'elle est combinée avec d'autres clauses⁷⁷.

Pour être abusif, le déséquilibre provoqué par la clause doit être d'ordre juridique, de sorte qu'il incombe au juge de comparer la solution que prévoit le régime du Code civil à celle qui découle de la clause contractuelle dérogatoire soumise à son appréciation. Si la loi n'exige pas un déséquilibre manifeste, il ne demeure pas moins que le simple fait qu'une clause soit désavantageuse pour le consommateur ne permet pas de conclure à son caractère abusif⁷⁸.

L'article L.211-3 du Code de la consommation fournit, en plus, une énumération de clauses considérées comme abusives.

Le juge a déclaré abusive et nulle la clause contenue dans les conditions générales d'une banque qui stipule que « *des dommages-intérêts fixés forfaitairement à 15% des sommes restant dues et au minimum à LUF 1.000.-* ».

⁷⁴ Cour d'appel, 5 mars 2009 et 3 février 2011, n° 32539 cité au JurisNews – Regard sur le Droit du Travail, 2011/2, p. 223

⁷⁵ Sur la matière voyez Frédéric COUSTANCE, « Les clauses abusives en droit luxembourgeois : état des lieux de la législation et de son application », ACE, 2012, n° 5, p. 3

⁷⁶ CJCE, 27 juin 2000, Aff. n° C-240/98 à 244/98 ; CJCE, 4 juin 2009, Aff. n° C-243/08

⁷⁷ Cour d'appel, 5 mai 2010, Pas., 35, p. 187

⁷⁸ Trib. Luxembourg (ref.), 18 février 2011, n° 199/11 ; Trib. Luxembourg (ref.), 26 mars 2010, n° 480/10

destinés à couvrir les frais de dossier et les frais financiers éventuellement encourus seront dus dans tous les cas d'exigibilité anticipative dans lesquelles la banque peut mettre fin au contrat de prêt, pour des raisons tenant à la situation de l'emprunteur, notamment au cas où l'emprunteur n'effectuerait pas l'un des remboursements à la date convenue ». Pour le tribunal, dans les circonstances données, cette clause entraîne un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur, au sens de l'actuel article L.211-2 du Code de la consommation. En effet, le débiteur qui perd le bénéfice du prêt, est tenu de réorganiser ses ressources financières et de rembourser immédiatement l'intégralité du solde qu'il avait prévu de rembourser sur une période convenue par des paiements mensuels. Sa dette immédiatement exigible est donc du montant en capital, augmenté d'une somme substantielle fixée à 15%, et qui est d'autant plus lourde que la dette principale devenue exigible est importante. En comparaison, le recouvrement de la créance impose au créancier des frais internes et des frais externes, qui ne sont pas à charge du créancier au cas où le débiteur règle sa dette dans les délais convenus et sans autre procédure. Il n'est cependant établi ni que le créancier n'aurait pas intégré dans le calcul du loyer de l'argent le coût des débiteurs défaillants, ni que le recouvrement lui cause un coût égal à 15% du solde de la créance restant due⁷⁹.

Des clauses d'intérêts de retard et des clauses pénales reprises dans certains contrats conclus avec les consommateurs ont également été déclarées nulles sur le pied de l'article L.211-2 du Code de la consommation.

La clause qui prévoit que le taux légal est majoré de quatre pourcents, que tout mois commencé est réputé échu et que les intérêts sont dus de plein droit et sans mise en demeure à défaut de paiement à l'échéance de la facture, crée un déséquilibre des droits et obligations au profit du professionnel et est partant à déclarer abusive. En effet, il résulte du chapitre II de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard (applicable aux créances résultant de contrats conclus entre un professionnel et un consommateur) que les créances y visées sont de plein droit productives d'intérêts aux taux légal à partir de l'expiration du troisième mois qui suit la réception des marchandises, l'achèvement des travaux ou la prestation de services. Ces intérêts ne sont dus que si le professionnel a, dans le mois de la réception des marchandises, de l'achèvement des travaux ou de la prestation de services, adressé au consommateur la facture y relative, facture qui doit contenir la mention

⁷⁹ Trib. Luxembourg, 9 juin 2004, BJJ, 2004, p. 202. Voyez néanmoins Cour d'appel, 2 mars 2005, Bull. Dr. et Banque, 2006, n° 37, p. 36 qui semble raisonner autrement, mais dans une autre affaire.

que le professionnel entend bénéficier de cette disposition. Le fait qu'une clause prévoit une majoration du prix « à tout le moins » en fonction de l'indice des prix à la consommation, institue un déséquilibre entre parties. En effet, si l'adaptation du prix en fonction de l'indice de coût de vie n'est pas critiquable, surtout si le retard dans l'exécution du contrat est imputable au consommateur, il en est autrement si cette augmentation n'est qu'un minimum et risque d'être plus importante sans que le consommateur ne soit informé des raisons justifiant cette augmentation. Une clause pénale sanctionnant une inexécution contractuelle, le créancier reste toujours obligé de rapporter la preuve d'une telle inexécution ou d'un retard dans l'exécution imputable au débiteur. Mais lorsque la clause pénale est susceptible de jouer même en l'absence de preuve d'un fait imputable au consommateur, elle est à déclarer abusive⁸⁰.

Dans une affaire opposant un télédistributeur et une association de consommateur, la Cour d'appel a eu l'occasion d'examiner la légalité de certaines clauses au regard de cette loi. Elle a déclaré abusive une clause qui mentionne que « *le contenu ou les caractéristiques des services pourront être modifiés par la société au cours du contrat* ». Cette clause tombe en effet sous le coup de l'actuel article L. 211-3.4 du Code de la consommation, qui qualifie d'abusives les clauses par lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier ou de rompre unilatéralement le contrat sans motif spécifique valable stipulé dans le contrat. La Cour a également annulé, sur le même fondement, une clause qui mentionne que « *la société peut modifier les prix en cours de contrat* » et une clause qui prévoit que « *la société se réserve le droit de modifier la périodicité de cette facture après en avoir informé le client* »⁸¹.

Dans une autre affaire opposant un fournisseur de service de communication et une association de consommateur, le tribunal et la Cour ont invalidé certaines clauses du contrat proposé par le prestataire. La clause qui dégage l'opérateur de tout engagement en ce qui concerne la « qualité de service donnée » et l'oblige uniquement à prendre les mesures nécessaires au maintien de la continuité et de la meilleure qualité du service, a pour finalité d'exclure la garantie en cas de mauvais fonctionnement dans l'utilisation du service. La clause ainsi libellée dans des termes généraux et applicable à tous les services contractés, entraîne un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur.

⁸⁰ Trib. Luxembourg (ref.), 18 février 2011, n° 199/11

⁸¹ Cour d'appel, 25 octobre 2006, Pas., 33, p. 296

La clause qui accorde un droit de résiliation sans préavis au fournisseur si un abonné ne se connecte pas au service pendant six mois consécutifs est abusive, en ce qu'elle ne prévoit aucun avertissement préalable susceptible d'attirer l'attention du client et elle rompt l'équilibre entre cocontractants dans le cas où la résiliation n'est pas la conséquence d'une faute du client. Elle crée donc un déséquilibre au détriment du consommateur au sens de l'actuel article L.211-2 du Code de la consommation, et est en plus abusive au sens de l'actuel article L.211-3 (4) du Code de la consommation car elle ne constitue pas une cause de résiliation valable. L'opérateur assumant une obligation de résultat de garantir l'accès au service promis, n'est pas en droit de « *ne pas donner suite, de décaler, voire de cesser la mise à disposition du service si celle-ci est de nature à ne pas être effectuée dans des conditions satisfaisantes* », sans contrepartie aucune, sans indemnité pour le client et sans information préalable du client. Une telle clause est abusive au sens de l'article L.211-2 du Code de la consommation comme entraînant un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur et au sens de l'article L.211-3 (8) de la loi précitée, dans la mesure où par la stipulation permettant au professionnel de cesser la mise à disposition du service s'il juge la qualité du service insatisfaisante, il s'arroge le droit de déterminer unilatéralement si la prestation est conforme ou non au contrat. A également été déclarée abusive, comme créant un déséquilibre au sens de l'article L.211-2 du Code de la consommation, la clause qui permettait au prestataire de facturer au client tous les mois restant jusqu'à la date d'échéance du contrat, même en cas de résolution anticipée du contrat pour faute du prestataire. Une clause des conditions générales du prestataire prévoyait que l'utilisation de la connexion d'un service accès internet haut débit s'accompagnait d'une politique de « Fair Use ». Cette clause permettait au prestataire d'intervenir au cas où le client téléchargeait, par période de facturation, de manière significativement plus que le client moyen du produit relatif. Dans ce cas le prestataire se réservait le droit de suspendre l'accès de ce client. Cette clause a été jugée abusive car le consommateur n'a pas suffisamment connaissance de ses obligations pour se voir appliquer des sanctions sans mise en demeure. En conférant au seul professionnel la possibilité de vérifier et de juger si le consommateur est conforme aux obligations de la politique de « Fair Use », et en soumettant le consommateur à des sanctions sans l'en informer au préalable de la violation contractuelle reprochée, la clause créait un déséquilibre au sens de l'article L. 211-2 du Code de la consommation. Une autre clause prévoyait que l'utilisation des services de téléphonies était également soumise à la politique de « Fair Use ». Cette

politique prévoit que le client peut faire usage des services de manière illimitée, mais en bon père de famille et de manière appropriée. Est considéré comme usage anormal et excessif, un volume inconsidéré en terme d'appel sur une période donnée ou une variation brusque du volume de consommation émis depuis la ligne. Dans ce cas, le prestataire se réserve le droit d'intervenir et de faire payer pour l'usage supplémentaire. Cette clause a été jugée abusive, créant un déséquilibre au sens de l'article L. 211-2 du Code de la consommation, car le professionnel a seul la possibilité de vérifier et de juger si le consommateur fait un usage normal et non excessif du service et de le soumettre à un supplément de prix sans l'informer au préalable. La clause du contrat qui permettait au professionnel de modifier à tout moment les conditions et les tarifs afin de les adapter en cas de modifications des pratiques et usages du marché, a été jugée abusive en application de L. 211-3.4 du Code de la consommation car cette notion de « modification des pratiques et usages » ne constitue pas un motif spécifique valable de modification de la convention ⁸².

117. La sanction de la violation d'une loi d'ordre public est, en principe, la nullité.

Mais il est prématuré de conclure à la nature absolue de la nullité à partir de la seule constatation du caractère d'ordre public de la prohibition.

Si une règle d'ordre public vise à imposer une certaine conception de l'intérêt général sur le plan politique, moral, social ou économique, elle est une règle d'ordre public *senso stricto* et est sanctionnée par une nullité absolue.

Si, en revanche, la règle tend à protéger l'une des parties et à préserver l'équilibre interne du contrat, elle est une règle d'ordre public de protection et la nullité qui la sanctionne n'est que relative ⁸³ (sur le régime applicable à la nullité relative et à la nullité absolue voyez *infra* points 230 et s.)

118. Il a ainsi été jugé qu'encourt une nullité relative :

- La prohibition du pacte commissoire. Cette prohibition vise à empêcher un créancier peu scrupuleux de tirer profit de la contrainte morale ou économique éprouvée par un débiteur aux abois en se faisant attribuer le bien donné en gage dont la valeur est supérieure à la dette garantie. La nullité est édictée dans l'intérêt du débiteur, et le créancier ne saurait l'invoquer à son seul profit, le débiteur gagiste pouvant valablement

⁸² Cour d'appel, 12 octobre 2011, JTL, 2012, p. 61, BJJ, 2012, p. 98 ; Trib. Luxembourg (ref.), 26 mars 2010, n° II/480/10

⁸³ Cour d'appel, 9 juillet 2008, n° 33039 et 33594, BJJ, 2008, p. 160

renoncer à la protection légale postérieurement à la constitution du gage. En l'espèce, c'était le débiteur gagiste qui insistait à régler sa dette par l'attribution du gage au créancier, tandis que ce dernier s'y opposait en invoquant la nullité du pacte comissoire. La Cour a donc validé le pacte comissoire intégré dans la convention⁸⁴.

- Les droits des copropriétaires sanctionnés par l'article 40 de la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles. Les objectifs poursuivis par le caractère impératif du statut légal de la copropriété sont, entre autre, la sauvegarde des droits individuels des copropriétaires⁸⁵.
- Les droits du locataire à une indemnité résultant de l'article 16 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation (remplaçant la loi du 14 février 1955 sur le bail à loyer). Cette disposition légale a pour but de prévenir un exercice abusif que le bailleur serait amené à faire du droit de reprise prévu par la loi⁸⁶.
- L'obligation de mentionner le délai de livraison dans un contrat de vente d'un immeuble à bâtir, prévue par l'article 1601-5 du Code civil. Cette obligation a pour but d'imposer au promoteur de prendre un engagement ferme et précis quant à la livraison d'une chose par définition inexistante et d'éviter, dans l'intérêt de l'acquéreur, toute incertitude quant à l'objet et aux conditions essentielles du contrat⁸⁷.
- La législation sur le contrat de travail, prévue aux articles 121-1 et s. du Code du travail, pour la plupart de ses dispositions. C'est en effet parce que les clauses du contrat aggravent les obligations du salarié, en ajoutant à celles lui incombant normalement en exécution de son travail, que la jurisprudence a décidé d'annuler la clause relative à l'obligation pour le salarié de fournir une garantie bancaire⁸⁸.

119. La jurisprudence a, par contre, considéré que devait être frappée de nullité absolue la règle suivant laquelle le droit de superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante années⁸⁹ et le droit pour un

⁸⁴ Cour d'appel, 9 juillet 2008, n° 33039 et 33594, BJJ, 2008, p. 160

⁸⁵ Cour d'appel, 22 mars 2000, Pas., 31, p. 314.

⁸⁶ Cour d'appel, 14 juin 2000, Codex, 2000, n° 9, p. 291

⁸⁷ Cour d'appel, 16 février 2000, Pas., 31, p. 446

⁸⁸ Cour d'appel, 18 octobre 2007, n° 30889, cité au JurisNews – Regard sur le Droit du Travail, 2007/9, p. 115

⁸⁹ Cour d'appel, 23 mai 2007, n° 30947, BJJ, 2007, p. 127

héritier réservataire d'agir en réduction des libéralités qui portent atteinte à sa réserve⁹⁰.

De même, lorsque la nullité est fondée sur l'absence d'un élément essentiel du contrat, la nullité du contrat qui en résulte est une nullité absolue. Il en va par exemple ainsi lorsqu'une vente est consentie à prix dérisoire⁹¹.

La nullité des clauses abusives édictée par les articles L. 211-2 et L. 211-3 du Code de la consommation est une nullité d'une nature particulière. Elle a pour objet de protéger les intérêts particuliers de la partie faible du contrat, respectivement le consommateur. A ce titre elle devrait donc être sanctionnée par une nullité relative. Mais la jurisprudence luxembourgeoise considère que le juge peut examiner d'office le caractère abusif d'une clause et en prononcer éventuellement la nullité, ce qui ne se conçoit que si la nullité en question est une nullité absolue⁹².

120. Deux adages complètent la sanction des conventions qui sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, les adages « Nemo auditur ... » et « In pari causa ... »⁹³. En fait, ces deux adages constituent un corps de règles uniforme.

On considère traditionnellement que l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* » signifie qu'une partie ne peut pas solliciter en justice l'exécution d'un contrat contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

L'adage « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* » signifie que lorsqu'un contrat est annulé pour violation de l'ordre public et des bonnes mœurs, les parties ne peuvent pas solliciter du juge que les choses soient remises dans leur pristin état. Elles sont simplement renvoyées dos à dos. Cet adage exprime ainsi l'exception d'indignité.

La jurisprudence luxembourgeoise ne semble pas appliquer pleinement ces principes. Elle considère que le champ d'application de l'adage « Nemo auditur » se cantonne au domaine des actions en répétition des obligations annulées pour objet ou cause illicite ou immorale⁹⁴.

Au Luxembourg, une partie ne va donc pouvoir faire usage de cet adage que pour s'opposer à une demande de remboursement provenant

⁹⁰ Cour d'appel, 14 avril 2005, Pas., 33, p. 64

⁹¹ Cour d'appel, 4 février 2009, Pas., 34, p. 421

⁹² Cour d'appel, 2 mars 2005, Bull. Dr. et Banque, 2006, n° 37, p. 36 ; Trib. Luxembourg, 9 juin 2004, n° 84629, BJL, 2004, p. 202 qui appliquent la jurisprudence européenne en la matière : CJCE, 27 juin 2000, Aff. C-240/98 et 244/98 ; CJCE, 21 novembre 2002, Aff. C-473/00.

⁹³ Voyez A. MOREL, E. OMES, « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans », JTL, 2009, p. 86

⁹⁴ Cour d'appel, 1 mars 2000, Pas., 31, p. 367 ; Cour d'appel, 14 mars 2002, n° 25401, BJL, 2003, p. 54

de l'autre partie, lorsque le contrat aura été annulé pour violation de l'ordre public et des bonnes mœurs, respectivement lorsque le contrat est annulé pour objet ou cause illicite ou immorale.

La nullité pour objet ou cause illicite ou immorale est une nullité absolue. Chacun des deux contractants peut l'invoquer, et donc même le contractant in culpis. Ce dernier se verra en ce pendant, s'il a déjà exécuté le contrat, en principe refusé par le juge toute restitution de ce qu'il a versé, et cela en application de l'exception d'indignité.

La Cour a rappelé le champ d'application ainsi limité de l'adage « Nemo auditur » dans différentes espèces.

Dans un premier différend qui opposait le vendeur et l'acheteur d'un immeuble, la Cour a ainsi précisé que cet adage ne permet pas de fonder le refus d'une partie d'exécuter la convention car l'autre n'aurait pas honoré ses engagements⁹⁵.

Dans une autre affaire, la Cour ajoute que l'adage « Nemo auditur » ne fait pas non plus obstacle à l'action en répétition de l'indu intentée par un employeur qui a trop payé à son employé⁹⁶.

Dans une troisième affaire, la Cour a ajouté que l'adage « Nemo auditur » ne faisait pas obstacle à l'annulation d'un acte pour cause illicite ou immorale, l'annulation étant obtenue en justice, par voie d'action ou d'exception, et pouvant être mise en œuvre aussi bien par le cocontractant innocent que par celui in culpis. En l'espèce, l'acheteur d'un immeuble s'opposait au paiement d'une partie du prix convenu en se prévalant, entre autre, de la nullité de l'acte sur base du fait qu'une partie du prix avait été dissimulée et que la convention devait donc être annulée en application de l'article 1 de la loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession. L'autre partie s'opposait à cette demande en annulation en invoquant l'adage « Nemo auditur », ce que la Cour a rejeté⁹⁷.

La jurisprudence récente a eu l'occasion d'appliquer l'exception d'indignité à deux reprises.

Dans une affaire soumise au tribunal d'arrondissement des employés d'une banque avaient volé des données confidentielles concernant des clients et avaient transmis ces données au fisc du lieu de résidence de ces clients. Ces clients n'ayant pas déclaré l'existence de leurs avoirs au

⁹⁵ Cour d'appel, 1 mars 2000, Pas., 31, p. 367

⁹⁶ Cour d'appel, 14 mars 2002, n° 2540, BJJ, 2003, p. 54

⁹⁷ Cour d'appel, 14 mars 2001, Pas., 32, p. 48

Luxembourg au fisc, ils avaient fait l'objet d'un redressement important et été condamnés à payer des amendes et autres pénalités. Ils avaient alors assigné la banque en responsabilité, afin notamment d'obtenir le remboursement de ces sommes. En première instance, le tribunal avait débouté les demandeurs. Pour ce faire, le tribunal relève qu'on peut rattacher à l'interdiction de se prévaloir de la lésion d'une situation qui n'est pas conforme aux règles générales du droit et de la morale, la jurisprudence qui, invoquant l'adage « Nemo auditur », repousse les demandes en exécution d'un contrat immoral. Or, la cause de l'action intentée consistait dans un redressement fiscal que les autorités fiscales ont imposé aux clients et qui trouve à son tour sa cause dans la non-exécution par eux de leurs obligations envers le fisc, à savoir notamment l'absence de paiement des droits de succession et de l'impôt sur le revenu. Le tribunal avait donc jugé l'action des clients irrecevable. La Cour d'appel a néanmoins réformé ce jugement. Pour la Cour, l'adage « Nemo auditur », qui n'intègre pas la notion de lésion d'un droit, ne s'identifie pas exactement à la notion d'intérêt légitime juridiquement protégé. L'usage d'un adage juridique n'intervient qu'à titre subsidiaire. Il ne saurait être invoqué par un sujet de droit qu'à défaut d'une autre norme légale ou jurisprudentielle réglant la question en cause. La banque alléguait que la turpitude des clients réside dans leurs manquements aux obligations imposées par le fisc. L'action des clients étant une action en responsabilité civile ce manquement des demandeurs devait être introduit dans les débats par le biais de l'examen du lien de causalité. Il s'ensuivait pour la Cour que l'adage « Nemo auditur » n'avait pas sa place dans le litige⁹⁸.

Dans une autre espèce, un couple avait chargé une personne de faire des travaux de rénovation de leur habitation « en noir ». Au cours de ces travaux, divers dégâts furent occasionnés à l'immeuble et aux alentours. Les époux refusèrent alors de payer le prestataire et l'ont assigné en justice afin d'entendre annuler la convention, d'obtenir le remboursement des acomptes versés et le paiement de dommages et intérêts pour les dégâts occasionnés. Le tribunal avait annulé le contrat pour cause illicite, dans la mesure où il tendait à la réalisation d'une activité poursuivie en violation d'une législation d'ordre public et pénalement sanctionnée. Devant la Cour, les débats avaient portés sur les conséquences juridiques d'une telle annulation. La Cour a d'abord rappelé que la nullité prononcée vise à effacer la

⁹⁸ Cour d'appel, 2 avril 2003, Pas., 32, p. 524 ; Bull. Dr. et Banque, 2003, n° 34, p. 52 confirmée par Cass., 18 mars 2004, Pas., 32, p. 500 ; Bull. Dr. et Banque, 2004, n° 35, p. 46 et note P. KINSCH et qui réformait Trib. Luxembourg, 13 juillet 2001, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 32, p. 21 et note P. KINSCH ; [II, 2001, p.679](#)

situation illicite créée par la violation de la loi dans la formation du contrat. Si la nullité entraîne en principe des restitutions en nature ou par équivalent lorsque le contrat a déjà été exécuté, fût-ce partiellement, il en va autrement lorsque la nullité découle de l'immoralité ou de l'illicéité, la restitution étant paralysée par application de l'exception d'indignité. Le domaine de l'exception d'indignité est de rendre impossible la répétition des obligations exécutées en vertu d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, annulé pour objet ou cause illicite ou immorale, lorsque les deux parties sont également coupables. En l'espèce, la Cour a constaté que le prestataire exerçait clandestinement une activité soumise à autorisation d'établissement et que les époux avaient fait appel à lui en connaissance de cause, participant ainsi à l'illicéité. Elle en a déduit que les époux ne pouvaient donc pas, malgré l'annulation du contrat, obtenir le remboursement des 7.000 € d'acomptes déjà payés. Ils ne pouvaient pas obtenir le paiement de la somme de 17.000 € correspondant, selon eux, à la remise en état de leur immeuble dans le pristin état⁹⁹.

121. En droit luxembourgeois, la notion « d'ordre public » connaît encore une autre acception, l'ordre public international¹⁰⁰.

Le juge luxembourgeois peut, en effet, être amené, en application des règles de droit international privé, à appliquer la loi étrangère.

Il peut notamment en être ainsi si un contrat conclu entre deux personnes domiciliées sur des territoires différents ont expressément choisi que ce contrat est régi par la loi étrangère ou si la partie qui exécute la prestation caractéristique a son siège social ou son domicile hors du Grand-Duché (voyez les articles 3 et 4 du Règlement CE 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles).

Le juge ne va alors pas pouvoir refuser d'appliquer cette loi sous prétexte qu'elle est différente de la loi luxembourgeoise. Le juge ne pourra refuser une telle application que si la loi étrangère viole l'ordre public international luxembourgeois.

La jurisprudence considère qu'une norme est une d'ordre public international lorsqu'elle constitue une règle d'ordre public interne luxembourgeoise par laquelle le législateur a entendu consacrer des principes qu'il

⁹⁹ Cour d'appel, 9 novembre 2011, n° 35055, à paraître dans Pas., 35 (2012/3) et note P. ANCEL

¹⁰⁰ Voyez J.C. WIWINIUS, « Le droit international privé au Grand-Duché de Luxembourg », 3^{ème} éd. (2011), éd. Paul Bauler, p. 60 et s., n° 187 et s.

considère comme essentiels à l'ordre moral, politique ou économique et qui doivent nécessairement exclure l'application de règles contraires¹⁰¹.

Il a ainsi été jugé que l'application de la loi d'un autre Etat membre de l'Union Européenne conforme au droit communautaire ne saurait heurter l'ordre public international luxembourgeois. La clause d'un contrat d'assurance soumis au droit portugais, qui limite les garanties même pour des dommages corporels, a ainsi été déclarée valide, car une telle clause est valable en droit portugais¹⁰².

Il a également été jugé que le débiteur d'une obligation contractuelle régie par un droit étranger, respectivement le droit belge, peut invoquer le délai de prescription prévu par cette loi étrangère, même si ce délai est plus restrictif que celui prévu par le droit luxembourgeois. Le délai de la prescription extinctive prévu par la loi étrangère ne sera considéré par le juge luxembourgeois comme étant contraire à l'ordre public que s'il prive, en fait, le créancier de toute possibilité d'agir utilement¹⁰³.

Dans une autre affaire, un contrat de vente d'un immeuble à construire avait été conclu sous la forme d'un acte sous seing privé. L'entrepreneur qui avait construit l'immeuble sur le territoire du Luxembourg avait son siège en Allemagne. Les parties n'ayant pas expressément désigné la loi applicable, le juge a considéré que la loi allemande régissait la relation entre les parties (en application de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, à laquelle le Règlement CE 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a succédé). La loi allemande ne prévoit pas le recours obligatoire à un acte authentique pour la conclusion du contrat de vente d'un immeuble à construire. Le juge luxembourgeois a considéré que la vente d'immeuble à construire est un secteur protégé au Luxembourg et que les dispositions législatives qui s'y rapportent relèvent de l'ordre public luxembourgeois. Pour la Cour, il en va notamment ainsi de l'article 1601-5° du Code civil qui oblige les parties à conclure un tel contrat sous la forme d'un acte authentique. Il a alors considéré que l'application de la loi allemande aboutirait à une violation de l'ordre public luxembourgeois et que cette application devait donc être écartée. Le contrat de vente conclu par acte sous seing privé a donc été annulé par la Cour¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cour d'appel, 8 mai 2003, DAOR, 2008, n° 85, p. 31 et note S. GUIMEZANE et O. POELMANS

¹⁰² Cour d'appel, 30 octobre 2008, Pas., 34, p. 334 et note L. USUNIER

¹⁰³ Cass., 17 décembre 2009, Pas. 35, p. 123

¹⁰⁴ Cour d'appel, 19 octobre 2006, Pas., 33, p. 290.

§ 2. LA FRAUDE À LA LOI¹⁰⁵

122. La fraude à la loi est une théorie qui prône de sanctionner par la nullité ou l'inopposabilité aux tiers, les conventions conclues en toute légalité par une ou plusieurs personnes, mais dans un but différent de celui fixé à l'origine par le législateur et en vue de tourner la loi. Elle est le fait pour une partie à un acte juridique de se prévaloir du principe de la liberté des conventions et de l'autonomie de la volonté pour éluder une règle d'ordre public ou impérative, en convenant l'opération de manière telle qu'elle échappe au champ d'application de cette règle à laquelle il est en principe tenu.

Elle suppose 1° une règle obligatoire qui tend à réaliser un résultat précis, 2° l'utilisation d'un procédé licite non simulé et 3° la volonté d'échapper à l'application de la règle obligatoire pour échapper au résultat prévu par la loi.

Cette théorie se fonde sur l'idée qu'il s'agit de défendre l'ordre juridique lui-même contre les excès d'habileté des sujets de droit. Elle permet de garder le contrôle de l'application des normes juridiques, en permettant d'y déroger au nom de la sauvegarde du droit tout entier.

123. Certaines lois particulières prévoient expressément l'application de ces principes à certaines situations.

C'est ainsi qu'un créancier peut attaquer un acte fait par son débiteur en fraude de ses droits par l'action paulienne (article 1167 du Code civil – infra points 237 et s.).

L'article §6 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934, applicable aux impôts directs, prévoit aussi que l'obligation fiscale ne peut être contournée ou réduite par l'abus de formes et de possibilités d'aménagement du droit civil. En cas d'abus, les impôts seront néanmoins perçus comme ils devraient l'être en tenant compte d'une situation juridique adaptée aux procédés, faits et relations économiques réels. Dans un arrêt récent, la Cour administrative a fait application de ce principe et a précisé que les juridictions saisies ne sauraient s'arrêter aux seules formes juridiques choisies par les parties pour réaliser une opération déterminée, mais est appelée, au-delà de l'apparence juridique, de rechercher et d'analyser la réalité économique recouverte par lesdites formes juridiques. En effet, il est de principe en droit fiscal que les faits et les actes juridiques doivent

¹⁰⁵ Voyez J.P. WINANDY, « Fraude à la loi et abus de droit en droit fiscal luxembourgeois », Ann. Dr. Lux., 2001, p. 352 et s.

être interprétés et appréciés d'après des critères économiques. Les qualifications juridiques avancées par les parties ne sont retenues par le juge de l'impôt que dans la mesure où elles correspondent à l'intention réelle des parties¹⁰⁶.

L'article 918 du Code civil prévoit que vont entrer en ligne de compte pour le calcul de la réserve héréditaire, les actes de dispositions à titre onéreux faits par le de cujus au profit d'un successible en ligne directe, lorsque ces actes sont faits à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit. On considère en effet que ces aliénations sont présumées recouvrir des libéralités, car il s'agit de formes de vente qui permettent de dissimuler aisément une donation afin de faire échapper l'opération à l'action en réduction des autres réservataires¹⁰⁷.

124. La question se pose de savoir si, au delà de ces exemples éparpillés tirés de législations particulières, il existe une théorie générale donnant le pouvoir au juge de remettre en cause une situation juridique sur base de la théorie de la fraude à la loi, ainsi que de déterminer quelles seraient les conditions pour qu'une telle fraude à la loi puisse justifier l'annulation ou la requalification d'un contrat.

Cette théorie nous semble avoir été justement condamnée par la jurisprudence au Luxembourg en tant que théorie de droit commun généralement applicable.

La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la question dans une affaire opposant des sociétés immobilières à l'administration de l'enregistrement. En l'espèce, les associés d'une société civile immobilière avaient cédé l'intégralité de leurs droits sociaux à des tiers. L'administration de l'enregistrement considérait que cette opération ne pouvait pas bénéficier du régime applicable aux cessions de parts sociales, mais devait être qualifiée de mutation immobilière, donnant droit à la perception d'un droit d'enregistrement. La Cour d'appel a rejeté cette prétention, en motivant notamment sa décision par le fait que les parties à un acte peuvent, lorsque plusieurs voies s'ouvrent à elles pour atteindre le but poursuivi, choisir la voie qu'elles préfèrent, dès lors que cette voie n'est pas défendue par la loi¹⁰⁸.

La Cour avait adopté antérieurement une doctrine identique, dans une affaire dans laquelle une personne avait acheté un immeuble très peu de temps avant de se marier, alors que les bans étaient déjà publiés, en

¹⁰⁶ Cour Admin., 26 juin 2008, JTL, 2009, p. 92 et note A. STEICHEN

¹⁰⁷ Cour d'appel, 5 janvier 2011, Pas., 35, p. 545 ; Cour d'appel, 4 février 2009, Pas., 34, p. 421 ; Cour d'appel, 14 avril 2005, Pas. 33, p. 64

¹⁰⁸ Cour d'appel, 9 mai 2001, Pas., 32, p. 75

bénéficiant de la réduction des droits auquel elle avait droit sur base de sa seule rémunération. Cette personne avait ensuite apporté cet immeuble à la communauté universelle adoptée par les époux. L'administration de l'enregistrement avait prétendu que l'intention des parties avaient été d'acquérir l'immeuble ensemble, et qu'elles ne pouvaient alors pas bénéficier des droits réduits. La Cour ne fit pas droit cet argument. Elle rappelle que si l'administration de l'enregistrement a le droit et le devoir de rechercher et de constater le véritable caractère des stipulations contenues dans un contrat pour arriver à asseoir les droits auxquels ces contrats donnent ouverture, il n'en reste pas moins que les parties ont la faculté de choisir, entre plusieurs moyens légaux permettant d'arriver au même résultat, celui qui donne ouverture aux droits les moins élevés, lorsque l'acte ainsi réalisé est sincère¹⁰⁹.

Nous n'avons pas connaissance d'une jurisprudence luxembourgeoise qui ferait application de la théorie de la fraude à la loi pour invalider un acte juridique conclu entre parties.

Selon nous, cette notion de fraude à la loi pourrait éventuellement sortir ses effets si la situation reprochée peut être considérée comme constituant une véritable fraude et donc en application du principe général de droit « *fraus omnia corrumpit* », qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain.

Pour qu'un acte juridique puisse être attaqué sur cette base, il faut que la partie à l'acte ait agi avec une intention de fraude.

Il y aura d'abord une telle intention de fraude lorsque la partie au contrat commet un acte illicite. Il en ira par exemple ainsi, si un époux fait assassiner son conjoint afin de percevoir le bénéfice d'une assurance-vie souscrit à son profit. L'intention de frauder peut également ressortir du caractère exceptionnellement anormal de la structure juridique utilisée par les parties à l'opération¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cour d'appel, 10 janvier 1995, Pas., 29, p. 363

¹¹⁰ Dans une espèce soumise aux juridictions françaises, un propriétaire avait conclu avec un commerçant, soit personnellement, soit par interposition de personne, six conventions successives dénommées « convention d'occupation précaire » qui permettaient au commerçant d'utiliser les lieux pour son activité commerciale. La Cour de Cassation de France a confirmé un arrêt d'appel, qui avait considéré que le mécanisme mis en place était frauduleux et avait pour objet de faire échec à l'application du statut légal des baux commerciaux, et avait refusé au propriétaire de se prévaloir contre l'occupant d'une clause de la dernière convention d'occupation précaire (Cass. Civ. Fr., 1 avril 2009, n° 07-21833, RDC, 2009/4, p. 1317). Dans la mesure où les parties avaient prouvé dans les faits qu'elles avaient l'intention de permettre au commerçant d'exercer son activité dans les lieux pendant une certaine période, la signature d'une convention d'occupation précaire était tout-à-fait anormale et contraire à l'intention réelle des parties, et avait pour but de faire perdre au commerçant le bénéfice de la législation protectrice du preneur d'un bail commercial. Cela pouvait donc justifier une invalidation sur base de l'adage *fraus*

Par contre, le fait pour des parties de choisir, entre différents mécanismes existants, celui qu'elles jugent le plus favorable, et cela même si le contrat qui est conclu ou la structure qui est mise en place va s'avérer défavorable à l'une d'entre elles, ou à des tiers, ne constitue pas une « fraude » et ne va pas permettre la remise en cause de l'acte par le juge.

§ 3. LES CONTRATS « FORCÉS »

125. Le droit pour une personne de décider de contracter ou de ne pas contracter, ou de choisir librement son cocontractant, connaît une autre exception en cas de « contrats forcés ».

Il existe différentes hypothèses dans lesquelles une personne ne va pas pouvoir refuser de conclure le contrat qui lui est proposé par l'autre partie, dès lors que cette autre partie réunit les conditions requises pour que le contrat se forme.

Tel est notamment le cas des entreprises qui jouissent d'un monopole de droit (les notaires ou huissiers de justice) ou qui participent au fonctionnement d'un service public (tel l'AVL -Autobus de la Ville de Luxembourg, exploitant le réseau urbain de Luxembourg- ou le CFL -Chemins de Fer Luxembourgeois- ou les P&T).

126. Des lois particulières peuvent également imposer à certaines parties de contracter.

L'article 4 du Règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente, fait interdiction à toute personne qui est professionnellement en situation de produire ou de vendre des marchandises ou de prêter des services, de refuser, dans le but de déjouer l'interdiction de fixation verticale de prix, de satisfaire dans la mesure de leurs disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes d'acheteurs de marchandises ou aux demandes de prestations de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal et qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi.

La législation financière organise un régime de retrait obligatoire ou de rachat obligatoire de titres de sociétés dont les titres sont ou ont été admis à la négociation sur un marché réglementé. Un actionnaire d'une société

omnia corrumpit. On peut néanmoins se demander si le juge n'aurait pas pu atteindre un résultat identique, sans passer par la qualification de fraude, en procédant à la requalification du contrat sur base de l'intention réelle des parties (voyez infra point 185)

cotée peut ainsi obliger un ou plusieurs autres actionnaires de cette société à lui revendre ou à lui racheter ses titres (loi du 21 juillet 2012 relative au retrait obligatoire et au rachat obligatoire de titres de sociétés admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé ou ayant fait l'objet d'une offre au public. Egalement articles 15 et 16 de la loi du 19 mai 2006 concernant les offres publiques d'acquisition)¹¹¹. Lorsqu'un détenteur de titres d'une société cotée, ou ayant récemment quitté la cote, détient 95 % du capital social et des droits de vote, il peut exiger de tous les détenteurs de titres restants de lui vendre leurs titres. Il doit s'assurer qu'il peut fournir entièrement la contrepartie en espèces. Il doit en informer au préalable la CSSF et s'engager à mener le retrait obligatoire à terme. Il doit ensuite en informer la société concernée et publier sans délai sa décision de sorte qu'il soit possible d'y accéder. La CSSF détermine le contenu et la forme de l'information requise. Le retrait obligatoire doit être exercé à un juste prix sur base de méthodes objectives et adéquates pratiquées en cas de cessions d'actifs. Ce prix et un rapport d'évaluation doivent être communiqués à la CSSF et à la société concernée. Chaque détenteur de titres concernés par le retrait obligatoire peut s'opposer au projet de retrait obligatoire. A défaut d'opposition dans le mois, l'actionnaire procède à la publication des informations relatives à la date et aux modalités du retrait des titres. Lorsqu'un détenteur de titres forme opposition, la CSSF nomme un expert pour lui soumettre un rapport d'évaluation et elle prend une décision sur le prix à payer par l'actionnaire majoritaire. A la suite de la décision de la CSSF, l'actionnaire majoritaire procède à la publication des informations relatives à la date et aux modalités de paiement définitives. Les titres et autres valeurs mobilières concernés par le retrait obligatoire non présentés au plus tard à la date de paiement définitive sont réputés transférés de plein droit à l'actionnaire majoritaire avec consignation du prix.

Pareillement, lorsqu'un détenteur de titres d'une société cotée vient à détenir 95 % du capital social et des droits de vote de la société, un détenteur de titres restants peut exiger de cet actionnaire majoritaire qu'il lui rachète ses titres. Il doit en informer l'actionnaire majoritaire par lettre recommandée. Une copie de la lettre devra être adressée à la CSSF et à

¹¹¹ Voyez A. ELVINGER, "Squeeze out" et "Release squeeze out", la loi du 21 juillet 2012 relative au retrait obligatoire et au rachat obligatoire de titres de sociétés admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé ou ayant fait l'objet d'une offre au public, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 21 ; D. PHILIPPE, « Les clauses et les procédures de résolution des conflits », Ann. Dr. Lux., 2010, n° 20, p. 107 et s. D. de GOBERT, « Heurts et malheurs des actionnaires minoritaires en droit luxembourgeois ou l'évolution des droits de retrait et de rachat obligatoires au fil de l'actualité », DAOR, 2012, n° 102, p. 139 et s. Pour un cas dans le cadre d'une offre publique d'acquisition voyez CSSF, Rapport d'activités, 2007, p. 137

la société concernée. Le rachat obligatoire doit être exercé à un juste prix fixé sur base de méthodes objectives et adéquates pratiquées en cas de cession d'actifs. Dans le mois de la notification de l'exercice du droit de rachat obligatoire l'actionnaire majoritaire communique à la CSSF le prix proposé et un rapport d'évaluation des titres couverts par le rachat obligatoire, et le publie. Le détenteur qui a exercé le droit au rachat obligatoire, ainsi que tout autre détenteur de titres restants qui veut présenter ses titres au rachat obligatoire, peuvent s'opposer au prix proposé. A défaut d'opposition dans le mois, l'actionnaire procède à la publication des informations relatives à la date et aux modalités du rachat des titres. Lorsqu'un détenteur de titres forme opposition, la CSSF nomme un expert pour lui soumettre un rapport d'évaluation et la CSSF prend une décision sur le prix à payer par l'actionnaire majoritaire. A la suite de la décision de la CSSF, l'actionnaire majoritaire procède à la publication des informations relatives à la date et aux modalités du rachat. Les détenteurs de titres peuvent présenter leurs titres au rachat dans un délai fixé par la CSSF. Un détenteur de titres n'ayant ni exercé son droit au rachat obligatoire ni présenté ses titres au rachat obligatoire dans ce délai ne participe pas au rachat obligatoire.

127. Certaines législations particulières offrent également à certaines personnes le droit de conclure un contrat par priorité.

Il en va d'abord ainsi de la personne bénéficiant d'un droit de préemption, droit par lequel elle peut acquérir un bien par priorité à toute autre personne, lorsque le propriétaire manifeste sa volonté de le vendre, et qui limite ainsi le droit du vendeur d'un bien de vendre ce bien à la personne de son choix.

Le locataire d'un immeuble qui habite les lieux depuis plus de 18 ans bénéficie d'un tel droit de préemption sur cet immeuble. Si l'immeuble est vendu à un tiers sans que le locataire n'en soit informé, ou nonobstant la contre-proposition du locataire, la vente reste valable et le locataire peut demander un dédommagement qui correspond au moins à une année de loyer, ou à plus si le locataire démontre que son préjudice résultant du non-respect de son droit de préemption est supérieur (art. 15 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation) ¹¹².

L'indivisaire d'un bien en copropriété bénéficie également d'un tel droit de préemption, et peut donc acquérir par priorité tout ou partie des droits dans les biens indivis qu'un co-indivisaire entend céder à titre onéreux (art. 815-14 du Code civil). La Cour a rappelé que si le copropriétaire

¹¹² Voyez G. KRIEGER, « Le bail d'habitation », éd. St Paul (2009), p. 131 à 133, n° 161et162

vendait l'immeuble indivis à un tiers, sans respecter le droit de préemption de son co-indivisaire, la vente ainsi conclue était nulle. Cette nullité est prononcée aussi en cas d'absence totale de notification aux autres indivisaires du prix et des conditions de la cession projetée, mais également si la notification faite n'observe pas la forme prescrite à cette fin par la loi, qui est celle d'un acte extrajudiciaire ou d'un acte d'huissier¹¹³.

Le preneur d'un bail commercial bénéficie d'un droit de renouvellement préférentiel. Ce droit de renouvellement préférentiel est le droit accordé à un preneur d'un bail commercial, qui exploite le fond depuis plus de 3 ans et moins de 15 ans, de demander le renouvellement de son bail par préférence à toute autre personne¹¹⁴. Le propriétaire ne pourra s'opposer à l'exercice du droit de préférence qu'en cas de grief légitime à l'égard du preneur, aux fins d'occupation personnelle par le propriétaire ou ses descendants, en cas d'abandon de toute location aux fins de commerce semblable ou analogue ou en en cas de reconstruction ou de transformation des lieux (article 1762-4 du Code civil).

L'actionnaire d'une société commerciale bénéficie d'un droit de souscrire par préférence aux actions nouvellement émises en cas d'augmentation de capital de la société par apport en numéraire (art. 32-3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). Le but de ce droit est d'éviter qu'un actionnaire ne voit sa participation dans la société diluée contre son gré, en raison d'une augmentation de capital à laquelle il ne pourrait pas souscrire. Il bénéficie donc du droit d'acquérir par préférence les nouvelles actions ainsi émises par la société. L'assemblée générale de la société peut néanmoins voter la suppression de ce droit de souscription préférentiel, à la majorité des deux tiers des votes exprimés et sous condition que 50 % du capital soit présent lors de la première assemblée convoquée (et sans ce quorum pour l'assemblée suivante convoquée si ce quorum n'avait pas été atteint). Il faut également que cette suppression soit expressément annoncée dans les convocations et que sa justification soit détaillée dans un rapport du conseil d'administration présenté lors de l'assemblée¹¹⁵.

128. Des lois particulières limitent également parfois le droit de certaines personnes de conclure le contrat qu'elles désirent.

¹¹³ Cour d'appel, 7 janvier 2009, Pas., 34, p. 367

¹¹⁴ Sur la qualité dont il faut justifier pour bénéficier d'un tel droit voyez Trib. Luxembourg, 10 février 2006, DAOR, 2008, n° 86, p. 116 et note C. EISCHEN.

¹¹⁵ Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262 ; voyez A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St Paul, p. 797 et s., n° 910 à 913 ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd. (2011), éd. Legitec, p. 473 à 482.

C'est ainsi que les parties à un contrat de travail ne peuvent pas décider librement de conclure un contrat à durée déterminée. Ce n'est que si le contrat de travail est conclu pour l'exécution d'une tâche précise et non durable qu'il peut être conclu pour un terme, et il ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (article L.122-1 du Code du Travail). Le contrat doit en plus respecter le formalisme prévu par la loi, sous peine d'être requalifié en contrat à durée indéterminée. L'employeur ne pourra pas, après signature du contrat de travail, combler les lacunes de l'acte (articles L.122-2 et L.122-9 du Code du Travail) ¹¹⁶.

Il est également interdit pour une entreprise d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché, notamment en imposant des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ou en subordonnant la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats (article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence). Le Conseil de la concurrence luxembourgeois a, sur cette base, condamné différentes pratiques contractuelles d'un câblo-opérateur. Cette décision trouve son origine dans de nombreuses réclamations de consommateurs concernant les pratiques de ce câblo-opérateur actif au Luxembourg. Il était reproché à l'entreprise certains comportements relevant de l'abus de position dominante, à savoir le fait de facturer sans justification des frais d'abonnement pour les prises au-delà de la première prise et le fait d'obliger ses abonnés d'acheter uniquement les décodeurs commercialisés par elle. Le Conseil a d'abord constaté que ce câblo-opérateur occupait bien une position dominante sur les services de distribution de programmes de télévision. Il a ensuite considéré que l'entreprise n'avait pas fourni d'élément établissant l'existence de frais réels qui peuvent justifier la facturation des frais d'abonnement supplémentaires et avait partant enfreint le droit de la concurrence en exploitant directement les consommateurs. Le Conseil a également constaté que l'entreprise obligeait effectivement ses abonnés à acheter les appareils qu'elle commercialise elle-même, alors qu'il est techniquement et commercialement possible d'en utiliser d'autres, violant ainsi le droit de la concurrence en écartant du marché certains fabricants de décodeurs et en limitant de façon injustifiée les possibilités de choix des consommateurs. Par ailleurs, le Conseil a constaté que l'entreprise ne commercialisait librement que des modèles de déco-

¹¹⁶ Cour d'appel, 20 décembre 2007, n° 31694, BJJ, 2008, p. 201 ; Cour d'appel, 12 juillet 2007, n° 31430, BJJ, 2007, p. 158 ; Cour d'appel, 1 février 2001, Pas., 32, p.26

deur dans lesquels sont intégrées certaines fonctions dont les abonnés ne sont pas nécessairement demandeurs, alors qu'elle dispose d'un modèle dans lequel ces fonctions ne sont pas intégrées. L'entreprise viole ainsi le droit de la concurrence en limitant le choix des consommateurs et en les obligeant à financer l'acquisition de fonctionnalités qu'ils ne veulent pas utiliser. Le Conseil a alors ordonné à l'entreprise de mettre fin et de modifier ses pratiques commerciales abusives et cela sous astreinte ¹¹⁷.

129. L'expropriation pour cause d'utilité publique est un autre cas, particulièrement abouti, de contrat forcé prévu par la législation luxembourgeoise ¹¹⁸.

L'article 16 de la Constitution prévoit que nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les cas prévus par la loi, et moyennant une juste indemnité ¹¹⁹.

Le but de la loi sur l'expropriation est de permettre la réalisation de travaux d'utilité publique et l'acquisition des biens appartenant à des tiers, tout en protégeant les droits de ces propriétaires. Le législateur a ainsi prévu une procédure formaliste qui peut conduire, à défaut d'accord avec les propriétaires, au transfert forcé de la propriété ¹²⁰.

Un changement dans les attributs de la propriété, qui est substantiel à ce point qu'il prive le propriétaire de ses aspects essentiels, peut également constituer une telle expropriation ¹²¹.

Il a néanmoins été jugé que les dispositions du plan d'aménagement général de la ville de Luxembourg, réservant l'affectation possible d'immeubles aux logements, aux équipements d'intérêt public ainsi qu'aux installations/établissements servant aux besoins propres d'un quartier d'habitation, à l'exclusion des bureaux, n'entravent pas les attributs du droit de propriété de ces immeubles d'une manière telle que la limitation opérée puisse être qualifiée d'équivalente à une expropriation ¹²².

¹¹⁷ Cons. Conc., 10 décembre 2010, n° 2010-FO-02, DAOR, 2012, n° 103, p. 390 et note P.E. PARTSCH, E. RAIMOND.

¹¹⁸ Loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Voyez R. ERGEC, « Droit public de l'économie en ce compris le patrimoine public », éd. Pasicrisie (2011), p. 276 et s., n° 319 à 329 ; G. RAWARANI, « Droit de propriété et expropriation », Pas., 34, p. 31 et s. ; G. VOGEL, « L'expropriation pour cause d'utilité publique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2003).

¹¹⁹ Avant la modification de la Constitution intervenue le 24 octobre 2007, l'indemnisation devait également être préalable. Sur cette problématique, aujourd'hui dépassée, voyez Cour Const., 7 février 2003, arrêt 16/03, Mém. A, 2003, p. 510 ; Pas., 34, p. 141 et Trib. Luxembourg, 30 novembre 2005, n° 92496, BJJ, 2006, p. 67

¹²⁰ Trib. Luxembourg, 18 février 2002, n° 66216, BJJ, 2002, n° 46

¹²¹ Cour Admin., 24 juin 2010, JTL, 2011, p. 136 ; Cour const., 26 septembre 2008, arrêt 46/08, Mém. A, 2008, p. 2195

¹²² Cour Admin., 24 juin 2010, JTL, 2011, p. 136

Ce droit pour l'autorité de forcer ainsi un contrat de cession de la propriété d'un bien est une dérogation au droit de propriété et est donc d'interprétation stricte ¹²³.

La loi impose l'obligation d'utiliser les biens acquis par expropriation pour les travaux d'utilité publique qui ont justifié le changement de propriétaire. La loi prévoit l'obligation de rétrocéder aux propriétaires qui le souhaitent les biens qui ne sont plus destinés à servir aux travaux pour lesquels ils ont été acquis ¹²⁴.

L'indemnité à payer par l'autorité doit être « juste », c'est à dire complète pour dédommager le préjudice subi par le propriétaire privé définitivement de son bien ¹²⁵.

L'exproprié a donc droit à la réparation de toutes les suites dommageables de la dépossession qu'il subit au nom de l'intérêt public. L'exproprié a droit à la compensation de tout le dommage que l'expropriation lui cause, de telle manière que la privation de son bien n'entraîne aucune diminution de son patrimoine

La valeur vénale d'un bien est « la valeur marchande, la valeur de vente que l'on obtiendrait en exposant en vente un bien dans des conditions normales de publicité en suite d'un concours suffisant d'amateurs ».

C'est au moment où le juge fixe l'indemnité définitive qu'il doit calculer la somme d'argent nécessaire à l'exproprié pour reconstituer son patrimoine. S'il considère que l'indemnité mise antérieurement à la disposition de l'exproprié n'était pas suffisante au moment où elle a été accordée, il doit, pour évaluer le montant supplémentaire à allouer, se placer au moment de sa décision et tenir compte, le cas échéant, de la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie ou de la hausse du marché immobilier depuis le jour où l'indemnité a été fixée ¹²⁶.

La loi prévoit que l'expropriation se fait en respectant une procédure qu'elle prescrit.

La procédure d'expropriation ne débute pas par l'adoption du Règlement Grand-Ducal portant approbation des plans des parcelles sujettes à emprise et de la liste des propriétaires de ces parcelles, mais par le dépôt de ce Règlement au greffe du tribunal d'arrondissement et la signification subséquente de l'assignation. Lorsque la date du dépôt et celle

¹²³ Cour Const., 7 février 2003, arrêt 16/03, Mém. A, 2003, p. 510 ; Pas., 34, p. 141

¹²⁴ Trib. Luxembourg, 18 février 2002, n° 66216, BJL, 2002, n° 46

¹²⁵ Cour Const., 7 février 2003, arrêt 16/03, Mém. A, 2003, p. 510 ; Pas., 34, p. 141

¹²⁶ Cour d'appel, 9 juin 2004, n° 26298, BJL, 2004, p. 200 ; Cour d'appel, 11 janvier 2006, n° 29931

de l'assignation sont postérieures à la modification de l'article 16 de la Constitution opérée le 24 octobre 2007, le litige est régi par cet article dans sa teneur actuelle en tant qu'il exige uniquement l'allocation d'une indemnité juste, alors même que le Règlement Grand-Ducal déclaratif d'utilité publique est intervenu à un moment où la Constitution prévoyait le paiement d'une indemnité juste et préalable¹²⁷.

En cas d'inobservation des formalités prescrites, ou si le tableau des emprises ne s'applique pas à la propriété visée, le tribunal décide que l'expropriation ne sera pas poursuivie.

Si les formalités ont été régulièrement accomplies et si le tableau des emprises s'applique à la propriété, le tribunal fait droit à la requête en expropriation et cette décision opère le transfert de propriété en faveur de l'expropriant. L'entrée en possession n'intervient, quant à elle, qu'après le règlement d'une provision sur l'indemnité d'expropriation¹²⁸.

L'expropriation n'est pas une vente et les expropriés ne sont pas tenus à garantie à l'égard de l'expropriant. L'Etat ne peut se baser sur une obligation légale ou conventionnelle à charge des expropriés lui permettant de faire condamner les expropriés à lui rembourser les frais qu'il a déboursés pour décontaminer le terrain ou de compenser ces frais avec l'indemnité d'expropriation due aux expropriés¹²⁹.

130. Le droit pour une partie de conclure librement un contrat avec le cocontractant de son choix connaît encore une exception importante, lorsque l'un des cocontractants est une autorité publique.

Lorsqu'un contrat à titre onéreux est passé entre une autorité publique et une entreprise privée, et que ce contrat a pour objet de répondre au besoin de l'administration, l'autorité ne pourra pas choisir librement son cocontractant¹³⁰. Elle devra respecter la procédure prévue par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics¹³¹.

En principe, lorsque l'autorité publique souhaite contracter avec une personne privée, elle doit donc passer par la procédure de soumission

¹²⁷ Trib. Luxembourg, 21 décembre 2011, JTL, 2012, p. 33

¹²⁸ Trib. Luxembourg, 30 novembre 2005, n° 92496, BJJ, 2006, p. 67

¹²⁹ Cour d'appel, 9 juin 2004, n° 26298, BJJ, 2004, p. 200

¹³⁰ L'article 2 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics parle de « pouvoir adjudicateur » et définit les différentes autorités qui tombent ainsi dans le champ d'application de la loi. L'article 3.8 de la loi définit qui sont ces entrepreneurs au sens de la loi. L'article 3 définit plus précisément les différents marchés qui tombent dans le champ d'application de la loi. Les concessions de services ou de travaux publics tombent également dans le champ d'application de cette loi : Cour Admin., 6 décembre 2011, DAOR, 2012, n° 102, p. 263 et note S. MARX

¹³¹ voyez J.Y. HENCKES, «Précis de droit des marchés publics », éd. Legitech (2010).

publique. Dans certains cas limitativement énumérés par la loi, l'autorité pourra néanmoins passer le marché de gré à gré ou par marché à soumission restreinte sans soumission d'avis.

Pour se faire, l'autorité publique va devoir identifier ses besoins et rédiger un cahier spécifique des charges définissant les détails du marché public. Elle doit également rédiger un avis de marché et envoyer celui-ci à la presse luxembourgeoise et au Journal Officiel de l'Union européenne pour publication.

L'autorité publique recevra alors différentes offres de différents candidats pour la réalisation de ce marché. Elle va ensuite éliminer les candidats irrecevables et dresser la liste des candidatures qui sont retenues. Elle adressera aux candidats retenus une lettre de consultation pour la réception des offres et le délai dans lequel ces offres doivent être transmises. Elle procédera ensuite à l'ouverture et au classement des offres et auditionnera les candidats de manière égalitaire et non discriminatoire. Elle attribuera enfin le marché par décision motivée avec procès-verbal. Elle informera les différents candidats de cette attribution du marché et signera le contrat de marché public avec la partie dont l'offre a été retenue.

Si l'autorité publique ne respecte pas cette procédure le contrat conclu sera illégal et le soumissionnaire évincé disposera alors de différents recours.

Le soumissionnaire pourra s'opposer à la signature du contrat par le pouvoir adjudicateurs en demandant au Président du tribunal administratif, siégeant en référé administratif, une ordonnance de sursis à exécution. Le Président pourra alors ordonner à l'autorité publique de suspendre la conclusion du contrat avec l'offrant qui a emporté l'adjudication du marché public. En effet le juge administratif n'est pas compétent pour ordonner le sursis à exécution du marché dès lors que la commande a été passée. Il ne peut pas suspendre l'exécution d'un contrat civil, même si celui-ci a été conclu avant l'écoulement du délai d'attente de quinze jours imposé par le du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics¹³².

Lorsque le marché est un marché de grande envergure ou un marché de secteurs spéciaux (visés aux livres II et III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics), le soumissionnaire, qui se considère comme étant victime d'une violation du droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics, peut introduire un recours en référé. Le Président du tribunal administratif peut alors ordonner au provisoire toutes

¹³² Voyez Prés. Trib. Admin. 22 août 2006, n° 21820 ; G. PERROT, « Panorama de jurisprudence sur les référés en matière de marchés publics », Cahier Dr. Lux., 2012, n° 16, p. 11 et s.

les mesures nécessaires qui ont pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée. Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause¹³³.

Le soumissionnaire pourra également demander au Tribunal administratif l'annulation de la décision d'adjudication. Dans le cadre de ce recours, le juge va analyser la légalité des décisions prises en vérifiant le bien-fondé de la motivation à la base de cette décision. Il va contrôler si les faits à la base de la décision sont établis, si la mesure prise est proportionnelle et si l'appréciation du pouvoir adjudicateur repose sur des critères objectifs et non arbitraires. Le juge administratif ne peut par contre pas substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur et seule une erreur manifeste d'appréciation de celui-ci justifie l'annulation de l'adjudication¹³⁴. Si le juge administratif considère que la demande est fondée il prononcera l'annulation de la décision administrative et ordonnera le renvoi du dossier à l'autorité compétente. Cette autorité sera alors amenée à prendre une nouvelle décision sur le dossier. Le juge administratif ne dispose pas du pouvoir de substituer sa propre décision à celle du pouvoir adjudicateur. Le recours en annulation n'est pas un recours en réformation et le juge administratif ne peut pas attribuer le marché à un soumissionnaire¹³⁵.

Lorsqu'un contrat est vicié dans sa formation, il appartient à celui qui s'en prévaut de faire prononcer la nullité de cette convention par le juge compétent de l'ordre judiciaire. C'est également le cas lorsque le contrat a été conclu avec une partie publique moyennant une décision administrative préalable, sauf qu'en cette matière la législation sur les marchés publics prévoit, en plus, des causes spécifiques de résiliation des marchés¹³⁶. Tel sera le cas lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu le contrat en violation

¹³³ Voyez la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marché publics. M. THEWES, T. CHEVRIER, « Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics », JTL, 2011, p. 85 et s. G. PERROT, « Panorama de jurisprudence sur les référés en matière de marchés publics », Cahier Dr. Lux., 2012, n° 16, p. 11 et s.

¹³⁴ Trib. Admin., 26 février 2004, n° 16952 ; Trib. Admin., 9 juin 2005, n° 18442, Trib. Admin., 19 décembre 2007, n° 22620

¹³⁵ Trib. Admin., 2 février 2000, n° 11029

¹³⁶ Prés. Trib. Admin., 23 octobre 2006, DAOR, 2008, n° 87, p. 261 et note O. POELMANS

de la réglementation en vigueur, et notamment s'il a passé outre l'interdiction légale de conclure le contrat d'exécution du marché avant l'expiration du délai de quinzaine après la décision d'adjudication¹³⁷.

Lorsque le marché est un marché de grande envergure ou un marché de secteurs spéciaux (visés aux livres II et III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics), le soumissionnaire indument évincé bénéficie d'un recours particulier, devant le Président du tribunal d'arrondissement siégeant comme en référé, afin d'entendre déclarer qu'un contrat de marché public déjà signé est dépourvu d'effets.

Une telle décision sera possible si le pouvoir adjudicateur a passé un marché public sans avoir effectué la publication d'un avis au Journal officiel de l'Union européenne, et sans s'être trouvé dans une des hypothèses de dispense de cette publication.

Un tel recours pourra également être intenté en cas de violation de certaines des dispositions régissant l'attribution de marchés fondés sur un accord-cadre.

La troisième hypothèse qui pourra amené ce juge à déclarer sans effet un marché déjà signé se présentera si le pouvoir adjudicateur a méconnu les garanties procédurales prévues par la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics, respectivement si elle n'a pas respecté l'obligation de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé, ou si elle n'a pas respecté du délai de différé de signature, ou si elle n'a pas respecté l'obligation de surseoir à la conclusion du contrat si le Président du tribunal administratif a été saisi pendant le délai de suspension de signature. Il faut de plus que ces manquements aient privé le soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel et aient compromis les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché.

Les conséquences du constat de l'absence d'effet d'un marché sont laissées à l'appréciation du Président, qui pourra annuler rétroactivement toutes les obligations contractuelles, prononcer une annulation limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées et compléter cette annulation partielle par des pénalités financières ou ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effet, même s'il a été passé illégalement, s'il constate que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les

¹³⁷ Prés. Trib. Admin. 22 août 2006, n° 21820

effets du marché soient maintenus, et impose des sanctions financières à titre de substitution ¹³⁸.

Le soumissionnaire induit lésé pourra également demander au juge civil l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice lui causé par la décision illégale de conclure un contrat en violation des règles applicables en matière de marchés publics ¹³⁹. Si la décision d'adjudication est annulée par le juge administratif, le plaignant va se retrouver dans une situation favorable. La jurisprudence considère en effet qu'un acte administratif annulé par une juridiction administrative constitue un acte illicite et donc une faute, même s'il est imputable à une simple erreur d'interprétation ou d'appréciation, et engage donc la responsabilité de son auteur ¹⁴⁰. On relèvera néanmoins que la saisine préalable des juridictions administratives n'est pas obligatoire. Le plaignant peut saisir directement les juridictions de l'ordre judiciaire afin d'obtenir d'indemnisation de son préjudice, en application des règles du droit commun de la responsabilité civile ¹⁴¹. Il va alors devoir démontrer que le pouvoir adjudicateur a commis une faute qui lui a causé un dommage ¹⁴².

¹³⁸ M. THEWES, T. CHEVRIER, « Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics », JTL, 2011, p. 90 et s.

¹³⁹ Cour d'appel, 7 juin 2007, DAOR, 2008, n° 87, p. 268 et note O. POELMANS ; Prés. Trib. Admin., 22 août 2006, n° 21820

¹⁴⁰ Cour d'appel, 7 juin 2007, DAOR, 2008, n° 87, p. 268 et note O. POELMANS ; Cour d'appel, 21 avril 2004, n° 27674, BJL, 2004, p. 73 ; Trib. Luxembourg, 27 avril 2005, n° 86387, BJL, 2005, p. 141

¹⁴¹ Cour d'appel, 30 avril 2002, n° 25782

¹⁴² Trib. Luxembourg, 20 décembre 2006, n° 68872 ; Trib. Luxembourg, 11 novembre 2002, n° 67417, BJL, 2003, p. 99

SECTION 4. LA MODIFICATION DES CONTRATS

§ 1. LE PRINCIPE DE CONVENTION-LOI ET LA MODIFICATION DU CONTRAT PAR LES PARTIES

131. L'article 1134 al. 2 du Code civil prévoit que les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur [les parties à l'acte] consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise* »¹⁴³.

En principe donc, seules les parties à un contrat peuvent, de commun accord, modifier le contenu du contrat convenu entre elles.

Cette faculté pour les parties de modifier leur convention de commun accord joue normalement en toute matière.

¹⁴³ En fait le principe de convention-loi a également une portée plus générale, exprimée par son premier alinéa « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », que nous développerons infra point 145.

Il a été jugé qu'un employeur et son salarié peuvent décider de modifier de commun accord le contrat de travail, même en défaveur du salarié, du moment que la modification a été acceptée par celui-ci ¹⁴⁴.

132. Les parties à un contrat peuvent modaliser dans le contrat cette faculté de modification de la convention.

Cette modalisation peut prendre différentes formes.

Certaines clauses procèdent à une adaptation automatique du contrat, comme c'est le cas pour les clauses d'indexation ¹⁴⁵ de prix ou « du client le plus favorisé ». La Cour en a décidé ainsi dans une espèce où les parties étaient liées par un contrat de domiciliation et de gestion, suivant lequel le domiciliataire devait effectuer diverses prestations moyennant une rémunération définie dans la convention. La Cour a validé cet article du contrat qui précisait que le domiciliataire a droit à des « honoraires pour les services réalisés dans le cadre du présent contrat conformes à l'annexe relative aux honoraires, convenue entre les parties et jointe aux présentes. Le domiciliataire a le droit d'augmenter de façon unilatérale le montant des honoraires, le cas échéant, en cas d'augmentation de l'indice des prix à la consommation luxembourgeoise défini par le STATEC (...) » ¹⁴⁶.

D'autres clauses prévoient une obligation pour les parties de renégocier le contrat si des données importantes viennent à changer, mettant ainsi à charge des parties l'obligation de résultat de négocier (et l'obligation de moyen d'aboutir dans le cadre de ces négociations) et sanctionnant parfois l'échec des négociations par un droit de résiliation de la convention.

D'autres encore, autorisent une des parties au contrat à modifier unilatéralement les termes de la convention, sous réserve du droit de l'autre partie de faire constater ultérieurement par le juge un abus dans l'exercice de cette faculté que confère le contrat. La Cour a eu l'occasion de confirmer la validité d'une telle clause de modification unilatérale du contrat dans une affaire opposant un employeur à une salariée. En l'espèce, une clause du contrat de travail prévoyait que les horaires normaux de travail en vigueur dans l'hôtellerie peuvent varier en fonction des besoins de l'entreprise et que l'employeur peut exiger que des prestations de travail soient faites pendant les heures de nuit, les samedis, les dimanches, les jours fériés légaux et autres jours fériés. A l'expiration d'un congé de maladie, l'employeur avait

¹⁴⁴ Cour d'appel, 11 mai 2000, n° 21784

¹⁴⁵ Voyez P. Ancel, B. Christmann, X. Dieux, F. Kutscher-Puis, « Modalités de la réglementation des clauses d'indexation de prix au Luxembourg, en France, Belgique et Allemagne », Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 109 et s.

¹⁴⁶ Cour d'appel, 9 novembre 2011, n° 36116, BJJ, 2012, p. 12

modifié les horaires de la salariée et lui avait imposé de faire parfois la tournée du soir. Pour la Cour, l'employeur pouvait imposer en vertu de la susdite clause à la salariée un nouvel horaire qui de surcroît n'était que temporaire. Il résultait des éléments du dossier que le changement d'horaire avait été dicté par un besoin légitime de l'employeur qui avait, d'un commun accord avec les autres femmes de charge à son service, convenu que chacune d'elles effectuerait à titre temporaire, pendant le temps nécessaire au recrutement et à la formation d'une femme de chambre affectée spécialement à cet horaire, la tournée du soir¹⁴⁷.

La loi organise parfois la façon dont une partie à un contrat particulier peut prévoir, et se prévaloir, d'une clause de modification de la convention.

Lorsque le contrat lie un professionnel et un consommateur une telle clause doit être rédigée avec soin. En effet, sont considérées comme abusives, et donc nulles, les clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement le contrat sans motif spécifique et valable stipulé dans le contrat (article L.211-3.4.). Il en va de même des clauses permettant au professionnel de substituer à la fourniture ou à la prestation promise une fourniture ou une prestation différente, à moins que celle-ci n'ait été spécifiée au contrat et expressément acceptée par le consommateur (article L.211-3.14)¹⁴⁸.

Lorsqu'un promoteur vend un immeuble en état futur d'achèvement, il peut intégrer dans le contrat de vente une clause de révision de prix, destinée à le protéger contre une augmentation du coût des matériaux et de la main d'œuvre nécessaires à la réalisation de l'ouvrage. L'acte authentique de vente doit, dans ce cas et à peine de nullité du contrat, mentionner si le prix est ou non révisable, et dans l'affirmative, les modalités de cette révision (article 1601-5 du Code civil).

L'article 42 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance prévoit que le contrat peut réserver à l'assureur le droit d'appliquer une augmentation tarifaire à un contrat en cours. L'entreprise d'assurances qui, en cours de contrat, entend augmenter le tarif, ne pourra procéder à cette adaptation qu'avec effet à la prochaine date d'échéance annuelle du contrat. Elle devra communiquer cette modification au preneur d'assurance trente jours au moins avant la date d'effet de l'adaptation du tarif. Le preneur pourra

¹⁴⁷ Cour d'appel, 1 mars 2007, n° 31394, BJJ, 2009, p. 54. En l'espèce, la Cour avait considéré que la clause litigieuse ne constituait pas une modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle de son contrat de travail nécessitant la mise en œuvre de la procédure spéciale prévue à l'article L. 121-7 du Code du travail

¹⁴⁸ Voyez notamment Cour d'appel, 12 octobre 2011, JTL, 2012, p. 61, BJJ, 2012, p. 98 ; Cour d'appel, 25 octobre 2006, Pas., 33, p. 296.

alors résilier le contrat. Le délai minimum accordé au preneur d'assurance pour résilier son contrat est de soixante jours suivant la date d'envoi de l'avis d'échéance. Lorsque l'augmentation tarifaire n'a pas été communiquée au preneur d'assurance explicitement dans l'avis d'échéance, le preneur d'assurance peut mettre un terme au contrat, sans pénalités, à tout moment à compter de la date d'échéance, mais au plus tard soixante jours après la date d'échéance du contrat.

L'article 73 de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement autorise le banquier à modifier unilatéralement le contrat de compte espèce (le « contrat cadre » au sens de cette loi) qu'il a conclu avec son client, à condition que ces modifications soient proposées par lui, sur support papier ou sur un autre support durable, sous une forme claire et compréhensible et dans des termes aisément compréhensibles, au plus tard deux mois avant la date proposée pour son entrée en vigueur. Le banquier doit également informer son client qu'il est réputé avoir accepté la modification s'il ne lui a pas notifié, avant la date d'entrée en vigueur proposée de cette modification, qu'il ne l'acceptait pas et qu'il a dans ce cas le droit de résilier le contrat immédiatement et sans frais.

§ 2. LA MODIFICATION DU CONTRAT PAR LE JUGE

133. En principe donc, le juge ne peut pas modifier les termes d'un contrat tel que convenus par les parties, quelle qu'en soit la sévérité pour une partie (voyez infra point 145).

La Cour d'appel a eu l'occasion de le confirmer dans une affaire où l'entrepreneur avait convenu avec son client que ce dernier bénéficierait d'un escompte de 3 % sur les factures émises.

Au cours du contrat, le client avait payé ses factures avec retard et l'entrepreneur entendait lui refuser l'application de l'escompte.

Il a été débouté par le juge qui souligna que le contrat prévoyant un droit à l'escompte pour le client, sans préciser que le paiement devait intervenir dans un délai pour bénéficier de la réduction, l'entrepreneur ne pouvait pas, par la suite, ajouter une condition à l'octroi de son escompte¹⁴⁹.

134. Il ne pourra en être autrement que dans les cas prévus par la loi.

C'est ainsi que l'article 1244 du Code civil et la loi 18 mars 1915 concernant la protection des débiteurs domiciliés dans le Grand-Duché de

¹⁴⁹ Cour d'appel, 3 mai 2005, n° 27034 cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/5, p.19

Luxembourg, prévoient la possibilité pour le juge d'accorder un délai de paiement supplémentaire, un « délai de grâce », à un débiteur malheureux. Pour la jurisprudence, il se dégage du texte de l'article 1244 du Code civil que les délais de paiement sont des moyens exceptionnels et facultatifs que la loi permet d'octroyer pour venir en aide à un débiteur malheureux en reportant ou échelonnant le paiement de la dette. Ces moyens doivent être utilisés avec modération, le principe étant que le débiteur doit exécuter l'obligation immédiatement, ou à l'échéance fixée par la loi ou la convention¹⁵⁰ (sur les délais de grâce voyez infra point 298).

L'article 12 de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement, prévoit la possibilité pour le Juge de paix d'arrêter un plan de redressement judiciaire qui peut notamment comporter comme mesure le sursis de paiement de tout ou parties des dettes, la réduction du taux d'intérêt et la remise de la dette sur les accessoires.

135. La jurisprudence considère également qu'elle est en droit de réduire le salaire convenu des mandataires¹⁵¹.

Cette jurisprudence est fondée, non pas sur un texte juridique précis, mais sur le principe hérité du droit ancien qui fait du mandat un contrat par nature, ou par essence, gratuit.

C'est sur base de ce principe, et sur base des articles 18 et 38 de la loi du 10 août 1991 relative à la profession d'avocat, que la jurisprudence considère que le juge peut réduire le montant des honoraires qu'un avocat a réclamé à son client.

Dans une espèce, la Cour a d'abord fait valoir que, nonobstant le fait que la loi de 1991 donnait le pouvoir au Conseil de l'Ordre des avocats de procéder à une telle réduction si les honoraires demandés excédaient les normes raisonnables, seul le pouvoir judiciaire avait qualité pour prononcer pareille réduction, la décision du Conseil de l'Ordre constituant un simple avis qui ne lie pas les parties ou le juge.

La Cour a ensuite rappelé que le droit de l'avocat à une juste rémunération est conditionné par l'intérêt du travail pour le client. Le résultat de l'affaire, qui ne dépend pas uniquement de l'action de l'avocat, ne peut pas constituer le seul critère, pas plus que l'importance du travail ou le temps consacré par lui au traitement de l'affaire.

¹⁵⁰ Cour d'appel, 25 octobre 2006, Pas., 33, p. 294

¹⁵¹ Voyez Cour d'appel, 30 janvier 2002, Pas., 32, p. 159 : « le juge peut réduire le montant des honoraires réclamés (...) comme il peut le faire à l'égard de tout mandataire salarié ».

Les critères à retenir sont l'efficacité du travail fourni, l'importance des intérêts en jeu, l'autorité personnelle de l'avocat et la capacité financière du client.

Après analyse de la réunion de ces conditions dans le cas d'espèce, la Cour a décidé de ne pas réduire le salaire de l'avocat au-dessous de la taxation prônée par le Conseil de l'Ordre¹⁵².

136. Les articles 1152 al. 2 et 1231 du Code civil accordent également un tel pouvoir au juge, lorsqu'ils prévoient que le juge peut modérer ou augmenter la peine qui a été convenue -la clause pénale- si elle est manifestement excessive ou dérisoire¹⁵³.

Une clause pénale est une évaluation conventionnelle et forfaitaire des dommages et intérêts contractuels qui a pour but d'éviter les difficultés d'évaluation judiciaire des dommages et intérêts en établissant un forfait qui supprime toute discussion sur la réalité et l'importance du dommage. Elle porte sur l'existence et le quantum du préjudice inhérent à l'inexécution de l'obligation et dispense le créancier de l'obligation inexécutée d'établir qu'il a subi un dommage et de prouver la hauteur de celui-ci¹⁵⁴. La clause suivant laquelle le bailleur a droit, en cas de résiliation anticipée du contrat de location, à une indemnité égale à tous les loyers à échoir jusqu'au terme initial du contrat majorée de 10%, est une clause pénale¹⁵⁵.

Pour la jurisprudence, le pouvoir modérateur du juge n'entend pas remettre en cause la vertu coercitive et l'efficacité préventive de la clause pénale. Elle ne doit présenter qu'un caractère d'exception.

Une clause pénale qui ne serait pas énorme ou dont le caractère abusif ne serait pas manifeste, mais qui serait simplement supérieure au préjudice subi, ne peut pas être réduite. Il appartient dès lors au juge, dans le cas d'espèce qui lui est soumis, d'apprécier si la pénalité prévue au contrat est manifestement excessive.

Ce caractère excessif résulte de la comparaison entre le préjudice effectivement subi et le montant de l'indemnité prévue. La prise en compte du

¹⁵² Cour d'appel, 30 janvier 2002, Pas., 32, p. 159

¹⁵³ Voyez J. BRUCHER, N. THIELTGEN, M. BENA, « La protection juridique des intérêts du consommateur dans le Code civil », In Le Bicentenaire du Code Civil – une contribution luxembourgeoise, éd. Portalis (2008), p. 188 et s. ; G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd (2006), éd. Pasirisie, p. 521 et s., n° 643 et s.

¹⁵⁴ Cour d'appel, 14 juillet 2004, n° 28455, également Cour d'appel, 2 octobre 1996, Pas., 30, p. 145 ; Cour d'appel, 29 novembre 1971, Pas., 22, p. 87

¹⁵⁵ Trib. Luxembourg, 21 octobre 2011, n° 139660, BJL, 2012, p. 115 dans ce jugement, le tribunal rappelle également que l'indemnité payée en exécution d'une clause pénale se rapporte à l'inexécution du contrat et ne suppose donc pas l'exécution d'un service ou la livraison d'un bien, de sorte que la TVA n'est pas redue sur une telle créance.

préjudice réel à la date où le juge statue est imposée par le principe qui veut que la victime de l'inexécution a droit à une réparation intégrale de son préjudice sous réserve de l'effet correcteur de l'article 1150 du Code civil.

Pour ce faire, les juges se basent normalement sur plusieurs critères objectifs.

Un des critères est la comparaison entre le montant de la peine stipulée et l'importance du préjudice effectivement subi par le créancier du fait de l'inexécution: il faut qu'il y ait une trop grande disproportion entre la peine et le préjudice.

Un autre consiste en l'examen de la situation respective des parties pour le cas où la clause pénale devait être appliquée dans toute sa rigueur: il serait en effet injuste que par son application le créancier tire un plus grand avantage de l'inexécution de l'obligation que de son exécution normale.

Un troisième réside dans l'appréciation de la bonne foi du débiteur: il serait injuste de le faire profiter d'une réduction s'il a failli volontairement et de mauvaise foi à ses obligations ¹⁵⁶.

Pour les uns, l'excès manifeste se situerait entre deux et trois fois le préjudice subi, d'autres estiment plus raisonnable de considérer la peine manifestement excessive si elle dépasse de plus de 50% l'intégralité du préjudice ¹⁵⁷.

Il a ainsi été jugé que des clauses pénales de 15% du montant de la dette restant due ¹⁵⁸, de 18 % des loyers à payer par le locataire la première année ¹⁵⁹ ou de 20 % des factures impayées ¹⁶⁰ n'ont rien d'excessives.

En réduisant la clause pénale, le juge n'est pas obligé de l'aligner sur le préjudice réel. Si la clause ne peut être réduite à un montant inférieur au dommage, elle peut cependant dépasser celui-ci afin de remplir son rôle comminatoire.

Pour la Cour, ce régime particulier prévu aux articles 1152 al. 2 et 1231 du Code civil, et qui consacrent le pouvoir de révision du juge,

¹⁵⁶ Cour d'appel, 10 novembre 2010, JTL, 2011, p. 107 ; Pas. 35, p. 277 ; Cour d'appel, 14 novembre 2007, Pas., 34, p. 57 ; BJJ, 2008, p. 61 ; Cour d'appel, 13 novembre 2002, n° 26371, BJJ, 2003, p. 25

¹⁵⁷ Trib. Luxembourg, 26 octobre 2005, n° 88184, BJJ, 2005, p. 194

¹⁵⁸ Cour d'appel, 2 mars 2005, Bull. Dr. et Banque, 2006, n° 37, p. 36

¹⁵⁹ Trib. Luxembourg, 26 octobre 2005, n° 88184, BJJ, 2005, p. 194.

¹⁶⁰ Trib. Luxembourg, 4 février 2005, n° 86013, BJJ, 2005, p. 168

écarte la sanction de l'annulation de la clause pénale excessive. Une clause pénale n'encourt l'annulation en raison de son montant exorbitant qu'autant qu'une loi particulière le prévoit expressément.

De même, le législateur a voulu soustraire la clause pénale du régime des clauses abusives introduit par les articles L. 211-2 à L. 211-7 du Code de la consommation et la soumettre aux articles 1152 et 1231 du Code civil.

La jurisprudence réserve cependant le cas où l'abus résulterait du cumul d'une clause pénale avec d'autres clauses sanctionnant l'inexécution contractuelle. Dans ce cas l'annulation de cette combinaison de clauses dans son ensemble serait justifiée en vertu de l'article L. 211-2 à L. 211-7 du Code de la consommation pour garantir une protection efficace du consommateur ¹⁶¹.

137. La jurisprudence considère également que le juge peut écarter l'application de la clause pénale lorsque le débiteur de l'obligation a commis un dol ou une faute lourde à l'origine du dommage du créancier. Dans cette hypothèse, le créancier est recevable à solliciter l'octroi de dommages et intérêts supérieurs au montant de la clause pénale stipulée au contrat ¹⁶².

La jurisprudence récente a eu l'occasion d'appliquer ce pouvoir de modération de la clause pénale.

Dans une première espèce, le litige se mouvait entre l'acheteur défaillant d'un appartement et le vendeur qui exigeait le paiement de la clause pénale. La Cour a réduit cette clause pénale de moitié après avoir constaté que, entre-temps, l'appartement avait été vendu, sans qu'il soit soutenu que la vente avait été réalisée à moindre prix. Le vendeur n'avait donc pas subi de préjudice matériel, son préjudice étant essentiellement moral. Il ne résultait par ailleurs pas des éléments du dossier que la défaillance de l'acheteur était due à une mauvaise foi, dès lors qu'il avait fait les démarches nécessaires pour obtenir un crédit et que ce crédit lui avait été refusé par la banque à laquelle il s'était adressé. S'il est exact que la banque avait laissé entendre qu'elle était d'accord de reconsidérer sa position au cas où l'acheteur fournirait des garanties supplémentaires, il n'était pas établi que l'acheteur avait délibérément refusé de fournir de telles garanties ¹⁶³.

Dans une autre affaire, qui se mouvait également entre l'acheteur défaillant d'un appartement et le vendeur qui exigeait le paiement de la clause

¹⁶¹ Cour d'appel, 10 novembre 2010, JTL, 2011, p. 107, Pas., 35, p. 277

¹⁶² Cour d'appel, 3 mars 2010, JTL, 2011, p. 126

¹⁶³ Cour d'appel, 14 novembre 2007, Pas., 34, p. 57 ; BJJ, 2008, p. 61

pénale, la Cour a constaté que le vendeur, qui avait revendu l'immeuble, ne justifiait d'aucun dommage. Elle a alors décidé de réduire la clause pénale de 15 % du prix de la transaction à 10 % du prix de la transaction, en précisant que ce taux de 10 % est celui « normalement appliqué »¹⁶⁴.

Dans une troisième affaire, le litige opposait le vendeur et l'acheteur d'une automobile. L'acheteur refusait de prendre livraison le véhicule commandé et le vendeur entendait lui faire payer une clause pénale de 20% du prix de vente de la voiture commandée. Il était établi que la voiture initialement achetée par l'acheteur au prix convenu de 74.000 €, fut revendue par le vendeur au prix de 66.000 € un an et demi plus tard. Outre ce manque à gagner, le vendeur faisait état d'un préjudice en raison du stockage de la voiture avant sa revente, mais en l'absence de toute preuve des frais de stockage allégués, ce chef de préjudice a été rejeté par la Cour. Le vendeur faisait encore état de « frais de financement » du véhicule, chef de préjudice admis, étant donné que le vendeur a dû payer son fournisseur sans bénéficier du prix de vente. Ce préjudice a été évalué à la perte des intérêts créditeurs dont le vendeur aurait pu bénéficier s'il avait placé la somme de 74.000 € pendant l'an et demi écoulé avant la revente du véhicule. Le préjudice réel du vendeur ainsi calculé montrait que la différence entre le montant de la clause pénale et le préjudice réel correspond en l'espèce à environ 65% du montant du préjudice. Comparé au dommage effectif, le montant de la clause pénale a été qualifié de manifestement exagéré, même si l'on tient compte de la fonction comminatoire de celle-ci. La demande tendant à la réduction de la clause pénale a alors été jugée fondée¹⁶⁵.

138. Le Code de la consommation organise également une action en cessation qui permet à différents acteurs d'agir préventivement contre les clauses abusives contenues dans les contrats-types proposés par les professionnels aux consommateurs (article L. 320-3 du Code de la consommation). Le Président de la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut, à la requête de toute personne, d'un groupement professionnel, d'une association ayant comme objet la protection des intérêts collectifs des consommateurs, du Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions, de la Commission de surveillance du secteur financier ou du Commissariat aux assurances, constater le caractère abusif d'une clause ou d'une combinaison de clauses et dire que cette clause ou combinaison de clauses est réputée nulle et non écrite.

¹⁶⁴ Cour d'appel, 10 février 2010, JTL, 2011, p. 48 et note D. HIEZ ; Pas., 35, p. 153

¹⁶⁵ Cour d'appel, 10 novembre 2010, JTL, 2011, p. 107 ; Pas., 35, p. 277

Une telle action peut également être intentée contre un ou plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs organisations pour obtenir la suppression d'une ou de plusieurs clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leur membre (pour des cas d'application voyez supra point 116). Tout manquement aux injonctions ou interdictions portées par une décision prononcée coulée en force de chose jugée est punie d'une amende pénale.

Pareillement, le projet de loi 6437 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et portant transposition de la Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, et portant modification de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, prévoit d'intégrer un nouvel article 6 à la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard. Cet article permettra à un créancier d'introduire un recours devant le Président de la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, afin d'entendre ordonner la cessation de l'utilisation de clause contractuelle ou pratique, portant sur la date ou le délai de paiement, le taux d'intérêt pour retard de paiement ou l'indemnisation pour les frais de recouvrement, lorsqu'elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier. L'action pourrait également être intentée par une organisation officiellement reconnue comme représentant les entreprises, ou ayant un intérêt légitime à les représenter dans l'hypothèse où les clauses contractuelles ou les pratiques sont manifestement abusives.

139. Le juge pourrait-il, en dehors de toute prescription légale, mais en présence de circonstances particulières, décider néanmoins de modifier les termes convenus d'une convention sans l'accord de toutes les parties à l'acte ?

Certains l'ont soutenu et prônent l'application de la « théorie de l'imprévision ».

Pour ces tenants de cette théorie, une convention pourrait être modifiée, voire résiliée, si des circonstances nouvelles et imprévisibles, viennent bouleverser l'économie contractuelle en cours de contrat, provoquant un déséquilibre économique qui rend l'exécution de la convention exceptionnellement lourde pour une partie.

Une certaine doctrine considérait que, dans l'état actuel de la jurisprudence, cette théorie n'était pas admise au Luxembourg ¹⁶⁶.

Un arrêt récent de la Cour d'appel impose néanmoins de nuancer cette affirmation. Dans l'espèce soumise à la Cour, un marché à forfait avait été conclu entre un entrepreneur et le maître de l'ouvrage. L'entrepreneur entendait néanmoins se faire payer des factures pour un montant plus élevé que le forfait convenu. Pour ce faire, il avait notamment invoqué le « bouleversement de l'économie du contrat ». La Cour a alors précisé que « *le bouleversement de l'économie du contrat a été admis pour des travaux exécutés qui constituent une nouvelle réalisation différente de celle initialement prévue, ou pour des modifications qui ont dénaturé le marché ou qui ont été d'une importance telle que la nature et le coût de l'ouvrage ont cessé de se situer dans les prévisions du projet initial (...). En l'espèce (...) les travaux litigieux, qui d'après l'appelant constituent une augmentation de près de 17 % du coût initial des travaux, ne sont pas d'une importance suffisante pour entraîner un bouleversement de l'économie du contrat, la nature des travaux étant par ailleurs restée la même* » ¹⁶⁷.

En motivant ainsi son arrêt, la Cour confirme d'abord qu'elle considère qu'elle aurait pu modifier les termes du contrat de marché à forfait, respectivement augmenté la rémunération due à l'entrepreneur, si l'économie du contrat avait été bouleversée.

Elle applique ainsi clairement la théorie de l'imprévision, à tous le moins à la matière des marchés à forfait.

La Cour définit également dans quel cas, une partie peut prétendre à l'existence de circonstances qui viennent bouleverser l'économie contractuelle en cours de contrat. Il faut que les prestations que le cocontractant a été amenées à réaliser soient soit différentes de celle initialement prévues, soit que les modifications ont dénaturé le contrat, soit que ces modifications ont été d'une importance telle que la nature et le coût de la prestation ont cessé de se situer dans les prévisions du contrat initial ¹⁶⁸.

¹⁶⁶ H. DUPONG, D. SPIELMANN, « La révision du contrat », Pas., 33, p. 33 et « Quelques réflexions sur la théorie de l'imprévision », In Le Bicentenaire du Code Civil - une contribution luxembourgeoise, éd. Portalis (2008), p. 150

¹⁶⁷ Cour d'appel, 15 décembre 2010, DAOR, 2012, n° 101, p. 76 et note D. PHILIPPE

¹⁶⁸ Un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de Cassation de France mérite une attention particulière sur ce point (Cass. Com. Fr., 29 juin 2010, n° 09-67369). En l'espèce, une société avait conclu fin 1998 un contrat d'une durée de 12 ans avec une entreprise de maintenance, portant sur la maintenance de deux moteurs d'une centrale de production moyennant une redevance forfaitaire annuelle. Elle avait assigné en référé la société de maintenance pour l'exécution de ses prestations en 2008. La Cour d'appel avait fait droit à cette demande et a été cassé, sur base de l'article 1131 du Code civil qui prévoit que tout contrat doit avoir une cause. La Cour de Cassation a motivé son arrêt en précisant que la Cour d'appel avait privé sa décision de base légale en statuant sans rechercher, comme

§ 3. LA MODIFICATION DU CONTRAT PRÉVUE PAR LA LOI

140. La loi peut, par ailleurs, expressément prévoir des situations dans lesquelles une partie à un contrat va pouvoir en modifier le contenu (en dehors de toute intervention préalable du juge).

C'est d'abord le cas des contrats conclus entre une entreprise privée et une autorité publique. L'administration dispose en effet de pouvoirs exorbitants en vue d'assurer la réalisation de l'intérêt public, et d'adapter à tout moment le mode de fonctionnement du service public aux exigences de l'intérêt général. Le cocontractant de l'autorité publique doit se plier aux ordres de service qu'il reçoit au fur et à mesure de l'exécution du contrat, même lorsque ces ordres comportent des modifications des conditions d'un marché qui lui a été adjugé ou qui aggrave les conditions d'une concession. Il s'agit d'une conséquence de la loi de changement du service public et d'une application du privilège du préalable de l'administration. L'adjudicataire peut ensuite demander à être indemnisé¹⁶⁹.

Ce droit de modification unilatérale des contrats par l'administration connaît néanmoins des limites. C'est ainsi que la Cour d'appel a considéré que le droit de modification unilatérale des conditions initiales du marché dont bénéficie l'administration en tant que puissance publique, doit être exercé avec le souci de concilier, dans la mesure du possible, l'intérêt légitime de l'entrepreneur avec le but du service public et de l'intérêt public. Si l'entrepreneur ne doit pas pouvoir s'opposer, à tout bout de champ, à la volonté unilatérale de l'administration, sans quoi l'efficacité de celle-ci ne serait plus qu'illusoire, il doit cependant être protégé contre des modifications dont l'ampleur violerait les conditions essentielles du marché. Le pouvoir de modification unilatérale accordé à l'administration ne lui permet donc que des changements qui respectent l'objet même de l'entreprise. L'entrepreneur conserve, en pareil cas, le droit de faire apprécier par les juridictions si l'importance des modifications unilatéralement apportées par l'administration au marché excèdent, ou non, ce qui pouvait être envisagé lors de la passation du contrat, eu égard à la nature de l'ouvrage à

elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par l'entreprise de maintenance, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société sollicitait l'exécution.

¹⁶⁹ R. ERGEC, « Droit public de l'économie en ce compris le patrimoine public », éd. Pasicrisie (2011), p. 129, n° 158-159

exécuter, et le droit de solliciter éventuellement la résiliation du marché et d'obtenir, le cas échéant, même l'octroi de dommage et intérêts ¹⁷⁰.

141. L'article L.121-7 du Code du Travail prévoit la possibilité pour un employeur de modifier une clause essentielle du contrat de travail de son employé, à condition de respecter la procédure expressément prévue par la loi.

Pour ce faire, l'employeur doit notamment pouvoir justifier de motifs réels et sérieux. Il peut alors imposer ces modifications à son salarié, qui doit démissionner s'il refuse. Si le salarié continue à travailler auprès de son employeur après l'entrée en vigueur de la modification de son contrat, il est censé avoir accepté cette modification et ne peut plus prétendre au maintien des conditions antérieures ¹⁷¹.

Le refus par le salarié de ces modifications, qu'il soit justifié ou non, constitue un licenciement donnant lieu à l'application des dispositions légales régissant les droits du salarié licencié ¹⁷².

Si l'employeur ne respecte pas la procédure prévue par le Code du Travail, la modification du contrat est nulle et le salarié doit être réintégré, avec effet immédiat, dans ses fonctions ¹⁷³.

142. La jurisprudence considère également que, dans le cadre d'une gestion contrôlée ¹⁷⁴ du commerçant ou d'un sursis bancaire ¹⁷⁵, le commissaire à la gestion ou l'administrateur au sursis, qui ont pour mission de préparer le projet de réorganisation de l'entreprise ou de réalisation du passif, peuvent prévoir des réductions de créance à soumettre au vote majoritaire des créanciers, en mettant ainsi en cause les effets normalement attachés à l'effet obligatoire des contrats. Cette réduction des créances peut même frapper différemment certaines catégories de créanciers de l'entreprise, et par exemple, frapper essentiellement les créanciers interbancaires censés supporter eux-mêmes les risques liés à leur activité commerciale par opposition au simple déposant ¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Cour d'appel, 5 décembre 2000, n° 23711, Bull. AIDA, 2002, n° 7, p. 80.

¹⁷¹ Cour d'appel, 4 janvier 2001, n° 24221 ; Cour d'appel, 17 novembre 2003, n° 26831, BJ, 2004, p. 115

¹⁷² Cass., 18 juin 2009, Pas., 34, p. 595

¹⁷³ Cour d'appel, 3 décembre 2009, n° 34387

¹⁷⁴ Organisée par l'Arrêté Grand-Ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative aux sursis de paiement, au concordat préventif de la faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée.

¹⁷⁵ Organisée par les articles 60-2 et s. de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier

¹⁷⁶ Cour d'appel, 28 janvier 2009, DAOR, 2009, n° 90, p. 210 et note N. ANEN et O. POELMANS

L'article 7 de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement donne le pouvoir à la commission de médiation en matière de surendettement, qui a admis un débiteur à la procédure de règlement conventionnel et qui constate son insolvabilité (non irrémédiable), de proposer la suspension de l'exigibilité des créances (autre que les dettes alimentaires et celles résultant d'acte de violence volontaire pour les préjudices corporels causés) pour une durée maximum d'un an, au vote d'une majorité qualifiées des créanciers (respectivement 60 % des créanciers représentant 60 % de la masse des créances). La commission proposera ensuite un plan au vote des créanciers, qui peut comporter notamment des mesures de report ou de rééchelonnement de paiement des dettes, une remise partielle ou totale des dettes et une réduction des taux d'intérêt.

143. On rappellera par ailleurs que le principe de non-rétroactivité des lois, édicté par l'article 2 du Code civil, fait obstacle à ce que la loi revienne sur les situations qui se sont déjà constituées ¹⁷⁷.

En application de ce principe, un contrat va être régi par la loi en vigueur au jour de sa conclusion.

Ce principe s'explique, pour la Cour, par le fait que le contrat est l'expression de l'autonomie de la volonté, et qu'il y aurait atteinte portée à ce principe si une loi postérieure à sa conclusion pouvait venir le modifier ¹⁷⁸.

Le tribunal a eu l'occasion de rappeler ce principe à propos de l'abrogation de l'article 1135-1 alinéa 2 du Code civil par la loi du 5 juillet 2004 portant modification de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, de la loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales et abrogation de l'article 1135-1, alinéa 2, du Code civil. Avant abrogation, l'article 1135-1 al. 2 du Code civil prévoyait que « *sauf acceptation spéciale par écrit, sont toujours inopposables les clauses qui prévoient en faveur de celui qui a établi les conditions générales des limitations de responsabilité, la possibilité de se retirer du contrat ou d'en différer l'exécution, le recours obligatoire à l'arbitrage, ainsi que celles attribuant compétence à d'autres juridictions que celles normalement compétentes* ». Dans l'espèce soumise au tribunal, un compte en banque avait été ouvert par le banquier en 1988, et le client avait adhéré aux conditions générales de la banque. Une clause de ces conditions générales précisait que toute réclamation du client devait intervenir dans les 30 jours de l'envoi ou de la distribution du courrier. En 2002, le client avait contesté une opération réa-

¹⁷⁷ P. PESCATORE, « Introduction à la science du droit », éd. Bruylant (2009 - réimpr.), p. 313 et s., n° 214 à 217

¹⁷⁸ Cour d'appel, 7 juillet 2004, n° 28128

lisée par le banquier en 1999 sur son compte. Devant le refus du banquier le client avait assigné le banquier fin 2005. Devant le tribunal, le banquier faisait valoir la tardiveté de la réclamation. Le tribunal a considéré qu'une clause qui impose ainsi un délai pour réclamer était une clause exonératoire de responsabilité, dans la mesure où elle soumet la responsabilité de la banque à la condition que le litige soit introduit dans un certain délai. Il a ensuite précisé que, en ce qui concerne l'application dans le temps des dispositions du Code Civil, « *si l'article 1135-1, alinéa 2 du Code Civil a été abrogé par la loi du 5 juillet 2004, la loi n'a point d'effet rétroactif et les conditions de validité d'un contrat sont régies par le texte en vigueur au jour de sa conclusion* ». Les conditions générales de la banque ayant été signées le 20 avril 1998, le tribunal confirma que l'article 1135-1, alinéa 2 du Code civil tel qu'existant à cette date était bien applicable. Il constata alors que la clause exonératoire de responsabilité vantée par la banque n'avait pas fait l'objet d'une acceptation spéciale, et que la banque ne pouvait donc pas s'en prévaloir dans le litige, même si ce litige avait été introduit après l'abrogation de cet article du Code civil¹⁷⁹.

Le fait que le changement ultérieur d'une loi a été motivé par des considérations d'équité, ne suffit pas à empêcher l'application de la loi ancienne aux rapports de l'époque. La constatation, lors de la mise en oeuvre de la loi, des imperfections attachées au système et leur élimination par voie législative ultérieure, ne permet ni d'empêcher l'application de la première loi, ni de remplacer le système prévu par un autre, prétendument plus équitable pour une partie des personnes concernées. Le seul fait que le système instauré par une loi puisse, dans certains cas, aboutir à des situations financières insatisfaisantes pour quelques sujets n'est pas davantage de nature à écarter l'application de la loi au motif que ce résultat n'aurait pas été réellement voulu par le législateur, ou qu'il serait illogique, voire absurde¹⁸⁰.

Le contenu d'un contrat ne va donc normalement pas être affecté par le fait que la loi qui régit ce contrat est ultérieurement modifiée.

144. Ce principe de la survie de la loi du contrat connaît cependant certaines exceptions.

C'est d'abord le cas lorsque la loi se prévoit expressément rétroactive¹⁸¹.

C'est ensuite le cas lorsque la loi nouvelle est une loi d'ordre public ou une loi modifiant les effets légaux des contrats.

¹⁷⁹ Trib. Luxembourg, 29 mai 2008, n° 99282, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 61

¹⁸⁰ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas. 32, p. 484

¹⁸¹ Cour d'appel, 5 avril 2000, Pas., 31, p. 328

La Cour d'appel a ainsi considéré que l'article 567-1 du Code de commerce, qui prévoit l'opposabilité des clauses de réserve de propriété, s'applique aux clauses contractuelles de réserve de propriété convenues avant l'entrée en vigueur de 31 mars 2000 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente et modifiant certaines dispositions du Code de commerce, même lorsque la faillite du débiteur a été prononcée avant l'entrée en vigueur de cette loi ¹⁸².

Dans un autre arrêt, la Cour a cependant justement nuancé ce dernier principe.

Même si la loi nouvelle est une loi impérative, tous les effets juridiques produits par la situation envisagée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle feront parties du domaine de la loi ancienne. Le principe de non-rétroactivité est une garantie donnée aux situations juridiques valablement acquises et consolidées sous la loi ancienne. En l'espèce, un assuré n'avait pas honoré ses primes et l'assureur avait suspendu la couverture contractuelle cinq jours après une mise en demeure, conformément aux spécifications du contrat. Le véhicule assuré avait ensuite été volé, avant que l'assuré ne régularise la situation et l'assureur refusait de couvrir le sinistre. Ces faits se déroulaient fin 1992-début 1993, avant que la loi du 18 décembre 1993 n'intègre dans la loi sur le contrat d'assurance une obligation pour l'assureur d'attendre un délai de 30 jours après sa mise en demeure, avant de pouvoir suspendre sa couverture. L'assuré avait assigné l'assureur en paiement de la couverture en 1995. La Cour a refusé de faire droit à cette demande, en considérant que les pièces du dossier démontraient qu'au jour du vol, le contrat d'assurance se trouvait valablement suspendu en application des principes juridiques applicables à ce moment, et que l'assuré ne pouvait pas se prévaloir de la modification postérieure de la loi, même par une loi impérative, pour prétendre à une indemnisation ¹⁸³.

¹⁸² Cour d'appel, 7 juillet 2004, n° 28128

¹⁸³ Cour d'appel, 5 avril 2000, Pas., 31, p. 328

CHAPITRE V. LES EFFETS DES CONTRATS

SECTION 1. L'EFFET OBLIGATOIRE DES CONTRATS

§ 1. PRINCIPE

145. L'article 1134 al. 1 du Code civil exprime le principe de la force obligatoire du contrat - principe de convention-loi: « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

Le premier effet d'un contrat est donc d'obliger les parties au contrat à respecter les termes de leur engagement et donc d'exécuter les obligations qui y sont mentionnées.

Le principe de convention loi a cependant une portée plus large que cette simple application de l'adage « *pacta sunt servanda* ».

Le principe de convention loi s'applique également au juge, et plus généralement à toute autorité. Le juge ne peut ainsi pas dispenser une partie de l'exécution de ses obligations. Il ne peut pas plus modifier la teneur de l'accord, ou ajouter ou soustraire une clause au contrat.

Le juge n'aura, en principe, un tel pouvoir de modification du contrat que dans les cas prévus par la loi (voyez supra point 133 et s.).

§ 2. L'EXÉCUTION DE BONNE FOI DES CONVENTIONS

146. L'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions, visée à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, impose aux parties à un contrat de se comporter de manière correcte, conformément aux exigences de la vie en société, et leur prescrit ainsi des devoirs qui complètent la convention.

Sur base dudit article s'est forgée une jurisprudence suivant laquelle chacune des parties est, sous certaines conditions, tenue de porter à la

connaissance de son partenaire les éléments nécessaires à la saine conclusion et à la correcte exécution de la convention¹.

L'obligation précontractuelle d'information (supra points 24 et s.) trouve son fondement juridique dans le principe de l'exécution de bonne foi des conventions.

L'obligation de loyauté dans le contrat conclu entre un professionnel et un consommateur commande également que le contrat soit présenté et rédigé de manière claire et compréhensible pour le consommateur moyen².

147. L'obligation de bonne foi s'impose également pendant la vie du contrat, lors de l'exécution de celui-ci.

Les parties ont ainsi un devoir de loyauté les unes envers les autres - qui leur impose par exemple de fournir à l'autre partie des informations loyales et qui leur impose de s'abstenir d'avoir une attitude qui priverait l'autre partie des avantages normaux du contrat, un devoir de modération qui limite le droit des parties de solliciter une exécution trop scrupuleuse du contrat et une obligation de collaboration normale à l'exécution de la convention.

La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ce principe à différentes reprises.

Dans une affaire, un agent immobilier chargé de la vente d'un immeuble, avait trouvé un acquéreur et fait signer l'acte notarié de vente pour un prix de 8.000.000 LUF, alors qu'un autre amateur avait signé un compromis pour un prix de 9.000.000 LUF. L'agent n'ayant pas informé les vendeurs de ce dernier acte, les juges ont considéré qu'il avait mal exécuté la convention et ont engagé sa responsabilité contractuelle³.

Dans une autre affaire, un entrepreneur général chargé de réaliser un hall industriel avait fait appel à un sous-traitant pour les travaux de revêtement de sol. Il s'est ensuite avéré que la chape ne disposait pas de la résistance requise. Le sous-traitant entendait s'exonérer de toute responsabilité en soutenant qu'il avait reçu de l'entrepreneur l'ordre d'exécuter la chape telle que confectionnée. La Cour n'a pas retenu cet argument, et a condamné le sous-traitant, en précisant que le sous-traitant devait, en raison de ses compétences, conseiller l'entrepreneur

¹ J.P. Luxembourg, 6 juillet 2005, BJJ, 2005, p. 180.

² Cour d'appel, 5 mai 2010, Pas., 35, p. 187

³ Cour d'appel, 3 octobre 2002, n° 25445 cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/4, p. 13 ;

et poser une chape conforme aux règles de l'art, peu importe les instructions reçues⁴.

Il a également été jugé, dans une affaire concernant une vente immobilière sous condition suspensive de l'obtention d'un crédit, que lorsqu'un contrat est conclu sous condition suspensive, la non réalisation de la condition opère irrévocablement et le contrat disparaît. Il en va autrement si cette dissipation est le résultat d'une manœuvre déloyale d'une des parties qui a décidé de l'issue de l'évènement. Tel est notamment le cas si l'acheteur sous condition, n'a pas demandé à son banquier que lui soit octroyé un crédit pour le montant total du prix de la vente⁵.

La jurisprudence considère également que, pendant la durée du contrat de travail et même en l'absence d'une clause de non-concurrence, le salarié est tenu d'une obligation de loyauté et de fidélité qui lui interdit d'agir pour le compte d'une entreprise concurrente ou d'exercer une activité concurrentielle pour son propre compte. Cette obligation ne lui interdit cependant pas, alors qu'il est encore dans les liens contractuels, de préparer une activité future que l'employeur peut considérer comme concurrente, à condition cependant qu'il ne commence cette activité qu'après la rupture de son contrat de travail⁶.

C'est également en application du principe de l'exécution de bonne foi des conventions que la jurisprudence luxembourgeoise sanctionnait, avant la transposition de la Directive 2000/78/CE en droit luxembourgeois par la loi du 28 novembre 2006, le harcèlement moral. La Cour a ainsi jugé que la demande du salarié est, faute de texte spécifique quant au harcèlement moral, fondée sur l'article 1134 du Code civil qui exige que les conventions légalement formées soient exécutées de bonne foi. Des faits de harcèlement moral consistent en des actes dégradants ou humiliants répétés dans le temps. Caractérisent de tels actes des contraintes professionnelles se traduisant par un nombre important d'heures supplémentaires, de nature à altérer la santé physique ou morale, ainsi que l'usage abusif du pouvoir disciplinaire. Les actes de harcèlement doivent avoir pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel. Il est à distinguer des situations de tension et de stress qui sont liées à un contexte professionnel difficile, à la

⁴ Cour d'appel, 23 janvier 2002, n° 25179, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/6, p. 22

⁵ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 395.

⁶ Cour d'appel, 5 mars 2009, n° 31937, BJL, 2009, p. 130 ; Cour d'appel, 18 janvier 2007, n° 29995, BJL, 2007, p. 58

nature de la tâche ou à une surcharge de travail⁷. Dans une autre espèce la Cour a confirmé que l'obligation de l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail résultant de l'article 1134 du Code civil constitue, en l'absence d'une législation spécifique en droit du travail, la base légale de l'action en dommages intérêts du salarié. Cet engagement d'assurer à ses salariés des conditions de travail normales oblige l'employeur, seul détenteur du pouvoir de direction et d'organisation de l'entreprise, à prendre toutes les mesures pour prévenir ou faire cesser toute forme de harcèlement moral au sein de son équipe. Ainsi, même si l'employeur n'est pas à l'origine du harcèlement, sa responsabilité en tant que chef d'entreprise sera engagée, de sorte qu'il aura tout intérêt à prévenir et à sanctionner les agissements de harcèlement moral au travail. En l'espèce, il a été jugé que les modifications successives des fonctions, l'entrave portée à sa fonction de déléguée du personnel, le fait d'avoir exposé la santé de la salariée pendant 5 mois à des dangers et des risques sérieux sont constitutifs d'un harcèlement moral qui est adéquatement indemnisé par l'allocation de dommages-intérêts à concurrence de 2.500 €⁸.

148. Cette obligation d'exécuter de bonne foi des conventions persiste même lorsque les parties décident de mettre fin au contrat.

C'est ainsi que dans une espèce où un employeur, qui avait licencié un employé avec préavis, s'était dans un premier temps trompé sur la durée de ce préavis en le limitant à un mois, puis avait envoyé une lettre rectificative, la Cour d'appel a jugé que l'employé ainsi averti ne pouvait pas prétendre ignorer que le délai de préavis qu'il avait à prester était de deux mois et prétendre obtenir une indemnité compensatoire de préavis pour le deuxième mois⁹.

Une partie peut également voir sa responsabilité mise en cause, si elle résilie un contrat, même à durée indéterminée, de manière intempestive¹⁰.

La jurisprudence a eu l'occasion de mettre en cause la responsabilité du banquier qui retire brutalement le crédit accordé auparavant à son client, sans raison suffisante, provoquant ainsi la défaillance de son client et notamment lorsqu'il dénonce sans prévenir le crédit, alors que la situation du crédit n'est pas irrémédiablement compromise¹¹.

⁷ Cour d'appel, 10 juillet 2008, Pas, 34, p. 324 et note A. SEIFERT ; Cour d'appel 28 juin 2007, Pas, 34, p. 113

⁸ Cour d'appel, 26 mai 2011, n° 35822, BJL, 2011, p. 161

⁹ Cour d'appel, 1 décembre 2005, n° 28988, BJL, 2006, p. 60

¹⁰ Cour d'appel, 18 novembre 1998, Pas., 31, p. 67

¹¹ Cour d'appel, 26 janvier 2005, n° 26919 ; Cour d'appel, 2 juillet 2003, n° 27197

SECTION 2. L'EFFET RELATIF DES CONTRATS

149. Les articles 1119 et 1165 du Code civil, qui reprennent le principe de la relativité des effets des contrats, complètent cet effet obligatoire. Une personne ne peut, en règle, que s'engager pour son propre compte et les conventions n'ont donc d'effet qu'entre les parties contractantes.

Afin de définir qui va être ainsi obligé par une convention, il convient donc d'abord de déterminer qui est « partie » à un contrat.

§ 1. LES PARTIES AU CONTRAT

150. Sont d'abord parties à un contrat les personnes qui ont conclu ce contrat pour elles-mêmes.

Les personnes qui sont représentées à la convention sont également parties à celle-ci. C'est le cas du mandant représenté par le mandataire (article 1998 du Code civil).

Les personnes morales doivent être représentées à l'acte par les intermédiaires physiques qui sont leurs organes. Il faut en conséquence admettre qu'une société ne peut faire aucun acte juridique autrement que par ses représentants légaux. Les nominations et cessations de fonction de ces organes doivent être publiées sous peine de ne pas être opposables aux tiers, qui néanmoins pourront s'en prévaloir. Il s'en dégage que le tiers est en droit ou de considérer comme valablement en fonction les administrateurs dont la nomination n'a pas été publiée, ou au contraire de refuser de les reconnaître comme les représentants de la société¹².

151. La personne qui ratifie l'opération juridique qui a été accomplie en son nom par un tiers sans que celui-ci n'en ait reçu au préalable le mandat, est également partie à l'acte ratifié.

La ratification est un acte juridique unilatéral. Elle est l'opération juridique par laquelle une personne s'approprie un acte qu'une autre a accompli en son nom, mais sans en avoir reçu mandat¹³.

Elle n'est soumise en principe à aucune condition de forme et peut être expresse ou tacite.

¹² Trib. Luxembourg, 9 octobre 2008, n° 114251. Voyez également Cour d'appel, 5 novembre 2003, DAOR, 2004, n° 72, p. 49 qui précise que le pouvoir de représentation d'un administrateur perdure au-delà de la durée légale de son mandat, tant que sa démission n'a pas été déposée au registre de commerce et des sociétés et publiée au Mémorial.

¹³ Cour d'appel, 16 février 2000, Pas. 31, p. 239.

Une ratification ne peut être considérée comme étant valable qu'à deux conditions. Il faut que le « mandant » ait effectivement eu connaissance de l'acte conclu par le « mandataire » en dehors de ses pouvoirs et qu'il exprime sa volonté certaine de s'approprier l'acte.

Une telle ratification valide non seulement les actes accomplis par le « mandataire » au-delà des limites de son mandat, mais aussi ceux que ce dernier a accomplis sans mandat ou en vertu d'un mandat nul. En effet, le mandataire qui excède les limites de son mandat n'a pas plus de pouvoir que celui qui agit sans mandat ou en vertu d'un mandat nul. Dans les deux cas, celui qui a agi n'a que la qualité d'un gérant d'affaires et tous les actes d'un gérant d'affaires peuvent être ratifiés par le géré, voire « le mandant »¹⁴.

Dans une espèce soumise à la Cour, une société prétendait avoir conclu un contrat d'apporteur d'affaires rémunéré avec une banque. Elle réclamait le paiement des commissions qui en résultaient. Elle prétendait notamment que même si l'employé de la banque avec lequel elle était en relation n'avait pas le pouvoir de conclure un tel contrat d'apporteur d'affaires, la banque avait ratifié le contrat en acceptant les clients présentés par elle. Elle mettait également en exergue un décompte des commissions qui avait été établi par l'employé. La Cour a considéré que les éléments apportés par la société ne démontraient pas que la banque avait ratifié le contrat conclu par son employé, à défaut pour la société de prouver la volonté certaine de la banque de régulariser l'acte litigieux¹⁵.

La jurisprudence traditionnelle considère également que, en application d'un usage bancaire, le silence gardé par le client pendant une certaine durée après réception de ses extraits de compte, emporte ratification tacite des opérations renseignées sur l'extrait et/ou des conditions de fonctionnement du compte ou prouve le mandat donné à la banque. Cette jurisprudence cantonne les effets de celui-ci dans une fonction probatoire et non-validante. L'approbation tacite ne saurait régulariser une erreur matérielle commise par la banque qui reste tenue de redresser son erreur, même si le client ne s'en est pas immédiatement rendu compte, à la condition de rapporter la preuve de l'erreur alléguée. Elle ne saurait a fortiori pas

¹⁴ Cour d'appel, 22 avril 2009, n° 32760, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 38 ; Dr. Banc. Fin. (B), 2010/V, p. 347 ; Cour d'appel, 17 janvier 2008, Pas., 34, p. 147 ; Cour d'appel, 16 février 2000, Pas., 31, p. 446

¹⁵ Cour d'appel, 17 janvier 2008, Pas., 34, p. 147

régulariser une faute caractérisée du banquier, telle la mauvaise exécution d'un ordre¹⁶.

Les parties à un contrat peuvent également organiser contractuellement une telle ratification.

Dans une espèce soumise à la Cour, une personne avait ouvert un compte auprès d'une banque. Il avait déposé sur ce compte un ensemble de valeurs mobilières pour un montant total avoisinant les 200.000 €. Deux ans plus tard, la banque l'avertit que la valeur totale des avoirs déposés sur son compte ne s'élevait plus qu'à 30.000 €. Le client s'étonna de cette importante perte de valeur, alors que la banque avait pris l'initiative de faire des investissements sans qu'un mandat écrit de gestion n'ait été signé entre les parties. La banque faisait valoir qu'elle avait valablement reçu mandat de gestion de la part du client. Elle avançait à ce sujet que le client aurait expressément accepté la gestion sur son compte, dès lors qu'il avait régulièrement téléphoné au gestionnaire de son compte après avoir reçu par fax des relevés estimatifs de son portefeuille sans émettre la moindre contestation au sujet desdits documents. La Cour releva que les conditions générales de la banque prévoyaient un délai de 30 jours pour contester les erreurs pouvant être contenues dans les documents et extraits de compte délivrés par la banque et qu'à défaut d'une telle réclamation par le client, le client était censé avoir approuvé ces documents. Ces conditions prévoyaient en outre, qu'en cas de conclusion d'une convention de poste restante, le courrier retenu en dépôt à la banque était à considérer comme délivré à la date qu'il porte. La Cour retint que les parties avaient ainsi convenu qu'une absence de protestation des extraits de compte valait ratification des opérations, que le client ne pouvait plus remettre en cause. La Cour considéra qu'en n'émettant pas de protestation dans les délais prévus, le client avait approuvé les investissements réalisés par la banque et ne pouvait donc plus se prévaloir d'une absence de mandat conféré à cette dernière¹⁷.

La Cour a précisé que la clause qui prévoyait une telle ratification lorsque le client gardait le silence pendant 30 jours après réception de ses extraits de compte, n'était pas une clause abusive au sens des articles L.211-2 et L. 211-3.11 du Code de la consommation¹⁸.

¹⁶ Cour d'appel, 18 juin 2004, n° 27044, BJ., 2004, p. 207 ; Cour d'appel, 1 juin 2004, DAOR, 2006, n° 80, p.412 ; contra Cour d'appel, 14 février 2007, n° 28388, BJ., 2007, p. 67

¹⁷ Cour d'appel, 22 avril 2009, n° 32760, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 38 ; Dr. Banc. Fin. (B), 2010/V, p. 347 ; Cour d'appel, 17 janvier 2008, Pas., 34, p. 147 ; Cour d'appel, 16 février 2000, Pas., 31, p. 446

¹⁸ Cour d'appel, 25 juin 2009, Pas., 34, p. 645 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 44

152. Les ayants-causes universels ou à titre universel des parties vont également être considérés comme étant « parties » au contrat.

La jurisprudence a eu l'occasion de le confirmer à plusieurs reprises dans des litiges opposant des banquiers aux héritiers de leurs clients.

Il est généralement admis que le banquier est contractuellement tenu à un secret professionnel, qui l'oblige à ne pas dévoiler à des tiers les informations confidentielles qu'il détient à propos de clients¹⁹.

Cette obligation au secret n'existe pas à l'égard des héritiers et légataires universels du client. En effet ces personnes continuent la personne du client défunt et disposent en conséquence des mêmes droits que lui à l'encontre du banquier. Ces personnes font partie de la sphère de discrétion du client, de sorte que le banquier leur doit tous les renseignements d'ordre patrimonial, même ceux qui concernent le bénéficiaire de transferts de fonds opérés par le de cujus²⁰.

De même, il a été jugé que les légataires à titre universel peuvent exercer les actions relatives aux biens légués et les actions en justice du de cujus. Ils peuvent à ce titre agir en reddition de compte à l'encontre du mandataire du défunt²¹.

Toutefois, ces héritiers cessent d'être parties à la convention conclue par le de cujus lorsqu'ils invoquent un droit qui leur est propre, droit qu'ils ne tiennent pas du contrat conclu par le défunt.

La Cour a rappelé ce principe dans une espèce où les héritiers tendaient à faire annuler la donation déguisée d'un terrain que le défunt avait faite à sa seconde épouse, comme portant atteinte à leur réserve. L'épouse s'opposait à ces prétentions, notamment en faisant valoir que les héritiers ne pouvaient pas invoquer la simulation car ceux-ci ne pouvaient pas, du fait de cette qualité, être qualifiés de tiers par rapport à l'acte contenant la simulation alléguée. La Cour a rejeté cet argument, en relevant que les héritiers réservataires sont à considérer comme des tiers quand ils cherchent à établir l'existence de libéralités déguisées portant atteinte à leur réserve²².

¹⁹ Cour d'appel, 2 avril 2003, Pas., 32, p. 524 confirmé par Cass., 18 mars 2004, Pas., 32, p. 500 ; article 41 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier

²⁰ Cour d'appel, 13 mars 2002, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 40 ; Trib. Luxembourg, 19 novembre 2009, JTL, 2010, p. 112 et note A. SCHMITT ; Trib. Luxembourg, 15 février 2006, DAOR, 2006, n° 80, p. 389 et note A. DE JERPHANION et O. POELMANS ; Trib. Luxembourg, 18 mai 2000, Bull. Dr. et Banque, 2001, n° 31, p. 16

²¹ Cour d'appel, 7 février 2007, n° 30601, BJJ, 2007, p. 65

²² Cour d'appel, 1 août 2003, Pas., 32, p. 585

153. Les associés d'une société à risque illimité vont également être tenus personnellement aux engagements contractuels pris par la société, nonobstant le fait que cette société jouisse pleinement de la personnalité juridique.

Il en va ainsi pour les associés d'une société civile, d'une société commerciale en nom collectif, d'une société coopérative classique ou pour les associés commandités d'une société en commandite simple ou en commandite par actions²³.

Dans un arrêt récent la Cour a jugé que cet engagement personnel des associés est un effet du contrat conclu entre la société et le créancier. Les associés sont donc tenus des engagements sociaux dès la date du contrat.

Cette obligation est considérée comme étant principale, et non seulement subsidiaire par rapport à l'engagement de la société. L'obligation des associés existe concomitamment avec celle de la société et le créancier pourra donc demander à l'associé d'exécuter le contrat conclu par la société, sans devoir au préalable mettre la société en demeure ou poursuivre celle-ci.

Si l'associé cède ses parts, il cessera d'être personnellement tenu des engagements sociaux postérieurs à la date où la cession de ses parts est devenue opposable aux tiers.

Les jugements rendus à l'encontre de la société quant aux dettes sociales sont, en principe, pleinement opposables aux associés qui sont représentés dans le litige par le mandataire social. Ils ont autorité de la chose jugée à leur égard. Ce principe connaît néanmoins certaines exceptions, en cas de collusion frauduleuse entre le créancier et la société, si le jugement aggrave la situation de l'associé ou encore si l'associé peut se prévaloir d'exceptions personnelles. Le jugement obtenu contre la seule société ne sera pas non plus exécutoire contre l'associé.

Lorsque la société est une société civile, l'obligation de l'associé au paiement de la dette n'est cependant qu'une obligation conjointe et doit donc se diviser en parts égales entre associés. Ce n'est que si les créanciers de la société acceptent de modifier cette portion dans laquelle les associés sont tenus, qu'un associé pourra voir la hauteur de son engagement être réduite, les statuts de la société étant impuissants à modifier valablement cette portion²⁴.

²³ Voyez A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St Paul, p. 66, n° 55, p. 507, n° 567 et s., p. 521, n° 588 et s., p. 548, n° 621, p. 554, n° 630, p. 845, n° 974

²⁴ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 512, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 282. Dans un arrêt antérieur, la Cour avait par contre considéré que l'attribution de la personnalité juridique à la société avait pour effet d'interposer une personne –la société– entre le créancier et l'associé, et que le créancier était donc obligé de réclamer son dû à la société avant d'agir contre l'associé : Cour d'appel, 7 décembre 2005, DAOR, 2007, n° 83, p. 315 et note G. STEVENS

§ 2. LE PRINCIPE DE LA RELATIVITÉ DES CONTRATS

154. Le principe de la relativité des contrats signifie que le contrat n'a d'effet interne qu'entre parties à l'acte, qu'il ne fait naître de droit qu'au profit et à l'encontre d'une partie au contrat.

Les tiers ne peuvent, en principe, pas réclamer l'exécution d'obligations qui sont reprises dans le contrat, comme ils ne peuvent pas être tenus d'exécuter un engagement qui trouve sa source dans un tel acte.

155. La jurisprudence luxembourgeoise a eu l'occasion d'appliquer ce principe.

Dans une première affaire, un compromis de vente sur un terrain avait été signé entre deux particuliers. L'acte comprenait une clause suivant laquelle l'acquéreur s'engageait à bâtir sur le terrain dans les deux mois avec une société. Par la suite les acquéreurs refusèrent de tenir cet engagement. La société avait alors assigné les acquéreurs pour rupture abusive du contrat et réclamait le paiement de dommages et intérêts. La Cour d'appel a débouté la société de sa demande après avoir constaté que celle-ci n'était pas partie au compromis et car celle-ci « *reste en défaut de préciser le mécanisme juridique par lequel la déclaration litigieuse figurant à la convention d'acquisition de la place à bâtir (...) oblige contractuellement [les acquéreurs] à son égard alors qu'elle n'est pas partie à cette convention* »²⁵.

Dans une autre espèce, deux personnes avaient confié à un entrepreneur général le soin de construire leur maison. L'entrepreneur avait chargé un sous-traitant de réaliser la toiture. Ces travaux de toiture furent mal exécutés et les maîtres de l'ouvrage ont assigné l'entrepreneur en réparation de leur dommage. Pour s'opposer à cette demande, l'entrepreneur avait soulevé que les travaux de toiture étaient réalisés sous la responsabilité du sous-traitant. La Cour d'appel a rejeté cette exception au motif que l'entrepreneur était seul responsable des travaux à l'égard de ses clients et qu'il ne pouvait pas faire valoir, à l'égard de ceux-ci, ses relations contractuelles avec le sous-traitant²⁶.

Dans une affaire soumise au tribunal, une banque avait accordé à une société un crédit, en engageant pour partie ses fonds propres et en faisant, pour une autre part, usage des fonds qu'elle avait reçu de la part du

²⁵ Cour d'appel, 23 février 2005, n° 28829, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/4, p. 13

²⁶ Cour d'appel, 13 décembre 2000, n° 23592, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 7

bénéficiaire économique dans le cadre d'un contrat de fiducie gestion. Le crédité s'opposait au remboursement du crédit en prétextant une mauvaise exécution du contrat de fiducie. Le tribunal a rejeté cette exception en exposant qu'il n'appartenait pas à cette société de se prévaloir de l'existence de la relation fiduciaire entre la banque et le bénéficiaire économique, ni des instructions données par ce dernier à la banque, pour dénier à celle-ci le droit de poursuivre le recouvrement du prêt²⁷.

Dans une affaire de bail commercial, le tribunal a rappelé que même s'il existe au sein d'un groupe de sociétés une unité de décision économique, les sociétés qui font partie du groupe conservent chacune leur personnalité juridique propre, distincte de celle de la société mère, de sorte qu'elles ne peuvent être assimilées à la société mère. En l'espèce, pour s'opposer à la demande de sursis²⁸, la société bailleuse de l'immeuble loué avait exposé que sa filiale à 100 % devait quitter les locaux qu'elle occupait pour cause de travaux, et donc qu'elle avait besoin de l'immeuble pour l'exploiter. Le tribunal n'a pas fait droit à cette demande. Le fait que la maison-mère soit partie à un acte ne signifie pas que sa filiale à 100 % soit également partie à cet acte, ni qu'elle puisse se prévaloir des droits qui en résultent²⁹.

La jurisprudence a également refusé au bénéficiaire économique du titulaire du compte –indiqué comme tel dans les livres de la banque en application de la législation de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme– la qualité de partie au contrat de compte, et a confirmé que le banquier pouvait donc valablement s'opposer à ce que celui-ci puisse mouvoir le compte.

Pour les juridictions luxembourgeoises, la déclaration du bénéficiaire économique est une notion exclusivement bancaire et non une notion juridique de nature à pouvoir créer une qualité d'agir dans le chef du bénéficiaire économique. La Cour ajoute qu'il ne pourrait en être autrement que si la société titulaire du compte était une société fictive, c'est-à-dire une société se définissant comme une entité dont le bénéficiaire économique se serait comporté comme étant le véritable maître de l'affaire en méconnaissance de la personnalité morale distinguée de la société³⁰.

²⁷ Trib. Luxembourg, 13 juillet 2010, n° 118.245

²⁸ Aux termes de l'article 1762-8 du Code civil, le sursis sera refusé si le bailleur prouve qu'il a besoin de l'immeuble pour l'exploiter lui-même ou pour le faire exploiter par ses descendants ou pour d'autres causes graves et légitimes.

²⁹ Trib. Luxembourg, 9 mai 2008, n° 114185, BJJ, 2008, p. 128

³⁰ Cour d'appel, 9 juillet 2004, DAOR, 2005, n° 74, p. 66 et note A de JERPHANION. Également Trib. Luxembourg, 19 octobre 2011, n° 126923

Le tribunal d'arrondissement a tenu un raisonnement identique dans une autre espèce dans laquelle le bénéficiaire économique d'une société avait, en vain, sollicité d'une banque qu'elle entame une gestion discrétionnaire alors que la banque avait attendu la signature du mandant par les représentants légaux de la société, trois mois plus tard, pour entamer sa gestion³¹.

La CSSF a adopté une position identique dans un litige dans lequel l'héritier de l'ayant droit économique d'un compte voulait obtenir des renseignements sur le compte. En principe, seul le client noue une relation contractuelle avec l'établissement de crédit et est titulaire des droits et obligations qui en découlent. L'identification du bénéficiaire économique n'implique dès lors pas que ce dernier puisse se prévaloir des mêmes droits et obligations que le titulaire du compte³².

C'est également pour ce motif que la CSSF se déclare incompétente pour trancher une réclamation introduite par le bénéficiaire économique du client de la banque. L'article 58 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier dispose que la CSSF est compétente pour recevoir les réclamations des clients des entités surveillées, et le bénéficiaire économique n'a pas la qualité de client de la banque³³.

La Cour d'appel a néanmoins nuancé la rigueur de ce principe. Elle a jugé que, en ce qui concerne la relation contractuelle entre la banque et le titulaire du compte, le bénéficiaire économique reste un tiers. Mais, à côté des héritiers réservataires, qui continuent la personne de leur auteur décédé et ont de ce fait droit aux renseignements sur les comptes du de cujus, il y a des tiers qui, dans certains cas, peuvent obtenir des informations limitées sur les comptes bancaires d'une personne. Dans l'ordre normal des choses le bénéficiaire économique connaît l'existence de la relation bancaire et est en droit de la connaître. Comme dans ses relations avec le titulaire du compte l'existence de cette relation bancaire ne constitue normalement pas un secret pour le bénéficiaire économique, la connaissance par le bénéficiaire économique, respectivement la révélation à ses héritiers réservataires, de la seule existence de la relation bancaire ne heurte pas le secret professionnel du banquier. De plus, la communication aux héritiers de l'identité du titulaire d'une relation bancaire dans laquelle le défunt intervenait en qualité d'ayant droit économique peut être exigée de la banque si elle a connaissance

³¹ Trib. Luxembourg, 16 janvier 2003, cité au Dr. Banc. Fin. (B), 2004/III, p. 163

³² CSSF, Rapport d'activités, 2007, p. 166 ; CSSF, Rapport d'activités, 2004, p. 143

³³ CSSF, Rapport d'activités, 2011, p. 210

de la relation fiduciaire entre son cocontractant et l'ayant droit économique, si elle sait que l'actionnaire d'une personne morale dotée d'un capital actions est l'ayant droit économique des avoirs ou si elle a participé à la construction juridique permettant d'éluder la réserve³⁴.

156. Le principe de l'effet relatif des conventions a donné lieu à une controverse intéressante.

Lorsqu'un salarié licencié, qui a bénéficié d'allocations de chômage par provision, assigne son employeur en contestant les motifs de son licenciement, il doit mettre à la cause l'Etat luxembourgeois représentant le Fonds pour l'emploi (article L-521-4 du Code du Travail). Si les juridictions considèrent que le licenciement est abusif, l'Etat peut réclamer à l'employeur le remboursement des montants des indemnités de chômages payées au salarié. S'il déclare le licenciement fondé, il peut condamner le salarié à rembourser les indemnités provisoires perçues.

Dans le cadre de la procédure, l'employeur et le salarié aboutissent parfois à une transaction à laquelle l'Etat n'est pas partie. L'accord des parties prévoit généralement que la signature et l'exécution de la transaction mettent un terme au litige.

L'Etat, qui se trouve alors limité dans sa possibilité de récupérer contre l'employeur ou le salarié les indemnités de chômage versées au salarié, a contesté la validité de pareille transaction.

Dans certains arrêts, la Cour d'appel a fait droit à ces prétentions. Pour la Cour, s'il est admis de transiger, il n'en reste pas moins que la transaction doit être conclue par toutes les parties au litige pour atteindre son objectif qui est de mettre fin à la contestation. L'Etat étant partie au litige, l'employeur et le salarié ne sauraient conclure une transaction sans l'Etat et au mépris de ses droits. La transaction ainsi conclue avait donc été déclarée nulle³⁵.

Cette solution ne faisait néanmoins pas l'unanimité. C'est ainsi que saisie des mêmes arguments, une autre chambre de la Cour a jugé que le fait que la transaction soit intervenue sans la participation de l'Etat, partie en cause, ne la rend pas nulle, mais seulement inopposable comme telle à l'Etat. Elle produit partant ses effets entre parties, et ce notamment quant à la procédure pendante entre celles-ci. Quant aux effets de la transaction sur la procédure, et plus précisément sur l'existence même des instances

³⁴ Cour d'appel, 19 octobre 2011, JTL, 2012, p. 83 et note A. SCHMITT, BJL, 2012, p. 71 qui réforme sur ce point Trib. Luxembourg, 19 novembre 2009, JTL, 2010, p. 112 et note A. SCHMITT ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 32

³⁵ Cour d'appel, 4 novembre 2004, Pas., 32, p. 569.

tant principale que d'intervention, comme la transaction litigieuse a eu pour effet d'éteindre les instances et donc de terminer le procès et de dessaisir le juge, il n'y avait pas lieu d'examiner les demandes subsidiaires de l'Etat³⁶.

La Cour de Cassation, saisie de pourvois, a confirmé cette deuxième thèse. Dans un premier temps, la Cour a ajouté que c'est légalement que la Cour d'appel avait constaté que l'action en intervention de l'Etat était éteinte à défaut de condamnation de l'employeur à la suite de la transaction³⁷. Dans un deuxième temps, la Cour de Cassation semble néanmoins avoir nuancé sa position, en confirmant que si la transaction conclue entre les parties mettait bien fin à l'instance entre l'employeur et le salarié, elle ne mettait pas fin à l'instance en ce qui concerne la demande de remboursement des indemnités de chômage dirigée par l'Etat contre la partie mal-fondée en ses prétentions³⁸.

Cette jurisprudence doit être approuvée, en tout cas pour ce qui concerne son volet « effet de la transaction ». On ne perçoit d'abord pas sur quelle base pareille transaction devrait être annulée. Le fait pour un employé et un employeur de transiger à propos de leur différend n'est en rien contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Une fois la transaction valablement conclue, elle va sortir ses effets et notamment mettre un terme au litige entre les parties.

La jurisprudence de la Cour d'appel, qui a suivi ces arrêts de la Cour de Cassation, l'a expressément confirmé. Il a ainsi été souligné que le recours de l'Etat en remboursement des indemnités de chômage n'était pas une règle d'ordre public, à propos de laquelle les parties ne pouvaient pas se désister. Le fait pour l'employeur et le salarié de souhaiter transiger ne constitue pas non plus un abus de droit, en l'absence de toute fraude à la loi. La Cour d'appel a, par contre, considéré que le juge devait néanmoins examiner si le licenciement invoqué était abusif et si les conditions pour que l'Etat puisse solliciter le remboursement des indemnités de chômage provisoire allouées étaient remplies³⁹.

Il est, en effet, généralement admis que l'existence d'une transaction entre deux parties à un litige reste sans effet sur le droit d'agir d'une troisième partie intervenante à la procédure. Lorsque la partie en intervention a introduit une demande en justice, elle bénéficie d'une autonomie procédurale. La transaction intervenue entre les deux parties à la procédure

³⁶ Cour d'appel, 13 mars 2003, n° 27022, BJJ, 2003, p. 138

³⁷ Cass., 18 mars 2004, Pas., 32, p. 579

³⁸ Cass., 15 juillet 2010, Pas., 35, p. 225

³⁹ Cour d'appel, 14 juillet 2011, n° 34246 ; Cour d'appel, 26 mai 2011, n° 35485, BJJ, 2011, p. 154 ; Cour d'appel, 26 mai 2011, n° 35607, BJJ, 2011, p. 159

principale reste sans effet sur les droits de la partie intervenante de poursuivre sa demande, et cela en application du principe de la relativité des contrats⁴⁰.

§ 3. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LA RELATIVITÉ DES CONTRATS

3.1. *La promesse de porte-fort*

157. Une personne peut s'engager vis-à-vis d'une autre à obtenir qu'une troisième donne ou fasse quelque chose. On est alors en présence d'une convention de porte-fort (article 1120 du Code civil).

Le porte-fort est celui qui promet le fait d'un tiers. Traditionnellement, il s'agit d'une technique permettant de conclure un acte auquel une personne devrait être partie, alors qu'elle n'est pas actuellement en mesure de donner son consentement, moyennant l'engagement pris par une autre personne, le porte-fort, de rapporter la ratification de la première.

La personne qui se porte-fort prend ainsi un engagement personnel, de faire et de résultat. Il s'engage à ce que le tiers exécute ou ratifie une obligation déterminée.

A défaut d'obtenir cette ratification, le porte-fort engagera sa responsabilité à l'égard de son cocontractant et lui sera redevable de dommages et intérêts.

Si le tiers ratifie l'engagement, il devient partie au contrat. Le porte-fort est alors libéré, sans être garant de la bonne exécution de l'acte par le tiers.

La ratification de l'acte par le tiers n'est soumise à aucune forme déterminée. Elle peut même être tacite. Elle peut notamment être déduite de l'exécution par le tiers de l'engagement⁴¹.

158. La promesse de porte-fort peut également faire fonction de sûreté personnelle, dès lors que le « fait » promis par le tiers peut être non seulement la ratification d'un acte imparfait mais également l'exécution d'un engagement valablement pris.

Dans ce dernier cas, et à la différence de l'hypothèse où le porte-fort promet la ratification de l'acte, il n'agit pas par représentation du tiers.

⁴⁰ Cour d'appel, 18 mars 2009, n° 33442, BJL, 2009, p. 125 ; Cour d'appel, 23 janvier 2008, n° 31905, BJL, 2008, p. 196

⁴¹ Cour d'appel, 17 janvier 2001, Pas., 32, p. 191 ; Trib. Luxembourg, 20 décembre 2006, n° 103657, BJL, 2007, p. 173

La promesse de porte-fort diffère du cautionnement, contrat par lequel la caution garantit l'exécution de la prestation du débiteur principal. Dans une promesse de porte-fort, le promettant est engagé à titre principal et il est le seul obligé. Ou bien le tiers refuse de tenir l'engagement convenu, et le porte-fort seul est responsable à l'égard du cocontractant, ou bien le tiers exécute l'engagement, et le porte-fort est libéré de toute obligation⁴².

Pour déterminer si un engagement est une promesse de porte-fort au sens traditionnel ou bien une garantie personnelle, il faut considérer le but de la convention et l'ensemble des circonstances.

A ce sujet, on peut remarquer que la conjonction de l'engagement existant du débiteur principal et de celui du porte-fort est l'indice d'une sûreté personnelle.

Il a ainsi été jugé que lorsque le bon de commande comporte, sous l'indication de la personne signataire, la mention « agissant en qualité de porte-fort pour le client ci-dessus désigné » et que les conditions générales stipule qu'en cas de défaillance du client pour une quelconque raison, le signataire autorisé, agissant en qualité de porte-fort au sens de l'article 1120 du Code civil, reste tenu par les engagements issus du présent bon de commande, la notion de porte-fort est à interpréter dans le sens de sûreté⁴³.

3.2. *La stipulation pour autrui*

159. La stipulation pour autrui est l'engagement pris par une personne- le promettant- envers une autre -le stipulant- d'exécuter une prestation au bénéfice d'une troisième, tiers à la convention, le bénéficiaire (article 1121 du Code civil).

Pour que l'on soit en présence d'un tel engagement, certaines conditions doivent être remplies.

Il faut d'abord qu'en contractant avec le promettant, le stipulant ait la volonté de créer un droit direct et propre au profit du bénéficiaire de l'engagement. Par la stipulation pour autrui, un tiers à une convention va donc pouvoir se prévaloir des droits qui découlent de cette convention.

Il a été décidé sur cette base que l'ordre de virement donné par un client à son banquier ne constituait pas une stipulation pour autrui en faveur du bénéficiaire du virement. Quelque soit la nature juridique retenue, le

⁴² Cour d'appel, 17 janvier 2001, Pas., 32, p. 191 ; Trib. Luxembourg, 20 décembre 2006, n° 103657, BJJ, 2007, p. 173

⁴³ Trib. Luxembourg, 20 décembre 2006, n° 103657, BJJ, 2007, p. 173

virement ne transfère pas la provision de celui-ci. Le virement ne peut être qualifié de stipulation pour autrui autorisant le bénéficiaire à invoquer des droits sur des fonds non virés en dépit de l'ordre reçu par la banque, dès lors qu'il ne résulte de l'intention du donneur d'ordre et de la banque, que celle-ci souscrit à la demande du premier un engagement ferme à l'égard du bénéficiaire⁴⁴.

Une des particularités de la stipulation pour autrui est que le stipulant va faire naître un droit au profit du bénéficiaire, alors qu'ils ne sont liés par aucun lien contractuel.

Le stipulant a le droit de révoquer cette stipulation pour autrui, et donc de libérer le promettant de son obligation à l'égard du bénéficiaire, tant que le bénéficiaire n'aura pas accepté le bénéfice de cette stipulation. Une fois la stipulation acceptée par le bénéficiaire, elle est irrévocable sans l'accord du bénéficiaire.

La compagnie d'assurance, qui a conclu une police d'assurance garantie décennale, et l'entrepreneur souscripteur de cette police, ne peuvent donc pas, après que l'immeuble ait été vendu et alors que l'acte de vente mentionne le contrat, annuler la police d'assurance portant sur cette garantie décennale⁴⁵.

Le bénéficiaire va retirer de la stipulation le droit d'agir, seul et directement, contre le promettant afin d'obtenir l'exécution de l'engagement pris en sa faveur.

Lorsque le promettant s'exécute, les sommes payées entrent donc directement dans le patrimoine du bénéficiaire. Le droit, comme l'action, du bénéficiaire sont des droits qu'il retire directement du contrat contenant la stipulation, qui lui sont transmis par le promettant et qui naissent directement dans son patrimoine, sans que ceux-ci ne transitent par le patrimoine du stipulant.

Lorsqu'une personne est bénéficiaire d'une assurance-vie, les sommes qu'elle perçoit de l'assureur (promettant) au décès du souscripteur de la police (stipulant) entre donc directement dans son patrimoine, sans « faire le détour » par le patrimoine du souscripteur décédé. Le capital issu de la police ne fait donc pas partie de la succession du stipulant et les héritiers légaux du souscripteur/stipulant n'ont pas de droit à faire valoir sur ce capital. Ce capital n'est pas soumis aux règles du rapport ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers. Il

⁴⁴ Trib. Luxembourg, 8 juillet 2011, n° 123846 et 136373, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 85

⁴⁵ Cour d'appel, 5 juin 2002, n° 26331 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 5

en découle également que l'assureur est en droit d'opposer son secret professionnel aux héritiers du preneur d'assurance et n'est obligé de communiquer la prestation prévue au contrat, et les informations le concernant directement, qu'au seul bénéficiaire. Les héritiers réservataires du preneur d'assurance doivent néanmoins recevoir les informations leur permettant de vérifier si les primes payées par le preneur d'assurance, et prélevées du patrimoine du défunt, n'ont pas été démesurées par rapport au patrimoine de celui-ci, lézant ainsi leur réserve légale et leur permettant d'agir en rapport, non pas du capital issu du contrat, mais des primes payées⁴⁶.

Le bénéficiaire n'est pas un ayant cause du stipulant. Il n'a donc pas qualité pour soulever un éventuel défaut d'acceptation éclairée du contrat par le stipulant⁴⁷.

160. La stipulation pour autrui doit avoir un caractère accessoire. Elle doit être l'accessoire d'un contrat conclu entre le stipulant et le promettant, duquel le stipulant retire un intérêt.

Il en résulte notamment que les droits du bénéficiaire sont circonscrits et limités par le contrat contenant stipulation pour autrui.

Lorsque le bénéficiaire accepte la stipulation, il accepte le contrat tel que conclu, avec ses limites et exceptions.

Il en va notamment ainsi des clauses qui allègent les obligations ou la responsabilité du promettant. Le droit du bénéficiaire de la stipulation pour autrui contre le promettant trouve sa source et sa mesure dans le contrat conclu entre le stipulant et le promettant. Si ce contrat vient à disparaître, l'obligation du promettant envers le bénéficiaire sera dépourvue de cause.

Le promettant peut, en principe, opposer au bénéficiaire toutes 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.

Le promettant ne peut cependant pas priver le bénéficiaire du droit de défendre ses propres intérêts face au stipulant et notamment d'exécuter les obligations du stipulant défaillant en lieu et place de celui-ci. Le promettant ne peut donc pas agir afin de faire dissoudre le contrat sans mettre le bénéficiaire en cause. La Cour a appliqué ce principe dans une espèce où un entrepreneur et son assureur avait signé un avenant par lequel ils

⁴⁶ Cour d'appel, 17 avril 2002, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 34, p. 58 ; Bull. AIDA, 2003, n° 8, p. 160 ; Trib. Luxembourg, 19 novembre 2009, JTL, 2010, p. 112, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 32

⁴⁷ Trib. Luxembourg, 28 janvier 2004, n° 77839, BJJ, 2005, p. 3

annulaient le contrat d'assurance portant sur la garantie décennale, sans obtenir l'accord du maître de l'ouvrage bénéficiaire de la police. Elle a jugé que l'avenant qui annulait cette police était inopposable au maître de l'ouvrage qui pouvait donc agir en dédommagement contre l'assureur sur base du contrat⁴⁸.

161. La stipulation pour autrui doit enfin comporter l'indication de qui est le bénéficiaire de l'engagement.

La jurisprudence interprète néanmoins largement cette dernière condition. Il suffit, pour que la stipulation pour autrui soit valable, que le contrat comporte les éléments permettant de désigner le bénéficiaire en temps utile.

C'est ainsi que le contrat d'assurance pour compte de qui il appartient est qualifié de stipulation pour autrui, alors que par la police l'assureur couvrira le dommage survenu au préjudice du propriétaire du bien endommagé au jour du sinistre, et que l'identité de ce propriétaire n'est pas encore connue au jour de la conclusion du contrat⁴⁹.

162. La jurisprudence a considéré que différents contrats d'assurance, par lesquels l'assureur s'engage à verser à un tiers au contrat une somme d'argent en cas de sinistre, constituent des stipulations pour autrui.

Il en va d'abord ainsi du contrat d'assurance-vie, contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur de la police à payer une somme déterminée à un tiers au jour du décès du souscripteur de la police ou d'un tiers désigné⁵⁰.

Le contrat d'assurance solde restant dû, variante de contrat d'assurance-vie, constitue aussi une stipulation pour autrui. L'assureur s'engage à payer le solde de la dette du souscripteur envers un tiers créancier au décès du souscripteur⁵¹.

Le contrat d'assurance garantie décennale de l'entrepreneur est également une stipulation pour autrui. Il 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 direc-

⁴⁸ Cour d'appel, 5 juin 2002, n° 26331 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 5 ; Trib. Luxembourg, 1 février 2008, n° 105952, BJL, 2008, p. 94

⁴⁹ Cour d'appel, 5 juin 2002, n° 26331 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 5 ; Trib. Luxembourg, 1 février 2008, n° 105952, BJL, 2008, p. 94.

⁵⁰ Trib. Luxembourg, 19 novembre 2009, JTL, 2010, p. 112, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 32 ; Trib. Luxembourg, 28 janvier 2004, n° 77839, BJL, 2005, p. 3 ; voyez C. DEVOET, « Les droits du preneur d'assurance et du bénéficiaire d'une assurance-vie en droit belge et luxembourgeois », ACE, 2010, n° 7, p. 3

⁵¹ Cass., 18 mars 2004, Pas., 32, p. 440 ; Cour d'appel, 16 janvier 2002, n° 25033

tement, 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 autrui⁵².

3.3. La chaîne de contrats

163. Dans certains cas, les droits attachés à un bien peuvent se transmettre entre les différents propriétaires successifs de ce bien.

La jurisprudence a admis qu'il en était ainsi lorsque l'on se trouvait en présence d'une chaîne de contrats homogènes, c'est-à-dire de contrats qui sont de même nature, généralement des ventes.

Le nouveau propriétaire d'un bien va ainsi pouvoir se prévaloir des droits résultant de contrats auquel il n'était pas partie.

La jurisprudence a admis qu'en cas de ventes successives, ainsi qu'en cas de succession de contrats de vente et de louage d'ouvrage, l'acquisition du droit de propriété sur la chose emporte transmission de tous les accessoires de la chose et notamment les actions en responsabilité ou en garantie des vices⁵³.

L'acheteur d'un immeuble en l'état futur d'achèvement va donc pouvoir exercer les actions que son vendeur avait contre l'entrepreneur qui était chargé de construire l'immeuble. Il va agir contre ce dernier sur une base contractuelle et pouvoir invoquer les manquements contractuels de l'entrepreneur⁵⁴.

Lorsqu'une personne achète un immeuble à construire, puis qu'elle revend ensuite cet immeuble à un nouvel acquéreur, le nouvel acquéreur va pouvoir assigner le promoteur de l'immeuble en se fondant sur les droits que le premier acquéreur avait à l'encontre de celui-ci. Il pourra notamment se prévaloir de la garantie des vices cachés et agir contre le promoteur sur une base contractuelle⁵⁵.

⁵² Cour d'appel, 5 juin 2002, n° 26331 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 5 ; Trib. Luxembourg, 1 février 2008, n° 105952, BJL, 2008, p. 94.

⁵³ Trib. Luxembourg, 6 mai 2011, n° 130679, BJL, 2011, p. 67 ; Trib. Luxembourg, 22 décembre 2006, jug. n° 293 cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Constructions & Immobiliers, 2008/6, p. 62 ; Trib. Luxembourg, 22 janvier 2004, n° 50568 ; également Cour d'appel, 12 juin 1996, Pas., 30, p. 129

⁵⁴ Cour d'appel, 10 février 2010, JTL, 2011, p. 48 ; cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2010/1, p. 97 ; Trib. Luxembourg, 22 décembre 2006, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Constructions & Immobiliers, 2008/6, p. 62

⁵⁵ Trib. Luxembourg, 22 janvier 2004, n° 50568 ;

Il en va également ainsi en cas de chaîne de contrats hétérogènes, mais dans laquelle un des contrats est translatif de propriété. Tel est le cas lorsque un maître de l'ouvrage conclut un contrat d'entreprise, et que l'entrepreneur acquiert, auprès d'un fournisseur, du matériel qu'il va utiliser pour réaliser ses prestations.

Il a été ainsi jugé que si un maître de l'ouvrage acquiert un bien par un contrat d'entreprise, il peut exercer un recours en responsabilité contractuelle contre la personne qui a vendu des biens à l'entrepreneur avec lequel il a contracté. Ce maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur et dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose.

En l'espèce, une Commune avait chargé une menuiserie de l'exécution de différents travaux de menuiserie intérieure à un Centre culturel, et cette menuiserie avait commandé divers meubles et portes coupe-feu pour le chantier en question à un autre menuisier. Ces meubles n'étant pas conforme, la Commune a été admise dans son recours contractuel contre ce dernier menuisier⁵⁶.

On notera que le créancier qui agit ainsi sur base contractuelle va voir son action limitée, à la fois par les droits qu'il tire du contrat qu'il a conclu, et par la limite des engagements contractuels pris par le débiteur substitué.

La vente de l'immeuble –ou d'un autre bien– dans lequel des désordres sont constatés n'emporte cependant pas cession de plein droit au profit de l'acquéreur des droits et actions à fin de dommages et intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur. Lorsque certains dommages sont apparus avant le transfert de propriété du bien, le cédant peut valablement continuer à agir contre son cocontractant en réparation du dommage qu'il a subi. Pour avoir gain de cause, ce cédant va néanmoins devoir justifier d'un dommage. S'il n'a pas fait réparer les malfaçons dont il a fait état dans sa demande en dommages et intérêts avant la vente et s'il a cédé le bien en l'état sans diminution de prix, il n'a en principe pas subi de dommage et sa demande doit être déclarée non fondée.

Dans l'espèce soumise à la Cour, le cédant ne justifiait pas avoir avancé des frais de réparation. Il ne justifiait pas non plus avoir subi une diminution du prix de vente par rapport au prix d'acquisition en raison des désordres constatés. Au contraire, il résultait des éléments du dossier qu'il

⁵⁶ Trib. Luxembourg, 6 mai 2011, n° 130679, BJJ, 2011, p. 67

avait vendu l'immeuble, un an après l'avoir acheté, en faisant une plus value de 260.000 €⁵⁷.

Dans une espèce soumise à la Cour, le demandeur entendait faire découler de la notion d'universalité de fait, appliquée au portefeuille de valeurs mobilières, la conséquence que ce portefeuille se transmettait avec toutes les situations actives et passives, de sorte que l'acquéreur de cette universalité était autorisé à faire valoir les droits nés antérieurement à son acquisition, à condition que ces droits soient inhérents à la chose. Il estimait qu'elle était donc en droit d'exercer une action en dommages et intérêts en raison d'une gestion défective de ce portefeuille effectuée avant qu'elle ait acquis le portefeuille. La Cour a d'abord relevé que la qualité d'universalité de fait a été parfois reconnue afin d'attirer en son sein, par adjonction, et pour leur étendre son statut, les éléments nouveaux qui se rattachent par leur nature, leur fonction ou leur origine à ses éléments préexistants. Elle a pour but d'éviter le risque d'une dispersion de la nature juridique du contenu de cette universalité. Mais, précise la Cour, il ne peut pas être déduit de cette notion la conséquence, qu'en raison de l'universalité de fait que constituerait le portefeuille de valeurs mobilières litigieux, les actions ayant appartenu au cédant en rapport avec ce portefeuille seraient inhérentes à ce portefeuille et partant transmises au cessionnaire. Pour la Cour, on ne peut admettre que le cessionnaire d'un portefeuille de valeurs mobilières d'une valeur et d'une composition déterminées recueille ensemble avec ce portefeuille, même considéré comme une universalité, une action en dommages et intérêts basée sur le fait que ces valeurs et composition sont le résultat de fautes commises à l'égard du cédant avant la cession. Une telle action n'est pas inhérente au portefeuille tel que transmis et ne peut être considérée comme trouvant sa cause dans l'existence même de ce portefeuille⁵⁸.

164. On considère traditionnellement que ce n'est que si les contrats successifs sont des contrats translatifs de propriété que les droits contractuels d'une partie sont ainsi transmis à son successeur.

Il arrive que le responsable et la victime soient parties à une même chaîne de contrats, mais que les contrats qui lient chacun d'entre eux n'opèrent pas transfert de propriété. C'est notamment le cas du maître de l'ouvrage qui conclut un contrat d'entreprise avec un entrepreneur, entrepreneur qui va exécuter ce contrat en se liant avec un sous-traitant.

⁵⁷ Cour d'appel, 25 octobre 2006 et 29 novembre 2006, Pas., 33, p. 300, BJJ, 2007, p. 53

⁵⁸ Cour d'appel, 28 février 2008, n° 32320, BJJ, 2008, p. 222

La jurisprudence considère alors que si le sous-traitant exécute mal ses prestations, le maître de l'ouvrage ne va pas pouvoir engager la responsabilité contractuelle de celui-ci en se prévalant des obligations du contrat liant l'entrepreneur et ce sous-traitant, ni donc prétendre qu'il s'est vu transférer par l'entrepreneur principal les garanties découlant de ce contrat. Dans cette hypothèse, il n'y a pas transmission de droit et les contractants extrêmes devront soit assigner leur cocontractant soit fonder leur action sur la responsabilité extra-contractuelle⁵⁹.

165. Alors que la transmission des droits est ainsi admise comme l'accessoire du bien, on considère généralement que les obligations personnelles du cédant du bien ne sont pas transmises au cessionnaire et cela même s'il s'agit d'obligations découlant de conventions passées par rapport à la chose transmise.

Il ne pourra en être autrement que si la loi en a expressément décidé autrement.

Ainsi, aux termes de l'article 1743 du Code civil, « *si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail* ».

Le tribunal a rappelé ce principe. Pour le juge, eu égard à la finalité de l'article 1743 du Code civil, qui est de protéger l'acquéreur de l'immeuble contre les baux simulés ou antidatés conclus en fraude de ses droits, cet article ne fait pas obstacle à ce que le contrat de bail non authentique et n'ayant pas date certaine soit opposable au nouvel acquéreur dès lors que celui-ci en a eu connaissance avant la vente. En l'espèce, le bail litigieux n'avait pas date certaine. Mais, dans un courrier envoyé au locataire, l'acheteur mentionnait que « *comme convenu lors de notre dernier entretien en mars 2004, nous vous confirmons par la présente que nous ne nous opposerons pas à une éventuelle résiliation du contrat de bail avant la date d'échéance du 1er novembre 2004* ». Il en découlait que l'acheteur avait connaissance de l'existence du bail et de ses conditions avant la vente et qu'elle avait même pris contact avec le locataire dès avant la signature de l'acte. Le bail a donc été déclaré opposable à l'acheteur de l'immeuble⁶⁰.

Ce texte constitue une dérogation à la règle de la relativité des contrats, le contrat de bail étant opposable à l'acquéreur de l'immeuble donné à

⁵⁹ Trib. Luxembourg, 30 juin 2000, n° 48733 ; également Cour d'appel, 1 juillet 1998, n° 20546

⁶⁰ Trib. Luxembourg, 7 janvier 2005, n° 91435, Bll, 2005, p. 51

bail, à condition que le contrat de bail ait été enregistré, mais également lorsque le nouvel acquéreur en a eu connaissance avant la vente⁶¹.

L'article 12(5) de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation prévoit même que le contrat de bail n'ayant pas date certaine avant l'acte d'acquisition est opposable au nouvel acquéreur d'un logement donné en location, à condition que le locataire ait été mis en possession des lieux loués avant cette date d'acquisition. Cette faveur légale est strictement limitée au particulier qui loue le bien pour son habitation, et ne va pas s'appliquer aux immeubles affectés à un usage commercial, administratif, industriel, artisanal ou affectés à l'exercice d'une profession libérale⁶².

3.4. *La théorie de l'ensemble contractuel*

166. La théorie de l'ensemble contractuel prévoit qu'en présence de plusieurs contrats constituant un ensemble contractuel complexe et indivisible, la dissolution d'un des contrats entraîne la dissolution par caducité du (ou des) autre(s) contrat(s) constituant cet ensemble.

Un tel ensemble peut exister lorsque les différents contrats portent sur un même objet (comme c'est le cas entre le contrat d'achat d'un matériel et le contrat de maintenance de ce matériel). Des contrats peuvent également former un ensemble par leur cause (comme c'est le cas entre le contrat d'achat d'un matériel et le contrat de financement de l'achat de ce matériel).

L'indivisibilité peut résulter de la nature des conventions (comme c'est le cas entre le contrat d'achat d'un matériel informatique et le contrat de maintenance de ce matériel) ou être juridique (un bon de commande lie les deux contrats entre eux en établissant dès le départ les conditions financière des deux contrats, d'une durée identique, à date très rapprochée et proposé par le même mandataire au cocontractant).

La théorie de l'ensemble contractuel constitue une exception au principe de la relativité des conventions, une partie à un contrat voyant disparaître le contrat qu'elle a conclu avec une autre partie, et cela à la suite de la dissolution d'un autre contrat auquel elle n'est pas partie.

La Cour a eu l'occasion d'appliquer ces principes dans une affaire où des particuliers avaient acheté un terrain à bâtir à une société, sous la condition suspensive de l'obtention par les autorités d'un permis de

⁶¹ Cass., 13 novembre 2003, Pas., 32, p. 370

⁶² Trib. Luxembourg, 21 décembre 2007, n° 111396, BJL, 2008, p. 44

construire pour une maison dont les plans étaient annexés au contrat. Les époux avaient signé, le lendemain de cet achat, un contrat d'entreprise avec un entrepreneur pour construire une maison sur ce terrain. Ce contrat prévoyait que les maîtres de l'ouvrage s'engageaient à acquérir le terrain et que, à défaut, le contrat serait résolu aux torts des époux qui devraient alors payer une clause pénale à l'entrepreneur. Il s'est ensuite avéré que le terrain était classé en zone inondable, ce que le vendeur du terrain n'avait pas fait savoir aux époux acheteurs. Les époux s'étaient alors vu refuser le permis de construire pour la maison et prétendaient que le contrat de vente comme le contrat d'entreprise étaient dissouts. Dans le litige qui s'en suivit, l'entrepreneur avait réclamé aux époux le paiement de la clause pénale. En présence de la défaillance de la condition suspensive, la Cour a d'abord déclaré la dissolution du contrat de vente du terrain. La Cour a ensuite considéré les liens existants entre le contrat de vente du terrain et le contrat d'entreprise, pour décider que ces deux contrats formaient un ensemble interdépendant et juridiquement lié. Elle relève que ces contrats ont bien été conclus par les époux avec deux sociétés différentes. Elle constate néanmoins que les conventions avaient été signées pour les deux sociétés par la même personne physiques et qu'elles ont été signées à un jour d'intervalle. Le contrat de vente se référait à des plans, qui étaient les mêmes que ceux auxquels renvoyait le contrat d'entreprise, et prévoyait que la vente était conclue sous la condition que les autorités délivrent l'autorisation de construire l'immeuble figurant sur ces plans. La Cour en a alors déduit deux conséquences juridiques, qui font exception au principe de relativité des contrats. Elle a d'abord refusé que le respect de la clause de condition suspensive reprise dans le contrat de vente puisse constituer une faute contractuelle dans le contrat d'entreprise, qui justifierait la résolution de ce contrat aux torts des époux. Elle a ensuite jugé que la dissolution du contrat de vente par réalisation de la condition suspensive avait entraîné la caducité du contrat d'entreprise⁶³.

3.5. *Le manquement contractuel – faute quasi-délictuelle*

167. Par application du principe de relativité des contrats, la doctrine et la jurisprudence admettaient qu'un tiers à un contrat ne pouvait pas se prévaloir de l'inexécution du contrat par une des parties afin d'engager, sur cette seule base, la responsabilité de cette partie.

⁶³ Cour d'appel, 5 mai 2010, Pas., 35, p. 187

Un tiers ne pourrait se prévaloir de l'inexécution d'un contrat que si le manquement contractuel constitue également une violation de l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous. Dans cette hypothèse en effet, la faute du cocontractant constitue une faute quasi-délictuelle –détachable du contrat– dont toute personne qui en subit un dommage peut se prévaloir⁶⁴.

La Cour d'appel a néanmoins jugé que « *un tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ».

En l'espèce, un entrepreneur avait confié certains travaux à un sous-traitant. Ces travaux avaient été mal exécutés et le maître de l'ouvrage avaient mis en cause la responsabilité de toutes les parties, et notamment la responsabilité personnelle du liquidateur de l'entrepreneur qui avait clôturé trop rapidement la liquidation. Le liquidateur de l'entrepreneur entendait, quant à lui, se retourner contre le sous-traitant. Le premier juge avait –très justement– considéré que le liquidateur devait être débouté de sa demande, ce dernier ne pouvant agir contre le sous-traitant que sur base quasi-délictuelle, et donc en prouvant que la faute était indépendante et détachable du contrat, ce qu'il ne faisait pas dans la mesure où il ne faisait qu'invoquer l'inexécution par le sous-traitant de ses obligations contractuelles à l'égard de l'entrepreneur.

La Cour a réformé le jugement sur ce point. Après avoir qualifié le manquement purement contractuel du sous-traitant de quasi-délit, elle a autorisé le liquidateur à se prévaloir de ce manquement pour mettre en cause la responsabilité du sous-traitant⁶⁵.

Cette jurisprudence nous paraît très contestable. Permettre à un tiers d'invoquer la faute d'une partie à un contrat, alors que cette faute résulte de l'inexécution d'une obligation purement contractuelle, conduit à porter atteinte au principe de relativité des contrats, quoi qu'on en dise.

Les conséquences d'une telle solution sont, par ailleurs, particulièrement illogiques. En effet, toujours en application de l'effet relatif des contrats, le tiers qui va invoquer le manquement contractuel ne va pas pouvoir se voir opposer par la partie assignée, les autres prescriptions contractuelles, telles la clause d'exonération de responsabilité. Le tiers au contrat va donc pouvoir retirer de ce contrat plus de droit que l'autre partie à la convention ne pourrait en retirer. Ce tiers ne devra pas respecter « l'équilibre » entres

⁶⁴ G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques*, 2^{ème} éd., éd. Pasirisie, 2006, p.374, n° 446

⁶⁵ Cour d'appel, 9 octobre 2008, Pas., 34, p. 281

les droits des parties, que le contrat organise généralement (*j'exécute mes prestations pour un prix moindre, mais les exécute de façon plus sommaire et tu ne peux engager ma responsabilité qu'en cas de faute lourde*).

§ 4. L'OPPOSABILITÉ DES EFFETS EXTERNES DES CONTRATS

168. Il est admis que les effets externes des contrats sont opposables à tous.

Les contrats conclus entre les parties ne sont pas inexistantes à l'égard des tiers. Les tiers sont obligés de reconnaître l'existence de ces contrats et de supporter les conséquences de cette existence.

Ils peuvent également se prévaloir de l'existence de ces contrats pour en tirer des conséquences à leur égard.

Deux litiges opposant un agent immobilier et l'acquéreur du bien mis en vente illustrent ce principe.

Dans ces litiges, la Cour rappela d'abord que les parties à un compromis de vente peuvent décider librement de résilier à l'amiable cette vente. L'agent va devoir supporter les effets de cette résiliation convenue entre les parties et n'aura donc pas droit à sa commission si celle-ci est stipulée en cas de réussite de l'opération.

Par contre, la Cour ajoute que l'acquéreur d'un bien immobilier peut être tenu à indemniser l'agent immobilier lorsqu'il est fautivement à l'origine de l'échec de l'opération, et cela malgré le fait que l'agent n'avait pas conclu de contrat avec l'acquéreur et qu'il n'est pas partie à l'acte de vente.

Dès lors que l'acte de vente ne s'est pas formé, à la suite d'un manquement de l'acquéreur aux obligations reprises dans l'acte de vente (comme un défaut de réalisation d'une condition suspensive), l'agent immobilier peut se prévaloir de l'existence du contrat et de l'existence du manquement à ce contrat, pour réclamer l'indemnité forfaitaire équivalente à la commission.

Dans la première espèce, la Cour avait débouté l'agent de ses prétentions en constatant que rien n'indiquait que le compromis n'avait pas été résilié de commun accord, et avait considéré qu'aucune indemnité n'était due à défaut pour l'agent de démontrer qu'une faute avait été commise par l'acheteur dans l'exécution du contrat⁶⁶.

Dans la seconde espèce, la Cour a par contre constaté que l'acheteur, qui était pleinement lié par le contrat de vente, avait fautivement inexécuté

⁶⁶ Cour d'appel, 2 juillet 2008, n° 33706, BJJ, 2008, p. 152

le contrat en décidant sciemment de ne pas honorer son engagement, et devait donc dédommager l'agent immobilier qui n'avait pas perçu sa commission suite à cette faute⁶⁷.

169. La théorie de la « tierce complicité » constitue une application du principe de l'opposabilité aux tiers des effets externes des contrats.

En application de cette théorie, un tiers qui s'associe, en connaissance de cause, à la méconnaissance par une partie de ses obligations contractuelles commet une faute.

Un contrat entre deux personnes constitue une situation de fait qu'un tiers ne peut pas ignorer et dont il ne peut pas, sans commettre de faute, entraver sciemment l'accomplissement.

La Cour a rappelé ce principe dans une espèce où un commerçant vendait des cheminées au public, alors qu'un autre commerçant bénéficiait d'un contrat de distribution exclusive pour ces cheminées pour le territoire du Grand-Duché. La Cour rappelle d'abord que la revente hors réseau, en connaissance du fait que les produits font l'objet d'un contrat de distribution exclusive, ne constitue pas en elle-même une faute, dès lors que les produits peuvent avoir été acquis régulièrement. Par contre, ajoute la Cour, commet une faute le tiers revendeur qui s'est associé, en connaissance de cause, à la méconnaissance par les parties à un contrat de distribution exclusive des obligations créées par ce contrat. En l'espèce, le demandeur a été débouté de sa demande, faute d'avoir prouvé que les cheminées vendues dans le public par l'autre commerçant avaient été acquises du concédant de la marque après l'entrée en vigueur du contrat de distribution⁶⁸.

La Cour a également rappelé ce principe dans l'espèce précitée opposant l'agent immobilier et l'acquéreur du bien mis en vente. Après avoir souligné que l'agent ne pourrait pas prétendre à des dommages et intérêts si les parties résiliaient de commun accord le compromis de vente, la Cour ajoute qu'il pourrait en aller autrement s'il y a fraude entre parties. En rapportant la preuve d'une faute de l'acquéreur découlant de sa complicité avec le vendeur, l'agent immobilier peut obtenir une indemnisation de cet acquéreur sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Si les parties s'entendent pour éluder les droits de l'intermédiaire, il peut demander des dommages et intérêts équivalents au montant de la commission dont il a été privé, à charge pour lui d'établir la fraude qu'il invoque. Il y aurait en effet, en semblable hypothèse, faute contractuelle du mandant et complicité de

⁶⁷ Cour d'appel, 1 avril 2009, n° 31630, BJJ, 2009, p. 135

⁶⁸ Cour d'appel, 29 octobre 2003, Pas., 32, p. 597.

l'acquéreur engageant la responsabilité de ce dernier sur le terrain délictuel, à défaut de lien contractuel entre lui et l'agent immobilier⁶⁹.

Dans une espèce, un agent d'assurance avait été nommé, par contrat signé avec un professionnel et comportant une clause de non concurrence, agent général d'un assureur avec compétence sur tout le territoire du Grand-Duché de Luxembourg. Par la suite, le professionnel avait constitué une société et cette société avait incité les clients de l'agent d'assurance à résilier les contrats conclus par lui, et à conclure d'autres conventions avec elle. L'agent avait alors assigné les sociétés et le professionnel en cessation devant les tribunaux, leur reprochant de se rendre coupables d'actes de concurrence déloyale, à savoir la violation d'une clause de non-concurrence signée par le professionnel. La société n'était pas liée par la clause de non-concurrence et il ne pouvait que lui être reproché de se rendre tiers complice de la violation de cette clause par le professionnel. Mais, précise le tribunal, le tiers complice ne manque pas à un devoir contractuel, il manque à l'obligation générale de ne pas nuire à autrui, qui engage sa seule responsabilité délictuelle et ne saurait donc se voir reprocher un manquement à un engagement contractuel. Il restait alors à apprécier si la société avait commis des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale en se rendant tiers complice. Une société devient tierce complice de la rupture des engagements de non-concurrence pris par son gérant lorsqu'elle se livre à des activités concurrentes. Néanmoins, le principe de la libre concurrence exige que l'infraction contractuelle soit prouvée avant de pouvoir parler de tierce complicité dans le chef d'un tiers. La convention conclue entre l'agent et le professionnel prévoyait que le professionnel s'engageait à n'exercer aucune activité d'intermédiaire d'assurance, directement ou indirectement, personnellement ou par personne physique ou morale interposée, et s'abstenait, en outre, de tout acte susceptible de provoquer des résiliations de contrats par les clients de l'agent. Il résultait du registre des sociétés de courtage agréées que la société était agréée comme société de courtage et que le professionnel était agréé comme sous-courtier pour le compte de la société. Il était par ailleurs constant en cause que le professionnel était associé et gérant administratif de la société. Pour le tribunal, il en découlait que, de par cette activité, le professionnel exerçait de façon indirecte une activité d'intermédiaire en assurances et ne respectait dès lors pas son obligation contractuelle de non-concurrence. Il ressortait d'un courrier adressé à l'Association des Compagnies d'Assurances que la société connaissait

⁶⁹ Cour d'appel, 2 juillet 2008, n° 33706, BJJ, 2008, p. 152

l'existence de la clause de non concurrence signée par le professionnel, et cela avant les contacts pris avec les assurés, et qu'elle s'était associée en connaissance de cause à la méconnaissance par le professionnel de ses obligations contractuelles en le faisant agréer comme sous-courtier pour son compte. Elle a donc été considérée comme la tierce complice du professionnel⁷⁰.

170. Il existe certaines exceptions à cette opposabilité aux tiers des effets externes des conventions.

Certaines conventions n'ont pas d'effets externes opposables aux tiers.

Tel est le cas de la simulation, les tiers pouvant choisir de se prévaloir de l'acte apparent ou de l'acte simulé (article 1321 Code civil – voyez supra point 57), ou en cas d'acte accompli par une personne en fraude des droits de ses créanciers, acte dont les créanciers vont pouvoir solliciter l'inopposabilité par l'action paulienne (article 1167 Code civil – voyez infra point 237 et s.).

Dans d'autres cas, les effets externes des conventions ne vont être opposables aux tiers que lorsque l'acte en question aura fait l'objet de certaines formalités.

En cas de vente d'un immeuble, la vente est parfaite entre les parties dès l'échange des consentements. Mais les articles 1 et 11 de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers prévoient que tous actes entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs de droits réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques, seront transcrits au bureau de la conservation des hypothèques dans le ressort duquel les biens sont situés et que, jusqu'à la transcription, les droits résultant de ces actes ne peuvent être opposés aux tiers qui, du même auteur, ont acquis des droits sur l'immeuble et qui se sont conformés aux lois. Il résulte de la combinaison de ces deux dispositions que lorsque deux acquéreurs successifs d'un même immeuble tiennent leur droit d'un même auteur, le conflit se règle en faveur de celui qui le premier a publié l'acte d'acquisition. L'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers est toutefois constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière. Mais, en cas de revente d'un immeuble par le second acquéreur de mauvaise foi à un tiers, le sous-acquéreur peut cependant invoquer à son profit les règles de la publicité foncière s'il n'a pas eu connaissance de la première vente. La bonne foi du sous-acquéreur conduit à préférer

⁷⁰ Trib. Luxembourg, 22 juin 2011, n° 877/2011, BJJ, 2012, p. 13

ce dernier au premier acheteur, lequel pour triompher subit la charge de rapporter la double preuve d'une mauvaise foi établie distinctement tant chez le sous-acquéreur lui-même qu'à l'encontre du second acquéreur⁷¹.

La Cour a aussi rappelé qu'un acte de partage amiable est parfait par le consentement des parties. Mais, si la communauté comprend des immeubles, le partage amiable fait par les parties sous seing privé est une convention qui lie les parties mais qui n'est pas opposable aux tiers de bonne foi tant qu'elle n'aura pas été passée par acte authentique et fait l'objet d'une transcription au bureau des hypothèques⁷².

§ 5. LES ACTIONS DU CRÉANCIER AGISSANT AU DROIT DU DÉBITEUR

5.1. *L'action directe*

171. L'action directe est l'action prévue par une loi qui permet à une personne -le créancier- de se prévaloir d'un contrat conclu par son débiteur -le débiteur intermédiaire- pour exercer un recours contre le débiteur de ce débiteur -le sous-débiteur.

Elle donne au créancier un droit propre contre le sous-débiteur, celui-ci devenant le débiteur direct du créancier.

Une action directe n'est possible que si un texte de loi particulier prévoit expressément un tel recours.

Une certaine doctrine met en cause et discute cette analyse restrictive du domaine des actions directes et soulève que leur apparition doit beaucoup plus à une interprétation jurisprudentielle audacieuse qu'à une réelle volonté législative. La jurisprudence contemporaine interprète parfois largement les textes, y découvrant parfois des actions directes qui n'y figuraient pas, et crée même de toute pièce certaines actions directes, lorsqu'il existe une étroite connexité entre la créance du créancier contre le débiteur et celle du débiteur contre le sous-débiteur (voyez point 163). L'analyse de ce régime des actions directes étendues retient que l'action directe, dans son exercice, est doublement limitée : d'une part, son titulaire ne peut l'exercer que si et dans la mesure où il est créancier du débiteur principal ; d'autre part, le sous-débiteur n'est obligé envers le créancier que si et dans la mesure où il est débiteur du débiteur principal⁷³.

⁷¹ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 526 ; BJL, 2009, p. 136

⁷² Cour d'appel, 6 juillet 2005, Pas., 33, p. 111

⁷³ Trib. Luxembourg, 8 juillet 2011, n° 123846 et 136373, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 85

Pour que le créancier puisse se prévaloir de l'action directe, il va donc d'abord devoir démontrer que les conditions prévues par la loi pour cette action sont remplies.

C'est ainsi que l'article 1753 du Code civil offre une action directe au bailleur contre le locataire de son locataire, en cas de non-paiement des loyers⁷⁴.

L'article 89 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance octroie une action directe à la victime d'un accident à l'encontre de l'assureur du responsable du sinistre⁷⁵.

L'article 1994 du Code civil permet au mandant d'agir directement contre le mandataire substitué. En droit, on considère généralement que le banquier qui exécute un ordre de virement donné par son client, titulaire du compte, agit en tant que mandataire de son client⁷⁶. Lorsqu'un virement est effectué du compte tenu par une banque vers le compte d'une personne tenu dans une autre banque, on considère que le banquier du bénéficiaire est le mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre. Celle-ci a agi comme mandataire substitué de la banque du donneur d'ordre dans le but d'achever l'opération initiée par ce dernier. En cas d'exécution défectueuse du virement par le banquier du bénéficiaire, le donneur d'ordre bénéficie d'une action directe à l'encontre du banquier du bénéficiaire. Si le banquier qui reçoit les fonds virés, crédite le compte ouvert au nom d'une personne, sans tenir compte du fait que cette personne n'est pas le bénéficiaire indiqué dans l'ordre de virement, ni de l'absence de correspondance entre le compte à créditer et le destinataire des fonds indiqués, il engage sa responsabilité de mandataire substitué à l'égard du donneur d'ordre⁷⁷.

Il a, par contre, été jugé que les articles 19 et 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif n'accordaient pas une action directe au porteur des parts de l'OPC pour

⁷⁴ Sur la controverse relative à l'existence d'une action directe consacrée par l'article 1753 du Code Civil et sur sa confirmation par la Cour d'appel au Luxembourg, voyez M. HARLES, « Le bail à loyer - compte rendu de jurisprudence », Pas., 31, p. 383, n° 206

⁷⁵ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 458 ; Voyez R. BISENIUS, « L'assurance du particulier - assurances de dommages », T.1, éd Promoculture (2010), p. 197-198, n° 11.2.

⁷⁶ Voyez Cour d'appel, 11 juillet 2001, DAOR, 2003, n° 66, p. 12 ; Trib. Luxembourg, 16 octobre 2009, n° 118830, 120550, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 51 ; Dr. Banc. Fin., 2010/V, p. 348

⁷⁷ Cour d'appel, 8 novembre 2000, n° 22556 ; Trib. Luxembourg, 16 octobre 2009, n° 118830, 120550, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 51 ; Trib. Luxembourg, 30 janvier 2009, n° 112938, BJL, 2009, p. 88 ; Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 66 ; Trib. Luxembourg, 1 octobre 2004, n° 75637, 75640 ; Trib. Luxembourg, 18 mai 2000, Bull. Dr. et Banque, 2001, n° 31, p. 16 confirmé par Cour d'appel, 13 mars 2002, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 40

agir contre la banque dépositaire de cet OPC. En l'espèce, la société de gestion et la banque dépositaire d'une Sicav avaient délégué la gestion et la conservation des actifs de la Sicav à la société Bernard Madoff Investment Securities. Lorsque la fraude de M. Madoff a été découverte, il s'est avéré que la quasi-totalité des actifs de la Sicav étaient perdus. Des détenteurs de parts de la Sicav ont alors intenté des actions en responsabilité, notamment contre la banque dépositaire. Ils fondaient leur droit d'agir sur les articles 19 et 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, qui précisent, pour les FCP que « *le dépositaire est responsable, selon le droit luxembourgeois, à l'égard de la société de gestion et des porteurs de parts, de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution injustifiable ou de la mauvaise exécution de ses obligations* » et pour les Sicav que « *le dépositaire est responsable, selon le droit luxembourgeois, à l'égard des actionnaires de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution fautive de ses obligations* », mais ont vu leur demande déclarée irrecevable⁷⁸.

Dans une autre affaire, le tribunal était arrivé à une solution identique, mais en utilisant une voie différente. Il avait d'abord admis qu'une action directe pouvait exister en dehors d'un texte de loi particulier, qui prévoirait strictement une telle action. Il a considéré qu'il était possible de créer de toute pièce certaines actions directes, lorsqu'il existait une étroite connexité entre la créance du créancier contre le débiteur et celle du débiteur contre le sous-débiteur. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut d'une part que son titulaire soit créancier du débiteur principal et que le sous-débiteur soit obligé envers le débiteur principal. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce. En effet, tant que l'investisseur revêtait la qualité d'actionnaire de l'OPC, une condition primordiale fait défaut dans son chef : il n'est pas personnellement créancier de la banque dépositaire. A partir du jour où il a exercé sa faculté de rachat de ses parts, l'investisseur n'est plus actionnaire de l'OPC, de sorte qu'il ne peut plus se prévaloir des obligations éventuellement contractées au profit des actionnaires. Par ailleurs, si l'investisseur sortant revêt la qualité de simple créancier, alors sa créance n'est nullement connexe à celle de l'OPC à l'encontre de sa banque dépositaire⁷⁹.

La loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif, qui remplace la loi du 20 décembre 2002 concernant les orga-

⁷⁸ Cour d'appel, 30 novembre 2011, JTL, 2012, p. 116 ; Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 96 qui confirme Trib. Luxembourg, 4 mars 2010, Pas. 35, p. 83 et note I. RIASSETTO, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 56 ; Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 236 ; Trib. Luxembourg, 8 juillet 2011, n° 123846 et 136373, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 85

⁷⁹ Trib. Luxembourg, 8 juillet 2011, n° 123846 et 136373, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 85

nismes de placement collectif, prévoit quant à elle qu'à l'égard des porteurs de parts d'un fonds commun de placement, la responsabilité de la banque dépositaire est mise en cause par l'intermédiaire de la société de gestion. Mais si la société de gestion n'agit pas, nonobstant sommation écrite d'un porteur de parts, dans un délai de trois mois à partir de cette sommation, ce porteur de parts peut mettre en cause directement la responsabilité de la banque dépositaire.

Le porteur de parts d'un fonds commun de placement soumis à la loi du 17 décembre 2010 bénéficie donc d'une action directe en responsabilité contre la banque dépositaire en cas d'inaction de la société de gestion.

La situation du porteur de parts de Sicav reste par contre inchangée sur ce point.

172. L'article 1798 du Code civil prévoit le droit pour le sous-traitant de demander le paiement de ses prestations directement au maître de l'ouvrage. L'article 7 de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de régler les activités de la sous-traitance prévoit également une telle action directe.

La jurisprudence récente au Luxembourg a eu l'occasion de préciser certaines des conditions prévues par la loi pour que le sous-traitant puisse ainsi agir directement contre le maître d'ouvrage.

Dans une espèce, un entrepreneur avait signé un contrat d'entreprise avec une société pour la construction d'une résidence. L'entrepreneur avait sous-traité les travaux de blindage à une autre société. Par la suite, l'entrepreneur avait été déclaré en faillite. Le sous-traitant avait alors tenté d'agir contre le maître de l'ouvrage, en faisant usage de l'action directe. Le tribunal l'a débouté de ses prétentions, en faisant valoir que le sous-traitant ne tombait ni dans le champ d'application de la loi de 1991 ni de l'article 1798 du Code civil. Pour le tribunal, l'article 1798 du Code civil a été écrit pour garantir le salaire des travailleurs modestes, en raison de son caractère alimentaire. Les tribunaux sont dès lors amenés à faire la distinction entre le sous-traitant qui dirige le travail de son personnel sans faire lui-même une tâche manuelle, et le petit artisan qui amène avec lui des compagnons, avec lesquels il travaille lui aussi sur le chantier. L'action directe est refusée au premier, considéré plus comme un commerçant que comme un exécutant, tandis qu'elle est accordée au second, ainsi qu'aux compagnons qu'il avait fait travailler avec lui sur le chantier⁸⁰.

Dans une autre espèce, la Cour a rappelé que pour que le sous-traitant puisse se prévaloir de l'action directe instituée par la loi de 1991, l'entre-

⁸⁰ Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 110531, BJJ, 2008, p. 181

preneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un sous-traitant, doit, au moment de la remise d'offres ou de la conclusion du contrat, faire accepter le sous-traitant et agréer les conditions de paiement du contrat de sous-traitance, par le maître de l'ouvrage. La loi permet également au sous-traitant de se faire connaître lui-même au maître de l'ouvrage, pendant toute la durée du contrat ou du marché, pour qu'il soit accepté ainsi que ses conditions de paiement, si l'entrepreneur l'omet. A défaut, le sous-traitant non agréé est soumis au droit commun. En l'espèce, la Cour a constaté que l'entreprise principale n'avait pas fait accepter et agréer ses sous-traitants. Par ailleurs, le sous-traitant s'était fait connaître au maître de l'ouvrage par lettre, mais celui-ci ne l'avait pas accepté immédiatement, mais avait posé un certain nombre de conditions pour une acceptation future. Le sous-traitant était en défaut d'établir qu'il avait été accepté comme sous-traitant et que ses conditions de paiement avaient été agréées. Le sous-traitant n'a donc pas pu se prévaloir de l'action directe instituée par la loi de 1991, les conditions prévues par la loi pour l'existence d'une telle action n'étant pas remplies en l'espèce. Par ailleurs, la Cour a jugé que le simple fait que le maître de l'ouvrage était au courant que des travaux avaient été effectués par des sous-traitants qu'il n'a pas agréés ne rend pas celui-ci fautif, puisque l'acceptation des sous-traitants par le maître de l'ouvrage reste un acte discrétionnaire⁸¹.

La jurisprudence considère néanmoins qu'une telle acceptation peut être tacite. Une telle acceptation résulte d'actes ou de faits qui établissent de façon certaine la volonté du maître d'ouvrage d'accepter le sous-traitant et ses conditions de paiement.

Dans une première affaire les parties s'étaient rencontrées à plusieurs reprises soit sur le chantier, soit dans les bureaux de l'entrepreneur pour discuter du choix de certains matériaux et de l'exécution de travaux supplémentaires non prévus au contrat liant les maîtres d'ouvrage à l'entrepreneur général. Pour la Cour en chargeant directement le sous-traitant de l'exécution de travaux sans passer par l'entrepreneur général, le maître de l'ouvrage avait agréé le sous-traitant. Mais rien ne démontrait, par contre, que le maître de l'ouvrage avait accepté les conditions de paiement du sous-traitant. C'est ainsi que le sous-traitant avait adressé toutes ses factures à l'entrepreneur général jusqu'à sa déclaration en faillite. Cinq jours avant la faillite de l'entrepreneur, le sous-traitant avait adressé une lettre au maître de l'ouvrage pour se faire agréer, mais celui-ci n'avait donné aucune suite à cette demande. Le sous-traitant a dès lors été considéré comme ne pou-

⁸¹ Cour d'appel, 12 mai 2005, n° 27155, BJJ 2006, p. 38.

vant pas bénéficier de l'action directe prévue par l'article 7 de la loi de 1991⁸².

Dans une autre affaire, la Cour a jugé que le sous-traitant n'avait pas été agréé tacitement par le maître de l'ouvrage. L'agrément implicite ne peut pas résulter d'un simple silence ou d'une tolérance purement passive. Il doit découler d'actes du maître impliquant nécessairement son consentement à la personne du sous-traitant et aux conditions du sous-traité. En d'autres termes, il ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant. Des actes positifs sont exigés du maître de l'ouvrage pour traduire sans équivoque son acceptation du sous-traitant. La simple participation du maître de l'ouvrage à une réunion de chantier où était présente, parmi d'autres, une société sous-traitante ne peut être considérée comme acte positif traduisant sans équivoque son acceptation du sous-traitant. La simple connaissance de la personne du sous-traitant et de ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage ne peut pareillement pas être considérée comme un acte positif d'acceptation du sous-traitant et de ses conditions de paiement.

En ce qui concerne les effets de l'action directe reconnue au sous-traitant, la Cour a précisé que l'instauration de l'action directe n'a pas pour effet de décharger l'entrepreneur principal à l'égard du sous-traitant. Si le sous-traitant n'est pas payé par le maître de l'ouvrage, notamment à la suite d'un défaut d'agrément ou lorsque cette procédure n'assure pas son paiement intégral, le sous-traitant a la faculté de demander le paiement à son cocontractant sur le fondement du lien contractuel. Le paiement direct ne produit effectivement aucune novation du contrat de sous-traitance et l'entrepreneur principal, premier débiteur de son sous-traitant, n'est évidemment pas libéré de son obligation. Pour être complet, on soulignera aussi que la subsistance de la faculté pour le sous-traitant de demander le paiement à l'entrepreneur n'a pas non plus pour effet d'affecter l'exercice de l'action directe du sous-traitant vis-à-vis du maître de l'ouvrage⁸³.

173. Pour que le créancier puisse invoquer avec succès son action directe, il faut également qu'il dispose d'une créance contre le débiteur intermédiaire, qui soit certaine et exigible.

Il faut, en plus, que le débiteur intermédiaire ait une créance contre le sous-débiteur⁸⁴.

⁸² Cour d'appel, 15 janvier 2008, n° 31546, BJJ, 2008, p. 178

⁸³ Cour d'appel, 22 décembre 2010, JTL, 2011, p. 131

⁸⁴ Trib. Luxembourg, 8 juillet 2011, n° 123846 et 136373, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 85

La victime d'un accident qui entend exercer son action directe contre l'assureur de l'auteur de l'accident va donc devoir démontrer l'existence du contrat d'assurance couvrant le dommage dont il se prétend victime.

Si la victime souhaite faire jouer l'assurance responsabilité décennale, elle va donc devoir prouver qu'un tel contrat a été conclu entre l'assureur et l'entrepreneur, que ce contrat était en vigueur au moment de la construction de sa maison et que ce contrat couvrait son chantier. Un contrat d'assurance étant un contrat consensuel, la victime va pouvoir apporter cette preuve en démontrant la volonté des parties de convenir de la couverture, même en l'absence d'un contrat écrit formel⁸⁵.

174. Pour faire obstacle à la demande du créancier, le sous-débiteur peut lui opposer toutes les exceptions liées à la créance existante entre le créancier et le débiteur intermédiaire et les exceptions liées à la créance existante entre lui et le débiteur intermédiaire.

C'est ainsi qu'il a été jugé que l'action directe du mandant, permettant au donneur d'ordre d'un virement d'agir contre le banquier du bénéficiaire du virement, a pour seul but de rendre le banquier mandataire substitué responsable de sa mauvaise exécution d'un ordre mais n'implique pas la levée du secret bancaire sur l'identité du titulaire du compte qui avait bénéficié du virement. La banque du bénéficiaire est tenue à respecter son secret bancaire vis-à-vis de son client, titulaire du compte et bénéficiaire des transferts et virements faits par le donneur d'ordre et ne peut divulguer des renseignements sur le titulaire du compte bénéficiaire des opérations financières sans violer son obligation au secret bancaire⁸⁶.

L'assureur responsabilité qui entend se soustraire à la demande de paiement de la victime du sinistre, peut prouver que son engagement, exprimé dans le document démontrant l'existence de la convention, a pris fin. Elle pourra notamment apporter une telle preuve en démontrant que le preneur d'assurance n'avait pas régularisé la police et avait refusé de finaliser leur accord par le versement du décompte final des travaux permettant de fixer de manière définitive l'étendue de l'engagement de l'assureur et la prime à régler par le preneur d'assurance⁸⁷. Elle pourra également prouver que, pour les défauts invoqués, la prescription de l'action était atteinte ou que la garantie décennale ne joue que si les malfaçons constatées compro-

⁸⁵ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 458

⁸⁶ Cour d'appel, 13 mars 2002, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 40 qui confirme Trib. Luxembourg, 18 mai 2000, Bull. Dr. et Banque, 2001, n° 31, p. 16

⁸⁷ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 458

mettent la solidité du bâtiment, respectivement qu'elle le rend impropre à sa destination⁸⁸.

On relèvera à cet égard que la jurisprudence a considéré que la prescription de cette action directe contre l'assureur de responsabilité est calquée sur celle de l'action en réparation de la victime et est soumise au délai de droit commun. Pour la Cour, l'action directe de la victime trouve son fondement dans le droit à la réparation du préjudice causé par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable. Elle est à détacher du contrat signé entre l'assureur et l'assuré et est à mettre en parallèle avec l'action en responsabilité contre l'assuré⁸⁹.

La situation est différente lorsque le tiers agit contre l'assureur dans le cadre d'une assurance pour compte. Dans cette hypothèse, les droits du bénéficiaire sont d'origine purement contractuelle et non légale, et son action doit être considérée comme résultant d'une stipulation pour autrui dérivant du contrat d'assurance conclu entre le preneur et l'assureur. L'assureur peut donc lui opposer les exceptions qui découlent du contrat, et notamment la prescription triennale, conformément au droit commun de la stipulation pour autrui⁹⁰.

5.2. L'action oblique

175. L'action oblique est l'action qui permet à un créancier de se substituer à son débiteur inactif afin d'exercer, en son nom et pour son compte, ses droits et actions de nature patrimoniale à l'encontre de tiers (article 1166 du Code civil).

L'action oblique est destinée à lutter contre l'inertie d'un débiteur qui néglige de faire valoir les droits qu'il détient à l'encontre de tiers.

Le créancier peut ainsi exercer l'ensemble des droits de son débiteur, tels l'action en paiement, l'action en résolution, l'exécution forcée, l'intentement d'un appel, une mesure de saisie conservatoire... Il ne pourra néanmoins pas exercer les droits et actions exclusivement attachés à la personne du débiteur (reconnaissance de paternité, révocation de donation pour ingratitude ...) ou les simples facultés qui s'offrent au débiteur (retrait successoral, modification d'une pension alimentaire ...).

⁸⁸ Cour d'appel, 5 juin 2002, n° 26331 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 5

⁸⁹ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 458

⁹⁰ Cour d'appel, 5 juin 2002, n° 26331 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 5

176. En permettant à un créancier d'agir en lieu et place de son débiteur négligeant, l'action oblique autorise l'immixtion du premier dans les affaires du second. Une telle immixtion est dangereuse. Il ne faut pas qu'un créancier, au seul prétexte de cette qualité, soit autorisé à prendre en main la gestion du patrimoine de son débiteur.

Le créancier qui veut exercer l'action oblique va donc devoir établir la réunion de certaines conditions.

Le créancier doit d'abord établir qu'il a une créance certaine et exigible contre son débiteur.

Il doit également démontrer que son débiteur est inactif.

La recevabilité de l'action oblique est, de plus, soumise à la preuve d'un intérêt sérieux et légitime pour celui qui entend l'exercer.

Il est aussi nécessaire pour le créancier agissant d'établir non seulement l'inertie de son débiteur, mais encore le caractère préjudiciable de celle-ci. L'inaction du débiteur doit donc nuire au créancier, compromettre ses droits, étant précisé que c'est le recouvrement de la créance du demandeur à l'action oblique qui doit être menacé et non celui de la créance que son débiteur détient à l'égard d'un tiers. L'exercice de l'action oblique a pour objet, pour le créancier, de reconstituer l'actif propre du débiteur, afin de lui permettre de mettre utilement en œuvre les voies d'exécution.

Ce n'est qu'à cette condition que son intervention dans le patrimoine d'un débiteur, demeuré pleinement capable, est tolérable⁹¹.

177. L'action oblique permettant au titulaire d'une créance pécuniaire de reconstituer le patrimoine du débiteur négligeant afin de rendre efficace l'exercice ultérieur de voies d'exécution, il est évident que si le patrimoine du débiteur est suffisant pour garantir le recouvrement de la créance, l'action oblique cesse d'être un préalable nécessaire pour le créancier.

L'immixtion qu'elle réalise dans le patrimoine du débiteur ne doit alors pas être tolérée. Il en résulte que c'est l'insolvabilité actuelle du débiteur, sa situation obérée, qui légitimise l'exercice de l'action oblique par son créancier.

Etant une condition de recevabilité de l'action, l'insolvabilité du débiteur doit exister et être appréciée au moment de l'introduction de la demande. Des éléments postérieurs, sauf à contenir des renseignements évidents pour le passé, sont dénués d'intérêt.

⁹¹ Cour d'appel, 2 mai 2007, n° 30577, BJJ 2007, p. 137

L'action oblique, si elle aboutit, aura pour seul effet de ramener dans le patrimoine du débiteur les biens recouvrés au moyen de l'action oblique. Le créancier agissant ne bénéficiera d'aucun privilège particulier sur ces biens du fait de son action.

CHAPITRE VI. L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT ¹

SECTION 1. PRINCIPES – LA RECHERCHE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES

178. Lorsque les parties à un contrat se sont mal exprimées, ou se sont exprimées de manière incomplète, le juge peut être amené à interpréter la convention.

Dans le cadre de cette démarche, le juge va devoir, pour l'essentiel, s'attacher à la recherche de la commune et réelle intention des parties, sans se fonder uniquement sur la volonté déclarée par celles-ci dans le contrat (article 1156 Code civil).

Le juge ne doit donc pas interpréter le contrat de manière trop formaliste, mais doit rechercher la volonté des parties au moment de la signature de l'acte, en tenant compte de l'obligation des parties d'être de bonne foi (article 1134 al. 3 du Code civil).

La jurisprudence luxembourgeoise considère que le fait que les termes de l'accord paraissent, à première vue, clairs ne fait néanmoins pas obstacle à son interprétation, dans la mesure où les parties font une lecture divergente de la convention à l'origine de la demande en justice ².

Le juge devra néanmoins respecter le contenu de la convention tel que les parties l'ont voulu (principe de convention-loi voyez supra point 145) et respecter la foi due aux actes (prévus par les articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil), évitant donc d'adopter une interprétation qui serait inconciliable avec les termes de la convention. Il ne peut pas, sous couvert d'interprétation de l'acte, dénaturer celle-ci en méconnaissant le sens clair et précis d'un écrit. Le juge ne pourra s'écarter des termes apparemment clairs de l'acte que s'il peut le justifier par des faits extrinsèques à celui-ci.

¹ Voyez J. BRUCHER, N. THIELTGEN, M. BENA, « La protection juridique des intérêts du consommateur dans le Code civil », In Le Bicentenaire du Code Civil – une contribution luxembourgeoise, éd. Portalis (2008), p. 192 et s.

² Cour d'appel, 18 décembre 2003, n° 25187, BJJ, 2004, p. 45

179. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer à différentes reprises sur la signification à donner à la convention des parties, en interprétant les termes de celle-ci.

Dans une espèce une banque avait souscrit, pour le compte de plusieurs de ses clients, des parts dans une SICAV luxembourgeoise. Au moment de la souscription les certificats représentant les actions de la SICAV n'étaient pas encore disponibles. Aussi la banque demanda à la banque dépositaire de la SICAV d'émettre des attestations au porteur représentant les actions concernées et de remettre ces attestations à ses clients, en attendant la délivrance des actions. Le contenu des attestations était le suivant : « *B en tant que banque dépositaire de la sicav C, certifie que le détenteur de la présente Attestation est le propriétaire de [x] actions de la classe capitalisante, catégorie [...] du compartiment [...] de C, sicav. Ce certificat devra être échangé contre des certificats matériels au porteur après le 15 octobre 2000.* ». Les clients de la banque avaient ensuite donné en gage ces attestations à une autre banque. Dans l'intervalle la banque dépositaire avait crédité les actions de la SICAV sur le compte de la banque ayant souscrit les actions et refusait d'honorer les attestations. Pour ce faire elle prétendait notamment que l'attestation ne comprenait aucun engagement de sa part d'échanger les certificats contre des actions. A cet argument la Cour a répliqué que la volonté de la banque de s'engager à échanger les attestations contre les titres résultait des attestations qui, rédigées par la banque en sa qualité de banque dépositaire de la Sicav, avait ainsi pris l'engagement envers le détenteur auquel elle certifie la propriété des titres sous-jacents de les échanger après le 15 octobre 2000 contre des certificats matériels au porteur. A défaut d'un tel engagement la banque aurait pris le risque de tromper les détenteurs et une autre interprétation du document priverait l'attestation de tout effet utile. Pour la Cour, il est inadmissible qu'un professionnel du secteur bancaire puisse se retrancher derrière une prétendue ambiguïté de son propre texte pour se dégager de ses obligations. La Cour a donc ainsi interprété l'engagement de la banque dépositaire en recherchant la volonté réelle des deux parties au moment de l'émission des certificats, en exigeant une attitude de bonne foi de la part de l'émetteur de l'acte et en se fondant sur les termes précis de l'acte³.

Dans une autre espèce, la Cour d'appel était confrontée à l'interprétation à donner à une clause de garantie intégrée dans un contrat de vente d'actions d'une société. Les parties étaient divergentes quant à l'existence même d'une garantie conventionnelle. Pour prétendre à l'existence de la

³ Cour d'appel, 12 juillet 2006, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 56

garantie, le cessionnaire des actions invoquait certaines clauses du contrat qui étaient libellées comme suit : « *Le cessionnaire reconnaît avoir connaissance d'un litige opposant la société à M. C. Ce litige a fait l'objet d'un procès gagné en première instance par la société C.F. La partie cédante déclare qu'à l'exception de ce litige, la société C.F. n'est partie à aucune procédure devant quelque juridiction, tribunal ou arbitre que ce soit, engagée par ou contre des tiers, et notamment toutes administrations fiscales ou parafiscales ou de nature économique ou contre des actionnaires, susceptible de faire naître à l'encontre de la société des obligations non comptabilisées ni provisionnées, ou insuffisamment provisionnées aux comptes* ». « *Le cédant, en sa qualité d'actionnaire des filiales, fait les déclarations suivantes : les filiales ne sont redevables d'aucune somme au titre des impôts, droits, taxes et contributions de toute nature autres que celles mentionnées dans les documents financiers déjà transmis au cessionnaire* (...) ». Pour la Cour, ces déclarations devaient être interprétées comme constituant une garantie par laquelle la partie cédante garantissait la partie cessionnaire contre le résultat négatif d'un procès en cours au moment de la cession. Pour pouvoir prospérer dans son action, le cessionnaire devait donc prouver l'impact des procédures judiciaires en cours sur la valeur des actions au moment de la cession, ce qu'elle ne faisait pas⁴.

Dans une espèce relative à un contrat conclu par une autorité administrative, après adjudication publique, la Cour a fait une application extensive, selon nous, du principe qui prévoit que le juge peut s'écarter des termes apparemment clairs de l'acte en le justifiant par des faits extrinsèques à celui-ci. Le contrat type pour transport scolaire communale, remis aux divers soumissionnaires, mentionnait que le prix des transports scolaires à effectuer par l'adjudicataire était à indiquer en tant de francs par demi-journée ou journée entière, et non par semaine. Après plusieurs années, la commune avait contesté cette base de calcul facturée par l'adjudicataire et avait rompu le contrat. Devant les tribunaux, la Commune avait produit diverses attestations testimoniales qui établissaient que, quelques heures avant l'ouverture des offres, les deux concurrents furent informés que les prix des courses à faire étaient à indiquer par semaine et non par journée. C'était donc, pour la Cour, en connaissance de cause que l'adjudicataire avait indiqué son prix, même si elle n'avait pas précisé que c'était par semaine. Le fait que l'adjudicataire ait ensuite signé le contrat, qui ne prêtait pas à discussion quant au prix, prouvait qu'il était au courant du changement de position opéré par la Commune et qu'il acceptait la nouvelle situa-

⁴ Cour d'appel, 23 février 2005, DAOR, 2008, n° 88, p. 349 et note de D. DE GOBERT et J. KAYSER

tion. La Cour a également jugé que le fait que la Commune ait payé sans broncher pendant toute une année les factures établies par l'adjudicataire ne prouve pas que la Commune les avait acceptées, mais dénote tout au plus qu'elle a négligé son devoir de vérification le plus élémentaire⁵.

SECTION 2. LES PRINCIPES GUIDANT L'INTERPRÉTATION PAR LE JUGE

180. Le Code civil offre également au juge certains préceptes, qui vont le guider dans sa démarche, lorsqu'il va être amené à interpréter une convention.

Ces préceptes sont concentrés aux articles 1157 à 1164 du Code civil.

On considère au Luxembourg que ces préceptes ne sont en fait que des conseils donnés par le législateur au juge pour l'interprétation des conventions et non des règles absolues dont la méconnaissance pourrait donner ouverture à cassation⁶.

La jurisprudence fait rarement référence aux principes repris dans ces articles, même si elle en fait parfois application.

On retiendra notamment que les articles 1163 et 1164 du Code civil complètent le principe suivant lequel le juge qui interprète un acte doit rechercher l'intention réelle des parties, en précisant que le juge n'a pas à étendre la convention au-delà de ce que les parties avaient à l'esprit, mais que même si les parties n'ont envisagés qu'un seul cas dans leur acte, le juge pourrait étendre la portée de cet acte au-delà s'il estime que telle est l'intention des parties.

Les articles 1159 et 1160 du Code civil prévoient que les conventions peuvent être interprétées en se fondant sur l'usage ou en leur suppléant les clauses d'usage, même non exprimées. L'article 1161 du Code civil postule l'indivisibilité du contrat et prévoit qu'une convention doit donc s'interpréter en considérant l'ensemble de ses clauses.

181. L'article 1157 du Code civil prévoit que lorsqu'une convention peut être interprétée dans deux sens différents, il faut l'interpréter de manière à lui donner un effet. L'article 1158 du Code civil ajoute que les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière concernée par l'acte.

⁵ Cour d'appel, 19 octobre 2005, n° 29380, BJJ, 2006, p. 48

⁶ Cass., 18 juin 1987, Pas., 27, p. 117

La Cour a appliqué ce principe dans l'espèce précitée relative aux attestations représentatives des actions de la Sicav. Elle rappelle que la volonté de la banque de s'engager à échanger les attestations contre les titres résulte des attestations qui ne sauraient se comprendre autrement que dans le sens où la banque, émettrice et signataire, s'engage envers le détenteur à les échanger. Pour la Cour, une autre interprétation prive l'attestation de tout effet utile⁷.

La Cour d'appel a également fait, sans le mentionner, une intéressante application de ce précepte, dans deux espèces relatives à la vente d'une voiture et d'un terrain à bâtir. Les litiges portaient notamment sur l'interprétation à donner à une clause qui prévoyait que le vendeur n'était pas engagé par la signature de l'employé-vendeur et que le vendeur ne serait engagé qu'après la contre-signature du contrat par le gérant ou un fondé de pouvoir. Dans les deux affaires, la Cour a considéré que cette clause devait être interprétée comme signifiant que l'employé-vendeur avait le droit de négocier la vente sans pouvoir la conclure, la signature du contrat étant réservée aux gérants ou à un fondé de pouvoir. La Cour a donc jugé que cette clause ne devait pas être interprétée comme étant une condition suspensive purement potestative dans le chef du débiteur, ce qui aurait entraîné la nullité de l'obligation en application de l'article 1174 du Code civil⁸.

182. L'article 1162 du Code civil prévoit que, en cas de doute, le juge doit donner à la convention un sens favorable à la partie qui s'engage.

La jurisprudence actuelle a fait évoluer le principe repris à cet article.

Pour la Cour, l'article 1162 du Code civil est devenu progressivement un instrument d'interprétation des contrats d'adhésion, où le cahier des charges n'est pas le résultat d'une libre discussion des parties, mais est généralement imposé à l'adhérent par le rédacteur du contrat⁹.

L'article 1162 du Code civil signifierait alors que, en présence de clauses obscures ou ambiguës, il importe de protéger la partie la plus faible contre l'auteur du contrat, qui endosse une responsabilité particulière quant aux obscurités et lacunes que le contrat pourrait comporter.

Le contrat va donc s'interpréter contre le rédacteur de l'acte.

⁷ Cour d'appel, 12 juillet 2006, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 56

⁸ Cour d'appel, 13 février 2008, Pas., 34, p. 151 ; BJJ, 2008, p. 179 ; Cour d'appel, 27 avril 2005, Pas., 33, p. 70 confirmée par Cass., 4 mai 2006, n° 25/06

⁹ Cour d'appel, 13 février 2002, n° 24910 cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2008/5, p. 58

Il a ainsi été jugé que les clauses contractuelles d'exclusion reprises dans un contrat d'assurance, doivent être rédigées de manière claire, précise et non équivoque. Dans la mesure où c'est l'assureur qui rédige la police, une clause d'exclusion ambiguë doit être interprétée en faveur de l'assuré.

Dans une espèce, les conditions générales de la police d'assurance prévoyaient que la garantie n'était pas acquise pour les vols commis « *pendant une inoccupation des locaux lorsque celle-ci dépasse 30 nuits consécutives ou non dans une année d'assurance* ». L'assuré considérait que ce libellé ne lui permettait pas de déterminer les risques de vol effectivement couvert, alors qu'en prenant la clause dans son sens littéral, aucun vol ne serait couvert étant donné que le bureau concerné n'était jamais occupé la nuit. Le tribunal a considéré que cette clause devait s'interpréter comme signifiant que la garantie serait exclue si le vol avait eu lieu en cas d'inoccupation des lieux durant au moins 30 nuits et jours¹⁰.

Dans une autre affaire, le client d'une banque s'était vu délivrer des chèques de voyage. Le contrat signé par le client lors de la remise de ces titres prévoyait que la protection contre le vol ou la perte des titres se trouvait exclue lorsqu'il n'avait pas pris certaines précautions avant et après la perte. Pour le tribunal, le contrat d'achat de chèques de voyage est un contrat d'adhésion pré-rédigé par l'émetteur, qui doit donc être interprété en faveur du preneur des titres et contre l'émetteur. Les clauses d'exclusion de garantie doivent être limitées, le client devant se rendre compte exactement des risques dont la couverture lui est retirée. L'exclusion doit être clairement exprimée et il ne saurait être suppléé par voie de simple induction au silence du contrat. S'il y a un doute, il doit être levé en faveur de la garantie¹¹.

La Cour a eu l'occasion d'exprimer un principe similaire, dans l'espèce précitée relative aux attestations. Elle rappelle en effet qu'il est inadmissible qu'un professionnel du secteur bancaire puisse se retrancher derrière une prétendue ambiguïté de son propre texte pour se dégager de ses obligations¹².

Dans une affaire plus récente, la Cour a néanmoins exprimé les limites de cette règle. En l'espèce, un architecte reprochait aux premiers juges d'avoir, par une interprétation erronée des clauses du contrat, décidé qu'il n'avait droit qu'aux honoraires correspondant aux prestations réellement

¹⁰ Trib. Luxembourg, 31 janvier 2003, n° 73548

¹¹ Trib. Luxembourg, 18 mars 2004, n° 82988

¹² Cour d'appel, 12 juillet 2006, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 56

fournies et non à l'intégralité de ceux correspondant à la phase de prestation entamée. Il soutenait que, contrairement à ce qu'avaient retenu les premiers juges, le contrat était un contrat d'adhésion dont l'interprétation devait nécessairement se faire en faveur de la partie qui s'est vue imposer le contrat. A l'appui de cette affirmation, l'architecte soutenait qu'il n'avait eu aucune possibilité de négocier le contenu du contrat qui avait été préétabli par l'autre partie, laquelle jouissait d'une position de force. Pour débouter l'architecte de ses prétentions la Cour fait d'abord valoir qu'un contrat ne devient pas un contrat d'adhésion du seul fait qu'il a été préétabli par une partie, ni d'ailleurs du fait qu'un maître de l'ouvrage utilise dans les contrats conclus avec ses différents conseillers techniques les mêmes clauses générales. La Cour ajoute que, de toute façon, les contrats d'adhésion ne constituent pas une catégorie autonome, mais restent soumis au droit commun, les tribunaux devant seulement prendre soin de vérifier si l'adhérent auquel on veut opposer les clauses contenues dans le contrat type a été en mesure de les connaître au moment de contracter. En ce qui concerne les clauses litigieuses du contrat, l'architecte avait, par signature apposée sur le contrat, reconnu en avoir pris connaissance et accepté expressément les clauses y contenues.

Nous ne pouvons qu'approuver cette décision. Si les clauses du contrat expliquent clairement le mode de calcul des honoraires à payer à une partie, le bénéficiaire de ces honoraires ne va pas pouvoir prétendre, sous le couvert d'une interprétation du contrat et du caractère d'adhésion de celui-ci, en modifier le contenu¹³.

Les règles établies par le code civil en matière d'interprétation des contrats, et notamment celle énoncée à l'article 1162 qui exige qu'en cas de doute une convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation, ne sauraient s'appliquer en matière d'interprétation des textes normatifs, où il faut rechercher, en cas d'ambiguïté du texte, une interprétation rationnelle conforme à l'intention du ou des auteurs du texte¹⁴.

183. Certains autres préceptes ont été élaborés par la jurisprudence.

On considère ainsi que les clauses exorbitantes du droit commun doivent s'interpréter restrictivement.

Une clause de non garantie conclue dans un contrat de vente d'un véhicule d'occasion doit être suffisamment explicite et révélatrice de la

¹³ Cour d'appel, 10 janvier 2008, n° 30334, BJJ, 2008, p. 177

¹⁴ Cour Admin., 11 janvier 2011, n° 26998C, BJJ, 2012, p. 209

volonté des parties pour sortir ses effets. Tel n'est pas le cas de la clause qui précise uniquement que « *l'objet de la vente est cédé dans l'état où il se trouve à la date de ce jour* »¹⁵.

Pour le tribunal, la reconnaissance par le preneur d'un bon état locatif à son entrée ne peut avoir d'incidence que sur l'obligation de délivrance et non sur celle imposée au bailleur quant à son obligation d'entretien qui est permanente. En signant une clause d'acceptation des lieux dans leur état, le preneur renonce aux réparations de dégâts existants, tant à l'entrée en jouissance qu'au cours du bail, mais se réserve d'exiger les réparations nécessaires apparues sous l'occupation du preneur. En l'espèce, le contrat de bail stipulait que le locataire déclarait connaître parfaitement les lieux repris par lui en bon état et s'engageait à les remettre au propriétaire à la sortie dans un état semblable en tenant compte de l'usure normale. En acceptant cette clause le preneur a accepté les lieux dans l'état où ils se trouvaient, y compris les problèmes affectant l'enrouleur du grand volet et la vanne du radiateur du hall d'entrée. Leurs doléances actuelles relatives à l'existence de désordres au moment de la prise en possession des lieux ont été jugées mal fondées¹⁶.

184. La loi peut également prévoir expressément que certaines conventions doivent être interprétées restrictivement.

L'article 2015 du Code civil précise que « *le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ». On en déduit que l'article 2015 du Code civil pose le principe de l'interprétation stricte du cautionnement.

Dans un arrêt, la Cour d'appel a fort bien exprimé la démarche qui doit être ainsi suivie pour l'interprétation d'un acte de cautionnement.

Même lorsqu'une caution s'engage en des termes très larges, garantissant « *tout ce que le débiteur pourra devoir au créancier* », les juridictions conservent, malgré le caractère apparemment clair et précis de l'acte, un certain pouvoir d'interprétation. En effet, quelques généraux que soient les termes de l'acte de cautionnement, il n'arrive presque jamais qu'une personne entende cautionner absolument toutes les dettes d'un débiteur, sans restriction notamment quant à la nature des dettes ou quant à la durée de la garantie. La directive d'interprétation stricte de l'article 2015 du Code civil est à entendre en ce sens qu'il appartient aux juridictions d'interpréter l'acte de cautionnement en s'attachant à rechercher d'abord la volonté réelle des parties. Dès lors que cette volonté peut être découverte, elle est à

¹⁵ Cour d'appel, 25 octobre 2000, Pas., 31, p. 470

¹⁶ Trib. Luxembourg, 21 mars 2008, n° 113018, BJJ, 2008, p. 108

retenir, qu'elle soit favorable à la caution ou non. C'est uniquement en cas d'échec de cette recherche, partant au cas où elle laisse persister un doute quant à la volonté réelle des parties, que les juridictions doivent retenir celle qui donne au cautionnement son étendue minimum, le doute devant profiter à la caution plutôt qu'au créancier. Contrairement à ce qu'exige l'article 2015 du Code civil pour ce qui concerne la preuve de l'existence du cautionnement, les juridictions ne sauraient, dans la recherche de la volonté réelle des parties quant à l'étendue du cautionnement, être confinées à se référer à la volonté expresse, mais elles peuvent retenir toute donnée susceptible d'établir une volonté certaine, pouvant se fonder, outre sur les termes de l'acte de cautionnement, sur les circonstances qui l'ont précédé ou suivi. Ainsi, si un cautionnement rédigé en des termes généraux, couvrant toutes les dettes du débiteur, est souscrit à l'occasion de l'octroi d'un contrat déterminé, il peut y avoir un doute quant à la question de savoir si la caution a pu avoir conscience que la garantie fournie s'étend au-delà de ce contrat. Dans son arrêt, la Cour a jugé que la concomitance d'un acte de cautionnement général couvrant toutes sommes généralement quelconques, mais qui est d'un montant limité, avec un prêt du même montant que celui visé dans la mention manuscrite, peut faire apparaître comme étant équivoque la volonté de la caution de garantir des engagements autres que ce crédit. Au vu de ces éléments, et malgré le texte clair, précis et détaillé de l'acte séparé de cautionnement, libellant couverture de toutes dettes généralement quelconques du débiteur, il existe un doute sérieux et légitime quant à l'intention de la caution de vouloir couvrir l'ouverture de crédit au-delà des limites assignées à celle-ci au moment où le cautionnement a été accordé. Compte tenu de ce doute, et par application du principe de l'interprétation stricte posé par l'article 2015 du Code civil, la Cour a jugé qu'il y avait lieu de retenir que l'obligation couverte par le cautionnement consistait dans le seul premier crédit¹⁷.

Dans une autre affaire, la Cour a considéré que, par application de l'article 2015 du Code civil, le cautionnement d'une dette productive d'intérêts et d'autres accessoires ne s'étend à ceux-ci qu'à la condition que la caution s'y soit expressément engagée. A défaut, seul le principal est garanti¹⁸.

Les articles 2048 et 2049 du Code civil prévoient qu'une transaction doit être interprétée restrictivement.

La Cour a jugé que, dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation d'une transaction, le juge du fond pourra s'inspirer des règles générales

¹⁷ Cour d'appel, 27 octobre 2004, [LUMB, 2005, p. 1461](#)

¹⁸ Cour d'appel, 22 novembre 2006, *Pas.*, 33, p. 354

d'interprétation des contrats énoncées aux articles 1156 et suivants du Code civil. Toutefois, l'interprétation restrictive de la transaction signifie que, dans le doute, le juge doit décider qu'un élément de la contestation est resté en dehors de la transaction, au lieu de présumer qu'il est entré dans le champ de celle-ci. Aux termes des articles susvisés, les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris et que la renonciation à un droit ne se présume pas. Cette règle de l'interprétation restrictive de la transaction entraîne de nombreuses conséquences, mais se heurte cependant à certaines limites. D'une part le juge ne doit pas ajouter au texte de la transaction. D'autre part, si le texte n'est pas clair, il faut le prendre dans son sens le plus étroit. Si le libellé de la transaction intervenue entre une banque et un ex-employé prévoit que celle-ci est limitativement liée au contrat de travail ayant existé entre parties, la transaction ne va pas concerner le contrat de prêt et la garantie locative demandée par la banque, même si l'ex-employé a obtenu des conditions avantageuses en raison de son état de salarié à l'égard de la banque¹⁹.

L'article L.211-2(2) du Code de la consommation prévoit qu'en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut (sauf dans la cadre de l'action en cessation institué par cette législation).

L'obligation de loyauté dans le contrat commande que celui-ci soit présenté et rédigé de manière claire et compréhensible pour le consommateur moyen²⁰.

SECTION 3. LA QUALIFICATION DU CONTRAT PAR LE JUGE

185. Le juge amené à interpréter un contrat va parfois devoir le qualifier ou le requalifier.

Un contrat peut ne pas avoir été qualifié par les parties, ou avoir été mal qualifié par celles-ci. Le juge n'est en principe pas lié par la qualification que les parties ont donnée à leur relation contractuelle, même s'il devra agir avec plus de prudence s'il décide de modifier la qualification décidée par les parties.

Lorsqu'il est amené à qualifier une convention, le juge va examiner les différents éléments qui caractérisent le contrat qui lui est soumis.

¹⁹ Cour d'appel, 1 juin 2005, n° 29547, BJJ, 2005, p. 160

²⁰ Cour d'appel, 5 mai 2010, Pas., 35, p. 187

Le tribunal a rappelé ces principes. Lorsque les parties sont en désaccord sur la nature du contrat, le juge peut qualifier l'accord des volontés, voire requalifier une convention improprement nommée par les parties. 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 voulu²¹.

Il n'appartient pas aux parties de qualifier leur contrat afin de le soumettre au régime juridique qu'elles souhaiteraient. C'est au juge qu'il incombe de procéder à la qualification juridique des relations contractuelles, d'après leur contenu réel²².

186. Dans quelques affaires le juge a ainsi requalifié un contrat que les parties avaient mal qualifié.

Dans une espèce, un promoteur avait signé un contrat qualifié de contrat d'entreprise avec des particuliers pour un immeuble à construire. Ce contrat qualifiait le client de « maître de l'ouvrage » et le promoteur de « constructeur ». Un litige était né entre les parties et les clients sollicitaient que le contrat soit déclaré nul pour ne pas avoir respecté le formalisme imposé par l'article 1601-5 du Code civil, applicable au contrat de vente d'immeuble à construire. La Cour a donc analysé la convention des parties afin de qualifier le contrat. Elle a d'abord rappelé que la notion d'entreprise suppose une commande de l'ouvrage à l'entrepreneur. Lorsque l'ouvrage est déterminé par le constructeur dans toutes ces caractéristiques, qu'il promet de livrer l'ouvrage qu'il a lui-même déterminé d'après ses propres plans et qu'il n'est pas au pouvoir du client de le modifier, le contrat n'est pas un contrat d'entreprise mais un contrat de vente d'un immeuble en état futur d'achèvement, au sens de l'article 1601-1 du Code civil. En l'espèce, la Cour a constaté que le contrat avait pour objet la construction d'un immeuble exécuté conformément aux plans préétablis par le promoteur et qui étaient annexés à la convention. Elle a donc jugé que le contrat était bien un contrat de vente²³.

²¹ Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 112664, BJJ, 2008, p. 90

²² Cour d'appel, 10 février 2010, Pas., 35, p. 153 ; JTL, 2011, p. 48 ; Cour d'appel, 4 mars 2009, DAOR, 2011, n° 100, p. 485 ; Pas., 34, p. 442 ; JTL, 2010, p. 61 ; BJJ, 2009, p. 106 ; Cour d'appel, 6 avril 2006, n° 29286 cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2008/3, p. 51

²³ Cour d'appel, 6 avril 2006, n° 29286 cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2008/3, p. 51. Sur la problématique voyez également Cass., 31 mars 2011, n° 2836, BJJ, 2011, p. 35 ; Cour d'appel, 24 mars 2010, JTL, 2011, p. 101 ; Trib. Diekirch, 9 juin 2009, n° 12677, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2010/6, p. 119. Pour un cas où le juge a confirmé la qualification de cession de droit relatif à immeuble à construire,

Dans une autre affaire, la Cour a requalifié un contrat dans lequel les parties avaient renvoyé aux règles applicables à la vente. Elle a considéré que le juge devait qualifier ce contrat de contrat d'entreprise générale -et donc un louage d'ouvrage- dont le propre est de conférer pleins pouvoirs au promoteur, ne disposant ni de l'infrastructure ni de la main-d'œuvre nécessaire pour procéder, par ses propres services, à la construction convenue et pour faire exécuter celle-ci par le biais de sous-traitants sur qui le promoteur aura seul autorité²⁴.

Dans une autre espèce, les parties avaient signé un contrat qualifié expressément de vente d'immeuble. Le vendeur avait néanmoins restitué le prix de la vente à l'acheteur juste après l'opération. La Cour a d'abord rappelé que pour qu'il y ait une vente, il fallait que le transfert de propriété du bien vendu soit fait en contrepartie du paiement d'un prix. La vente sans prix n'est pas valable. Mais, a précisé la Cour, la vente à prix fictif peut dissimuler une donation si la partie venderesse est animée par une intention libérale. Cette donation déguisée est valable s'il y a apparence d'acte à titre onéreux, que les formes requises par la loi pour la validité de cet acte à titre onéreux soient respectées et que les règles de fonds des donations sont observées. En l'espèce, la Cour a déduit des circonstances de l'espèce que l'immeuble avait fait l'objet d'une donation et donc que le contrat qualifié de vente devait être requalifié²⁵.

La Cour a également été confrontée à la requalification d'un contrat de prestation de service conclu entre un bureau d'architecture et un architecte. Les uns prétendaient à la conclusion d'un contrat de travail, les autres d'un contrat d'entreprise. Pour la Cour, le lien de dépendance caractérisant le contrat de travail peut s'induire de divers indices ayant une force probante plus ou moins prononcée comme, de première part, le pouvoir du bénéficiaire de la prestation de travail de donner des ordres et directives quant aux modalités d'exécution du travail et de décider unilatéralement des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du travailleur, tels l'horaire de travail, les congés, le lieu d'exécution du travail, la fourniture de matériel de travail, les délais d'exécution et de deuxième part, le pouvoir de contrôle régulier de l'exécution des tâches et celui de prendre des sanctions disciplinaires, respectivement l'obligation du travailleur de rendre compte régulièrement de son activité, et de troisième part, une rémunération périodique fixe et la dépendance économique. Des difficul-

et rejeté celle de vente d'un immeuble à construire voyez Cour d'appel, 10 février 2010, JTL, 2011, p. 48 ; Pas., 35, p. 153 ;

²⁴ Cour d'appel, 13 juillet 2005, n° 27658, BJL, 2005, p. 191

²⁵ Cour d'appel, 22 novembre 2006, Pas., 33, p. 346

tés de décider de l'existence d'un contrat de travail surgissent en présence de travailleurs relevant habituellement, comme c'est le cas de l'architecte, d'une profession libérale. Ceux-ci, de même que, plus généralement les travailleurs de haute technicité, jouissent, en principe, dans l'accomplissement de leur tâche, d'une réelle indépendance de jugement inhérente à la nature de leur fonction. Dans ce cas, le lien de subordination se vérifie surtout au niveau de la détermination des conditions de travail, et de la répartition des tâches journalières. En l'espèce, la Cour a donc tenté de déterminer si les contraintes imposées à l'architecte dans l'exécution du travail réduisent son autonomie d'action dans une mesure assez large pour en faire un salarié. Elle a jugé qu'il n'en était pas ainsi, en se fondant sur le fait que les parties contractantes avaient l'intention de ne pas soumettre l'architecte aux contraintes du droit du travail, du droit fiscal et de la sécurité sociale, qu'il ressortait des relevés mensuels que l'architecte n'était pas assujéti à un horaire régulier, ni astreint à une obligation de présence continue au bureau, qu'il n'était pas défendu à l'architecte de traiter des projets personnels, sauf à en faire apport au bureau d'architecture contre une rémunération correspondant à l'importance des projets, et qu'il était rémunéré de ses prestations ordinaires selon les vacations horaires effectivement prestées²⁶.

Dans une autre affaire, le tribunal a été saisi d'un litige dans lequel le prestataire prétendait qu'il était mandataire indépendant de la société, qui, elle, soutenait que les parties étaient liées par un contrat de travail. Le juge a rappelée que l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité en question. Il a ensuite précisé que la qualification de salarié suppose que le directeur ou le gérant, à la différence d'un mandataire social indépendant, exerce ses fonctions dans le cadre d'un rapport de subordination qui caractérise le contrat de travail. La caractéristique du contrat de louage de service réside dans le fait que celui qui met son activité au service d'un autre se trouve, à l'égard de celui-ci, dans un rapport de subordination et se place sous l'autorité d'un employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie le résultat. La preuve du contrat de travail peut résulter d'un ensemble d'éléments qui constituent des présomptions précises et concordantes faisant conclure à l'existence d'un lien de subordination. Le juge doit rechercher la nature juridique du contrat et vérifier si les

²⁶ Cour d'appel, 25 juin 2008, n° 31844, BJJ, 2008, p. 143

modalités d'exécution de la convention se caractérisent par l'existence ou l'absence d'un lien de subordination. En l'espèce, c'est le prestataire qui se prévalait de l'existence d'un mandat et non d'un contrat de travail, et à qui il incombait donc de prouver que celui-ci avait été mal qualifié. Le tribunal a considéré qu'il n'y a pas lieu à requalification du contrat, dans la mesure où le prestataire avait signé un contrat dénommé « Arbeitsvertrag » et/ou « Anstellungsvertrag » selon lequel il s'engageait notamment à « seine Pflichten unter Beachtung der jeweiligen gesetzlichen Vorgaben, sowie der Satzung der Gesellschaft (...) und den Geschäftsordnungen (...) zu erfüllen », qu'il était affilié au Centre Commun de la Sécurité sociale, touchait un salaire fixe payé mensuellement, qu'il était indiqué sur sa fiche de salaire qu'il exerçait la fonction de CEO et était employé, et qu'il a continué à toucher, après la résiliation de son contrat et à titre de préavis, sa rémunération jusqu'en juin 2010²⁷.

La Cour a requalifié un contrat d'échange en contrat de vente. En l'espèce, une ville et une société avaient conclu un contrat par lequel la ville échangeait une maison d'habitation contre un terrain appartenant à la société et le paiement d'une soulte. La soulte était cependant de trois fois supérieure à la valeur du terrain. La Cour a rappelé que l'échange était un contrat par lequel les parties conviennent de se donner réciproquement une chose pour une autre, et qui s'opère donc à propos de biens qui sont de valeurs sensiblement égales. Lorsque la soulte est élevée, le contrat ne restera un échange que si la soulte n'apparaît pas comme l'objet principal du contrat. En l'espèce, la Cour a déduit de l'ensemble des éléments du dossier, et principalement de la disproportion de la valeur des biens donnés en échange et de l'importance de la soulte versée, que les parties avaient en fait entendu réaliser une opération de vente, et que la qualification d'échange donnée au contrat avait pour objectif de faire échec au droit de préemption du coindivisaire de la maison²⁸.

187. Dans d'autres cas, le juge a, pour trancher le différend, qualifié lui-même la situation créée par les parties.

Le tribunal a ainsi procédé à la qualification de la situation juridique dans laquelle se trouvaient les parties à la suite de la cession d'un bail. En l'espèce, un locataire avait cédé son bail à un autre locataire. Le bailleur avait néanmoins refusé cette cession et le tribunal avait donc constaté que la cession lui était inopposable. Pour le tribunal la simple occupation des lieux par le nouvel occupant et le virement régulier des « loyers » pendant

²⁷ Trib. Luxembourg, 5 mai 2011, n° 133826, BJJ, 2011, p. 146

²⁸ Cour d'appel, 7 janvier 2009, Pas., 34, p. 367

6 mois ne permettaient pas de conclure à l'existence du bail et le nouvel occupant a donc été considéré comme occupant des lieux à titre précaire²⁹.

Dans une autre espèce, une partie avait occupé l'appartement, propriété de l'autre partie, d'abord pendant la procédure de divorce, ensuite encore pendant plus de deux ans, en l'entretenant et payant les charges. Le juge devait aussi qualifier les relations existantes entre parties. Le tribunal a rappelé que le bail était un contrat 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 lui payer. La simple occupation ne s'identifie dès lors pas nécessairement avec l'existence d'un bail, même si elle s'est poursuivie pendant une longue durée. En l'espèce, aucun élément de la cause ne permettait de déduire la volonté de concéder un bail et le tribunal a qualifié les relations entre parties d'occupation précaire, valant jusqu'à la révocation³⁰.

Dans une affaire où les parties n'avaient pas qualifié leur relation, le tribunal a constaté que l'objet de la convention consistait dans la fourniture et la pose par le professionnel de plaques de marbre dans la demeure des clients. Le contrat consistait donc à fournir à la fois la matière et la main d'œuvre et a alors été qualifié de louage d'ouvrage, et non pas de vente³¹.

Une problématique proche s'est posée dans un autre dossier, dans lequel un commerçant avait été autorisé, par un contrat qualifié de « mise à disposition d'un espace commercial » d'une durée de 2 ans, à installer un point de vente dans la galerie marchande d'un centre commercial. Pour qualifier la relation contractuelle liant les parties, le tribunal a précisé que, conformément à l'article 1709 du Code civil, le louage de chose est un contrat 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 lui payer. La convention d'occupation précaire, en revanche, est un contrat innommé qui se caractérise par la fragilité des droits de l'occupant dont l'installation n'est que provisoire, la fin des relations contractuelles étant soumise, soit à la volonté du propriétaire, soit à l'arrivée d'un évènement précis, soit à la conjonction de ces deux éléments (par exemple, par l'expropriation, la démolition, ou la vente prochaine du bien). Elle n'est pas exclusive du paiement d'une redevance. Elle se reconnaît à ce qu'elle permet au « pseudo-bailleur » de faire cesser à tout moment l'occupation,

²⁹ Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 112664, BJL, 2008, p. 90

³⁰ Trib. Luxembourg, 16 février 2007, n° 106239, BJL, 2007, p. 66

³¹ Trib. Luxembourg, 11 juillet 2001, n° 64903, cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2008/1, p. 41

à son gré. En l'espèce, le tribunal a déduit des éléments du contrat que le gestionnaire de la galerie et l'occupant avaient, dès le départ, entendu se lier durablement, en permettant à l'occupant d'installer et d'exploiter dans l'hypermarché un point de vente, même si l'emplacement de ce point de vente n'était pas encore définitif. L'élément de la précarité ou de la fragilité des droits de l'occupant faisant défaut, le juge a considéré que les parties étaient liées par un bail commercial³².

Dans une autre affaire, c'est la nature du contrat concernant la livraison d'une pelle à godet qui était en question. La partie qui avait livré la pelle prétendait à un contrat de vente et celle qui avait commandé la pelle prétendait qu'elle avait conclu un contrat d'entreprise. Le tribunal a retenu que le godet de déversement litigieux ne répondait pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par le fabricant, mais que le contrat portait sur un travail spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers exprimés par le client et qu'il était dès lors à qualifier de contrat d'entreprise³³.

La Cour a aussi été amenée à qualifier la nature de l'engagement qui pouvait résulter de la signature par un employeur et son salarié d'un document « solde de tous comptes ». Pour la Cour, le reçu pour solde de tout compte se distingue de la transaction, qui est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation née de l'exécution ou de la résiliation du contrat de travail, en se consentant des concessions réciproques. A la différence du reçu pour solde de tout compte, la transaction suppose en principe qu'une négociation a précédé la signature du salarié. Le reçu pour solde de tout compte, délivré par le salarié à son employeur lors de la résiliation ou de l'expiration de son contrat de travail, libère l'employeur du paiement des salaires, traitements ou indemnités envisagés au moment du règlement du compte³⁴.

La Cour a également eu l'occasion de se pencher sur la qualification à donner à un contrat conclu avec un agent immobilier. L'agent avait conclu la vente de l'immeuble pour ses clients et prétendait à la perception d'une commission pour l'exécution de sa mission. Les clients s'y opposaient en invoquant le fait que le contrat d'agence ne renfermait pas de clause par laquelle ils habilitaient l'agent à conclure un contrat en leur nom. Afin de déterminer la qualification à donner au contrat d'agence, la Cour a d'abord rappelé que lorsque l'agent avait pour seule mission de rechercher un cocontractant pour son client, d'entreprendre des démarches en vue de

³² Trib. Luxembourg, 23 mai 2008, n° 114349, BJJ, 2008, p. 129

³³ Trib. Luxembourg, 12 mars 2009, n° 107903, BJJ, 2009, p. 108

³⁴ Cour d'appel, 29 mai 2008, n° 32628, BJJ, 2008, p. 171

la vente du bien, sa mission consistait à poser des actes matériels et on se trouvait alors en présence d'un contrat d'entreprise. En revanche, s'il a pour mission de conclure un acte juridique au nom de son client, il est le mandataire de son client. En l'espèce, le compromis avait été signé entre les parties sur le papier à en-tête de l'agent et la Cour en a déduit que les clients avaient donc reconnu l'intervention de l'agent dans la conclusion du contrat, et sa qualité de mandataire³⁵.

La Cour a aussi été amenée à qualifier un document accordant à un agent immobilier « une option de vente exclusive et irrévocable d'une durée de six mois (...) », portant sur une maison et au prix fixé de 25.000.000 LUF. Les parties étant en désaccord sur la nature de l'acte, la Cour a constaté que le client n'avait pas, par ce document, expressément donné à l'agent un pouvoir de le représenter pour la vente de l'immeuble. Elle a alors décidé que le contrat devait être qualifié de louage d'ouvrage et non de mandat³⁶.

La Cour a également jugé que la substitution d'un tiers dans un contrat ne constitue pas une cession de créance. Lorsque la cession concerne un contrat elle entraîne une substitution de contractant, entre le cédant et le cessionnaire, à laquelle le cédé est demeuré totalement étranger. Un tel mécanisme juridique constitue une cession de contrat qui peut se définir comme étant l'acte ayant pour objet le remplacement d'une partie par un tiers dans un rapport contractuel. La cession de contrat transmet la qualité de contractant, avec tous les droits et toutes les obligations qui y sont attachés. Elle est plus vaste qu'une cession de créance, une cession de contrat pouvant englober une cession de créance³⁷.

La Cour a encore été amenée à qualifier un accord intervenu entre deux concubins avant mariage, qui avaient fait ériger une construction sur le terrain appartenant à l'un d'eux, avant de rompre. Un de concubins prétendait que les parties avaient conclu un contrat de société. La Cour a refusé de confirmer cette interprétation des accords. Pour elle, l'existence d'une société créée de fait entre concubins exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, à savoir l'existence d'apports, quelle que soit leur forme, l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes et l'affectio societatis. Or, en l'espèce, la mise en commun de moyens pour la construction de la maison s'expliquait par le projet de mariage des parties,

³⁵ Cour d'appel, 4 juin 2009, n° 32849, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2010/6, p. 118

³⁶ Cour d'appel, 2 février 2006, Pas., 33, p. 194

³⁷ Cour d'appel, 4 mars 2009, DAOR, 2011, n° 100, p. 485 et note O. POELMANS et H. ARVIS, Pas., 34, p. 442 ; JTL, 2010, p. 61 et note D. HIEZ ; BJJ, 2009, p. 106

la maison à construire devant servir de domicile conjugal, et non par la volonté de réaliser et de partager un quelconque bénéfice. L'esprit de lucre qui caractérise la société faisait donc défaut³⁸.

Dans une autre affaire, les parties étaient différentes à propos de l'existence d'une société de fait entre elles. Le premier juge avait qualifié la relation de contrat de société en constatant que les parties avaient mis en commun un certain nombre d'apports en numéraire et en industrie, avaient exercé une activité commerciale sous une enseigne commune pendant 6 années et avaient partagé les bénéfices. La Cour a néanmoins reformé ce jugement et rejeté l'existence d'une société, en considérant qu'il n'était pas établi qu'il y avait entre les parties une véritable *affectio societatis*, ni qu'il y avait un véritable apport en société dans une proportion qui pourrait être retracée, ni encore qu'il y aurait eu une véritable participation aux résultats de l'exploitation commerciale³⁹.

³⁸ Cour d'appel, 27 octobre 2004, Pas., 32, P. 619 ; voyez également Cour d'appel, 20 mai 2009, n° 34091, BJJ, 2009, p. 140 ; Cour d'appel, 22 mars 2006, Pas., 33, p. 244

³⁹ Cour d'appel, 15 juillet 2008, n° 33173, BJJ, 2008, p. 159

CHAPITRE VIII. L'INEXÉCUTION DES CONTRATS

SECTION 1. L'EXÉCUTION FORCÉE DU CONTRAT

195. La partie victime de l'inexécution du contrat peut solliciter du juge qu'il ordonne l'exécution forcée de la convention. Nous développerons les principes applicables en la matière dans la partie relative à l'exécution des obligations (infra points 522 et s.).

SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

195.1. La partie qui n'exécute pas son obligation peut également engager sa responsabilité contractuelle et être condamnée au paiement de dommages et intérêts à l'égard de son cocontractant.

Nous ne développerons que brièvement les principes applicables en matière de responsabilité contractuelle dans le présent ouvrage. Pour plus de détail nous nous permettons de renvoyer le lecteur à l'ouvrage de M. G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et publiques », 2^{ème} éd (2006), éd. Pasicrisie, p. 360 et s. et à G. RAVARANI, « Chronique de jurisprudence en matière d'indemnisation du dommage (avril 2012) », Pas., 35, p. 288 et s.

Le cocontractant victime de l'inexécution de la convention peut donc demander à obtenir la réparation de son dommage par le versement de dommages et intérêts (article 1147 du Code civil).

Pour que la responsabilité soit contractuelle, il faut d'abord qu'il existe un contrat valable conclu entre l'auteur et la victime du dommage.

Il faut également que le débiteur défaillant n'ait pas exécuté une obligation née du contrat. Peu importe que cette inexécution soit volontaire ou non, qu'elle soit totale ou partielle, qu'elle résulte de l'exécution défectueuse ou tardive de l'obligation, ou que la faute soit lourde ou légère.

Pour pouvoir engager la responsabilité contractuelle du débiteur, le créancier doit prouver que ces conditions sont remplies. Pour déterminer si le débiteur est effectivement responsable, il va falloir se demander à quoi il était tenu, et comparer le contenu de cette obligation avec son comportement.

La preuve de l'inexécution de l'obligation contractuelle va varier selon que l'obligation du débiteur est de moyen ou de résultat (voyez supra points 6 à 10).

On est en présence d'une obligation de résultat lorsque le débiteur est tenu par le contrat d'atteindre un certain résultat. Dans ce cas, le créancier peut mettre en jeu la responsabilité du débiteur en établissement simplement que le résultat convenu n'a pas été atteint. Le débiteur ne peut se libérer qu'en prouvant que cette non obtention du résultat est due à une cause étrangère constitutive de force majeure.

Si l'obligation est de moyens, le débiteur est simplement obligé de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour aboutir au résultat souhaité par les parties. Dans ce cas, le créancier ne peut engager la responsabilité contractuelle du débiteur que s'il prouve que le débiteur n'a pas mis tous ces moyens en œuvre, et a partant commis une faute.

Le débiteur va engager sa responsabilité contractuelle pour toute inexécution du contrat qui lui est personnellement imputable. Il sera également responsable du fait d'autrui, respectivement des personnes qu'il a choisi de faire intervenir dans l'exécution du contrat. Le débiteur sera encore responsable des dommages provoqués par la chose qu'il a utilisée pour l'exécution de la convention.

La responsabilité contractuelle ayant pour objet de réparer le dommage causé par l'inexécution du contrat, la victime va devoir prouver qu'il a subi un préjudice.

Conformément au droit commun, le préjudice n'est réparable que s'il est légitime et certain. La victime qui établit que l'inexécution du contrat a provoqué la perte d'une chance, et que cette chance était réelle et légitime, pourra demander à en être indemnisé.

Le débiteur n'est, de plus, tenu que de la réparation du dommage qui était prévisible lors de la formation du contrat. L'engagement contractuel du débiteur ne s'étend qu'à la réparation du préjudice prévisible, compte-tenu de ce qui est normalement attendu dans le contrat considéré. Il n'en ira autrement que si le débiteur n'a volontairement pas exécuté le contrat (dol) (article 1150 du Code civil).

Le montant des dommages et intérêts que le créancier de l'obligation inexécuté peut réclamer doit permettre de compenser son préjudice morale comme son préjudice matériel. Ce préjudice matériel tient à la fois de la parte subie (le *damnum emergens*) et du gain manqué (*lucrum cessans*) à la suite de l'inexécution du contrat (article 1149 du Code civil).

L'obligation pour le créancier de prouver l'étendue de son préjudice connaît des exceptions. On retiendra notamment que le débiteur tenu du retard dans le paiement d'une somme d'argent, ne doit payer à titre de dommages et intérêts moratoires que les intérêts de retard au taux légal à compter de la mise en demeure (article 1153 du Code civil).

Pour certains cette preuve de l'existence d'un préjudice connaît une autre exception. Lorsque l'obligation inexécutée est une obligation de ne pas faire, l'auteur du manquement doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention (article 1145 du Code civil) ¹.

La victime de l'inexécution du contrat devra encore prouver qu'il existe un lien de causalité entre l'inexécution et le préjudice dont il se prévaut. La réparation ne doit en effet comprendre que ce qui est la suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention (article 1151 du Code civil).

Au Luxembourg, en application de la théorie de la causalité adéquate, il faut, pour déterminer s'il existe un lien causal entre l'inexécution du contrat et le préjudice, rechercher l'importance de chaque cause ayant entraîné le dommage et de ne retenir la responsabilité du débiteur qui a inexécuté le contrat que si cette inexécution est la cause adéquate et décisive du préjudice invoqué par le créancier.

Les parties à un contrat peuvent aménager conventionnellement par avance la réparation du préjudice qu'elles pourraient être amenées à se causer.

Elles peuvent ainsi limiter ou exclure la responsabilité contractuelle encourue en cas d'inexécution du contrat par une partie, en intégrant dans le contrat une clause d'exonération de responsabilité.

Ce droit connaît des limites. Certains textes de loi prohibent ou encadrent les clauses de responsabilité dans des contrats particuliers. C'est ainsi que dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, une clause excluant ou limitant la responsabilité du professionnel en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résul-

¹ Pour deux cas d'application voyez Trib. Luxembourg, 20 mars 2009, n° 111538 ; Trib. Luxembourg, 5 décembre 2008, n° 96095, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 51, qui précisent que lorsque le créancier de l'obligation ne prouve pas avoir subi un préjudice effectif du fait de la violation de cette obligation de ne pas faire, la réparation sera purement symbolique et évalué à 1 €.

tant d'un acte ou d'une omission du professionnel, est abusive et nulle (article L.211-3.21 du Code de la consommation).

Une clause d'exonération de responsabilité ne peut également pas exonérer une partie au contrat de son dol (à savoir l'inexécution volontaire du contrat) ou de sa faute lourde (la faute lourde consiste en une négligence grossière que l'homme le moins averti ne commenterait pas dans la gestion de ses propres affaires ²).

Une clause d'exonération ne peut pas non plus valablement aboutir à vider le contrat de son contenu. Elle ne peut pas avoir pour effet d'autoriser une partie à ne pas exécuter une obligation essentielle du contrat. Une clause d'exonération de responsabilité qui porterait ainsi atteinte à la substance du contrat et le viderait de sa substance est à considérer comme inefficace, voire nulle.

Les parties au contrat peuvent également convenir d'une clause pénale. La clause pénale est une évaluation conventionnelle et forfaitaire des dommages et intérêts contractuels qu'une partie devra payer à l'autre en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles (article 1226 du Code civil).

Le juge peut modérer ou augmenter le montant de ces dommages et intérêts convenu, si ceux-ci sont manifestement excessifs ou dérisoires (articles 1152 al. 2 et 1231 du Code civil – voyez supra point 136).

SECTION 3. LE DROIT DE RÉTENTION

196. Le droit de rétention permet à un créancier impayé de retenir la chose qu'il devait livrer tant que sa créance, liée à cette chose, reste impayée.

Pour qu'une personne puisse faire valoir son droit de rétention il faut donc que la chose retenue soit un objet corporel, dans le commerce et aliénable. Il faut également qu'il dispose d'une créance certaine, liquide et exigible contre le propriétaire de la chose retenue. Il faut enfin qu'il existe un lien de connexité entre cette chose et la créance impayée.

Le droit de rétention ne peut s'exercer que sur la chose appartenant au débiteur ³.

² Cour d'appel, 27 janvier 2005, DAOR, 2006, n° 79, p. 271, et note O. POELMANS et A. DEOME

³ Cour d'appel, 21 juin 2006, n° 29783

Par l'effet du droit de rétention, une partie va donc pouvoir suspendre l'exécution de son obligation de restitution et cela tant que l'autre partie n'aura pas payé sa dette.

Ce droit de rétention est opposable aux tiers, qui vont donc devoir souffrir du fait que le créancier retient le bien.

197. C'est ainsi que la jurisprudence a reconnu aux experts comptables le droit de retenir, tant qu'ils n'ont pas été réglés de leurs honoraires, non seulement les documents comptables qu'ils avaient établis pour leur client, mais tous les documents qu'ils détiennent, y compris ceux, appartenant à leur client, leur remis en communication⁴.

Il faut uniquement pour cela que la détention et la créance aient leur source dans un même rapport juridique. La contestation de la créance par le client ne suffit pas à rendre ce droit de rétention inopérant⁵. Il a cependant été jugé qu'une fiduciaire ne pouvait pas retenir les documents comptables d'un client lorsque ce client avait payé les prestations faites en relation avec les années fiscales pour lesquelles la restitution était réclamée⁶.

De même, l'avocat a un droit de rétention sur tous les actes de procédure et sur tous les documents obtenus par son travail ou à ses frais, jusqu'au paiement de ce qui lui est dû. Il a, par contre, été décidé que l'avocat ne pouvait pas exercer son droit de rétention sur le dossier pénal qui a été délivré par le Parquet et qui est constitué de pièces qui ne résultent pas de son travail⁷.

Le syndic d'une copropriété se voit également reconnaître un droit de rétention sur les pièces et documents comptables du syndicat des copropriétaires, pour le paiement de ses honoraires. Il peut retenir tous les documents de la copropriété et les décomptes se rapportant à l'exercice pour lequel il prétend ne pas avoir été payé. Ce droit de rétention ne pourra pas être exercé afin de forcer le syndicat des copropriétaires à lui accorder le quitus pour sa gestion⁸.

198. Le créancier qui exerce son droit de rétention reste néanmoins tenu de certaines obligations par rapport à la chose retenue.

⁴ Cour d'appel, 27 janvier 2004, n° 28061

⁵ Trib. Luxembourg (ref.), 11 octobre 2002, n° 76351

⁶ Cour d'appel, 8 février 2000, Pas. 31, p. 352

⁷ Trib. Diekirch (ref.), 3 juin 2003, n° 120/2003

⁸ Trib. Luxembourg (ref.), 29 juin 2001, n° 582/2001 ; JP Luxembourg, 4 février 2002, rep. fisc., 629/02 ; G. KRIEGER, « La copropriété », 3^{ème} éd. (2011), éd Portalis, p. 147-148

La Cour d'appel a eu l'occasion de rendre deux décisions sur ce point. Ces décisions ont été prononcées à propos du droit de rétention du créancier gagiste, visé à l'article 2082 du Code civil, mais les principes dégagés s'appliquent à tout créancier qui fait valoir un droit de rétention.

Dans la première espèce, la Cour rappelle que le droit de rétention a pour effet d'opérer un dessaisissement du débiteur qui ne saurait plus poser aucun acte de disposition quant aux biens donnés en nantissement (en l'espèce, des actions).

Compte tenu du droit de rétention existant au profit du créancier, et de l'obligation corrélative de conservation, le créancier ne saurait pas non plus être admis à soutenir ne pas avoir eu à mettre en œuvre ses propres mécanismes de surveillance interne et à prétendre qu'il n'existait aucune obligation à sa charge d'avertir le client de la chute des cours ni même de prendre des mesures utiles en vue d'endiguer le dépérissement du bien. La Cour a donc considéré que, en agissant de la sorte, le créancier avait engagé sa responsabilité à l'égard du débiteur⁹.

Dans la seconde espèce, la Cour a apporté une nuance à ce principe. Les parties peuvent convenir contractuellement qu'il revient au débiteur de veiller à la conservation du bien. Cette clause est valable et met donc à charge du débiteur l'obligation de prendre des mesures utiles en vue d'endiguer le dépérissement du bien, éventuellement en donnant des instructions à ce sujet au créancier¹⁰.

SECTION 4. **L'INEXÉCUTION À LA SUITE D'UN CAS DE FORCE MAJEURE**

199. L'inexécution d'une obligation contractuelle peut trouver sa source dans un cas de force majeure.

Il y a force majeure lorsqu'un évènement imprévisible, irrésistible et extérieur au débiteur empêche l'exécution de la convention par une (ou les) parties¹¹.

En matière contractuelle, l'imprévisibilité de l'évènement va s'apprécier au jour de la formation du contrat.

⁹ Cour d'appel, 6 février 2003, Bull. Dr. et Banque, 2003, n° 34, p. 69 ; BJJ, 2003, p. 63 et note Y. PRUSSEN

¹⁰ Cour d'appel, 22 janvier 2003, n° 23568, BJJ, 2003, p. 85

¹¹ Voyez également G. RAWARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasirisie, 2006, p.751 et s., n° 971 et s.

L'irrésistibilité, quant à elle, impose que l'exécution de l'obligation contractuelle soit totalement et définitivement impossible¹². Si la force majeure provoque une impossibilité temporaire d'exécuter le contrat, les obligations des parties ne vont pas être éteintes par force majeure, mais vont être temporairement suspendues.

L'extériorité signifie que le cocontractant ne va jamais pouvoir invoquer son propre fait, ou celui d'une personne dont il est responsable, pour se prétendre libéré de ses engagements.

200. Lorsque le contrat est un contrat unilatéral, le débiteur de l'obligation qui ne peut pas être exécutée à la suite d'un cas de force majeure va être dispensé de l'exécution de son obligation. L'obligation du débiteur va s'éteindre du seul fait de la force majeure (article 1148 du Code civil).

Il en ira, par exemple, ainsi en cas de destruction de la chose remise en dépôt (à titre gratuit). Le dépositaire sera libéré de ses obligations de garde et de restitution de la chose remise en dépôt.

201. Lorsque le contrat qui lie les parties est un contrat synallagmatique, la survenance d'un cas de force majeure va entraîner l'application de la théorie des risques.

Le principe applicable est en fait le même que pour les contrats unilatéraux le débiteur de l'obligation va être dispensé de l'exécution de son obligation (article 1148 du Code civil). Comme le rappelait la Cour, en matière de contrats synallagmatiques, le cas de force majeure qui empêche l'un des contractants d'accomplir sa prestation libère non seulement celui-ci mais également l'autre contractant, étant donné que les obligations réciproques des parties se servant mutuellement de cause, la disparition de l'une par impossibilité fortuite d'exécution entraîne l'extinction de l'autre faute de cause et, partant, la « résolution ou la résiliation » (en fait, il faudrait parler de « dissolution ») de plein droit du contrat¹³.

202. Lorsque le contrat synallagmatique emporte une obligation de faire ou de ne pas faire, et que l'exécution par une partie de ses obligations est rendue impossible pour un cas de force majeure, ni cette partie ni l'autre partie ne devront exécuter leurs obligations (*res perit debitori*).

La jurisprudence applique notamment ce principe lorsqu'un professionnel reçoit de son client une chose en dépôt et que, quelle que soit la qualifica-

¹² Pour un cas de rejet fondé sur le caractère non définitif de l'empêchement voyez Trib. Luxembourg, 17 février 2011, n° 131845, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 76

¹³ Cour d'appel, 9 janvier 2003, n° 26336 et 26360, BJJ, 2003, p. 95

tion exacte donnée par les parties au contrat, il doit restituer l'objet à son client après avoir réalisé les prestations convenues.

C'est ainsi qu'une certaine jurisprudence considère que le banquier qui exécute un faux virement doit supporter la charge de ce faux virement, et donc mettre les sommes ou les titres détournés à la disposition du client dont le compte a été débité à la suite de ce faux. Pour les tenants de cette thèse, en tant que dépositaire de titres ou de sommes d'argent, le banquier contracte une obligation de restitution de résultat. Les ordres de paiement ne sont opposables au titulaire du compte que s'ils ont été exécutés sur son ordre. Si l'ordre de paiement a été exécuté sur ordre d'un faussaire, le banquier peut néanmoins être libéré de son obligation de restituer les titres ou les sommes débitées en apportant la preuve d'une faute imputable au client lui-même ou en établissant un cas de force majeure¹⁴.

La jurisprudence a également eu l'occasion d'appliquer ce principe dans une affaire relative à la résiliation d'un bail pour habitation personnelle. Tout bail à loyer portant sur un immeuble à usage d'habitation 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 (article 12 (2) de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation et modifiant certaines dispositions du Code civil). Sauf en cas de force majeure, l'ancien preneur a droit à des dommages-intérêts si, dans le mois qui suit son départ, les lieux loués ne sont pas occupés aux fins invoquées comme motif de la résiliation du bail (article 14 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation et modifiant certaines dispositions du Code civil). Dans une espèce, un bailleur avait résilié un bail afin de permettre à son fils d'habiter les lieux. Le fils n'avait finalement pas emménagé dans l'appartement et le locataire délogé réclamait le paiement de l'indemnité prévue par la loi. Le bailleur faisait plaider qu'il avait procédé à la résiliation du contrat de bail parce que son fils avait prévu de mettre fin à ses études à la fin de l'année scolaire et de s'adonner à une occupation salariée et qu'il voulait occuper l'appartement en question, ensemble avec sa fiancée. Après la résiliation du bail son fils a toutefois décidé de poursuivre ses études et ses projets de vivre avec sa fiancée avaient échoué de sorte qu'il n'avait plus les moyens ni de raison d'occuper l'appartement litigieux. Pour le bailleur, ces faits n'étaient pas prévisibles et la décision de son fils lui était totalement extérieure, de sorte qu'elle constituait un cas de force majeure dans son chef.

¹⁴ Trib. Luxembourg, 13 juillet 2010, n° 70842, cité au Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 59 ; Trib. Luxembourg, 22 novembre 2006, n° 101545, BJJ, 2007, p. 150

Le locataire évincé, ne contestait pas la réalité des motifs invoqués, mais soutenait qu'ils n'étaient pas constitutifs d'un cas de force majeure. Selon lui, le fait que le fils avait continué ses études ne l'empêchait pas d'occuper l'appartement. Il estimait qu'étant donné que l'appartement appartenait au bailleur, son fils n'aurait certainement pas eu à payer de loyer de sorte que son prétendu manque de moyens financiers ne constituait pas un cas de force majeure. En ce qui concernait la rupture de fiançailles, le locataire considérait que, pour constituer un cas de force majeure, la rupture devait être intervenue après le départ du locataire, alors qu'en l'espèce elle est intervenue plus d'un mois avant. Pour la Cour, la seule décision du fils de continuer ses études pendant une année n'était pas une raison majeure de ne pas aller vivre dans l'appartement litigieux, quitte à ce que ce soit gratuitement jusqu'à la fin des études. Mais il en allait autrement de l'échec du projet du fils d'aller vivre dans l'appartement ensemble avec son amie. L'appartement litigieux disposait, à côté du living et de la cuisine, de deux chambres à coucher, d'un dressing, de deux salles de bain, de deux vérandas couvertes et la renonciation du fils à aller y habiter seul était légitime. Cette décision légitime du fils a été considérée comme valant cas de force majeure dans le chef du bailleur. Le bailleur a donc été déchargé de son obligation de payer une indemnité au locataire évincé ¹⁵.

203. Lorsque le contrat synallagmatique emporte un transfert de propriété entre les parties (obligation de dare), l'acquéreur de la chose est généralement devenu propriétaire de celle-ci dès l'échange des consentements.

Si la chose dont la propriété est transférée vient à disparaître à la suite d'une force majeure, l'acquéreur/propriétaire va donc supporter personnellement la charge de la perte de la chose, tout en restant malgré tout tenu de ses propres obligations (article 1138 du Code civil). Il s'agit de l'application de l'adage « res perit domino ».

Il n'en ira autrement que si les parties avaient conventionnellement post-posé l'époque du transfert de propriété de la chose ou de la charge des risques.

Le tribunal a eu l'occasion d'appliquer ces principes dans le cadre d'un contrat de vente internationale.

Le tribunal rappelle d'abord que de nombreux droits nationaux établissent un lien étroit entre le transfert de propriété et le transfert des risques. Les opérateurs du commerce international ont, par contre, séparé depuis longtemps les deux institutions. C'est ainsi que la Convention des Nations Unies sur les

¹⁵ Cour d'appel, 24 janvier 2008, n° 32234, BJJ, 2008, p 183

contrats de vente internationale de marchandises conclue à Vienne le 11 avril 1980 exclut expressément de son champ d'application les modalités et les procédures du transfert de propriété. Dans le commerce international, le transfert des risques dépend en pratique des modalités de livraison de la propriété. En raison de la liberté contractuelle, les parties peuvent convenir comme bon leur semble de la date du transfert des risques. En l'espèce, le tribunal relève que l'ordre d'achat porte, en ce qui concerne la livraison, la mention suivante: « CIF London – UK ». En application de la codification Incoterm, le terme « CIF » (en français CAF: coût, assurance et fret) implique que les risques du transport sont à la charge de l'acheteur. Le transfert des risques a donc lieu à l'embarquement. Le tribunal rappelle ensuite qu'en application de la règle « *res perit domino* », il y a coïncidence entre le transfert des risques et celui de transfert de propriété, ce qui implique un transfert de la propriété à l'embarquement. Il s'en suivait que lors du vol des marchandises la société acheteuse était propriétaire de la marchandise et devait en assumer les conséquences. Le tribunal ajoute que l'application de la Convention de Vienne aurait conduit au même résultat, alors que celle-ci dispose en son article 69 al. 2 que « *si l'acheteur est tenu de retirer la marchandise en un lieu autre qu'un établissement du vendeur, les risques sont transférés lorsque la livraison est due et que l'acheteur sait que les marchandises sont mises à sa disposition en ce lieu* ». Enfin, il est décidé en l'espèce que la mention sur l'ordre d'achat que le prix serait payé après inspection n'a pas d'incidence sur le transfert des risques ou sur celui de la propriété. En effet, la livraison d'une marchandise non conforme n'empêche pas le transfert des risques de s'accomplir. Les conséquences à tirer le seront dans le cadre des sanctions à l'inexécution du contrat et non dans celui du transfert des risques. En l'espèce la société venderesse n'était plus propriétaire de la marchandise au moment du vol et sa demande en indemnisation à l'encontre du transporteur était à rejeter. Le transfert des risques ayant, à ce moment, été opéré en faveur de la société acheteuse et celle-ci doit payer le prix au vendeur ¹⁶.

204. Certaines législations particulières peuvent déroger à ces principes.

C'est ainsi que la Cour a rappelé qu'en matière de droit du travail, le législateur a édicté des dispositions spéciales dérogatoires aux principes généraux du droit civil. En interdisant à l'employeur de licencier un salarié en raison de son inaptitude au travail à la suite d'un accident de travail, le Code du Travail a exclu une résiliation de plein droit du contrat de travail

¹⁶ Trib. Luxembourg, 11 juillet 2007, DAOR, 2009, n° 92, p. 398 et note C. DETAILLE

du fait de ce cas de force majeure, l'inaptitude au travail du salarié ne constituant pas un cas de force majeure libératoire pour l'employeur.

Il s'ensuit que l'employeur, ne peut résilier le contrat de travail qu'avec préavis, l'inaptitude du salarié à exécuter le travail pour lequel il a été engagé constituant, à défaut de possibilité de réaffectation, un juste motif de licenciement avec préavis. Cette règle revient à imposer à l'employeur le paiement de salaire sans contrepartie pendant le délai de préavis¹⁷.

De même, tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. Si le mandant vient à décéder, le mandataire devra rendre compte à ses héritiers. Cette obligation de rendre compte est inhérente au mandat. Elle incombe à tout mandataire et même si le mandat a pris fin par la suite d'un événement de force majeure¹⁸.

SECTION 5. RÈGLES SPÉCIFIQUES AUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

205. Dans les contrats synallagmatiques, il existe une interdépendance entre les obligations réciproques des parties, qui se manifeste tant à la formation que pendant l'exécution du contrat. Chacune des obligations créées par le contrat est dépendante de l'obligation de l'autre partie. Il en résulte un corps de règles spécifiques, applicables en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ces contrats, et qui ont pour but d'éviter de rompre l'équilibre ainsi créé.

§ 1. L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

206. L'exception d'inexécution permet à une partie, lorsque l'autre partie à un contrat synallagmatique reste en défaut d'exécuter une des obligations à sa charge, de suspendre l'exécution de son obligation formant la contrepartie directe de celle que l'autre partie n'exécute pas, à moins que la convention n'ait prévu en faveur de cette partie une exécution différée (article 1134-2 du Code civil).

¹⁷ Cour d'appel, 9 janvier 2003, n° 26336 et 26360, BJL, 2003, p. 96

¹⁸ Trib. Luxembourg, 6 mai 2008, n° 85798, BJL, 2008, p. 105

Pour qu'une partie puisse suspendre l'exécution de son obligation, en invoquant l'exception d'inexécution, plusieurs conditions doivent être remplies.

Il faut d'abord que les parties soient dans un rapport synallagmatique. Il en va ainsi lorsque les parties sont liées par un contrat synallagmatique mais également dès qu'elles se trouvent dans un rapport qui implique qu'elles doivent exécuter des obligations qui sont interdépendantes.

Il faut également que ces obligations réciproques doivent s'exécuter simultanément et que l'autre partie contractante n'exécute pas son obligation. La jurisprudence luxembourgeoise n'a pas consacré à ce jour la théorie de « *l'anticipatory breach* », qui permettrait à une partie de se fonder sur l'inexécution annoncée par le cocontractant de son obligation, pour suspendre l'exécution de sa propre obligation.

Enfin, l'exception d'inexécution ne peut pas être invoquée d'une manière disproportionnée, contrairement à la bonne foi.

207. La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ces principes à différentes reprises.

Le tribunal a ainsi rendu deux décisions dans des affaires où des locataires avaient arrêté de payer le loyer fixé, car ils se plaignaient de l'inexécution par le bailleur de ses obligations¹⁹.

Pour le tribunal, l'exception d'inexécution ne permet au locataire de suspendre l'exécution de son obligation de payer le loyer, que si le bailleur n'exécute pas lui-même ses propres obligations contractuelles. Le bailleur doit faire pendant la durée du bail toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que locatives. Il est de principe que le locataire a le droit de refuser le paiement du loyer en cas de manquement grave par le bailleur à son obligation d'entretien des lieux loués. Toutefois, la défaillance du bailleur doit justifier la retenue du loyer. Le simple défaut d'entretien n'est pas suffisant lorsque le locataire continue d'avoir la jouissance de la chose louée, même si elle est imparfaite. Pour justifier l'exception d'inexécution, le défaut d'entretien doit être tel qu'il rend la chose inutilisable à l'usage contractuellement prévu. L'inexécution justifiée suppose un manquement incontestable et implique un équilibre entre les obligations réciproques inexécutées. Cette condition n'est pas donnée lorsque le preneur reste en possession de la chose louée, lorsqu'il en conserve, pour l'ensemble, la jouissance.

¹⁹ Trib. Luxembourg, 27 juin 2008, n° 115138, BJL, 2008, p. 131 ; Trib. Luxembourg, 3 juin 2005, n° 94465, BJL, 2005, p. 167.

207.1. Outre ces conditions relatives à la créance, il existe des conditions qui tiennent à la personne du créancier. Celui-ci doit faire preuve de bonne foi lorsqu'il souleve l'exception. Si le cocontractant se trouve lui-même à l'origine de l'inexécution par l'autre partie de ses propres obligations, son bénéfice doit lui être refusé.

Dans une espèce, des particuliers avaient acheté une maison en état futur d'achèvement. La réalisation des travaux de construction avait entraîné des vices et malfaçons. Les acheteurs refusaient de payer la dernière tranche des travaux prévue au contrat en se prévalant de ces malfaçons et de l'exception d'inexécution. Le tribunal a d'abord rappelé que l'exception d'inexécution est définie comme le droit pour chaque partie de refuser de s'exécuter si son cocontractant n'offre pas d'exécuter lui-même la prestation due. La mise en demeure n'est pas nécessaire. L'exception d'inexécution peut être invoquée même en cas d'inexécution partielle ou de simple exécution défectueuse. Le tribunal a ensuite analysé si les reproches des époux quant à l'existence du vice étaient fondés. Il a alors constaté que des malfaçons avaient été mentionnées dans le procès-verbal de réception des travaux et mis en évidence lors d'une expertise. Il a alors jugé que l'inexécution de ses obligations par le promoteur était établie, sa responsabilité étant présumée dès qu'un vice est constaté. Il en va de même s'il a soustraité les travaux, dans la mesure où il répond des sous-traitants comme de lui-même à l'égard des acquéreurs. Les acheteurs avaient donc valablement opposé l'exception d'inexécution à leur vendeur²⁰.

Dans une espèce concernant une cession d'actions, le vendeur prétendait ne pas livrer les actions tant qu'il n'aurait pas été payé intégralement du prix convenu pour la cession. La Cour a alors rappelé que l'obligation pour l'acheteur de payer le prix de la vente est consécutive à l'exécution complète par le vendeur de son obligation de délivrance, obligation qui doit être exécutée dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat. Le vendeur, qui doit délivrer les actions vendues avant d'être payé, ne peut donc pas invoquer le non-paiement du prix pour refuser, sur base de l'exception d'inexécution, de livrer les actions vendues²¹.

208. Lorsque la partie lésée invoque valablement l'exception d'inexécution, elle va suspendre l'exécution de son obligation jusqu'à ce que l'autre partie exécute son engagement, ou offre de l'exécuter. Le contrat ne prend donc pas fin, mais son exécution est suspendue.

²⁰ Trib. Luxembourg, 22 décembre 2006, jug n° 293, cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2008/6, p. 61

²¹ Cour d'appel, 21 juin 2006, n° 29783

Dans une espèce, la Cour le rappelle. 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. L'exception d'inexécution est destinée à obtenir du cocontractant qu'il exécute son obligation et ne peut donc 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. En l'occurrence, l'affaire relativement à la mauvaise exécution des travaux de construction réalisés par l'entrepreneur, et les dommages en résultant pour les voisins était pendante devant les tribunaux. La Cour a donc considéré que le maître de l'ouvrage n'était plus autorisé à tenir en suspens le paiement de ses facture émises en rapport avec les travaux commandés, contre lesquelles il n'avait émis aucune contestation circonstanciée et qu'il avait honorés partiellement au moyen d'un paiement fait sans réserve, sur base de la seule exception d'inexécution²².

Une partie à un contrat ne peut pas non plus se prévaloir de cette exception lorsqu'elle sollicite la résolution de la convention, cette demande excluant toute exécution de la convention et a fortiori toute exception à son exécution²³.

209. Certaines législations particulières modalisent le droit d'une partie de faire usage de l'exception d'inexécution.

Il en va notamment ainsi de l'article 21 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurances. Dans une affaire soumise à la Cour, il résultait des pièces versées que, par lettre recommandée, la compagnie d'assurance avait rappelé à l'assurée que celle-ci n'avait pas réglé les primes d'assurances de sa voiture. Elle a mis l'assurée en demeure de payer la somme reduite, faute de quoi elle procéderait, d'une part à la suspension des garanties du contrat d'assurance à l'expiration d'un délai de trente jours à dater de l'envoi de la lettre recommandée et d'autre part à la résiliation du contrat dix jours après l'expiration du susdit délai. L'assurée n'avait

²² Cour d'appel, 27 avril 2011, n° 36005, BJJ, 2012, p. 117

²³ Cour d'appel, 1 mars 2000, Pas, 31, p. 367

pas réglé le montant réclamé par la compagnie d'assurances. Pour la Cour, la garantie avait donc été régulièrement suspendue, conformément aux dispositions de la loi cette suspension s'opérant indépendamment d'une éventuelle résiliation dudit contrat. En effet, l'assureur avait régulièrement mis l'assurée en demeure de payer les primes échues et, faute de paiement, la garantie résultant du contrat d'assurance avait été suspendue trente jours après l'envoi de la mise en demeure. La suspension des garanties du contrat avait également été notifiée par l'entreprise d'assurances au Ministère des Transports et était dès lors opposable aux tiers au moment du contrôle de l'assurée²⁴.

De même, certaines législations peuvent prévoir des cas de suspension automatique de l'exécution du contrat lors de la survenance de certains événements.

La femme enceinte voit ainsi son contrat de travail suspendu pendant le congé de maternité et l'employeur est tenu de lui conserver son emploi (article L.332-1 et s. du Code du Travail)²⁵. L'exécution du contrat de travail est également suspendue en cas de maladie du salarié (article L.121-6 du Code du Travail)²⁶.

En cas de faute grave, l'employeur peut demander au tribunal la résolution du contrat de travail d'un délégué du personnel, et peut suspendre l'exécution du contrat de travail du salarié pendant tout le temps que durera la procédure (article L.415-11 du Code du Travail)²⁷.

L'article L.211-3.3 du Code de la consommation déclare abusives, et donc nulles, les clauses interdisant au consommateur de suspendre en tout ou en partie le versement des sommes dues si le professionnel ne remplit pas ses obligations.

²⁴ Cour d'appel, 5 février 2007, BJJ, 2007, p. 76

²⁵ Voyez Cour d'appel, 31 mars 2011, n° 34937, BJJ, 2011, p. 95 ; Cour d'appel, 3 février 2005, n° 28551, BJJ, 2005, p. 103 ; Trib. Trav. Luxembourg, 27 janvier 2005, rep. fisc. n° 447/05 ; BJJ, 2005, p. 79

²⁶ Voyez Cour d'appel, 8 mars 2004, n° 27292, BJJ, 2004, p. 194 ; Cour d'appel, 15 mai 2003, n° 26985, BJJ, 2003, p. 199

²⁷ Voyez Cour d'appel, 29 janvier 2009, Pas., 34, p. 398

§ 2. LA RÉOLUTION POUR INEXÉCUTION FAUTIVE

2.1. Principes

210. La résolution du contrat est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à son engagement.

Dans ce cas le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice (article du 1184 du Code civil).

Le cocontractant d'un contrat synallagmatique dont les obligations ne sont pas exécutées a donc le choix entre différentes possibilités.

Il peut d'abord opter pour l'exécution forcée de la convention. Cette exécution forcée peut revêtir deux formes, à savoir l'exécution forcée en nature ou l'exécution par équivalent, cette dernière option n'étant en fait qu'une demande en obtention de dommages et intérêts aux fins de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat (sur l'exécution forcée voyez infra points 522 et s.).

Le créancier peut également solliciter que le contrat soit résolu, et donc prenne fin.

Le créancier de l'option inexécutée conserve le droit d'opter pour l'une de ces possibilités pendant tout le temps de la procédure et cela jusqu'à ce qu'une décision judiciaire définitive soit intervenue. Il peut donc modifier son option en cours d'instance²⁸.

Ce choix n'existe si les deux solutions demeurent possibles. Tel n'est plus le cas lorsque l'exécution des obligations est devenue impossible, que cela soit par le fait propre du débiteur, pour cause de force majeure, ou si la partie envers laquelle le contrat n'a pas été exécuté n'est elle-même plus en mesure de fournir la prestation à laquelle elle s'est engagée²⁹.

2.2. Les conditions d'application de la résolution

211. Pour qu'un cocontractant puisse se prévaloir de ce droit à la résolution, différentes conditions doivent être réunies.

²⁸ Cour d'appel, 1 mars 2000, Pas., 31, p. 367

²⁹ Cour d'appel, 14 octobre 1998, Pas., 30, p. 499

Il faut d'abord que le contrat soit un contrat synallagmatique.

Il a ainsi été jugé que la révocation d'une donation pour inexécution des charges, prévue à l'article 953 du Code civil, est une simple application du droit de résolution pour inexécution fautive³⁰.

Certains contrats synallagmatiques sont néanmoins exclus du bénéfice de l'article 1184 du Code civil.

C'est ainsi qu'il a été décidé que l'effet déclaratif du partage s'oppose à ce que l'inexécution des obligations nées du partage soit sanctionnée par la résolution du partage, à moins que les parties n'aient stipulé une clause commissaire expresse. Le copartageant ne peut notamment pas agir en résolution du partage au motif que l'autre copartageant n'aurait pas payé la soulte convenue. Il doit agir en exécution forcée de la convention, et bénéficie du privilège du copartageant sur les immeubles attribués à l'autre partie³¹.

Il est également traditionnellement considéré qu'en raison du caractère aléatoire du contrat de rente viagère, l'article 1978 du Code civil interdit au créancier de demander la résolution du contrat en cas de défaut de paiement des arrérages³².

Par contre, la jurisprudence actuelle admet que le contrat de transaction peut être résolu pour inexécution fautive. Cette possibilité a été controversée. Dans la mesure où le but d'une transaction est de mettre fin à un litige que les parties ne veulent pas poursuivre, certains considéraient que son inexécution ne pouvait donner lieu qu'à une demande en exécution forcée. La jurisprudence luxembourgeoise n'a pas suivi cette thèse, considérant que la résolution pour inexécution peut sanctionner la carence fautive de l'une des parties à une transaction. La partie défaillante ne saurait soulever l'exception de transaction pour faire obstacle à la demande, étant donné qu'elle n'a elle-même pas respecté les termes de cette transaction. Lorsque les conditions de la résolution sont réunies, les tribunaux la prononcent directement ou la constatent en accueillant l'action en justice et en repoussant l'exception de transaction³³.

212. Il faut ensuite que le demandeur à l'action soit, personnellement, le créancier de l'obligation inexécutée.

³⁰ Cour d'appel, 19 janvier 2005, n° 28705 et 29033, BJJ, 2006, p. 39

³¹ Cour d'appel, 6 juillet 2005, Pas., 33, p. 111

³² F. GREFF, « La rente viagère », JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2011/6, p. 143.

³³ Trib. Luxembourg, 30 janvier 2004, n° 83197, BJJ, 2004, p. 178

Le débiteur qui n'exécute pas son obligation ne peut pas en tirer profit pour solliciter la résolution du contrat. Mais, la résolution d'un contrat peut être prononcée aux torts réciproques de chacune des parties, si toutes les deux ont manqué à leurs engagements contractuels³⁴.

Il faut également qu'il ait mis son cocontractant en demeure de s'exécuter³⁵.

213. Le créancier de l'obligation inexécutée doit également, en principe, faire prononcer la résolution du contrat par le juge³⁶.

Le contrat n'est pas résolu de plein droit du seul fait du manquement d'une des parties.

Le tribunal a appliqué ce principe dans une espèce où l'acquéreur d'un immeuble avait notifié par courrier à son vendeur la résolution du compromis de vente. Le vendeur avait contesté, avec succès, devant le tribunal la validité de cette résolution. Le tribunal avait relevé qu'une résolution doit être demandée en justice et qu'un simple courrier recommandé ne peut valoir résolution du contrat de vente³⁷.

214. Nonobstant les termes précis de l'article 1184 du Code civil, la jurisprudence admet néanmoins, qu'en certaines circonstances, la résolution peut être unilatéralement déclarée par le créancier, le juge ayant le pouvoir de contrôler a posteriori si les conditions de cette résolution unilatérale sont réunies.

Pour pouvoir agir de la sorte, le créancier de l'obligation inexécutée doit, lorsque l'exécution est encore possible, d'abord mettre le débiteur défaillant en demeure de s'exécuter et lui laissé un délai raisonnable pour s'exécuter. Si le débiteur ne s'exécute toujours pas, le créancier pourra lui notifier que le contrat est résolu.

La jurisprudence accepte encore un allègement de ces conditions « en cas d'urgence ». Dans ce cas le créancier peut notifier la résolution du contrat sans mise en demeure et sans délai³⁸.

³⁴ Trib. Luxembourg, 28 novembre 2003, n° 83741, BJJ, 2004, p. 54

³⁵ Cour d'appel, 19 octobre 2011, JTL, 2012, p. 114 ; BJJ, 2012, p. 104

³⁶ Cour d'appel, 10 juillet 2001, n° 23107, 23145, 23250 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 7 ; Trib. Luxembourg, 7 janvier 2005, n° 87357 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/8, p. 32

³⁷ Trib. Luxembourg, 7 janvier 2005, n° 87357, cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/8, p. 32

³⁸ Cour d'appel, 9 novembre 2005, n° 27581, BJJ, 2006, p. 2 ; Cour d'appel, 21 février 2001, Pas., 32, p. 30 ; Cour d'appel, 16 juin 1998, Pas., 30, p. 493 ; Trib. Luxembourg, 30 juin 2005, n° 90464, BJJ, 2005, p. 165

Le créancier peut ainsi résoudre unilatéralement la convention, lorsque le contrat implique une relation de confiance entre les parties et que l'une d'elles manque gravement à ses obligations, si bien que l'autre partie risque de subir un grave préjudice et ne peut de ce fait limiter sa riposte à l'exception d'inexécution.

Le créancier qui veut résoudre unilatéralement le contrat devra donc pouvoir démontrer que l'inexécution ou le comportement du débiteur est suffisamment grave pour justifier d'une telle rupture³⁹.

Il a néanmoins été jugé que ce n'est pas la seule gravité de la faute du cocontractant qui peut justifier cette résolution unilatérale, mais aussi les conséquences qui résulteraient d'une attente du prononcé par les juges de l'anéantissement du contrat. L'urgence justifie une résolution immédiate lorsque le préjudice du créancier s'aggraverait constamment s'il devait attendre une décision judiciaire⁴⁰.

Le créancier qui résout unilatéralement le contrat doit prendre toutes mesures utiles à la sauvegarde des droits de la défense du débiteur, de manière à permettre un contrôle judiciaire efficace à postériori⁴¹.

215. Il faut aussi que le manquement invoqué au contrat soit suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat.

Le juge ne résoudra le contrat que si l'altération du lien contractuel est telle que le cocontractant victime n'aurait pas contracté s'il l'avait prévue.

Une inexécution partielle du contrat peut néanmoins justifier la résolution.

Il a ainsi été jugé que le fait pour le vendeur d'un immeuble de revendre le bien à un tiers quelques mois après la signature du compromis et le refus, qui en résulte, de délivrer l'immeuble vendu à l'acheteur, constitue un manquement grave justifiant la résolution de la vente aux torts du vendeur⁴².

Le juge peut prononcer la résolution d'une convention de vente d'un immeuble aux torts de l'acheteur en constatant que celui-ci refuse de passer l'acte authentique de vente⁴³.

³⁹ Cour d'appel, 19 octobre 2011, JTL, 2012, p. 114 ; BJL, 2012, p. 104

⁴⁰ Cour d'appel, 10 juillet 2001, n° 23107, 23145, 23250 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 7.

⁴¹ Cour d'appel, 9 novembre 2005, n° 27581, BJL, 2006, p. 2 ; Cour d'appel, 21 février 2001, Pas., 32, p. 30

⁴² Cour d'appel, 16 janvier 2003, n° 26556, cité au JurisNews – Regards sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/4, p. 15 ; Cour d'appel, 1 mars 2000, Pas., 31, p. 367

⁴³ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 395

Le fait pour l'acheteur d'un immeuble de ne pas payer le prix, et d'avoir uniquement payé la somme de 100.000 LUF sur les 10.000.000 LUF convenus, est suffisamment grave pour justifier la résolution de la vente⁴⁴.

Dans une autre affaire de vente d'immeuble, il a été jugé que, pour que la délivrance du bien vendu soit parfaite, l'acte de vente doit porter sur l'ensemble de l'appartement vendu, y compris l'espace pris sur les parties communes. Ceci suppose que la désignation cadastrale des lots cédés soit correcte et complète. En aménageant les lieux et en ne régularisant pas ensuite la désignation cadastrale du bien, tout en faisant valoir dans le compromis la surface aménagée comme étant vendue, les vendeurs se sont mis dans l'impossibilité de satisfaire à leur obligation de délivrance du bien vendu, ce qui est suffisamment grave pour justifier la résolution de la vente aux torts des vendeurs⁴⁵.

Dans la cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement d'un immeuble commercial, les parties avaient convenu que le vendeur s'obligeait à fournir une garantie d'achèvement. Le vendeur n'ayant pas rempli cette obligation, l'acheteur a sollicité la résolution de la vente. La Cour, après avoir considéré que l'obligation du vendeur de fournir cette garantie était une obligation de résultat, a fait droit à la demande de l'acheteur⁴⁶.

En cas de vente d'actions d'une société, la Cour a jugé que le fait pour le vendeur de ne pas délivrer les actions vendues dans un délai raisonnable à partir de la date de la conclusion du contrat de vente constitue un manquement grave qui justifie la résolution du contrat de vente⁴⁷.

Le retard récurrent dans le paiement des loyers d'un bail de bureau peut également justifier la résolution du bail aux torts du locataire. Le bailleur qui met à disposition de son locataire un local est en droit de pouvoir compter sur une rentrée d'argent régulière et ne saurait être contraint de patienter tous les mois pendant des semaines avant d'être rempli ses droits⁴⁸.

Un bail peut également être résolu aux torts du locataire, à défaut pour celui-ci de faire usage des lieux en bon père de famille. Une locataire a ainsi vu son bail résolu car elle hébergeait chez elle son compagnon et ses deux fils, qui

⁴⁴ Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas., 35, p. 40

⁴⁵ Cour d'appel, 3 mars 2010, JTL, 2011, p. 126

⁴⁶ Cour d'appel, 30 mai 2001, n° 24271, cité au JurisNews – Regards sur le droit de la Construction & Immobilier, 2008/3, p. 49

⁴⁷ Cour d'appel, 21 juin 2006, n° 29783

⁴⁸ J.P. Luxembourg, 9 juin 2011, cité au JurisNews – Regards sur le droit de la Construction & Immobilier, 2012/1, p. 139

étaient régulièrement en état d'ivresse et faisaient preuve d'un comportement agressif, bruyant et inconvenant, de sorte à intimider les autres habitants⁴⁹.

Un bail peut être résolu pour manquement par le bailleur à son obligation de faire jouir paisiblement le preneur de la chose pendant toute la durée du contrat du bail ou de son obligation de garantir le preneur contre tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage. Pour que le bail soit ainsi résolu aux torts du bailleur, l'empêchement ne doit pas être total. Il suffit qu'il soit appréciable, que, raisonnablement et in specie, il altère la jouissance normale de la chose à laquelle le preneur avait le droit de s'attendre⁵⁰.

De même, le bail peut être résolu en cas de manquements réciproques des parties à l'obligation de courtoisie, que ce type de contrat implique. En l'espèce, il résultait d'un jugement du tribunal de police que le bailleur avait été condamné du chef d'injures à l'encontre du locataire au paiement d'une amende et que le locataire avait été condamné du chef d'injures à l'encontre du propriétaire au paiement d'une amende. Il se dégageait encore, tant des procès-verbaux de police que de l'exposé des faits à l'audience, que le comportement des parties ne se limitait pas à un incident unique, mais que la situation conflictuelle perdurait. Des comportements et voies de fait imputables aux parties peuvent justifier la résolution fautive, dès lors que les manquements rendent les rapports entre parties tendus au point de craindre la survenance d'incidents plus graves. Au vu de la situation conflictuelle entre parties, habitant des immeubles voisins, la résolution du bail a été prononcée aux torts des deux parties⁵¹.

Par contre, le juge a parfois refusé de résoudre une convention, nonobstant le manquement d'une des parties, lorsqu'il a jugé ce manquement trop mineur pour justifier une telle sanction.

C'est ainsi que, dans une espèce, des donataires n'avaient pas exécuté la charge qui leur incombait en vertu de la convention, et qui consistait dans le paiement de 94.350 LUF de frais de notaire. Ces frais avaient alors été prélevés par le notaire sur des fonds provenant de diverses ventes du donateur. Ce dernier réclamait donc la révocation/résolution de la donation. Pour la Cour, il convenait, pour faire droit à cette demande, d'apprécier la gravité du manquement des donataires. L'application de la règle peut partant être écartée, s'il apparaît que, dans la pensée du dona-

⁴⁹ Trib. Luxembourg, 12 juillet 2002, cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & immobilier, 2007/9, p. 35

⁵⁰ Trib. Luxembourg, 29 juin 2007, n° 108351, BJJ, 2007, p. 131

⁵¹ Trib. Luxembourg, 28 novembre 2003, n° 83741, BJJ, 2004, p. 54

teur, les charges qu'il imposait n'avaient qu'une importance secondaire et ne constituaient pas la cause impulsive et déterminante de la libéralité. En l'espèce, la Cour a jugé que si l'exercice du droit d'usufruit réservé à un tiers, de même que l'interdiction faite aux donataires de grever d'hypothèques les immeubles, sont à qualifier de causes impulsives et déterminantes de l'acte, il n'en va pas de même de la charge imposant aux donataires de supporter les 95.350 LUF de frais et honoraires de l'acte, qui est à qualifier de stipulation simplement secondaire en présence d'une donation de la nue-propiété d'une maison et de terrains à bâtir d'une surface totale de 4 hectares, 3 ares et 93 centiares. Le caractère non déterminant et non impulsif de cette charge est par ailleurs corroboré par le fait que, pendant près de 20 ans, le donateur n'avait pas vérifié auprès du notaire si la charge avait été exécutée. Il ne découlait donc d'aucun élément au dossier que le donateur n'aurait pas contracté s'il avait prévu ce manquement. La Cour a jugé la demande de révocation/résolution non fondée⁵².

216. Certaines législations particulières aménagent le droit des parties de résoudre un contrat pour inexécution fautive.

La législation sur le contrat de travail prévoit ainsi un corps de règles particulier en la matière. Pour que l'employeur ou le salarié puisse mettre fin sur le champ au contrat de travail qui les lie, il doit justifier d'un motif grave procédant du fait ou de la faute de l'autre partie (article L.124-10 du Code du Travail). Dans ce cas, l'employeur ou le salarié peut mettre fin au contrat par simple courrier, sans devoir soumettre la résolution de la convention à l'appréciation du tribunal. La jurisprudence a précisé que ce motif grave justifiant la résolution immédiate du contrat n'est pas une faute lourde équivalente au dol. Il s'agit de toute faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail, sans qu'un élément intentionnel ne soit requis, toute faute même par négligence ou imprudence pouvant être retenue⁵³.

Il a ainsi été jugé que constitue une telle faute grave justifiant la résolution immédiate et de plein droit du contrat, le fait par l'employée d'avoir abusé du téléphone professionnel mis à sa disposition par son employeur pour y passer ses communications privées d'une envergure extraordinaire (des communications internationales privées vers le Mexique pour un montant

⁵² Cour d'appel, 19 janvier 2005, n° 28705 et 29033, BJJ, 2006, p. 39 ; également Cour d'appel, 4 juin 2003, n° 25308, BJJ, 2004, p.23

⁵³ Cass., 14 juillet 2011, Pas., 35, p. 600 ; Cour d'appel, 17 juin 2010, n° 34453, cité au JurisNews – Regard sur le droit du Travail, 2010/7, p. 214

total de 156.794 LUF suivant le relevé de décembre 1999 à février 2000 qui s'élevait en tout à 191.172 LUF)⁵⁴.

Constitue également une telle faute grave, justifiant la résolution immédiate et de plein droit du contrat, le fait pour un employé de ne pas se présenter sur son lieu de travail et de ne pas en avertir son employeur, toute absence d'un salarié étant nécessairement cause de problèmes et de gêne pour l'employeur⁵⁵.

Parallèlement, des retards de paiement des salaires constituent une inexécution des obligations de l'employeur. Ils sont, eu égard à leur caractère répétitif et en considération du délai important, de respectivement deux et trois mois, pris pour le règlement de certains salaires, à qualifier de faute grave dans le chef de l'employeur. L'employé est donc en droit de résoudre le contrat de travail qui le lie à l'employeur pour faute grave de celui-ci⁵⁶.

Le fait pour l'employeur de ne pas remettre au salarié ses fiches de salaires, ou de ne pas pouvoir prouver qu'il lui a remis ces fiches, constitue un motif grave qui justifie également la démission du salarié avec effet immédiat⁵⁷.

L'article 18 (1) de la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leurs commettants limite également le droit pour les parties de résoudre le contrat. Une telle résolution n'est possible qu'en raison d'un manquement grave de l'autre partie à ses obligations.

Pour la Cour, cette résolution pour manquement grave est un mode exceptionnel de dissolution du contrat. Elle a un effet sanctionnateur, car elle prive la partie qui se la voit notifier du bénéfice du préavis et, si c'est l'agent, de l'indemnité d'éviction. Une telle sanction ne se conçoit pas sans une faute qui la justifie et le manquement doit être d'une gravité telle que les relations contractuelles ne puissent plus se poursuivre, même temporairement, jusqu'à l'expiration d'un préavis ou l'échéance du terme. Le manquement doit rendre la collaboration entre parties impossible de manière définitive et quasiment immédiate. La gravité de la faute ne peut s'accommoder d'une survivance quelque peu prolongée du rapport contractuel. Pour apprécier la gravité d'un manquement de l'agent ou du commettant on peut avoir égard à des critères concrets et subjectifs,

⁵⁴ Cour d'appel, 30 octobre 2003, n° 25692, BJ, 2004, p. 60

⁵⁵ Cour d'appel, 8 janvier 2009, n° 33960, BJ, 2009, p. 97 ; Cour d'appel, 29 janvier 2004, n° 28049, BJ, 2004, p. 61

⁵⁶ Cour d'appel, 10 juin 2004, n° 28628, BJ, 2004, p. 224

⁵⁷ Cour d'appel, 21 janvier 2010, BJ, 2010, p. 7

en particulier la rupture définitive de confiance que l'auteur de la faute a provoquée dans le chef de celui qui met fin au contrat. Peuvent être prises en considération toutes les circonstances atténuantes ou aggravantes qui entourent les faits eux-mêmes (leur caractère isolé ou habituel, l'existence ou non d'avertissements, la longueur de la relation contractuelle, etc.) ainsi que leurs conséquences (l'existence ou non d'un dommage, la nature ou l'étendue du préjudice, etc.). En l'espèce, le commettant avait rompu le contrat d'agence en se fondant sur le fait que l'agent avait vendu un produit sous une présentation similaire à la présentation du produit du commettant, ce qui était de nature à semer la confusion dans l'esprit du public et d'avoir en nom personnel et pour son compte personnel, vendu des produits relevant du contrat d'agence commerciale et qui auraient dû être distribués au nom et pour le compte du commettant. La Cour a néanmoins relevé que le commettant était informé de ces pratiques depuis 3 mois lorsqu'il avait résolu le contrat pour manquement grave. En attendant plusieurs mois avant de résoudre le contrat sur base de ces faits, le commettant a agi tardivement et ne pouvait donc pas se fonder sur l'existence de ce manquement grave pour rompre la relation sans préavis ni indemnité. En l'espèce, le commettant avait résilié une deuxième fois, avec effet immédiat et pour motif grave, le contrat d'agence commerciale et ce au motif de manquants et de différences d'inventaire. Il avait encore résilié le contrat d'agence commerciale une troisième fois au motif que le gérant de l'agent avait déposé son mandat. La Cour a alors souligné que la résiliation est un acte irrévocable: son auteur ne peut revenir sur sa décision sans l'accord de son cocontractant. La rupture du contrat était donc définitivement acquise par le premier courrier de résolution, de sorte que les résiliations ultérieures restaient sans effet et que le commettant ne pouvait plus enlever à sa résiliation non justifiée, partant abusive, et invoquer des motifs donnés à l'appui des résiliations postérieures⁵⁸.

Les articles 21 et 22 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance prévoient que l'assureur a la faculté de résoudre le contrat d'assurance pour non paiement de la prime par l'assuré, mais uniquement à condition d'avoir informé le preneur au préalable de la suspension du contrat d'assurance, par lettre recommandée au dernier domicile connu, qui doit comporter la mise en demeure du preneur de payer la prime échue, rappeler la date d'échéance, le montant de la prime et indiquer les conséquences du défaut de paiement à l'expiration d'un délai de 30 jours.

⁵⁸ Cour d'appel, 14 juillet 2010, Pas., 35, p. 260

Il a été jugé que si l'assuré ne s'est pas vu adresser à son dernier domicile connu, avant la résiliation de son contrat d'assurance, cette lettre recommandée, la suspension et la résiliation du contrat d'assurance ne sont pas intervenues régulièrement, de sorte qu'il faut considérer que la couverture d'assurance continue d'exister⁵⁹.

Le vendeur de marchandises peut, lorsqu'un terme a été prévu au contrat, résoudre la vente et vendre la marchandise à un tiers, sans mise en demeure préalable, lorsque l'acheteur n'enlève pas la marchandise dans le délai fixé (article 1657 du Code Civil).

Il a été jugé que, en présence d'une clause concernant le moment de la délivrance de la chose commandée, il importait de savoir si le délai prévu avait un caractère impératif ou facultatif, la qualification relevant du pouvoir d'appréciation des juges du fond. Lorsqu'un délai impératif a été fixé, l'acquéreur est dispensé de mettre le vendeur en demeure de livrer à la date convenue et peut faire déclarer la vente résolue du seul fait du défaut de délivrance de la chose à cette date, la simple échéance du terme valant mise en demeure. Faute de mise en demeure en présence d'un délai purement indicatif, l'acquéreur ne peut ni demander la résolution de la vente, ni même réclamer des dommages et intérêts pour retard de livraison. En raison de la sanction rigoureuse qui se trouve attachée au non-respect du délai de rigueur, des indications précises et formelles, ne laissant aucun doute sur la volonté des parties, sont exigées pour pouvoir retenir qu'un délai impératif a été institué entre les parties. En l'absence d'indications précises dans le contrat, le juge tiendra compte de la nature de la chose vendue et de l'utilisation projetée de cette chose. Dans le doute, on doit présumer que les parties n'ont pas voulu conférer à la mention d'un délai de livraison une valeur autre qu'indicative⁶⁰.

Les usages commerciaux prévoient que lorsque la vente commerciale a pour objet des choses sujettes à des fluctuations de prix rapides et importantes, mais qu'aucun terme n'a été prévu pour la délivrance, l'acheteur peut les remplacer dès que l'inexécution des obligations par le vendeur est devenue certaine. Il peut également solliciter du vendeur le paiement de dommages et intérêts, égaux à la différence entre le prix convenu et le cours à la date où le défaut est devenu certain⁶¹.

⁵⁹ Cour d'appel, 15 juillet 2011, n° 404/11, BJL, 2011, p. 127

⁶⁰ Trib. Luxembourg, 16 octobre 2009, n° 116824 ; Trib. Luxembourg, 1er février 2006, n° 97077 et 97978

⁶¹ J. VAN RYN, J. HEENEN, « Principes de droit commercial », T.III, 2^{ème} éd.(1981) ; éd. Bruylant, p. 40, n° 31 et p. 535 et s., n° 688 ; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, « Les effets des contrats », In Traité de droit civil, 3^{ème} éd. (2001) ; éd. LGDJ, p. 533, n° 470

2.3. Les effets de résolution

217. Le premier effet de la résolution est de mettre fin au contrat avec effet rétroactif. Les parties doivent être remises dans le pristin état, comme si le contrat n'avait jamais existé⁶² (voyez infra points 234 et s.).

Le créancier de l'obligation inexécutée peut également solliciter, en plus de la résolution du contrat et des restitutions qui en découlent, des dommages et intérêts s'il prouve que la dissolution de la convention ne suffit pas à le désintéresser.

Le dommage dont le créancier de l'obligation inexécutée peut se prévaloir peut consister dans la perte subie (*lucrum cessans*) et dans le gain manqué à la suite de l'inexécution du contrat (*damnum emergens*).

C'est ainsi que l'acheteur d'un bien peut prétendre à ce que le vendeur défaillant lui paye un montant équivalant au supplément de prix qu'il a dû payer pour acquérir un nouveau bien équivalant.

Par contre, l'acheteur indûment évincé pourra plus difficilement solliciter une indemnité compensant la plus-value qu'il aurait pu obtenir en revendant le bien, car la preuve d'un tel préjudice est trop aléatoire, reposant sur l'existence de contrat semblable dans le passé ou le futur, abstraction faite de l'état du marché⁶³.

Il a également été jugé que le vendeur d'un immeuble, dont la vente a été résolue de la faute de l'acheteur, ne pouvait pas prétendre à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble par l'acheteur⁶⁴.

Le bailleur peut réclamer au locataire défaillant une indemnité de relocation, ayant pour objet de réparer la perte de loyer pendant un délai normalement requis pour la relocation, en tenant compte de l'état du marché locatif et de la consistance du bien loué⁶⁵.

Les parties peuvent également avoir prévu une clause pénale qui sanctionne l'inexécution fautive par une partie à la convention, clause pénale qui sortira alors ses effets⁶⁶.

⁶² Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas., 35, p. 40

⁶³ Cour d'appel, 1 mars 2000, Pas., 31, p. 367

⁶⁴ Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas., 35, p. 40

⁶⁵ Trib. Lux., 28 novembre 2003, n° 82701 cité au JurisNews - Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/10, p. 38.

⁶⁶ Cour d'appel, 16 janvier 2003, n° 26556, cité au JurisNews - Regards sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/4, p. 15 ; Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 395

Cette clause pénale destinée à compenser les conséquences dommageables de la résolution du contrat survit à la résolution⁶⁷.

Par contre la jurisprudence considère que la résolution du contrat prive la clause pénale moratoire de toute efficacité. La clause pénale moratoire ayant pour effet de sanctionner le simple retard et a vocation à se cumuler avec l'exécution de l'obligation principale. Elle ne s'applique donc pas si le créancier sollicite la résolution du contrat⁶⁸.

2.4. La résolution conventionnelle

218. Les principes repris par l'article 1184 du Code civil ne sont pas d'ordre public. Les parties peuvent donc les aménager contractuellement.

Les clauses par lesquelles les parties vont modifier les principes prévus par la loi pour résoudre un contrat sont appelées « pactes commissaires exprès ».

Ces clauses peuvent aménager de manière plus ou moins intense le régime prévu par le Code civil.

Elles peuvent, par exemple, simplement dispenser les parties de mettre le débiteur en demeure avant de saisir le juge.

Elles peuvent aussi prévoir les cas dans lesquels le contrat sera résolu, sans que le juge ne puisse faire valoir son pouvoir d'appréciation.

Elles peuvent dispenser les parties du recours préalable au juge pour cette résolution (« résolution de plein droit »).

Elles peuvent enfin organiser les conséquences de la résolution du contrat.

Le créancier qui va vouloir résoudre le contrat sur base d'un pacte commissaire exprès va devoir respecter scrupuleusement les conditions prévues dans la clause. Le pacte commissaire exprès faisant exception au droit commun de la résolution, il va s'interpréter restrictivement.

Dans une affaire, une société luxembourgeoise avait conclu un contrat avec un prestataire français, afin de préparer son système informatique au passage à l'euro. Le prestataire avait accumulé des retards par rapport au planning prévisionnel. La société avait alors résolu le contrat en se fondant sur la clause du contrat qui précisant que « toute faute grave de l'une quelconque des parties dans l'exécution de ses obligations aux termes

⁶⁷ Trib. Luxembourg, 19 avril 2002, n° 48565, 48668, 48669, 50991, 50992, 50993

⁶⁸ Trib. Luxembourg, 26 octobre 2005, n° 88184 ; Trib. Luxembourg, 24 juin 2005, n° 93884 ; Trib. Luxembourg, 7 juillet 2004, n° 82913 ; Trib. Luxembourg, 15 novembre 2002, n° 75940.

du présent Contrat, qui n'est pas réparée dans un délai de trente jours à compter de la notification précisant la faute grave, justifie la résiliation du présent contrat, de plein droit et sans préavis ». La Cour a d'abord relevé que cette clause résolutoire obligeait la partie qui s'en prévalait, de prouver l'existence d'un comportement fautif de nature à justifier la résolution. Le terme « faute grave » utilisé, devait s'entendre comme un comportement inattendu et brutal, qui empêche toute continuation du contrat, sauf si cette faute était réparée dans les 30 jours à compter de sa notification. La Cour a alors constaté qu'il ressortait de l'ensemble des éléments qui lui ont été soumis, que la société avait accepté, de par son attitude, le report des dates conventionnellement fixées et connaissait depuis plusieurs mois les autres griefs qu'elle invoquait (insuffisance des moyens humains et matériels mis en œuvre, dysfonctionnement des outillages ...) pour justifier la résolution du contrat. Cela ne l'avait pas empêché de valider plusieurs étapes du projet et d'attendre la réalisation de 80 % du projet avant de résoudre le contrat de plein droit et sans préavis. La Cour a alors décidé que la résolution du contrat par la société était non justifiée et, partant, abusive. Elle a également condamné la société à payer au prestataire une indemnité égale au montant qui aurait du lui être payé pour la phase du projet en cours au moment de la résolution et à un pourcentage du montant à payer pour les travaux non débutés et non encore facturés⁶⁹.

La Cour l'a également rappelé dans une espèce dans laquelle un banquier avait voulu résoudre un prêt accordé à son client qui n'avait pas honoré certaines de ses mensualités. Pour la Cour, en insérant une clause résolutoire dans leur contrat, les parties conviennent que celui-ci sera résolu de plein droit en cas d'inexécution par une partie des engagements visés dans cette disposition. Si la clause résolutoire conventionnelle dispense ainsi le créancier de devoir s'adresser à un juge pour être libéré de ses engagements il doit, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, mettre le débiteur en demeure d'exécuter ses engagements restés en souffrance, cette mise en demeure consistant en une sommation ou en tout acte équivalent. Cette mise en demeure, nécessaire à la mise en œuvre de la clause résolutoire, est destinée à avertir le débiteur de la sanction de la résolution de plein droit qu'il encourt s'il persiste à ne pas exécuter ses obligations échues. En principe, en présence d'une clause résolutoire, la résolution est par conséquent acquise après qu'une mise en demeure d'exécuter l'obligation inexécutée a été adressée par le créancier au débiteur et est restée sans effet. Il est vrai que la mise en demeure

⁶⁹ Cour d'appel, 13 juillet 2005, n° 28210

figurant à une clause résolutoire peut avoir pour objet, non d'assigner au débiteur un délai pour exécuter ses engagements, mais de manifester la décision du créancier de se prévaloir de la clause résolutoire de sorte que la « sommation » prévue par pareille clause résolutoire a pour but uniquement de constater la résolution du contrat. Dans cette hypothèse cependant, les parties doivent prévoir dans leur clause résolutoire, non une « sommation de payer » les mensualités échues, mais une déclaration notifiée au débiteur l'informant de la résolution du contrat par le jeu de la clause résolutoire de plein droit.

En l'espèce, la Cour avait considéré que la clause résolutoire de l'article 3 ne contenait aucune disposition conventionnelle dispensant le créancier de l'obligation de mettre le débiteur en demeure de procéder au règlement des mensualités échues restées impayées et d'autre part, ne prévoyait pas de stipulation contractuelle retenant que la mise en demeure avait pour seul objectif la constatation de la résolution de plein droit du contrat. La clause résolutoire litigieuse ne spécifiant pas la finalité de la mise en demeure, il y avait lieu de procéder par voie d'interprétation qui, compte tenu de ce que les clauses résolutoires constituent des actes de justice privée dépourvus des garanties attachées aux sanctions judiciaires, est, aux fins de protéger les intérêts du débiteur, à effectuer de manière restrictive. Une clause résolutoire ambiguë est par conséquent à interpréter en faveur de celui qui contracte l'obligation, soit en l'espèce l'emprunteur. La Cour a donc considéré que la lettre envoyée par la banque n'emportait pas résolution de plein droit des contrats de prêt, à défaut pour la banque d'avoir mis les emprunteurs en demeure de régler les mensualités restées impayées et de préciser le montant restant dû. La mise en demeure requise pour la mise en œuvre de la clause résolutoire peut être remplacée, le cas échéant, par une assignation en justice. Mais, il faut alors que cette assignation tende aux mêmes fins, à savoir au paiement des mensualités échues restées impayées. En l'espèce, l'assignation ne comportait pas pareille sommation et, à défaut de résolution du contrat, le banquier n'avait pas de créance à faire valoir contre son client. La Cour précise encore que l'existence d'une clause résolutoire ne prive pas le créancier, à défaut de toute renonciation non équivoque de se prévaloir de l'article 1184 du Code civil de sa part, de se prévaloir de la faculté de recourir à la résolution judiciaire⁷⁰.

219. Certaines législations réglementent ou prohibent parfois de tels pactes.

⁷⁰ Cour d'appel, 19 octobre 2011, JTL, 2012, p. 114 ; BJJ, 2012, p. 104

Lorsque le contrat lie un professionnel et un consommateur une telle clause doit être rédigée avec soin. En effet, sont considérées comme abusives, et donc nulles, les clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de rompre unilatéralement le contrat sans motif spécifique et valable stipulé dans le contrat (article L.211-3.4 du Code de la consommation).

L'article 1762-2 du Code civil prévoit, en matière de bail, que « *la clause résolutoire expresse reste soumise à l'appréciation du juge compétent* ». Il en résulte que la résolution d'un bail ne peut intervenir que par la voie judiciaire, en dépit de toute clause du contrat de bail⁷¹. Dans une espèce, un bailleur avait inséré une clause dans le bail commercial qui précisait que « *le bailleur peut résilier le contrat de location pour motif grave consistant notamment dans le retard de paiement de plus de deux mois de loyer (...) avec effet immédiat, sans respecter le délai de préavis* ». Le locataire étant défaillant, le bailleur avait prétendu résoudre le bail par simple courrier. Le litige avait été porté devant le juge et celui-ci avait confirmé que ce type de clause n'était pas valable en matière de bail commercial et que le bailleur ne pouvait pas se dispenser de solliciter la résolution du bail devant le juge⁷².

220. On relèvera par ailleurs que le droit pour une partie de solliciter la résolution d'une convention pour inexécution fautive n'est pas non plus d'ordre public.

Une partie à un contrat peut donc valablement renoncer contractuellement au droit de solliciter la résolution de la convention en cas de manquement de l'autre partie⁷³.

A l'inverse, on considère que pour les contrats synallagmatiques auxquels l'article 1184 du Code civil n'est pas applicable, comme c'est par exemple le cas pour la rente viagère, les cocontractants peuvent prévoir une clause résolutoire expresse en cas de défaut de paiement des arrérages, pour autant que la clause traduise une volonté non équivoque⁷⁴.

⁷¹ G. KRIEGER, « Le bail d'habitation », éd. St Paul (2009), p. 53, n° 44

⁷² Trib. Luxembourg, 8 décembre 2006, n° 234/2006, cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/4, p. 16. Également Trib. Luxembourg, 23 mai 2008, n° 114349, BJL, 2008, p. 129

⁷³ Cour d'appel, 18 janvier 2006, n° 30981, BJL, 2007, p. 27. Cette décision a été prise en matière de révocation d'une donation avec charge, mais elle prévaut également pour les autres contrats synallagmatique, la jurisprudence considérant que la révocation visée par l'article 953 Code civil n'est qu'une application de la résolution pour inexécution fautive prévue à l'article 1184 Code civil : Cour d'appel, 19 janvier 2005, n° 28705 et 29033, BJL, 2006, p. 39

⁷⁴ F. GREFF, « La rente viagère », JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2011/6, p. 143.

Néanmoins, lorsque le contrat lie un professionnel et un consommateur, les clauses excluant le droit pour le consommateur de demander la résolution du contrat lorsque la fourniture ou la prestation n'est pas effectuée dans le délai promis ou, à défaut d'indication de délai, dans un délai raisonnable ou d'usage, sont considérées comme abusives et donc nulles (article L.211-3.5 du Code de la consommation).

Il en va de même pour les clauses excluant le droit pour le consommateur de résilier le contrat lorsque le professionnel a l'obligation de réparer le bien et n'a pas satisfait à cette obligation dans un délai raisonnable (article L.211-3.12 du Code de la consommation).

CHAPITRE IX. LA DISSOLUTION DES CONTRATS

SECTION 1. LA RÉSILIATION DES CONTRATS

221. Il y a résiliation du contrat lorsque les parties défont, soit unilatéralement soit de commun accord, la convention qu'elles ont conclue¹.

Un contrat, qu'il soit à terme ou à durée indéterminée, peut toujours être résilié de l'accord commun des parties.

Aux termes de l'article 1134 al. 2 du Code civil, les conventions légalement formées peuvent être révoquées par les contractants « *de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ».

Cet alinéa consacre le principe du « *mutuus dissensus* », de résiliation amiable du contrat. Si la volonté d'une seule partie ne peut, en principe, détruire ou modifier le lien contractuel, les contractants peuvent révoquer l'acte de leur consentement mutuel. Cet accord n'est soumis à aucune règle de forme et peut même être tacite, à condition d'être certain².

Pour le tribunal, le « *mutuus dissensus* » met fin au contrat tout entier et interdit aux parties de réclamer l'exécution du contrat initial. En cas de *mutuus dissensus*, les choses doivent être remises dans le même état qui si l'obligation n'avait pas existé et les parties doivent se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre, en exécution de la convention révoquée. L'emprunteur devra restituer à la partie prêteuse les sommes avancées, respectivement le solde dudit prêt³.

Cette solution n'est pas d'application lorsque le contrat résilié a un caractère successif. Dans ce cas la résiliation n'opérera que pour l'avenir⁴.

¹ On utilise parfois le terme de « résiliation » pour qualifier la dissolution du contrat pour inexécution fautive par une partie de ses obligations (une résolution en fait), lorsque cette dissolution n'a pas d'effet rétroactif. Nous préférons qualifier de « résolution » toute dissolution du contrat pour inexécution fautive et de parler « résiliation », lorsque les parties défont unilatéralement ou de commun accord la convention.

² Trib. Luxembourg, 25 janvier 2008, n° 111797, BJJ, 2008, p. 88

³ Trib. Luxembourg, 13 mars 2003, n° 71112

⁴ Trib. Luxembourg, 21 mai 2003, n° 49880 et 70714

Les parties peuvent modaliser librement les effets de leur résiliation.

222. En principe, la résiliation unilatérale par une des parties d'un contrat à terme est prohibée.

Une telle rupture autorise le cocontractant lésé par la résiliation à réclamer soit l'exécution du contrat, soit des dommages et intérêts destinés à compenser le manque à gagner⁵.

Ce principe s'applique normalement à tout contrat.

Il a ainsi été jugé que l'auteur d'une œuvre, qui peut céder à un tiers ses droits patrimoniaux sur l'œuvre, ne peut céder ses attributs du droit moral de l'auteur de l'œuvre. Mais l'auteur ne dispose pas, en droit luxembourgeois, d'un droit de retrait qui permet à l'auteur qui a cédé son œuvre de revenir sur sa décision pour la retirer du commerce ou pour la modifier, moyennant indemnisation⁶.

223. Les parties peuvent néanmoins prévoir expressément dans la convention qui les lie que les parties, ou une d'entre elles, peuvent résilier unilatéralement le contrat, et modaliser les conditions dans lesquelles cette résiliation unilatérale peut intervenir⁷.

La Cour a ainsi eu à connaître d'une affaire dans laquelle une société était liée à un apporteur d'affaires par un contrat, qui prévoyait que l'apporteur était rémunéré pour l'apport de clientèle, et ensuite à concurrence de 33 % des revenus générés par les clients par lui apportés. Le contrat prévoyait qu'il était conclu pour une période d'une année, renouvelable tacitement d'année en année, chacune des parties pouvant mettre fin au contrat moyennant un préavis de 6 mois donné avant la prochaine échéance annuelle. La société avait mis fin au contrat en respectant ces modalités. L'apporteur l'avait alors assigné et soutenait que la résiliation était abusive, du fait que la société avait résilié le contrat de sa propre initiative, volontairement, sans raison économique apparente et sans raison objective, cette façon de procéder démontrant sa mauvaise foi. L'apporteur a été débouté de ses prétentions. Dans son arrêt, la Cour a rappelé que lorsque les parties exercent unilatéralement leur faculté de résiliation expressément stipulée au contrat, il y a application, et non exception, du principe de la force obligatoire du contrat. Dans la mesure où le contrat prévoyait la résiliation unilatérale du contrat moyennant préavis et que la société avait respecté le préavis, la résiliation était à considérer comme régulière. La rupture du

⁵ Trib. Luxembourg, 18 octobre 2006, n° 91748 ; Trib. Luxembourg, 19 octobre 2005, n° 83318.

⁶ Trib. Luxembourg, 14 juillet 2005, DAOR, 2010, n° 95, p. 313 et note L. MAMERE

⁷ Pour un exemple de clause de rétractation voyez Cour d'appel, 4 novembre 1998, Pas., 31, p. 63

contrat était un droit pour le contractant qui n'engagerait sa responsabilité qu'en cas d'abus dans l'exercice de ce droit. Le seul fait pour la société d'exercer son droit de résiliation unilatérale sans indication de motif n'est pas constitutif d'un tel abus de droit dans son chef⁸.

224. Dans certains cas une partie à la convention va néanmoins pouvoir mettre fin au contrat par résiliation unilatérale.

Lorsqu'un contrat est à prestations successives et durée indéterminée, il est résiliable ad nutum par la volonté unilatérale d'une des parties à la convention. Il est en effet contraire à l'ordre public de maintenir quelqu'un indéfiniment dans les liens conventionnels. L'engagement perpétuel est prohibé. La résiliation, qui ne doit être justifiée par aucune faute de l'autre partie et ne doit pas être motivée, doit être accompagnée d'un préavis raisonnable.

Elle doit également, sous peine d'engager la responsabilité de la partie à l'origine de la rupture, s'accompagner du souci de réduire le préjudice causé au partenaire⁹.

Il a ainsi été rappelé que, contrairement à certaines idées reçues, le banquier est en droit de clôturer le compte et de mettre fin à la relation à durée indéterminée qu'il a avec son client, en résiliant simplement celle-ci avec préavis et sans avoir à motiver sa décision¹⁰.

Dans une affaire soumise à la Cour, les parties étaient liées par un contrat de concession exclusive de vente à durée indéterminée. Le concédant entendait résilier unilatéralement le contrat. Le concessionnaire prétendait que ce contrat était un mandat d'intérêt commun, qui ne pouvait être résilié que de l'accord des deux parties. La Cour a rejeté cet argument. En effet, si un mandat d'intérêt commun peut se concevoir dans le contrat de l'agent commercial, qui est mandataire, un contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun. Le contrat de concession à durée indéterminée peut donc être résilié d'une manière unilatérale moyennant un préavis suffisant. En considération de la longue durée des relations entre parties (16 ans), un délai de préavis de un an aurait dû être respecté au lieu des trois mois accordés par le concessionnaire¹¹.

⁸ Cour d'appel, 2 février 2011, DAOR, 2012, n° 101, p. 84 ; BJJ, 2011, p. 74

⁹ Voyez Cour d'appel, 18 novembre 1998, Pas., 31, p. 67 ; D. BOONE, « La durée maximale des contrats en droit privé face à l'évolution du droit des obligations », Bull. Cercle Fr. Laurent, 2000, IV, p. 43 et s.

¹⁰ CSSF, Rapport d'activités, 2004, p. 142-143 ; voyez également l'article 74 de la loi du 10 novembre 2009 relative au service de paiement qui impose un préavis minimum de 2 mois.

¹¹ Cour d'appel, 6 juillet 2011, n° 35365, BJJ, 2012, p. 141 ; également Cour d'appel, 10 mars 2005, DAOR, 2007, n° 84 et note O. POELMANS

Certains contrats ne vont cependant pas pouvoir être résiliés unilatéralement par l'une des parties, et cela nonobstant le fait que leur exécution donne l'impression de s'échelonner dans le temps. Il va en être ainsi lorsque, du fait du contrat, un droit réel va être octroyé à l'autre partie cocontractante.

C'est ainsi qu'un débiteur ne va pas pouvoir mettre fin au gage qu'il a accordé à son créancier en résiliant unilatéralement ce gage¹².

225. Les parties peuvent prévoir contractuellement les modalités et le préavis nécessaires pour la résiliation du contrat par une des parties.

Ces modalités vont alors s'imposer aux parties, qui ne pourront pas prétendre qu'une résiliation faite en conformité avec ces modalités est irrégulière¹³.

La jurisprudence considère néanmoins qu'est nulle, pour contrariété à l'ordre public, la clause de préavis qui a pour effet d'entraver sérieusement le droit normal d'une partie de mettre fin unilatéralement à un contrat à durée indéterminée¹⁴.

Dans une espèce, la Cour d'appel avait ainsi annulé une clause prévoyant que l'employeur devait payer une indemnité de 4 années de salaire, et s'élevant à plus de 500.000 €, en cas de licenciement de son salarié. La Cour de Cassation a cassé cet arrêt, en précisant que la stipulation conventionnelle en faveur du salarié d'un délai de préavis plus long que celui issu de la loi n'enlève pas à l'employeur la faculté de résilier le contrat de travail à durée indéterminée¹⁵. Sur renvoi, la Cour d'appel a alors jugé que le caractère général et formel de la décision de la Cour de Cassation s'opposait à la possibilité de parvenir à une réduction de cette clause de préavis, et cela même en la requalifiant en clause pénale. La convention de préavis a alors été jugée licite et applicable¹⁶.

Lorsque la convention des parties, ou la loi, fixe le délai de préavis qu'une des parties à la convention doit donner pour mettre un terme au contrat, la partie qui résilie la convention ne pourra pas imposer unilatéralement un délai plus long à son cocontractant.

¹² Trib. Luxembourg, 7 décembre 2001, Bull. Dr. et Banque, 2003, n° 34, p. 60 et note O. POELMANS, confirmé par Cour d'appel, 14 mai 2003, n° 26567, Dr. Banc. Fin. (B), 2004, p. 169 et confirmé par Cass., 26 février 2004.

¹³ Cour d'appel, 2 février 2011, DAOR, 2012, n° 101, p. 84 ; BJJ, 2011, p. 74

¹⁴ Voyez Cour d'appel, 26 mars 1998, Pas., 31, p. 13

¹⁵ Cour d'appel, 20 mars 2008, n° 31115, 31159 réformé par Cass., 28 mai 2009, n° 33/09 cité au JurisNews - Regard sur le Droit du Travail, 2010/7, p.212

¹⁶ Cour d'appel, 11 novembre 2010, n° 31105, cité au JurisNews - Regard sur le Droit du Travail, 2010/8, p. 217

Il a ainsi été jugé qu'en cas de démission, le salarié n'est pas fondé à imposer à l'employeur un préavis différent de celui prévu par la loi, l'employeur n'étant pas obligé d'accepter la modification unilatérale des conditions d'exécution du contrat de travail qui lui est imposée par un salarié qui déclare démissionner avec un préavis prolongé¹⁷.

226. La résiliation unilatérale produit ses effets du seul fait de la manifestation de volonté de son auteur. L'accord du cocontractant n'est pas nécessaire pour que la résiliation produise pleinement tous ses effets. Il suffit qu'elle soit notifiée. Une fois notifiée, la résiliation unilatérale échappe à la volonté de son auteur, qui ne peut plus revenir seul sur sa décision¹⁸.

Le tribunal a, en application de ce principe, annulé une assemblée générale d'une société dont les actionnaires avaient été irrégulièrement convoqués. En l'espèce, le promoteur d'une société avait conclu un contrat à durée indéterminée avec une fiduciaire, qui avait pour objet de désigner des employés de cette fiduciaire comme actionnaires et dirigeants de la société. A la suite d'un désaccord entre les parties, la fiduciaire avait résilié unilatéralement le contrat de service qui la liait avec le promoteur de la société. Les dirigeants de la société avaient néanmoins convoqué les employés de la fiduciaire, en tant qu'actionnaire, pour participer à l'assemblée générale de la société. Le promoteur contestait la validité de cette assemblée, en considérant que les personnes convoquées n'avaient plus la qualité d'actionnaire. Le tribunal a fait droit à cette demande. Il a d'abord rappelé que si la loi sur les sociétés commerciales prévoit que la propriété des actions nominatives s'établit par une inscription au registre des actions nominatives, cette disposition ne fait pas obstacle à ce que la société ou l'associé puissent prouver sa qualité d'actionnaire par tous autres moyens. En l'espèce, le promoteur faisait valoir qu'au moment de l'assemblée litigieuse le contrat conclu avec la fiduciaire, aux termes duquel celle-ci détenait fiduciairement les actions de la société, avait été dénoncé par la fiduciaire. Cette manifestation de la volonté de l'auteur de la rupture suffisait pour produire l'effet recherché, puisque l'acte de rupture est un acte unilatéral et que l'accord du cocontractant n'est pas nécessaire pour que la résiliation produise ses effets. Il suffit que l'acte de résiliation soit notifié, ce qui était le cas en l'espèce, le courrier ayant été adressé aux deux promoteurs. Il s'en suivait qu'à partir de cette dénonciation la

¹⁷ Cour d'appel, 28 avril 2011, JTL, 2012, p.60 et note J.L. PUTZ

¹⁸ Cour d'appel, 18 mai 2011, n° 36809, BJL, 2011, p. 121 ; Cour d'appel, 14 juillet 2010, pas., 35, p. 260 ; Cour d'appel, 21 janvier 2010, BJL, 2010, p. 7 ; Cour d'appel, 30 novembre 2006, Pas. 33, p. 361 ; Cour d'appel, 19 juin 2003, n° 27084, BJL, 2004, p. 141 ; Trib. Luxembourg, 1 décembre 2004, n° 87256, BJL, 2005, p. 128

fiduciaire n'était plus actionnaire. Les dirigeants, employés dans la même fiduciaire, ne pouvaient ignorer cet état de chose et étaient dès lors malvenus à invoquer les inscriptions du registre des actions nominatives dont ils savaient qu'elles ne reflétaient plus la réalité de la situation¹⁹.

La résiliation unilatérale du contrat ne sort ses effets que pour l'avenir.

227. La loi peut également prévoir le droit pour une des parties à un contrat à durée déterminée de résilier unilatéralement le contrat avant terme.

C'est ainsi que l'article 2004 du Code civil prévoit que le mandat peut révoquer à tout moment le mandat donné au mandataire²⁰.

La Cour a néanmoins apporté une nuance à ce principe. Dans une espèce, le mandataire assumait une fonction (rémunérée) de conseiller et gestionnaire d'un groupe de sociétés en phase de restructuration, pour une durée de trois années. Le mandant avait résilié anticipativement le mandat. Dans le litige qui s'en est suivi, la Cour considéra que si, en principe, en raison de la révocabilité ad nutum du mandat par le mandant, c'est au mandataire qu'il incombe d'établir le caractère abusif de la révocation, il en est autrement lorsqu'il s'agit d'un mandat à durée déterminée. Dans ce cas, le mandataire peut se prévaloir du caractère abusif de la révocation afin d'obtenir réparation de son préjudice, sauf au mandant de prouver qu'il avait un motif légitime de révocation. En l'espèce, le mandant restait en défaut d'établir le motif légitime de la révocation et s'est vu condamner au paiement de dommages et intérêts envers le mandataire²¹.

La jurisprudence a également déduit de l'article 2004 du Code civil qu'un administrateur de société anonyme pouvait, en tout temps, être révoqué par l'assemblée générale des actionnaires qui ne doit pas motiver sa décision. Cette règle est d'ordre public et il y a lieu – en principe – de priver d'effet les conventions qui visent à faire obstacle directement au principe de la révocation ad nutum.

La Cour a eu à connaître d'une espèce dans laquelle un administrateur de société anonyme avait été révoqué avec effet immédiat par l'assemblée générale des actionnaires de cette société. L'ex-dirigeant avait alors assigné la société en paiement d'une indemnité de licenciement de six mois prévue dans le contrat qu'il avait conclu avec la société. La société s'opposait à cette demande en faisant valoir que la clause qui prévoyait l'obligation de payer une telle indemnité en cas de révocation avait un

¹⁹ Trib. Luxembourg, 1 décembre 2004, n° 87256, BJL, 2005, p. 128

²⁰ Voyez également P. SANTER, L. GLODEN, « L'irrévocabilité du mandat: mythe ou réalité », In Le Bicentenaire du Code civil - une contribution luxembourgeoise, éd Portalis (2008), p. 391 et s.

²¹ Cour d'appel, 9 mars 2011, n° 35180, BJL, 2011, p. 151

effet dissuasif certain, en ce sens qu'elle était susceptible d'influencer une décision de révocation à intervenir. Le premier juge comme la Cour ont fait droit à la demande de l'administrateur. La Cour, après avoir rappelé le droit pour toute société anonyme de révoquer ad nutum son administrateur, a constaté qu'aucun élément du dossier ne renseignait concrètement sur la question de savoir dans quelle mesure la clause litigieuse prévoyant le paiement d'une indemnité de 51.000 €, avait pu restreindre ou entraver la décision de libre révocabilité par la société de son administrateur. Il n'était pas démontré dans quelle proportion l'indemnité en question avait constitué pour la société une charge telle qu'elle était de nature à la dissuader d'exercer son droit de libre révocation²².

L'article 1794 du Code civil permet également au maître de l'ouvrage de résilier unilatéralement le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

L'article L. 224-17 du Code de la consommation prévoit que le consommateur a le droit de résilier unilatéralement et anticipativement son contrat de crédit à la consommation. Le consommateur doit notifier son intention au prêteur par écrit ou sur un autre support durable. Dans ce cas, le consommateur a droit à une réduction du coût total du crédit, qui correspond aux intérêts et frais dus pour la durée résiduelle du contrat. Le prêteur a droit à une indemnité équitable et objectivement justifiée pour les coûts éventuels liés directement au remboursement anticipé du crédit, à condition que le remboursement anticipé intervienne pendant une période à taux fixe. Après avoir pris connaissance de l'intention du consommateur, le prêteur lui communique sans délai le montant exact de la réduction du coût total du crédit et de l'indemnité.

L'article 38 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance prévoit que la durée du contrat est fixée par les parties. Toutefois, et sauf pour les assurances sur la vie et l'assurance maladie, le preneur d'assurance a le droit de résilier le contrat chaque année à l'échéance de la prime annuelle, ou, à défaut à la date anniversaire de la prise d'effet du contrat en notifiant cette résiliation à l'assureur trente jours avant cette date. Ce droit appartient dans les mêmes conditions à l'assureur moyennant le respect d'un délai de résiliation de soixante jours.

L'article 74 de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement prévoit que le client peut résilier à tout moment le contrat de compte espèce (le «contrat cadre» au sens de cette loi) qu'il a conclu avec

²² Cour d'appel, 21 mai 2008, DAOR, 2011, n° 99, p. 407 et note M. LAURENT

son banquier, même si ce contrat est à durée déterminée. Si le contrat le prévoit, il devra respecter un préavis qui ne peut pas être supérieur à un mois.

Les parties à la convention peuvent également valablement prévoir que l'une d'entre elles, ou les deux parties, peuvent décider de résilier unilatéralement le contrat avant son échéance conventionnelle.

SECTION 2. LA CADUCITÉ DES CONTRATS

228. La caducité est un mode de dissolution des contrats qui se réalise par le fait qu'un acte régulièrement formé perd, pendant le cours de l'exécution du contrat, un élément essentiel à sa validité –généralement l'objet ou la cause du contrat- du fait de la survenance d'un événement indépendant ou dépendant partiellement de la volonté des parties.

Le contrat peut ainsi être dissout par caducité lorsque son objet vient à disparaître.

Le tribunal a eu l'occasion d'appliquer ce principe dans une espèce où deux parties avaient signé un contrat de prestation de service, qui constituait un contrat d'application d'un contrat-cadre de collaboration conclu entre quatre parties. Le contrat de collaboration avait été annulé pour dol de la part d'une des quatre parties. Le tribunal a alors relevé que la disparition de ce contrat cadre rendait sans objet le contrat de prestation de service, créait une impossibilité de poursuivre les relations contractuelles, ce qui entraînait la caducité du contrat de prestation de service. Le tribunal ajoute que, ce contrat étant à prestation successive, la caducité faisait disparaître le contrat sans rétroactivité. Dans la mesure où aucune des deux parties au contrat de prestation de service n'était la partie au contrat cadre qui avait commis le dol, aucun dommage et intérêt ne pouvait être alloué à la suite de cette caducité²³.

Il y aura également dissolution du contrat par caducité, lorsque les parties ont convenu, par tierce décision obligatoire, qu'un tiers va fixer l'objet du contrat et que ce tiers ne peut pas prendre la décision, ou refuse de la prendre (voyez supra point 87).

²³ Trib. Luxembourg, 21 mai 2003, n° 49880 et 70714. Egalement Cour d'appel, 4 juin 1997, n° 18469 qui a confirmé ce principe dans une espèce où une centrale téléphonique louée par une personne avait été détruite, cette destruction mettant fin automatiquement au contrat de louage.

229. Par contre, un contrat à titre onéreux ne pourra pas être dissout pour caducité, si c'est sa cause qui vient à disparaître pendant le cours du contrat.

L'existence de la cause d'une obligation née d'un contrat synallagmatique se vérifie au moment de la conclusion du contrat et non en cours de son exécution. Si un contrat valablement conclu n'est plus exécuté, l'inexécution n'est pas sanctionnée par la caducité du contrat, mais par sa résolution, la théorie des risques ou l'exception d'inexécution²⁴(supra point 96).

La jurisprudence a, par contre confirmé qu'une libéralité testamentaire peut être déclarée caduque en cas de disparition de la cause de la libéralité après la formation de l'acte²⁵. Selon nous, cette exception ne s'applique pas aux libéralités entre vifs, mais est spécifique aux libéralités testamentaires (voyez supra point 98).

Par extension, on qualifie également de caduc un contrat qui est dissout à la suite de l'annulation ou de la résolution d'un autre contrat faisant partie d'un même ensemble contractuel. La théorie de l'ensemble contractuel prévoit qu'en présence de plusieurs contrats constituant un ensemble contractuel complexe et indivisible, la dissolution d'un des contrats entraîne la dissolution par caducité du (ou des) autre(s) contrat(s) constituant cet ensemble (voyez supra point 166 et 167)²⁶.

SECTION 3. LA NULLITÉ DES CONTRATS

230. La nullité du contrat est le mode dissolution des conventions qui sont affectées d'un vice essentiel au niveau de leur formation.

C'est ainsi qu'il y a nullité des contrats qui sont atteints d'un vice au niveau des conditions de validité (voyez supra points 41 et s.) ou qui sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (voyez supra points 114 et s.).

La loi prévoit parfois un régime de nullité particulier pour certaines conventions.

C'est ainsi que le contrat instituant une société anonyme, une société à risques limités ou une société en commandite par action ne peut être annulé

²⁴ Cour d'appel, 9 juillet 2003, n° 27411, BJJ, 2003, p. 171

²⁵ Cour d'appel, 1 décembre 2004, Pas., 33, p. 32

²⁶ Voyez Cour d'appel, 5 mai 2010, Pas., 35, p. 187 ; contra : Trib. Luxembourg, 18 octobre 1990, Bull. Dr. et Banque, 1992, n° 19, p. 61 qui avait refusé de déclarer caduc un contrat de financement à la suite de l'annulation du contrat de livraison du matériel financé.

que pour les cas strictement énumérés à l'article 12ter de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Une de ces sociétés ne pourra être déclarée nulle que si elle n'a pas été formée par acte authentique, si ses statuts ne contiennent aucune indication au sujet de sa dénomination, de son objet social, des apports ou du montant du capital souscrit, si son objet social est illicite ou contraire à l'ordre public ou si elle ne comprend pas le nombre d'actionnaire(s)-fondateur(s) imposé par la loi²⁷.

La nullité d'une convention doit toujours être prononcée par le juge.

231. Il existe deux sortes de nullité des conventions, les nullités relatives et les nullités absolues.

Si une règle d'ordre public vise à imposer une certaine conception de l'intérêt général sur le plan politique, moral, social ou économique, elle est une norme d'ordre public sensu stricto et est sanctionnée par une nullité absolue.

L'acte nul ne pourra pas être confirmé ou ratifié par une des parties à l'acte²⁸.

La nullité pourra être demandée par toute personne intéressée, même si cette personne est un tiers par rapport à l'acte.

La nullité doit être prononcée d'office par le juge.

Le délai de prescription des actions visant à annuler un acte pour cause de nullité absolue est le délai de droit commun de 30 ans²⁹. Par contre, le droit pour une partie à l'acte de se prévaloir de l'exception de nullité, pour s'opposer donc à une action en exécution du contrat frappé d'une cause nullité par le créancier, est imprescriptible et pourra donc être invoquée au-delà de ce délai de 30 ans (*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*).

232. Si la règle d'ordre public tend à protéger l'une des parties et à préserver l'équilibre interne du contrat, elle est une règle d'ordre public de protection et la nullité qui la sanctionne est relative³⁰.

La nullité de l'acte ne pourra être alors encourue que si la violation de la règle a compromis le but poursuivi par la loi d'ordre public³¹.

²⁷ Sur le régime de nullité des sociétés commerciales voyez A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} ed. (2011), éd. St Paul, p. 177 et s., n° 187 et s. ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} ed., (2011), éd. Legitec, p. 224 à 238.

²⁸ Cour d'appel, 14 mars 2001, Pas., 32, p. 48

²⁹ Cour d'appel, 4 février 2009, Pas., 34, p. 421

³⁰ Cour d'appel, 9 juillet 2008, n° 33039 et 33594, BJJ, 2008, p. 160

³¹ Cour d'appel, 22 mars 2000, Pas., 31, p. 314.

Seule la partie protégée par la règle peut se prévaloir de nullité. Cette partie pourra donc renoncer à se prévaloir de la nullité. La personne protégée ne peut néanmoins pas délaïsser par avance le droit que la loi lui accorde ainsi, mais peut y renoncer a posteriori, une fois que ce droit est acquis³².

La personne protégée peut confirmer l'acte.

La confirmation est l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître le vice dont un acte est entaché et contre lequel elle aurait pu demander l'annulation (article 1337 et s. du Code civil).

Cette confirmation peut être expresse, et doit alors indiquer les motifs de nullité et faire preuve de l'intention de réparer le vice.

Elle peut être tacite et résulter de l'attitude de la partie qui pouvait se prévaloir du vice. La confirmation tacite peut résulter de l'exécution volontaire de l'obligation ou de tout autre acte faisant apparaître l'intention non conditionnelle et non équivoque de réparer le vice dont l'obligation est atteinte.

Il a été jugé que le fait pour les acheteurs d'un immeuble en état futur d'achèvement d'écrire une lettre au promoteur afin de le mettre en demeure de commencer les travaux dans les 15 jours, sinon de se réserver le droit de solliciter la résolution de la vente, ne constitue pas une confirmation de la nullité qui entachait le contrat de vente. En effet une telle lettre, qui n'avait pas été suivie d'effet dans le chef du promoteur, ne fait en rien apparaître la volonté de réparer le vice qui fondait la nullité de l'acte. Une lettre ultérieure de proposition d'arrangement des acheteurs, toujours non suivie d'effet, ne peut pas non plus, et pour les mêmes raisons, être qualifiée de confirmation au sens des articles 1337 et s. du Code civil³³.

L'action en nullité relative d'un contrat est prescrite par 5 ans. Lorsque cette action est intentée pour violence, ce délai ne court que du jour où la violence a cessé. En cas d'erreur ou de dol, elle ne court que du jour où ils ont été découverts (article 1304 du Code civil)³⁴. Le droit de se prévaloir de l'exception de nullité, pour s'opposer à une action en exécution du contrat frappé de nullité par le créancier, est imprescriptible.

233. En principe, le premier effet de la nullité du contrat, va être de faire disparaître ce contrat dans son intégralité.

³² Cour d'appel, 14 juin 2000, Codex, 2000, n° 9, p. 291 ; Cour d'appel, 9 février 2000, Pas., 31, p. 301

³³ Cour d'appel, 16 février 2000, Pas., 31, p. 239

³⁴ Cour d'appel 23 Février 2005, n° 29841, BJJ, 2005, p. 124

Il arrive néanmoins que la cause de nullité qui frappe la convention trouve son origine dans une seule clause du contrat. Il pourrait en être notamment ainsi lorsqu'une clause du contrat prévoit que le contrat est perpétuel, ou si une clause prévoit une clause d'exclusivité territoriale qui est contraire au droit communautaire.

Pour certains, la sanction de nullité pourrait alors être limitée à la clause litigieuse, si la stipulation incriminée apparaît comme purement accessoire, distincte de l'obligation principale, et qu'il n'apparaît pas que sans cette clause le débiteur aurait refusé de s'engager³⁵.

La Cour a appliqué ce principe dans une affaire où les parties avaient conclu un contrat reprenant une clause d'exclusivité territoriale. La partie défenderesse faisait valoir que le demandeur ne pouvait pas se prévaloir du contrat pour mettre en cause sa responsabilité, car ce contrat était nul, la clause d'exclusivité étant contraire au droit communautaire de la concurrence. La Cour a rejeté cet argument. Pour ce faire elle précise que, même à admettre que la clause litigieuse soit contraire au droit communautaire de la concurrence, il n'en demeurerait pas moins que la clause nulle était séparable du reste du contrat qui pourrait, en tant que convention organisant la distribution de produits d'assurance-vie, subsister indépendamment d'une clause d'exclusivité territoriale³⁶.

234. L'annulation du contrat agit avec effet rétroactif.

L'annulation de la convention provoque sa dissolution pour l'avenir mais également pour le passé. Chacune des parties au contrat doit donc restituer à l'autre ce qu'elle a reçu en exécution du contrat annulé. En principe cette restitution se fera en nature. Si la restitution en nature s'avère impossible, elle se fera par équivalent. La nullité prononcée vise à effacer la situation illicite créée dans la formation du contrat et les parties sont ainsi remises, du fait de l'annulation, dans le «*pristin état*»³⁷.

Il a ainsi été décidé que lorsqu'un contrat de «*sous-participation financière*» était annulé, le banquier qui a avancé les fonds à l'autre banquier a droit de réclamer à ce dernier la restitution des fonds qu'il lui avait remis en exécution de la convention³⁸.

³⁵ M. HARLES, D. SPIELMANN, «*L'ordre public dans la vie des affaires*», Bull. Cercle Fr. Laurent, 1999, IV, p. 42 et s. et spéc. p. 64 ; D. BOONE, «*La durée maximale des contrats en droit privé face à l'évolution du droit des obligations*», Bull. Cercle Fr. Laurent, 2000, IV, p. 43 et s. et spéc. p.60 et s.

³⁶ Cour d'appel, 19 mai 2010, n° 32385

³⁷ Cour d'appel, 9 novembre 2011, n° 35055 à paraître dans Pas., 35 (2012/3) et note P. ANCEL ; Cour d'appel, 12 mars 2008, Pas. 34, p.189

³⁸ Cour d'appel, 9 février 2000, Pas. 31, p. 356 ; Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 65

Dans une autre espèce, la Cour a annulé une clause reprise dans un contrat de travail qui imposait à un salarié de fournir à l'employeur une garantie bancaire émise par une banque agréée au Grand-Duché de Luxembourg, afin de garantir la bonne exécution de ses prestations. La Cour a alors exigé que l'employeur rembourse à l'employé le montant bloqué à la suite de l'émission de la garantie ainsi que les frais que le salarié avait été obligé d'exposer en vue de constituer celle-ci, et notamment la commission de garantie à payer trimestriellement à la banque³⁹.

Dans une autre affaire, la Cour avait annulé un contrat de cession de parts sociales, car la personne qui avait signé le contrat pour la société cédante n'avait pas le pouvoir de la représenter. En l'espèce, si la restitution des parts sociales ne donnait pas lieu à des difficultés entre parties, les parties étaient en désaccord à propos de la restitution du prix de vente par le cédant. Le cessionnaire réclamait à titre de restitution du prix de vente, le paiement du prix mentionné dans l'acte de vente et le débit d'un compte client associé. En ordre subsidiaire il demandait la restitution de la valeur des parts sociales rétrocédées et, en ordre plus subsidiaire, la restitution du montant du prix mentionné dans l'acte de vente. Le cessionnaire réclamait également le paiement d'intérêts de retard sur les montants redus. La Cour a d'abord rappelé que le montant à restituer est en principe égal à celui qui a été versé, sans aucune revalorisation. Le montant du prix supplémentaire réclamé, qui ressortait d'un rapport établi par un expert sur demande de l'administrateur judiciaire provisoire et n'était appuyé par aucune pièce, a été refusé. Pour ce qui concerne les intérêts de retard demandés, la Cour ajoute que la doctrine et les jurisprudences dominantes ont rattaché les restitutions au droit commun des articles 549 et 1378 du Code civil. En cas d'annulation du titre, les versements effectués n'étant dus en vertu d'aucun titre juridique, il y a eu paiement indu et la restitution doit donc avoir lieu dans les conditions de l'article 1378 du Code civil qui prévoit que le débiteur de bonne foi est tenu de restituer les intérêts, non pas à compter de la date à laquelle la somme lui a été remise, mais à partir de la demande en restitution⁴⁰.

Cet effet rétroactif est opposable aux tiers qui devront supporter le fait que la convention est présumée n'avoir jamais existée et donc que les parties à la convention annulée n'ont jamais eu de droit sur le bien objet de la convention. Des correctifs existent néanmoins au profit des tiers. C'est ainsi que l'article 2279 al. 1 du Code civil permet au possesseur de bonne foi

³⁹ Cour d'appel, 18 octobre 2007, n° 30889, cité au JurisNews – Regard sur le Droit du Travail, 2007/9, p. 115

⁴⁰ Cour d'appel, 6 avril 2011, JTL, 2012, p. 58 ; Pas., 35, p. 618

d'un bien meuble de s'opposer à toute revendication de ce bien par le véritable propriétaire du bien⁴¹.

235. Il existe plusieurs exceptions à ce principe de rétroactivité de l'annulation de la convention.

Une première exception à cette obligation de restitution réciproque concerne le contrat annulé pour objet ou cause illicite ou immorale. Dans ce cas, le juge refusera d'ordonner la remise des choses dans le pristin état, en application de l'exception d'indignité (supra point 120).

Il arrive également que certaines prestations, en raison de leur nature, ne puissent pas donner lieu à restitution. Il en va ainsi des prestations réalisées par un entrepreneur, de l'occupation des lieux par un locataire ou par un acheteur ou des contrats qui comportent des prestations continues, tels les contrats successifs. Dans ce cas, comme il ne saurait être question de restituer ce qui n'est pas restituable, et afin d'éviter que pareille solution ne procure un enrichissement sans cause au profit de cette partie au contrat, une indemnité compensatrice est due à celui qui a fourni la prestation non restituable.

La Cour d'appel a confirmé ce principe dans une espèce où la vente d'un immeuble avait été annulée pour vice de consentement. Elle a ainsi rappelé qu'une indemnité pouvait être due au vendeur tenu de restituer le prix de la vente, pour tenir compte de l'avantage dont l'acheteur a joui du fait de l'usage de la chose et pour éviter que ce dernier ne bénéficie ainsi d'un enrichissement sans cause. En l'espèce, la Cour a jugé que, en raison du caractère insalubre des lieux, les acquéreurs n'avaient tiré aucun avantage de l'occupation des lieux dont il faudrait tenir compte sur le plan des restitutions, mais, au contraire, ils avaient droit à une indemnité de réparation du préjudice moral subi du fait de cette insalubrité⁴².

Enfin, des lois particulières peuvent également prévoir que l'annulation d'une convention ne sort ses effets que pour l'avenir.

C'est ainsi que la décision qui prononce la nullité d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société en commandite ne sort ses effets que pour l'avenir (article 12quater de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales)⁴³.

⁴¹ Cour d'appel, 16 février 2000, Pas., 31, p. 262

⁴² Cour d'appel, 12 mars 2008, Pas. 34, p. 189. Sur le principe voyez également Cour d'appel, 13 octobre 2010, Pas., 35, p. 270 ; JTL, 2012, p. 54, BJJ, 2011, p. 38

⁴³ A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St Paul, p. 183, n° 95

236. Dans un cas, le juge peut ne pas procéder à l'annulation de l'acte vicié, mais procéder à la conversion de l'acte nul en un acte valide.

Il en va ainsi lorsque le juge constate que la convention que les parties lui ont présentée est nulle, mais que cette convention nulle répond aux conditions de validité d'une autre convention dont les conditions de validité sont réunies et qui correspond aux objectifs que les parties s'étaient fixés lorsqu'elles ont conclu le contrat.

Le juge va alors convertir l'acte nul. Il va couvrir le vice qui frappait l'acte nul, constater la validité de la « nouvelle » convention des parties et de ses effets entre les parties.

La Cour d'appel a procédé à une telle conversion d'un contrat nul dans des affaires dans lesquelles des héritiers avaient assigné en justice un autre héritier afin d'entendre annuler la vente d'un immeuble intervenue entre leur parent et ce dernier. Les demandeurs fondaient leur demande sur la vileté du prix de la vente, en arguant du fait que le défendeur n'avait en fait pas payé le prix repris dans l'acte pour l'achat du bien. Dans les deux affaires, la Cour a rappelé pour qu'une vente soit valable, il faut que le prix soit sérieux, c'est-à-dire représentatif, jusqu'à un minimum au moins, de la valeur de la chose. L'aliénation de la chose contre un prix dérisoire est sans cause et est donc nulle. Mais, ajoute la Cour dans les deux affaires, l'absence de paiement du prix de la vente n'entraîne pas ipso facto la nullité du transfert de propriété. En l'espèce, la Cour a considéré que la vente à vil prix pouvait être convertie en une donation et que cette donation était valable, sous réserve d'être simplement réduite afin de ne pas léser les droits à la réserve des autres héritiers⁴⁴.

SECTION 4. L'ACTION PAULIENNE DU CRÉANCIER

237. L'action paulienne est l'institution sur base de laquelle un créancier peut attaquer un acte fait par son débiteur en fraude de ses droits (article 1167 du Code civil).

Tout acte du débiteur qui crée un appauvrissement dans son chef peut être attaqué par l'action paulienne. Il peut s'agir d'un contrat, d'un apport ou d'un acte de renonciation à un droit. Les actes exclusivement attachés à la personne du débiteur ne peuvent pas être attaqués par cette voie.

⁴⁴ Cour d'appel, 4 février 2009, Pas., 34, p. 421 ; Cour d'appel, 22 novembre 2006, Pas., 33, p. 346

238. Les conditions d'une telle action sont les suivantes :

Le créancier, demandeur à l'action paulienne, doit d'abord disposer d'une créance antérieure à l'acte attaqué.

Le créancier doit également prouver que l'acte querellé a été conclu en fraude de ses droits.

La fraude paulienne résulte de la connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité.

Lorsque l'acte attaqué est un acte à titre onéreux, le créancier doit démontrer que le tiers avec qui le débiteur a conclu est complice de la fraude. Lorsque cet acte est une libéralité, cette dernière condition ne doit pas être réunie pour que l'action aboutisse.

Le créancier doit également prouver avoir subi un préjudice du fait de cet acte. Il y a préjudice lorsque le créancier ne peut plus exercer son droit de recours pour récupérer sa créance contre son débiteur à cause de l'acte incriminé, ou que ce droit de recours a été rendu plus malaisé.

239. C'est généralement sur base de cette dernière condition que l'action est souvent rejetée par la jurisprudence.

Un créancier, qui tendait à voir déclarer inopposable la modification du régime matrimonial de son débiteur a été débouté, le tribunal considérant qu'un acte de modification du régime matrimonial de deux époux, transformant le régime de communauté en régime de séparation de biens et qui n'a pas été suivi d'une liquidation, ne diminue pas, en lui-même, le patrimoine des deux époux. Le demandeur ne démontrait donc pas avoir subi un dommage du fait de cet acte et devait être débouté de sa demande⁴⁵.

De même, il a été considéré que, s'il est vrai que la donation par les débiteurs d'un immeuble faite à leur fils a diminué leur patrimoine, le créancier doit établir que ledit acte a eu pour conséquence de rendre insolubles les débiteurs, respectivement d'augmenter leur insolvabilité. Du seul fait que le débiteur a fait donation d'un immeuble à son fils, il ne peut être déduit que le débiteur est insolvable et que la créance du demandeur est devenue irrécupérable⁴⁶.

Dans une autre espèce, le curateur d'une faillite tendait à obtenir l'inopposabilité d'un contrat de prêt et de l'inscription hypothécaire qui garantissait ce prêt. Le curateur faisait valoir que ces contrats avaient été conclus en fraude des droits des créanciers du failli. Le curateur se fondait, pour

⁴⁵ Trib. Luxembourg, 13 mai 2002, n° 73782, BJJ, 2002, p. 2 ;

⁴⁶ Trib. Luxembourg, 13 mai 2002, n° 68119, BJJ, 2002, p. 2

ce faire, sur un témoignage qui affirmait qu'il existait entre les différentes sociétés des opérations de facturation fictive. La Cour a débouté le curateur de sa demande, en relevant que l'existence de ces opérations de facturation fictive ne prouvait pas qu'il y avait appauvrissement du failli, ni que ces facturations auraient permis de soustraire les avoirs du failli au gage de ses créanciers. Les conditions de l'action paulienne n'étaient donc pas rencontrées⁴⁷.

Dans une autre affaire, un créancier gagiste avait réalisé les avoirs qui lui avaient été remis en gage, en vendant ces avoirs de gré à gré à un tiers. Le débiteur gagiste contestait l'opération. Il se fondait notamment sur l'action paulienne pour entendre prononcer la nullité de la cession des avoirs. Le débiteur gagiste faisait valoir que le créancier gagiste avait l'obligation, en cas de réalisation des avoirs gagés, de lui restituer le surplus du produit de la cession et qu'en vendant les actions sous leur valeur réelle le créancier avait violé cette obligation avec intention de nuire. Le tribunal a rejeté cette demande, en constatant qu'aucune des conditions pour mettre l'action paulienne en œuvre n'était réunie. D'abord car le débiteur gagiste ne disposait pas d'une créance d'argent certaine au jour de l'acte qu'elle entendait attaquer. La créance invoquée n'était d'abord que purement hypothétique. Ensuite car la fraude du débiteur suppose un acte d'appauvrissement de son patrimoine qui a pour effet d'aggraver son insolvabilité. Or, il n'était pas établi que la cession des actions gagées par le créancier gagiste avait pour effet de créer ou d'augmenter son insolvabilité⁴⁸.

240. L'action paulienne a pour effet que l'acte posé en fraude des droits du créancier va être déclaré inopposable à ce (seul) créancier.

L'acte n'est donc pas à proprement parler annulé. Le créancier va pouvoir agir comme si cet acte n'avait pas été posé et, par exemple, réaliser le bien pour obtenir le remboursement de la créance qu'il a contre son débiteur.

Lorsque le bien aliéné par l'acquéreur a fait l'objet d'une aliénation subséquente au bénéfice d'un sous-acquéreur, l'action doit également être dirigée contre lui. Le tiers sous-acquéreur qui a acquis le bien à titre gratuit, ou à titre onéreux et de mauvaise foi, peut donc également se voir attrait à l'action paulienne et voir ses droits rendus inopposables au créancier agissant.

⁴⁷ Cour d'appel, 17 décembre 2008, Pas., 34, p. 361

⁴⁸ Trib. Luxembourg, 20 mai 2010, n° 127843, DAOR, 2012, n° 104, p. 432

Lorsque le sous-acquéreur a acquis le bien à titre onéreux et que le créancier ne peut pas prouver sa mauvaise foi, il sera débouté de son action en inopposabilité. Il pourra néanmoins réclamer des dommages et intérêts à l'acquéreur à concurrence du préjudice qu'il a ainsi subi⁴⁹.

241. Le Code de commerce organise un régime particulier d'action paulienne -d'action en inopposabilité fondée sur une idée de fraude au droit des créanciers en cas de faillite du débiteur, qui est prévu aux articles 445 à 447 du Code de commerce⁵⁰.

Les actes posés par le failli durant une « période suspecte », précédant sa mise en faillite, peuvent être remis en cause, et cela afin d'éviter que le failli puisse passer un certain nombre d'actes avant sa mise en faillite qui porteraient atteinte à l'égalité entre ses créanciers et qui seraient préjudiciables aux droits de certains d'entre eux. Cette période suspecte est une période qui est fixée par le tribunal et qui ne peut toutefois pas remonter à plus de 6 mois avant le jugement déclaratif de faillite.

L'article 445 du Code de commerce prévoit l'inopposabilité aux créanciers d'un certain nombre d'actes et d'opérations qui auront été réalisés par le failli dans la période suspecte ou dans les dix jours qui auront précédé cette période.

Ces actes sont soumis à un régime plus sévère de nullité -en fait d'inopposabilité-, parce que, par leur nature même, ils sont nécessairement préjudiciables à la masse, et que, par leur caractère anormal, ils éveillent la suspicion sur la droiture des intentions des auteurs de ces opérations. Ils sont insolites et un débiteur songera à y recourir comme à des expédients. Ces actes rompent l'égalité entre les créanciers en comportant pour celui d'entre eux qui l'accomplit un avantage inhabituel. La loi considère que les actes prohibés par l'article 445 du Code de commerce n'ont pu être inspirés, dans le chef du débiteur, que par la pensée de soustraire une partie de son actif à la masse ou bien d'avantager certains créanciers au détriment des autres. Les nullités de l'article 445 du Code de commerce reposent donc sur une présomption de fraude. Cette nullité est de droit et le juge doit obligatoirement prononcer leur nullité et ne pourrait s'en abstenir pour des considérations d'opportunité ou en raison du mobile qui a animé les parties, par exemple en raison de l'existence ou de l'absence de leur bonne ou mauvaise foi. La loi établit dans l'article 445 du Code de commerce une présomption juris et de jure de connaissance de l'état de cessation des paiements. Il importe dès lors peu de rechercher si, en

⁴⁹ Cour d'appel, 4 juillet 2007, Pas., 33, p. 573

⁵⁰ J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} ed. (2011), éd. Legitec, p. 888 et s.

fait, le créancier connaissait l'état de cessation de ces paiements – il est présumé l'avoir connue⁵¹.

Les actes et opérations visés à l'article 445 du Code de commerce sont les (i) actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière à titre gratuit, ainsi que tous autres actes qui présenteraient un caractère de libéralité, (ii) les paiements pour dettes non échues, (iii) les paiements pour dettes échues faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce, notamment par dation en paiement et (iv) le fait d'octroyer des sûretés réelles contractuelles pour des dettes contractées antérieurement.

Le tribunal a rappelé que l'article 445 al. 1 du Code de commerce englobait tous les actes de libéralité, même non translatifs de propriété. Un acte par lequel le failli octroie, en période suspecte, une option de vente au profit d'un tiers sans contrepartie, sur un immeuble lui appartenant, tombe sous le coup de cet article et doit donc être déclaré inopposable à la masse des créanciers⁵².

La Cour a également déclaré inopposable à la masse, sur le pied de l'article 445 al. 1 du Code de commerce, le transfert, à titre gratuit et en période suspecte, de trois voitures par une société faillie au profit de son dirigeant. La Cour a retenu que la preuve de la propriété de la société était rapportée par le fait que les véhicules étaient immatriculés au nom de la société, et cela même s'il était prouvé que le prix de la vente avait été payé par le dirigeant de la société⁵³.

Dans une espèce, une société B était débitrice envers une société A d'honoraires à concurrence de 143.000 €. Quelques temps après un acte notarié de vente d'un immeuble avait été signé, par lequel la société B avait vendu un appartement à la société C. L'acte notarié mentionnait que, sur le prix de la vente, la somme de 143.000 € avait été payée avant la signature de l'acte en dehors de la présence du notaire. Le même jour, deux quittances étaient signées, l'une précisant que la société A avait reçu 143.000 € de la société B et l'autre que la société B avait reçu 143.000 € de la société C. La société B avait ensuite été déclarée en faillite. Saisie d'une demande en annulation par le curateur du paiement du prix de vente de l'immeuble, la Cour a jugé que, à défaut de versements en espèces de la part de la société C à la société B et de la part de la société B à la société A, le paiement du montant de 143.000 €

⁵¹ Cour d'appel, 10 novembre 2010, n° 34814, BJL, 2011, p. 42 ; Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 242

⁵² Trib. Luxembourg, 30 janvier 2006, n° 97526

⁵³ Cour d'appel, 19 novembre 2003, DAOR, 2004, n° 75, p. 31 et note A. DEOME, O. POELMANS

était un paiement – peu importe qu’il s’agisse d’une dation en paiement, d’une dation en paiement déguisée ou d’un paiement sui generis – pour dettes échues fait autrement qu’en espèces ou effets de commerce, visé par l’article 445 al. 3 du Code de commerce. Comme ce paiement avait été opéré en période suspecte, il a été jugé nul de plein droit et l’argumentation de la société A quant à l’absence de la preuve d’une volonté non équivoque des parties d’utiliser un mode de paiement détourné, jugé sans pertinence⁵⁴.

Les juridictions peuvent également déclarer inopposable à la masse des créanciers les paiements faits par le failli pour dettes échues, ainsi que tous autres actes à titre onéreux, si le créancier payé avait connaissance de la cessation de paiements du failli et s’il est prouvé que la masse a subi un préjudice du fait de l’acte querellé. Cette inopposabilité est facultative et peut donc être refusée par le juge (article 446 du Code de commerce).

L’article 447 du Code de commerce prévoit que les droits d’hypothèque et de privilège qui sont inscrits dans les 10 jours qui ont précédé l’époque de la cessation de paiements ou postérieurement peuvent être déclarés nuls, s’il s’est écoulé plus de 15 jours entre la date de l’acte constitutif de l’hypothèque ou du privilège et celle de l’inscription.

⁵⁴ Cour d’appel, 10 novembre 2010, n° 34814, BJJ, 2011, p. 42

TITRE 2

Les quasi-contrats

242. Les quasi-contrats sont des faits licites et volontaires, pour lesquels il n'y a pas eu accord entre deux parties, qui ont fait naître une situation qui est génératrice d'obligations, notamment pour corriger une éventuelle injustice (articles 1370 et 1371 du Code civil).

Ils sont, traditionnellement, au nombre de trois, à savoir :

1. La gestion d'affaire, qui suppose qu'une personne a voulu agir pour le compte d'une autre sans avoir reçu de mandat de celle-ci. Elle est régie par les articles 1372 à 1375 du Code civil.
2. Le paiement de l'indu, qui oblige une personne qui a reçu un paiement qui ne lui est pas dû, à le restituer et qui est régi par les articles 1235 et 1376 à 1381 du Code civil.
3. L'enrichissement sans cause, qui oblige celui qui s'enrichit sans cause aux dépens d'autrui à restituer à celui qui s'est corrélativement appauvri.

On peut enfin se demander si l'engagement par manifestation unilatérale de volonté ne serait pas également un quasi-contrat, respectivement une source autonome d'obligation (article 1371 Code civil).

CHAPITRE I. LA GESTION D'AFFAIRE

243. La gestion d'affaire, au sens du Code civil, suppose qu'une personne –le gérant-, poussée par une nécessité, s'immisce dans les affaires d'une autre –le maître de l'affaire- pour lui rendre service mais sans avoir été mandaté par lui.

SECTION 1. LES CONDITIONS DE LA GESTION D'AFFAIRE

244. Pour que l'on soit en présence d'une gestion d'affaire, plusieurs conditions doivent être réunies.

Le gérant doit avoir agi alors qu'il n'avait aucune obligation, conventionnelle ou légale, de le faire¹.

Il a ainsi été décidé que si un époux agit pour le compte de son épouse, sans y avoir été habilité par justice conformément à l'article 219 du Code civil et sans mandat, ses actes ont effet suivant les règles de la gestion d'affaire².

Par contre, lorsque le gérant invoque le fait qu'il a procédé à des paiements pour le maître de l'affaire en exécution d'une convention conclue entre parties, il n'y a pas gestion d'affaire³.

Il en va de même lorsque la personne qui a payé la dette est la caution qui garantissait la dette du débiteur principal. La caution a payé car elle avait l'obligation contractuelle de payer le créancier en cas de défaillance du débiteur⁴.

Le curateur qui vend un immeuble dans le cadre de sa mission légale n'agit pas non plus en tant que gérant d'affaire⁵.

¹ Trib. Luxembourg, 10 juin 2004, n° 81718 ; Trib. Luxembourg, 4 avril 2003, n° 77292

² Trib. Luxembourg, 1 décembre 2006, n° 95617

³ Trib. Luxembourg, 14 octobre 2005, n° 86285

⁴ Trib. Luxembourg, 10 juin 2004, n° 81718

⁵ Trib. Luxembourg, 14 octobre 2005, n° 86285 ; Trib. Luxembourg, 4 avril 2003, n° 77292

245. Il faut également que le gérant ait agi sans que le maître de l'affaire n'ait manifesté une quelconque volonté au moment de l'acte.

Il faut que le maître de l'affaire ait été hors d'état de pourvoir lui-même à la gestion ou que, tout au moins, le gérant ait pu raisonnablement penser que tel était le cas⁶.

Le gérant doit aussi avoir agi avec l'intention de gérer les affaires d'autrui⁷, avec une intention altruiste, mais sans pour autant avoir une intention libérale à son égard.

Tel n'est pas le cas lorsque le gérant va financer des travaux de terrassement afin de pouvoir accéder avec sa voiture jusque chez lui. L'intention altruiste fait alors défaut et la gestion d'affaire ne peut pas être le fondement de la demande⁸.

Lorsqu'une personne est engagée en qualité de caution et est tenue vis-à-vis du créancier à rembourser la dette, on doit considérer qu'en procédant au paiement elle a agi dans son propre intérêt, même si en payant elle a également éteint la dette de l'autre caution⁹.

246. Il faut que la gestion ait été utile pour le maître de l'affaire.

Un acte est considéré comme étant utile lorsqu'il apparaît opportun et raisonnable, lorsqu'il est très probable que le maître de l'affaire l'aurait accompli lui-même, s'il avait été à même d'agir¹⁰.

Cet acte ne sera considéré comme opportun que si le maître de l'affaire n'était pas présent et était empêché d'agir lui-même¹¹.

Dans une espèce, le gérant avait contracté un prêt pour faire face aux dettes du maître de l'affaire. Le maître de l'affaire considérait que cet emprunt n'était pas utile et prétendait que le gérant aurait plutôt dû combler avant tout son compte-associé. Dans la mesure où il n'était pas prouvé que le remboursement de ce compte aurait permis de rembourser le créancier, et dans la mesure où l'emprunt avait permis de rembourser en une seule fois le créancier et de mettre fin aux intérêts débiteurs, le tribunal a considéré que la gestion avait été utile¹².

Le curateur qui vend un immeuble, en lieu et place du créancier hypothécaire, ne se trouve pas dans l'hypothèse de quelqu'un qui agit à la place

⁶ Trib. Luxembourg, 14 octobre 2005, n° 86285 ; Trib. Luxembourg, 4 avril 2003, n° 77292

⁷ Trib. Luxembourg, 10 juin 2004, n° 81718 ; Trib. Luxembourg, 4 avril 2003, n° 77292

⁸ Trib. Luxembourg, 14 octobre 2005, n° 86285

⁹ Trib. Luxembourg, 10 juin 2004, n° 81718

¹⁰ Trib. Luxembourg, 10 juin 2004, n° 81718

¹¹ Trib. Luxembourg, 4 avril 2003, n° 77292

¹² Trib. Luxembourg, 10 juin 2004, n° 81718

d'une autre qui est empêché d'agir. Il n'est donc pas fondé à lui réclamer quoique ce soit sur base de la gestion d'affaire¹³.

SECTION 2. LES EFFETS DE LA GESTION D'AFFAIRE

247. Les actes posés par le gérant peuvent être variés. Il peut s'agir d'actes juridiques comme d'actes matériels¹⁴. Le gérant peut poser des actes conservatoires, d'administration courante ou de disposition.

Le gérant doit apporter à la gestion de l'affaire d'autrui, tout le soin d'un bon père de famille.

Lorsqu'il a entamé la gestion, le gérant doit poursuivre sa gestion, en y apportant les soins d'un bon père de famille, et cela même si le maître de l'affaire est informé de cette gestion, jusqu'à ce que le maître de l'affaire se décide à y pourvoir lui-même.

248. La gestion d'affaire a pour effet que le maître de l'affaire sera tenu à l'égard de tiers des actes posés utilement par le gérant même si le maître de l'affaire ne ratifie pas la gestion, sauf si le gérant n'a pas déclaré avoir agi en tant que gérant d'affaire.

Il a ainsi été jugé que lorsque le gérant prend l'initiative de conclure, avec des tiers, des contrats au nom du maître de l'affaire, il devient le représentant de ce dernier et le rapport obligatoire qu'il crée s'établit directement entre le tiers et le maître de l'affaire. Le maître de l'affaire devient alors aussitôt créancier ou débiteur de la personne avec qui le gérant a traité¹⁵.

Le maître de l'affaire doit indemniser le gérant de tous les engagements que celui-ci a pris et lui rembourser ses dépenses (article 1376 du Code civil).

249. Si le maître de l'affaire ratifie la gestion, il ne pourra, en plus, plus contester l'utilité et les autres conditions de la gestion dont il avait connaissance. Cette ratification engagera le maître de l'affaire à l'égard des tiers avec qui le gérant a contracté, même si le gérant n'avait pas déclaré avoir agi pour lui.

La ratification est un acte juridique unilatéral. Elle est l'opération juridique par laquelle une personne s'approprie un acte qu'une autre a accompli

¹³ Trib. Luxembourg, 14 octobre 2005, n° 86285 ; Trib. Luxembourg, 4 avril 2003, n° 77292

¹⁴ Trib. Luxembourg, 10 juin 2004, n° 81718

¹⁵ Trib. Luxembourg, 1 décembre 2006, n° 95617

en son nom, mais sans en avoir reçu mandat. Une ratification ne peut être considérée comme étant valable qu'à deux conditions. Il faut que le maître de l'affaire ait effectivement eut connaissance de l'acte conclu par le gérant en dehors de ses pouvoirs et qu'il exprime sa volonté certaine de s'approprier l'acte¹⁶.

Une affaire soumise à la Cour illustre bien la notion et les effets qui sont attachés à la ratification de la gestion par le maître de l'affaire.

En l'espèce une banque avait géré discrétionnairement les avoirs de son client, sans qu'un mandat de gestion discrétionnaire écrit ne soit préalablement signé entre les parties. La banque soutenait que le client avait ratifié la gestion qu'elle avait faite. Elle avançait à ce sujet que le client aurait expressément accepté la gestion de son compte, dès lors qu'il avait régulièrement téléphoné au gestionnaire de son compte après avoir reçu par fax des relevés estimatifs de son portefeuille sans émettre la moindre contestation au sujet desdits documents. La Cour examina d'abord la nature de la ratification intervenue, pour conclure à une ratification tacite. Une ratification expresse ne peut, en effet, pas résulter d'une absence de contestation à la réception des relevés de compte établis par la banque. Par contre, la Cour releva que les conditions générales de la banque prévoyaient un délai de 30 jours pour contester les erreurs contenues dans les documents et extraits de compte délivrés par la banque et précisait qu'à défaut d'une telle réclamation par le client endéans un tel délai, le client approuvait ces documents et extraits. Ces conditions prévoyaient en outre, qu'en cas de conclusion d'une convention de poste restante - ce qui était le cas en l'espèce - le courrier retenu en dépôt à la banque était à considérer comme délivré à la date qu'il porte. Au vu de ces dispositions, la Cour retint que les parties avaient expressément convenu qu'une absence de protestation dans les 30 jours de la délivrance des extraits de compte valait ratification des opérations que le client ne pouvait plus remettre en cause. La Cour ajoutait, en ce qui concerne les effets de la ratification, qu'« *on s'accorde à reconnaître que la ratification du mandant valide non seulement les actes accomplis par le mandataire au-delà des limites de son mandat, mais aussi ceux que ce dernier a accomplis sans mandat ou en vertu d'un mandat nul (...).* ». Par contre, la Cour a ajouté que la ratification ne prive pas le client de la possibilité de rechercher la responsabilité de la banque pour fautes commises dans la gestion du portefeuille. La Cour considéra que le non-respect des instructions du client relatives à la transformation d'un compte

¹⁶ Voyez supra point 143 ; également Cour d'appel, 16 février 2000, Pas., 31, p. 446 ; Cour d'appel, 17 janvier 2008, Pas., 34, p. 147.

de dépôt en compte de gestion discrétionnaire ne constituait pas une faute, étant donné la ratification des opérations retenues. Elle ajoute que le seul résultat négatif de la gestion des avoirs n'était pas en soi constitutif d'une faute. La Cour retient qu'aucune faute dans la gestion du portefeuille ne pouvait être retenue à charge de la banque. Le gestionnaire n'est tenu que « d'une obligation de moyens, le but visé dans le contrat de gestion de portefeuille étant essentiellement aléatoire en raison des nombreux éléments et circonstances échappant au contrôle du gestionnaire. La responsabilité du banquier s'apprécie par rapport au comportement d'un professionnel avisé. Elle n'est engagée que si une faute est expressément établie à sa charge, c'est-à-dire s'il n'a pas agi comme l'aurait fait un bon professionnel de même catégorie intervenant dans les mêmes circonstances de temps et de lieu et agissant selon les usages bancaires et boursiers de la place ». En l'espèce, une telle faute n'avait pas été prouvée par le client qui a été débouté de sa demande¹⁷.

Dans une autre affaire, la Cour avait constaté qu'un contrat de cession de parts sociales était vicié, car il avait été signé pour la société cédante par une personne qui n'avait pas le pouvoir de la représenter. Pour s'opposer à l'annulation de la transaction, la société cessionnaire invoquait la ratification de l'acte nul par les assemblées générales de la société cédante et notamment par l'AG ayant donné décharge à l'administrateur délégué qui avait signé le contrat. Pour la Cour, la société qui n'est pas engagée lorsque le mandataire a excédé ses pouvoirs peut ratifier l'acte nul. Pour qu'il y ait ratification, le mandant doit avoir eu connaissance de l'acte conclu par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, et la volonté certaine de s'approprier cet acte. En l'espèce, la Cour relève qu'à l'époque des faits la société cédante rencontrait des difficultés ayant nécessité à plusieurs reprises l'intervention de la justice pour la nomination d'un administrateur provisoire, étant donné que deux conseils d'administration rivaux avaient prétendu avoir les pouvoirs de gestion, pour suspendre les effets d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires à la suite d'irrégularités commises dans la convocation et dans la tenue de l'assemblée, et pour la mise sous séquestre des actions au porteur et des droits de vote y relatifs. Elle a donc considéré que le fait qu'une assemblée générale avait donné décharge aux administrateurs ne valait pas ratification de l'opération litigieuse.

¹⁷ Cour d'appel, 22 avril 2009, n° 32760, Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 38 ; Dr. Banc. Fin., 2010/V, p. 347. Voyez également Cour d'appel, 4 février 2007, n° 28388, BJJ, 2007, p. 67 ; Cour d'appel, 31 mai 2006, n° 29599, BJJ, 2007, p. 9 ;

Par ailleurs, il ne résultait d'aucune pièce versée au dossier que les organes compétents de la société ont eu, à un quelconque moment, connaissance de l'acte de cession des parts sociales, de sorte qu'il n'est pas établi qu'il y avait eu ratification de l'acte de cession¹⁸.

¹⁸ Cour d'appel, 6 avril 2011, JTL, 2012, p. 58 ; Pas., 35, p. 618

CHAPITRE II. LE PAIEMENT DE L'INDU

250. En application des principes applicables à la répétition de l'indu, une personne qui a reçu un paiement qui ne lui est pas dû doit le restituer.

SECTION 1. LES CONDITIONS DU PAIEMENT DE L'INDU

251. Pour que cette obligation de répétition s'impose plusieurs conditions doivent être réunies.

La preuve de la réunion de ces conditions incombe au demandeur à l'action¹.

Il faut d'abord qu'une personne –le solvens- ait fait un paiement entre les mains d'une autre –l'accipiens.

Il faut donc qu'une personne ait remis une chose ou une somme d'argent à une autre personne.

Le fait pour un banquier de créditer le compte de son client d'une somme d'argent représentant la vente de titres qui appartenaient à ce client, constitue un paiement².

Le versement par un employeur d'une allocation de famille, ou d'une indemnité de congé, à son salarié constitue également un tel paiement³.

La Cour d'appel a également jugé que, d'après le texte de l'article 1235 al. 2 du Code civil, pour qu'il puisse y avoir répétition de l'indu, il faut que ce paiement soit « volontaire ».

La jurisprudence considère, en règle générale, qu'un paiement n'est pas « volontaire » du seul fait qu'il soit spontané. Il faut aussi qu'il soit fait en toute liberté et en pleine connaissance de cause. Autrement dit, le débiteur ne perd le bénéfice de l'action en répétition que s'il savait, lorsqu'il a

¹ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484 ; Pas. 33, p. 21 ; BJL, 2004, p. 221

² Cour d'appel, 23 mai 2001, Pas., 32, p. 139

³ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484 ; Cour d'appel, 14 mars 2002, n° 25401, BJL, 2003, p. 54

payé, que rien ne l'y obligeait. En cas de paiement réalisé sous l'empire de l'erreur ou de la contrainte le solvens retrouve le bénéfice de l'action en répétition, comme se sera par exemple le cas s'il a dû payer en exécution d'une décision judiciaire qui l'a condamné en première instance et qui est réformée en appel ou s'il paye sous la pression d'une procédure d'exécution indûment dirigée contre lui⁴.

252. Il faut ensuite que ce paiement ne soit pas dû.

Il y a d'abord un indu lorsque le paiement a été fait alors qu'il n'existait aucune dette (articles 1235 et 1376 Code civil)⁵.

On assimile à cette absence de dette le fait pour le solvens de payer plus que ce qu'il ne doit⁶ ou de payer une dette qui n'existe plus⁷.

Dans cette hypothèse, dans laquelle le solvens paie sans dette, l'indu est qualifié « d'indu objectif »⁸.

Il a ainsi été jugé que le fait pour un banquier de verser sur le compte de son client la contrevaletur de la vente de 1 500 titres, alors que le client ne lui avait remis en dépôt que 30 titres, constitue un paiement indu. Le banquier avait, lors de la remise des titres, établi un bordereau mentionnant que le client lui a déposé 1 500 titres. Il devait donc prouver que le client lui avait en réalité remis uniquement 30 titres. En l'espèce, il ressortait des documents établis que le client avait remis 3 certificats d'actions à son banquier. Ces certificats étaient chacun d'une valeur nominale de 500 DEM. Il apparaissait donc que l'employé de la banque avait confondu la valeur nominale du certificat avec le nombre d'actions que ce certificat représentait. Il avait alors inscrit erronément sur la partie du bordereau « nominal quantité », le chiffre » 1 500 »⁹.

Constitue également un paiement indu le fait pour un employeur de verser à son salarié une allocation de famille sans prendre en considération le montant de la prime dont bénéficiait son conjoint salarié, en violation de la loi fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat¹⁰.

⁴ Cour d'appel, 16 mai 2007, Pas., 33, p. 545 ; Cour d'appel, 18 avril 2007, n° 31048 ; BJL, 2007, p. 78

⁵ Pour le cas d'un droit proportionnel indument perçu par l'administration luxembourgeoise alors que le mouvement de valeur se situait à l'étranger voyez Trib. Luxembourg, 17 mars 1993, Bull. Dr. et Banque, 1994, n° 22, p. 33

⁶ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484 ; Cour d'appel, 14 mars 2002, n° 25401, BJL, 2003, p. 54 ; Cour d'appel, 23 mai 2001, Pas., 32, p. 139

⁷ Cour d'appel, 16 mai 2007, Pas., 33, p. 545 ; Cour d'appel, 13 juin 2001, Pas, 32, p. 151

⁸ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484

⁹ Cour d'appel, 23 mai 2001, Pas., 32, p. 139

¹⁰ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484

Il y a également paiement de l'indu lorsqu'un employeur paye indument des indemnités de congé majorées¹¹.

La Cour a encore jugé qu'il y avait paiement de l'indu lorsqu'il n'existe pas de relation contractuelle entre les parties qui justifie le paiement litigieux. En l'espèce, l'accipiens exposait que le solvens avait payé car ce dernier souhaitait faire une « participation volontaire » dans une société. Cette affirmation n'a pas été retenue car elle n'était étayée par aucun élément en cause. Au contraire, il résultait du dossier que le montant viré sur le compte privé de l'accipiens ne se retrouvait pas dans le bilan des recettes et dépenses de la société, ce qui prouvait que l'explication de l'accipiens ne correspondait pas à la réalité¹².

Le fait pour un homme de continuer à verser une pension alimentaire à son ex-épouse, au-delà de l'échéance prévue dans la convention de divorce par consentement mutuel, constitue aussi un paiement de l'indu¹³.

Il peut également y avoir paiement de l'indu lorsque les associés d'une société en liquidation reçoivent, de la part du liquidateur, un boni de liquidation, alors que certains créanciers existant au moment de ce paiement n'ont pas été remboursés au préalable. En effet, l'article 148 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoit que ce n'est qu'après le paiement des dettes de la société, ou la consignation de sommes nécessaires à ce paiement, que le liquidateur peut verser aux associés l'éventuel boni de liquidation. Les associés n'ont donc pas droit à un paiement quelconque tant que les créanciers existants n'ont pas été honorés, et un tel paiement peut donc être qualifié de paiement indu.

Après la clôture de la liquidation, les associés d'une société anonyme, lorsque les liquidateurs ont réparti entre eux tous les biens, seront tenus de subir, jusqu'à concurrence de l'émolument, le concours des créanciers lésés¹⁴.

Dans une espèce, un assureur dont l'assuré avait été impliqué dans un accident de la circulation, avait indemnisé le tiers également impliqué dans l'accident. Il s'était ensuite avéré que l'assuré n'était pas responsable de l'accident. L'assureur avait alors assigné le tiers indemnisé en remboursement, et invoquait pour ce faire le paiement de l'indu. La Cour fit droit à cette demande. En l'occurrence il était acquis que l'assuré n'était pas

¹¹ Cour d'appel, 14 mars 2002, n° 25401, BJJ, 2003, p. 54

¹² Cour d'appel, 19 décembre 2007, n° 32081, BJJ, 2008, p. 42

¹³ Cour d'appel, 16 mai 2007, Pas., 33, p. 545

¹⁴ Voyez Trib. Luxembourg, 2 mars 1983, n° 37019 et 41406 cité par J. PETRY, « Sociétés et associations – sommaire de jurisprudence », Pas., 29, p. 104, n° 191

réellement responsable du dommage subi par le tiers indemnisé et que l'assureur n'était pas débiteur et le tiers lésé n'était pas créancier. Il y avait donc paiement par un non-débiteur à un non-créancier d'une dette inexistante et l'action en répétition de l'indu a été accueillie¹⁵.

253. Un paiement indu peut également exister alors que le paiement a été fait et qu'une dette existe. Mais soit le solvens paye sa dette à une personne qui n'est pas son créancier, soit le créancier a reçu le paiement de sa créance mais d'une personne qui n'est pas son débiteur (article 1377 du Code civil).

Dans ces hypothèses, où il y a paiement de l'indu malgré l'existence d'une dette, l'indu est appelé « indu subjectif »¹⁶.

Lorsqu'il y a paiement d'un indu subjectif, le solvens qui entend obtenir la répétition de ce qu'il a payé doit, (en plus des autres conditions précitées) démontrer qu'il a payé l'accipiens par erreur¹⁷. Lorsque l'indu est objectif il suffira au solvens de démontrer le paiement et l'absence de dette pour aboutir dans son action¹⁸.

C'est donc à tort que la Cour a précisé, après avoir constaté qu'il n'existait pas de relation contractuelle entre les parties qui justifiait le paiement, que le solvens devait ensuite démontrer « *que le paiement fait par le solvens soit la conséquence d'une erreur* ». En l'espèce, la Cour a cependant ajouté que devant « *l'absence d'une obligation à charge du solvens ou d'une intention libérale dans son chef, non affirmée d'ailleurs, le paiement fait par lui le fut par erreur* », aboutissant, en définitive, à une solution conforme aux principes¹⁹.

Néanmoins, le solvens qui paye sous la contrainte, tout en sachant qu'il n'est pas débiteur de l'accipiens, peut toujours se prévaloir de la répétition de l'indu et cela donc également en cas d'indu subjectif²⁰.

254. La faute commise par le solvens ne supprime pas son droit d'agir en répétition de l'indu.

¹⁵ Cour d'appel, 11 mars 2009, JTL, 2009, p. 88 ; Pas. 34, p.447 cassé sur un autre point par Cass., 2 février 2012, JTL, 2012, p. 77.

¹⁶ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484

¹⁷ La Cour a considéré que « dans l'hypothèse où le solvens a sciemment payé la dette d'autrui sans se faire subroger dans les droits du créancier, la jurisprudence établit une présomption simple de libéralité » : Cour d'appel, 7 janvier 2004, n° 27655, BJL, 2004, p. 147

¹⁸ Cour d'appel, 11 mars 2009, JTL, 2009, p. 88 ; Pas. 34, p.447 cassé sur un autre point par Cass., 2 février 2012, JTL, 2012, p. 77 ; Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484 ; Cour d'appel, 23 mai 2001, Pas., 32, p. 139

¹⁹ Cour d'appel, 19 décembre 2007, n° 32081, BJL, 2008, p. 42

²⁰ Cour d'appel, 13 juin 2001, Pas, 32, p. 151

Le fait pour le banquier de se tromper dans les mentions du bordereau, et d'indiquer qu'il a reçu 1500 titres alors que le client ne lui a remis que 30 titres, constitue bien une faute dans son chef. Cela ne fait néanmoins pas obstacle à son droit de solliciter de son client qu'il lui restitue la contrevaletur des 1470 titres indument versée sur son compte à lui suite de l'ordre du client de vendre l'intégralité de son portefeuille.

Par contre, si l'accipiens démontre que cette faute du solvens lui a causé un dommage –autre que celui découlant de difficulté à rembourser l'indument perçu- il va pouvoir obtenir des dommages et intérêts et solliciter que ceux-ci viennent en compensation de sa dette de restitution. Seul l'accipiens de bonne foi pourra obtenir une telle réduction de sa dette²¹.

La fraude de l'accipiens ne constitue pas non plus une condition requise pour l'admission de l'action en répétition de l'indu²².

Le fait que l'accipiens soit de parfaite bonne foi –un employé recevant de son employeur une indemnité de congé supérieure à ce qui est prévu par la loi- ne fait pas obstacle à l'action²³.

Dans l'indu subjectif, l'action en répétition de l'indu n'aboutira pas si l'accipiens démontre que, suite à la réception du paiement, il a supprimé un titre de créance (article 1377 al. 2 Code civil).

255. Il faut enfin que la demande en répétition de l'indu soit faite par le solvens, c'est-à-dire par celui qui prétend que son patrimoine s'est appauvri de façon indue.

L'action appartient également aux cessionnaires et subrogés de la personne qui a effectivement payé.

Lorsque c'est un mandataire qui a payé, l'action lui appartient de la même façon qu'à son mandant.

Elle peut également être intentée par un tiers qui a agi au nom et pour le compte d'autrui, comme représentant légal ou conventionnel, lorsqu'il a payé avec ses propres deniers.

Dans une espèce soumise au tribunal, un établissement était mandaté par son client pour exécuter l'ordre permanent et virer mensuellement une somme sur le compte dont le client était le titulaire auprès d'une autre banque. Par erreur, l'établissement avait viré les montants sur le compte d'autres per-

²¹ Cour d'appel, 23 mai 2001, Pas., 32, p. 139 ; sur le principe voyez également Cour d'appel, 11 mars 2009, JTL, 2009, p. 88 ; Pas. 34, p.447 cassé sur un autre point par Cass., 2 février 2012, JTL, 2012, p. 77

²² Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484

²³ Cour d'appel, 14 mars 2002, n° 25401, Bll, 2003, p. 54

sonnes –les accipiens- auprès de cette même banque tierce. Le tribunal a alors rappelé que le dépôt de fonds en banque par le client implique le droit du banquier de disposer librement des fonds déposés et n'engendre à sa charge qu'une obligation de restitution. Par le dépôt le client devient créancier de la banque, à qui les détournements et erreurs commis à l'intérieur de l'établissement ne causent aucun préjudice. Les erreurs qui peuvent se glisser dans l'exécution des ordres engageant, à l'égard du donneur d'ordre, la responsabilité du banquier. Le banquier qui a effectué un transfert de fonds sans avoir reçu d'ordre, ou pour une somme supérieure à l'ordre reçu, reste débiteur à l'égard de son client. Il doit donc recrediter le compte de son client des sommes indûment débitées. En contrepartie, le banquier qui a effectué un virement sans avoir reçu d'ordre, ou pour une somme supérieure à l'ordre reçu, a droit à exercer l'action en répétition de ce qu'il a payé.

La banque bénéficie d'une action en répétition de l'indu contre la personne qui n'était pas le destinataire véritable de sommes reçues. L'établissement bancaire n'a pas disposé des fonds du client. A l'égard de l'accipiens, la banque a disposé de ses propres deniers²⁴.

L'action en répétition de l'indu est prescrite selon le droit commun, et donc en principe par 30 ans, et cela même si l'action concerne le trop perçu d'allocations de famille ou d'indemnités de congés majorées versées par un employeur à son employé²⁵.

SECTION 2. LES EFFETS DU PAIEMENT DE L'INDU

256. Lorsque les conditions de l'indu sont réunies, l'accipiens doit restituer au solvens ce qu'il a indûment perçu (article 1376 du Code civil).

Tant que l'accipiens n'est pas informé qu'il a bénéficié d'un paiement indu, il est de bonne foi. Dès qu'il sait que le paiement est indu, car il connaît l'absence de dette, la fausseté de sa qualité de créancier ou de qualité de débiteur du solvens, il est de mauvaise foi au sens de l'article 1378 du Code civil²⁶.

L'accipiens de mauvaise foi doit restituer, en plus du paiement indûment reçu, les fruits et intérêts produits par ce qu'il a indûment perçu (article 1378 du Code civil).

²⁴ Trib. Luxembourg, 17 février 2003, Bull. Dr. et Banque, 2004, n° 35, p. 69

²⁵ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484 ; Cour d'appel, 14 mars 2002, n° 25401, BJL, 2003, p. 54

²⁶ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas., 32, p. 484

Dans l'espèce précitée, dans laquelle le banquier avait erronément déposé 1500 titres sur le compte de son client, la Cour a apprécié différemment la situation des deux co-titulaires du compte sur lequel les titres avaient été déposés. Le premier co-titulaire était celui qui avait apporté les titres litigieux à la banque. La Cour a considéré qu'il était de mauvaise foi dès le jour du paiement sur le compte de la contre-valeur des 1470 titres. L'autre co-titulaire a été jugé de mauvaise foi à partir du jour où il a reçu l'assignation en justice lui réclamant la répétition des sommes indûment payées, la banque ne prouvant pas que cet autre co-titulaire du compte avait été informé de la situation préalablement²⁷. De même, lorsque le défendeur à l'action est l'héritier de l'accipiens -titulaire du compte titre indûment crédité- il ne pouvait pas, du moins dans un premier temps, se rendre compte de l'erreur de la banque, ni du paiement indu de sa part et ne peut donc pas être qualifié de mauvaise foi avant d'avoir été informé du problème par la banque²⁸.

Par ailleurs, l'accipiens pourra solliciter le remboursement par le solvens des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites sur la chose, jusqu'à concurrence de la plus-value qu'il a apporté à la chose (article 1381 du Code civil).

²⁷ Cour d'appel, 23 mai 2001, Pas., 32, p. 139

²⁸ Cour d'appel, 23 avril 2003, n° 25 278, BJ, 2003, p. 102

CHAPITRE III. L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

257. Il y a enrichissement sans cause, ouvrant le droit pour une personne – l'appauvri – à tenter l'action de in rem verso contre une autre – l'enrichi, lorsque l'appauvri procure à l'enrichi un enrichissement auquel va correspondre un appauvrissement dans son chef, alors que ni cet enrichissement, ni cet appauvrissement ne sont justifiés par une quelconque cause.

La jurisprudence considère que le véritable fondement de cette action est l'équité¹.

258. La question de savoir quand la loi luxembourgeoise va trouver à s'appliquer à un quasi-contrat, et plus particulièrement à un enrichissement sans cause, a fait l'objet d'un arrêt très bien motivé de la Cour. En l'espèce, la Cour relève que, déjà avant l'entrée en vigueur du Règlement 864/2007/CE sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles qui a consacré cette thèse, une partie de la doctrine et plusieurs décisions judiciaires avaient, dans la détermination de la loi applicable aux quasi-contrats, opté pour la loi régissant la relation sous-jacente sur laquelle le quasi-contrat s'est greffé. Cette solution était justifiée par le souci de ne pas rompre le lien existant entre le quasi-contrat et la relation sous-jacente qui lui a donné naissance. La loi qui régit la validité de la relation sous-jacente s'appliquera également, en cas de mise à néant de cette relation, à l'éventuel enrichissement sans cause qui en est résulté. Il en va de même si la relation sous-jacente unit l'une des parties au quasi-contrat à un tiers.

Toutefois, pour que la loi de la relation sous-jacente puisse étendre sa compétence à un éventuel enrichissement sans cause qui en résulte, il faut que cette relation sous-jacente ait, à un moment donné, existé. Si un paiement est fait en vertu d'une relation juridique existante et que ce rapport de droit est annulé, l'enrichissement du créancier devient sans cause et la loi qui est compétente pour connaître de l'annulation s'appliquera également à l'enrichissement sans cause qui en est résulté. Si ce rapport de droit n'a jamais existé l'enrichissement du créancier était ab initio sans cause et

¹ Cour d'appel, 13 juin 2001, Pas, 32, p. 151

une relation juridique, même supposée par l'appauvri, mais non existante, n'offre pas de prise pour la détermination de la loi applicable à l'enrichissement sans cause².

SECTION 1. LES CONDITIONS DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

259. L'action de in rem verso suppose le respect de 5 conditions.

Il faut d'abord un enrichissement du défendeur.

La Cour a considéré que constituait un tel enrichissement tout avantage appréciable en argent, et notamment des travaux d'amélioration ou d'entretien effectués sur les biens du défendeur³.

Dans une espèce, un concubin entendait obtenir le remboursement de différentes dépenses qu'il avait faites pour le ménage, pendant la vie commune, notamment sur base de l'action de in rem verso. La Cour a rejeté sa demande en ce qu'elle concernait des dépenses ordinaires de la vie commune, ces dépenses formant une contribution normale aux charges ordinaires de la vie commune et ne constituant pas un enrichissement dans le chef de l'autre partie. Par contre, la Cour admet que les dépenses plus importantes peuvent donner lieu à indemnisation, en ce qu'elles excèdent la contribution d'un concubin aux charges du ménage. C'est ainsi que le concubin qui assume la charge d'une obligation alimentaire à la place de son partenaire effectue un paiement qui ne porte pas sur des dépenses du ménage⁴.

Il faut ensuite un appauvrissement du demandeur.

Lorsque la personne qui effectue des travaux sur le bien d'un autre le fait sans être rémunérée, on doit considérer qu'il s'appauvrit⁵.

Il en va de même si une personne voit son bien occupé sans titre ni droit par un tiers⁶.

Il en est encore ainsi lorsqu'une personne paye la dette d'une autre personne⁷.

² Cour d'appel, 13 octobre 2010, Pas., 35, p. 270 ; JTL, 2012, p. 54 ; BJJ, 2011, p. 38

³ Cour d'appel, 10 mars 2004, Pas., 32, p. 520

⁴ Cour d'appel, 22 mars 2006, Pas., 33, p. 244

⁵ Cour d'appel, 10 mars 2004, Pas., 32, p. 520

⁶ Trib. Luxembourg, 21 décembre 2007, n° 11396, BJJ, 2008, p. 44

⁷ Cour d'appel, 1 décembre 2004, n° 28644, BJJ, 2005, p. 124

Il faut qu'il existe un lien de corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Il faut que l'appauvrissement soit corrélatif à l'enrichissement, qu'il y ait un passage de valeur d'un patrimoine à l'autre.

La jurisprudence considère ainsi que l'indemnité due, du chef d'occupation sans droit ni titre d'un immeuble par l'occupant, trouve son fondement dans l'enrichissement sans cause. L'occupant s'enrichit par la jouissance des lieux, au détriment du propriétaire corrélativement appauvri⁸.

260. Il faut encore que ni l'enrichissement de l'enrichi, ni l'appauvrissement de l'appauvri ne soient justifiés par une cause quelconque.

L'action est donc exclue lorsque le transfert de valeur dans le patrimoine de l'enrichi a un motif juridique précis.

L'action est aussi exclue lorsque l'appauvri a un intérêt dans l'opération, lorsqu'il a agi de sa propre volonté et à ses risques et périls en vue de se procurer un avantage personnel à titre bénévole. L'action est également exclue en cas de faute de l'appauvri⁹.

C'est fréquemment sur cette base que les Cours et tribunaux rejettent les demandes fondées sur l'action de in rem verso.

Il a ainsi été jugé que l'ex-concubin qui entend se faire rembourser, après la séparation, des factures qu'il a payées pour le compte du commerce de l'autre, sur base de l'action de in rem verso, doit prouver que toutes les conditions de l'*actio de in rem verso* sont remplies.

Il doit notamment démontrer son appauvrissement et que l'enrichissement corrélatif de l'autre partie sont sans cause et ainsi qu'il n'a pas agi avec une intention libérale comme le prétend l'autre partie¹⁰.

Dans une autre espèce dans laquelle un concubin entendait obtenir le remboursement de différentes dépenses qu'il avait faites, pendant la vie commune, la Cour a rappelé que lorsque les dépenses faites sont des dépenses ordinaires, relevant de la participation à la vie commune, elles trouvent leur cause dans les liens affectifs du concubinage et ne peuvent donc pas fonder une action de in rem verso¹¹.

Il a aussi été décidé qu'il n'y avait pas enrichissement sans cause lorsque le demandeur a fait des travaux sur le bien de l'enrichi et que, en contrepartie, il a reçu des avantages matériels autres que le logement et la nourriture, ces avantages constituant la cause de l'enrichissement du pro-

⁸ Trib. Luxembourg, 21 décembre 2007, n° 11396, BJL, 2008, p. 44

⁹ Cour d'appel, 10 mars 2004, Pas., 32, p. 520

¹⁰ Cour d'appel, 1 décembre 2004, n° 28644, BJL, 2005, p. 124

¹¹ Cour d'appel, 22 mars 2006, Pas., 33, p. 244

priétaire foncier. C'est ainsi que dans l'affaire soumise à la Cour, l'oncle du demandeur avait démontré que le demandeur-son neveu- avait travaillé dans sa ferme pendant 18 ans et que pendant ce temps, il avait acquis des labours et autres terrains agricoles et avait ouvert un livret d'épargne, ce qui démontrait qu'il avait été rémunéré, outre le fait qu'il était logé et nourri. Le neveu a donc été débouté de son action de in rem verso ¹².

Par contre, la Cour a considéré que lorsqu'un des époux a financé avant mariage la construction d'un immeuble afin que celui-ci soit intégré dans la communauté universelle (et donc sans intention libérale) et que suite à la dissolution du mariage l'immeuble a été attribué à l'autre conformément au contrat de mariage, on peut considérer, si le contrat de mariage ne règle pas le sort des créances nées avant mariage, que cet époux s'est appauvri sans cause ¹³.

261. Enfin, l'action de in rem verso a un caractère subsidiaire, et l'appauvri ne pourra donc y faire appel que s'il ne dispose pas d'une autre action. Le demandeur ne doit posséder aucune autre action découlant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ¹⁴.

Il a ainsi été jugé que l'action de in rem verso ne pouvait pas être intentée pour suppléer une autre action que le demandeur ne peut plus tenter par suite d'une prescription, d'une déchéance ou d'une forclusion ou par l'effet de l'autorité de la chose jugée ou parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige ou par suite de tout autre obstacle de droit ou encore en raison d'un obstacle de fait provenant de son chef. L'action de in rem verso ne commande pas d'accorder un recours supplémentaire à celui qui, sans raison, néglige d'user de celui qui lui est ouvert. Le solvens qui a trop payé (même sous la contrainte) peut tenter une action en paiement de l'indu contre l'accipiens, et est donc irrecevable à lancer l'action de in rem verso ¹⁵.

SECTION 2. LES EFFETS DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

262. Lorsque l'action de in rem verso aboutit, l'appauvri a droit à une restitution, respectivement une indemnité.

¹² Cour d'appel, 10 mars 2004, Pas., 32, p. 520

¹³ Cour d'appel, 27 octobre 2004, Pas., 32, p. 619

¹⁴ Cour d'appel, 22 mars 2006, Pas., 33, p. 244 ; Cour d'appel, 10 mars 2004, Pas., 32, p. 520 ; Cour d'appel, 13 juin 2001, Pas, 32, p. 151

¹⁵ Cour d'appel, 13 juin 2001, Pas, 32, p. 151

Le montant de cette indemnité est limité par une double mesure. Il ne peut pas dépasser le montant de l'enrichissement de l'enrichi, ni être supérieur au montant de l'appauvrissement¹⁶.

C'est ainsi que lorsqu'une personne a financé des travaux sur un bien appartenant à autrui, il ne va pas obtenir le remboursement du coût des travaux (son appauvrissement), mais la plus value que ces travaux ont apporté à l'immeuble (enrichissement du propriétaire des lieux).

En matière d'occupation d'immeuble sans droit ni titre, la situation est traitée différemment. La jurisprudence considère que l'indemnité d'occupation doit être fixée par le juge, non seulement en contrepartie de la jouissance des locaux par l'enrichi, mais également par la compensation du préjudice résultant pour l'appauvri du fait qu'il est privé de la libre disposition des lieux. L'indemnité d'occupation est fixée par le tribunal, aussi bien en ce qui concerne son montant que ses modalités et doit nécessairement être évaluée en fonction de l'état des lieux à ce moment¹⁷. Cette façon de procéder constitue une entorse aux principes applicables en la matière, dans la mesure où les principes imposeraient au juge de fixer le montant de l'indemnité en examinant la valeur de l'avantage tiré par l'occupant et la compensation du préjudice résultant de la privation des lieux par le propriétaire des lieux, et en attribuant à ce dernier l'évaluation la plus faible.

Les restitutions réciproques, qui sont la conséquence de la nullité ou de la résolution du contrat, imposent également parfois l'application des règles de l'enrichissement sans cause. Il arrive que certaines prestations, en raison de leur nature, ne puissent pas donner lieu à restitution. Il en va ainsi des prestations réalisées par un entrepreneur, de l'occupation des lieux par un locataire ou par un acheteur ou des contrats qui comportent des prestations continues, tels les contrats successifs. Dans ce cas, comme il ne saurait être question de restituer ce qui n'est pas restituable et afin d'éviter que pareille solution ne procure un enrichissement sans cause au profit de cette partie au contrat, une indemnité compensatrice est due à celui qui a fourni la prestation non restituable¹⁸ (supra points 217 et 235).

¹⁶ Cour d'appel, 27 octobre 2004, Pas., 32, p. 619

¹⁷ Trib. Luxembourg, 21 décembre 2007, n° 11396, BJJ, 2008, p. 44

¹⁸ Cour d'appel, 12 mars 2008, Pas. 34, p. 189

CHAPITRE IV. LES ACTES JURIDIQUES UNILATÉRAUX

263. L'acte juridique unilatéral est une manifestation unilatérale de volonté entraînant des effets juridiques.

La question de savoir si une manifestation unilatérale de volonté peut être génératrice d'obligations est une matière controversée.

D'un point de vue textuel, la reconnaissance de la manifestation unilatérale de volonté comme source autonome d'obligation peut être trouvée dans l'article 1371 du Code civil. Celui-ci précise en effet que « *les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers (...)* ».

En Belgique, la doctrine et la jurisprudence admettent depuis longtemps que la manifestation unilatérale de volonté est une source autonome d'obligations¹.

De nombreux engagements juridiques contraignants reçoivent une telle qualification. Il en va ainsi de l'engagement du banquier dans le cadre d'une garantie à première demande ou d'un crédit documentaire, de l'engagement pris par un émetteur de carte de crédit, de l'offre de contracter, des titres au porteur ou de la lettre de patronage.

En France, la situation est plus douteuse, même si la jurisprudence y a eu recours pour justifier la condamnation de certaines personnes à honorer les engagements unilatéraux qu'elles avaient pris².

264. Au Luxembourg, la jurisprudence a admis la possibilité pour une personne de créer des effets juridiques du seul fait de son engagement unilatéral.

¹ Cass. B., 9 mai 1980, Pas., 1980, I., p. 1120 et 1127. Sur le régime juridique applicable à ces actes en Belgique voyez P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.2, éd. Bruylant (2010), p. 1034 et s., n° 704 et s.

² La chambre mixte de la Cour de Cassation de France a intégré ce genre d'obligations parmi les quasi-contrats, en posant, sous le visa de l'article 1371 Code Civil, que « *l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer* » Cass. Mix. Fr., 6 septembre 2002, RTDCiv, 2003, p. 94. Voyez également Cass. Civ. Fr., 28 mars 1995, RTDCiv, 1995, p. 887 ; Cass. Civ. Fr. 14 janvier 2010, Cass. Civ. Fr., 25 février 2010, Cass. Civ. Fr., 11 mars 2010, RTDCiv, 2010, p. 325

Dans une affaire, la Cour a admis qu'un engagement unilatéral pouvait être une source autonome d'obligations et donc constitutif de droit, mais seulement à certaines conditions.

Pour qu'un engagement unilatéral puisse engager son auteur, il faut d'abord que cet engagement présente une certaine utilité, c-à-d qu'il paraisse opportun de faire peser sur le déclarant une obligation immédiate et irrévocable.

Il faut ensuite que la volonté de s'engager du déclarant soit certaine et réfléchie.

Enfin, l'engagement unilatéral a un caractère subsidiaire et n'est source d'obligation que lorsque les autres techniques juridiques se révèlent impuissantes à fournir une solution satisfaisante.

En l'espèce, une personne avait donné à ses voisins son accord pour que ceux-ci puissent construire un bâtiment jusqu'à la limite de sa propriété, cette autorisation étant nécessaire pour l'obtention du permis. Par la suite, le terrain avait été vendu à d'autres personnes et il avait rétracté son accord. La Cour a considéré que, en donnant son accord aux anciens propriétaires du terrain, cette personne n'avait pas voulu poser, de façon réfléchie, un acte juridique unilatéral générateur d'obligations. Son accord constituait une faveur ou une complaisance faite à un voisin avec qui il était en bons termes. La Cour a donc considéré que cette personne n'avait pris aucun engagement contraignant en l'espèce³.

265. La Cour semble avoir, plus récemment, fait une autre application de ces principes, même si elle n'y a pas fait expressément référence dans le corps de sa décision.

En l'espèce, une banque avait souscrit des parts d'une Sicav pour le compte de clients. Au moment de la souscription, les certificats au porteur représentant les parts de la Sicav n'étaient pas encore disponibles. La banque demanda à la banque dépositaire de la Sicav d'émettre trois attestations au porteur représentant chacune un tiers des parts concernées et de remettre ces attestations à ses clients, en attendant la délivrance des certificats représentant les parts. Les clients avaient ensuite remis ces trois attestations à une autre banque dans le cadre d'un gage. Ce créancier gagiste, détenteur des attestations, les présenta à la banque dépositaire après la date d'échange reprise sur les attestations afin d'obtenir délivrance des certificats représentant les parts de la Sicav. Entre-temps, la banque dépo-

³ Cour d'appel, 12 décembre 2001, n° 24768 ; également G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasirisie, 2006, p.361, n° 430

sitaire avait transféré les parts de la Sicav. N'étant plus en possession des parts de la Sicav, elle refusait d'honorer les attestations. Saisie du litige, la Cour a jugé que la banque dépositaire était engagée par son attestation et a ordonné qu'elle délivre les parts de la Sicav au créancier gagiste. Pour la Cour, « *la volonté de la banque de s'engager à échanger les Attestations contre les titres C résulte des Attestations qui, rédigées par B en sa qualité de banque dépositaire de la sicav C, ne saurait se comprendre autrement que c'est la banque, émettrice et signataire, qui s'engage envers le détenteur auquel elle certifie la propriété des titres sous-jacents, à les échanger après le 15 octobre 2000 contre des certificats matériels au porteur* ». « *La banque dépositaire, qui a suivi sur ce point l'instruction précise du souscripteur, s'est engagée à l'égard du détenteur des Attestations quel qu'il soit. Elle n'a pas pu en tant que professionnel se méprendre sur la portée de ce terme. En renonçant à identifier le bénéficiaire de son Attestation et en certifiant la propriété des titres C non encore imprimés au détenteur, donc au porteur de l'Attestation, B a consciemment pris le risque de la cession des Attestations au profit d'un tiers* »⁴.

Dans sa décision, la Cour exprime bien le principe suivant lequel une personne peut être juridiquement obligée de faire quelque chose sur base de son seul engagement unilatéral. Elle ne mentionne à aucun moment l'obligation que « l'autre » partie aurait d'accepter cet engagement pour qu'il soit contraignant. Elle admet même que cet engagement puisse être donné, non pas au profit d'une personne déterminée qui devrait donc l'accepter, mais bien à l'égard de « tiers » qui peuvent se prévaloir de cet engagement.

Cette affirmation correspond au régime juridique des actes unilatéraux non réceptives, tel que reconnu en Belgique.

Dans une autre espèce, la Cour a considéré que la reconnaissance de dette devait être considérée comme un acte juridique unilatéral.

Pour la Cour, un tel acte juridique unilatéral n'a cependant qu'un effet déclaratif, révélant ou déclarant un droit préexistant et n'engendre aucune situation juridique nouvelle⁵.

266. Le régime juridique applicable aux actes juridiques unilatéraux est le régime juridique des contrats.

⁴ Cour d'appel, 12 juillet 2006, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 56 et note N. KAYSER, confirmé par Cass., 12 juin 2008, n° 30/08

⁵ Cour d'appel, 8 janvier 2003, n° 25832, BJJ, 2003, p. 80. Cette limite ainsi imposée par la Cour à l'acte juridique unilatéral dans cet arrêt est néanmoins dépassée.

La Cour d'appel le précise expressément dans son arrêt de 2003⁶.

Dans l'arrêt de 2006⁷, la Cour renvoie également aux principes juridiques applicables aux contrats, pour énoncer le régime juridique applicable en la matière. La Cour précise ainsi que « *même si on devait admettre qu'il y a ambiguïté dans la rédaction de l'Attestation par l'émetteur, ce fait ne pourrait être retenu contre le bénéficiaire de l'Attestation au regard des articles 1156 et ss. du Code civil* ».

Cette solution est également celle que la jurisprudence et la doctrine belge appliquent aux actes juridiques unilatéraux⁸.

267. La formation de l'acte unilatéral est néanmoins emprunte d'un plus grand « littéralisme ». L'engagement doit être extériorisé dans un acte qui va définir et délimiter cet engagement.

Lorsque l'acte juridique unilatéral est réceptice, respectivement lorsque, par nature, il est adressé au profit d'une personne déterminée, il va lier son auteur lorsqu'il aura été notifié à son (ou ses) bénéficiaire(s). Plus précisément, en application de la théorie de la réception, l'acte unilatéral réceptice va engager son auteur au moment où le bénéficiaire a pu prendre connaissance de l'engagement pris par son auteur (voyez supra point 53).

L'acte juridique unilatéral non-réceptice est celui qui produit ses effets à l'égard de personnes non déterminées, comme c'est par exemple le cas pour l'offre de récompense. L'acte non-réceptice lie pleinement son auteur dès l'émission par l'auteur de l'acte de sa volonté unilatérale de s'engager, à condition que cet engagement soit extériorisé.

En règle, le droit commun des obligations applicables aux contrats va s'appliquer aux actes juridiques unilatéraux, sauf lorsque ces principes sont contraires à la nature unilatérale de l'acte.

L'acte unilatéral ne liera valablement son auteur que si celui-ci est juridiquement capable, s'il a consenti à s'engager sans que son consentement ne soit vicié et si son engagement à un objet et une cause licite.

Etant donné le caractère unilatéral de l'engagement, tous les principes applicables en matière de contrat ne vont néanmoins pas s'appliquer (pas de lésion, pas de théorie de la simulation, ...) ou vont être appliqué de façon adaptée (le dol sera nécessairement le dol d'un tiers).

⁶ Cour d'appel, 8 janvier 2003, n° 25832, BJJ, 2003, p. 80

⁷ Cour d'appel, 12 juillet 2006, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 56 et note N. KAYSER, confirmé par Cass., 12 juin 2008, n° 30/08

⁸ Voyez P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.2, éd. Bruylant (2010), p. 1047 et s. n° 714 et s.

C'est donc très justement que la Cour précise que la notion de cause n'est applicable aux actes juridiques unilatéraux que sous son aspect subjectif, c'est-à-dire au sens de motif déterminant. En effet, lorsque l'engagement est unilatéral, la partie qui s'engage ne peut pas prétendre que la cause de son engagement résiderait dans une obligation de l'autre partie⁹.

L'acte unilatéral est indivisible. Le bénéficiaire de l'engagement doit prendre celui-ci dans son entièreté et ne peut pas, sous peine de tronquer la volonté de son auteur, diviser l'engagement pris à son égard.

Une fois que l'auteur de l'acte unilatéral a pris son engagement, celui-ci devient irrévocable et ne pourra donc pas être résilié unilatéralement par son auteur. Il prendra néanmoins fin à son terme, si son auteur a prévu un terme à son engagement ou si cet engagement concerne une prestation unique et déterminée.

Le bénéficiaire de l'engagement peut également libérer son auteur de son engagement.

⁹ Cour d'appel, 8 janvier 2003, n° 25832, BJL, 2003, p. 80

TITRE 4

Les actes collectifs

CHAPITRE I. NOTION

277. L'acte collectif est l'acte juridique par lequel se manifestent les volontés d'un ensemble de personnes unies par une communauté d'intérêts. Les décisions prises par cet ensemble lieront un groupe de personnes parmi lesquelles se trouveront des personnes qui n'ont pas pris part à cette décision, respectivement qui s'y seront opposées.

Ce processus est en principe organisé par des lois particulières. Il ne fait pas l'objet d'une théorie générale. Les règles du droit des obligations vont néanmoins trouver à s'y appliquer, dans la mesure où les lois particulières qui les organisent ne s'y opposent pas et que ces règles ne sont pas contraires à leur nature collective¹.

Au Luxembourg, les principaux actes collectifs sont les décisions prises par les associés de sociétés commerciales rassemblés en assemblée générale, tel que prévu par la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales², les décisions prises par la masse des obligataires des sociétés anonymes réunis en assemblée des obligataires, telles que prévues par la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales³, les décisions des copropriétaires d'un immeuble indivis rassemblés en assemblée générale, telles que prévues par la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis⁴.

Les conventions collectives du travail établies en applications des articles L. 161-1 et s. du Code du Travail constituent également des actes collectifs qui sont sources d'obligations au Luxembourg. La convention col-

¹ Cour d'appel, 18 décembre 2003, n° 25187, BJJ, 2004, p. 45 dans le cadre d'une convention collective du travail

² Voyez A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St-Paul, , notamment p. 622 et s., n° 721 et s. pour la Sàrl, et p. 769 et s., n° 884 et s. pour la S.A. ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd (2011), éd. Legitec, p. 405 et s., p. 568 et s. pour la S.A. et 667 et s. pour la Sàrl

³ Voyez A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St-Paul, p.374 et s., n° 405 et s. ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd (2011), éd. Legitec, p. 506 et s.

⁴ Voyez G. KRIEGER, « La copropriété », 5^{ème} éd., (2011), éd. Portalis, p. 201 et s., n° 163 et s. ; L. THIELEN, « Les professions de l'immobilier en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2010), p. 174 à 189

lective est un contrat relatif aux relations et aux conditions de travail conclu entre un ou plusieurs syndicats de salariés remplissant certaines conditions et soit une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs, soit un groupement ou un ensemble d'entreprise, soit une entreprise particulière, soit une entité économique et sociale (article L. 161-2 du Code du Travail).

Les conventions collectives du travail ne sont pas les seuls accords collectifs prévus par le droit du travail. Des accords collectifs peuvent également être conclus à un niveau inférieur. Il en va ainsi des accords subordonnés, qui permettent la délocalisation d'une partie des négociations collectives à un niveau inférieur, ou des accords d'entreprise (article L. 231-6 du Code du Travail) ou avec la délégation du personnel (article L. 233-10 du Code du Travail). Des accords en matière de dialogue social interprofessionnel, qui permettent une négociation sur un plan large portant sur un sujet spécifique, peuvent également être conclus et être déclarés d'obligation générale (article L. 162-1 du Code du Travail)⁵.

On peut également citer les décisions prises par l'assemblée des créanciers en application de différents régimes juridiques d'insolvabilité, tels que le sursis de paiement organisé par les articles 593 et s. du Code de commerce, la gestion contrôlée prévue par l'Arrêté Grand-Ducal du 24 mai 1935 instituant la gestion contrôlée, la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite, le sursis bancaire organisé par les articles 60-2 et s. de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier ou le règlement conventionnel prévu par les articles 4 à 8 de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement⁶.

⁵ J.L. PUTZ, « Le droit du travail collectif – les relations professionnelles » T.1, éd. Promoculture Larcier (2012), p. 164 à 332

⁶ Pour un aperçu voyez J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd (2011), éd. Legitec, p. 933 et s. ; J.M. SCHMIT, N. BONORA, « Les procédures d'insolvabilités sous le droit luxembourgeois (faillite, gestion contrôlée, concordat, sursis de paiement) et la période suspecte (articles 445 et 446 du Code de commerce », ACE, 2009, n° 6, p. 8 à 14. S. BELLAMINE, S. ATTOUMANI, « Le concordat préventif de faillite : une alternative méconnue à la faillite », JurisNews – Droit des Sociétés, 2012/7, p. 195 ; M. ELVINGER, « Enseignements jurisprudentiels récents en matière de sursis de paiement dans le secteur financier », Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 43, p. 7 ; N. ANEN, O. POELMANS, « Le droit commun en matière de sursis d'un établissement bancaire et autres enseignements de la crise », DAOR, 2009, n° 90, p. 216 ; M. SUNNEN, J. BRUCHER, « La gestion contrôlée – une alternative oubliée », Feuille Liaison Conf. St Yves, 1999, n° 94, p. 30

CHAPITRE II. CONDITIONS DE VALIDITÉ

278. Les conditions pour qu'un acte collectif lie le groupe de personnes concernées par l'acte varient en fonction de la législation particulière qui va régir cet acte.

En principe, les matières dans lesquelles un acte collectif peut intervenir sont strictement délimitées par la loi.

Etant donné le caractère particulier de tels actes, qui vont s'imposer à des personnes même contre leur gré, ces législations prévoient normalement des garde-fous qui sont généralement considérés comme étant impératifs, dans la mesure où ils ont pour objet la protection des droits des personnes qui vont être concernées par la décision à prendre.

Il a été jugé qu'un règlement de copropriété qui impose des quorums de présence pour des décisions ordinaires, des majorités renforcées ou des unanimités non prévues par la loi pour certaines décisions à prendre sont réputées non écrites. Le régime des majorités prévu par la législation sur la copropriété est impératif¹.

279. Ces différentes législations prévoient habituellement que l'acte collectif doit être adopté à la majorité des participants.

Mais il existe des exceptions à ce principe.

Certaines décisions peuvent ainsi être prises par un vote des participants qui ne recueille pas la majorité des voix.

C'est ainsi qu'en cas de perte des trois quart du capital d'une société anonyme, la société peut être mise en liquidation par le vote d'un quart des associés participant à l'assemblée générale, en application de l'article 100 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales².

¹ Trib. Luxembourg, 15 mars 2000, n° 58676

² Voyez A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} ed. (2011), éd. St-Paul, p.811, n° 925

280. A l'inverse, et c'est plus souvent le cas, certaines décisions ne pourront être prises que si une majorité qualifiée des participants se prononce en faveur de la décision.

En matière de copropriété, toute décision concernant des travaux comportant transformation, addition et amélioration de l'immeuble doit être prise à la majorité des copropriétaires représentant au moins les trois quarts des voix si la réfection comporte une amélioration par rapport à l'équipement initial. Si la réfection constitue un remplacement normal, elle peut être décidée à la simple majorité des copropriétaires votant lors de l'assemblée. Il y a remplacement normal dès lors que l'élément de confort nouveau correspond à l'équipement normal d'un immeuble de standing comparable³.

En matière de copropriété toujours, si la proposition soumise au vote de l'assemblée vise à tenir compte, pour la répartition de l'utilité que présentent les éléments d'équipement par rapport aux différents lots, elle peut être prise à la majorité des voix de tous les copropriétaires. Si, d'autre part, la proposition vise à opérer une répartition qui ne se base pas sur une appréciation d'utilité, elle ne peut être prise qu'à l'unanimité de tous les copropriétaires. Dans une espèce, la décision litigieuse avait déterminé que les frais relatifs à un monte-charge étaient à supporter par les seuls copropriétaires qui en faisaient usage. La Cour avait relevé que les places de parking étaient desservies par le seul monte-charges en question et que ces garages étaient, en l'absence dudit monte-charges, totalement inaccessibles et inutilisables. Il en résultait que le monte-charges en question était strictement indispensable pour profiter des garages et ne pouvait donc être qualifié de simple élément de confort ou de commodité. Il s'ensuivait que toutes les charges y relatives faisaient partie des charges générales et communes relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes, dont la répartition ne pouvait être modifiée qu'à l'unanimité des copropriétaires⁴.

Les conventions collectives du travail doivent être conclues entre les employeurs et les organisations syndicales justifiant de la représentation nationale et réunies au sein de la commission de négociation. Il a notamment été décidé qu'une convention collective du travail devait émaner sinon d'une majorité, du moins d'une majorité relative ou d'un nombre d'intéressés suffisant pouvant légitimement espérer l'adhérence de ceux qui, initialement, ne se trouvaient pas liés par l'accord en question. C'est

³ Cour d'appel, 8 janvier 2009, Pas., 34, p. 380

⁴ Cour d'appel, 22 mars 2006, Pas., 33, p. 166 ; BJJ, 2007, p. 2

ce mécanisme élémentaire qui, du côté salarial, est sous jacent à la notion de « représentativité ».

Pour les organisations syndicales, la représentativité se mesure dans la partie du monde du travail concernée, pour laquelle la convention collective peut être appelée, le cas échéant, à devenir loi pour tous. Seules les organisations syndicales les plus représentatives de la profession pour le personnel de laquelle la convention collective est susceptible d'être déclarée d'obligation générale, peuvent siéger à la commission de négociation. L'ensemble de la profession ainsi concernée est à délimiter de façon à regrouper, à côté des activités enracinées de longue date, celles annexes ou connexes, de même que celles apparues dans un passé rapproché ou ayant connu un développement récent, sans de suite classer ces dernières comme professions nouvelles à part entière⁵.

Du côté patronal, il n'existe pas de « monopole », les employeurs pouvant être amenés à prendre part directement aux négociations. La loi prévoit que les potentiels signataires d'une convention collective sont soit une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs, soit une entreprise particulière, soit un groupe d'entreprises ou un ensemble d'entreprises dont la production, l'activité ou la profession sont de la même nature, ou, encore, qui constituent une entité économique et sociale.

En principe, la convention collective de travail doit être signée par « l'ensemble des parties ayant participé à la négociation » (article L. 162-3 du Code du Travail), c'est-à-dire tous les syndicats de la Commission de négociation et les employeurs ou les organisations professionnelles. La loi prévoit comme sanction explicite du respect de cette règle, la nullité de la convention collective, qui ne pourra donc pas sortir ses effets⁶.

En droit des sociétés, les modifications aux statuts des sociétés de capitaux ne peuvent être décidées que par une assemblée générale statuant à une majorité qualifiée⁷.

Le moratoire et le plan proposés par la commission de médiation en matière de surendettement au créancier du débiteur surendetté admis à la procédure de règlement conventionnel, lieront tous les créanciers parties au plan et ceux qui ne se sont pas manifestés alors qu'ils étaient informés

⁵ J.L. PUTZ, « Le droit du travail collectif – les relations professionnelles », T.1, éd. Promoculture Larquier (2012), p. 182 et s. ; Trib. Admin., 24 octobre 2000, Bull. Dr. et Banque, 2001, n° 31, p. 37 confirmé par Cour Admin., 28 juin 2001, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 32, p. 28 et note P. BLEY

⁶ J.L. PUTZ, « Le droit du travail collectif – les relations professionnelles » T.1, éd. Promoculture Larquier (2012), p. 182 et s.

⁷ Voyez A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} ed. (2011), éd. St-Paul, p.379 et s., n° 408 et s.

de la proposition, lorsque la proposition aura été acceptées par 60 % des créanciers représentant 60 % de la masse des créances (article 7 de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement).

281. Le principe de prise de décision à la majorité de l'acte collectif permet à la majorité des participants à l'acte d'imposer ses vues aux minoritaires.

Mais ce mode de prise de décision peut mener à des abus.

En droit des sociétés, une décision abusive prise par la majorité ouvre le droit pour les actionnaires minoritaires à une action en abus de majorité⁸. Pour qu'il en soit ainsi, les minoritaires doivent démontrer que la décision prise par l'assemblée générale des actionnaires a été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité⁹.

Lorsque la décision prise par l'assemblée est jugée abusive, le juge pourra en ordonner l'annulation, ou condamner les majoritaires au paiement de dommages et intérêts.

Dans une espèce, la Cour a rappelé que la théorie de l'abus de majorité appliquait au groupement personnalisé que constitue toute copropriété où une assemblée générale de copropriétaires est appelée à prendre, par vote majoritaire, des décisions qui s'imposeront aux minoritaires. Une décision, encore qu'intervenue dans des formes régulières et dans la limite des pouvoirs d'une assemblée, reste susceptible d'un recours en annulation lorsqu'elle a été le résultat de manœuvres destinées à obtenir par surprise de certains copropriétaires un vote contraire aux intérêts collectifs, ou qu'elle lèse un ou plusieurs copropriétaires sans être pourtant conforme à l'intérêt commun. Les critères pour apprécier la licéité des décisions prises en assemblée sont la poursuite d'un but autre que l'intérêt général, ou les agissements dolosifs dans le but d'obtenir par surprise de certains copropriétaires un vote contraire à l'intérêt général ou préjudiciable à certains autres sans motif valable sur le plan de la collectivité. L'abus de majorité doit être nettement distingué de la simple opposition d'intérêts que révèle nécessairement tout système de vote majoritaire où les minoritaires sont enclins à prétendre que les décisions adoptées leurs sont défavorables¹⁰.

⁸ Voyez D. PHILIPPE, « Les clauses et les procédures de résolution des conflits », Ann. Dr. Lux., 2010, n° 20, p. 107 et s. ; M. ELVINGER, « Les minorités en droit des affaires », Ann. Dr. Lux., 2005, n° 15, p. 197 et s. ; Cour d'appel, 22 mars 2000, Pas. 31, p. 314 en matière de copropriété

⁹ Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262

¹⁰ Cour d'appel, 20 février 2003, n° 25218, BJJ, 2003, p. 142

Les participants minoritaires à un acte collectif peuvent également abuser de leur position, en refusant de voter une décision qui requiert une majorité qualifiée.

En droit des sociétés on considère qu'il y aura abus de minorité lorsque, en présence d'une telle décision à prendre, les minoritaires usent de leur veto à des fins qui ne sont pas conformes à l'intérêt social.

La jurisprudence considère, par ailleurs, qu'il n'existe pas, en droit luxembourgeois, un principe général d'égalité des actionnaires d'un émetteur d'instruments financiers dont les titres sont admis sur un marché réglementé.

Pour la jurisprudence, si on admet que le fonctionnement efficace du marché repose dans une large mesure sur l'égalité des différents intervenants sur le marché et que l'intérêt du marché commande que les épargnants aient confiance dans son fonctionnement équitable, ces motifs ne sauraient cependant suffire à ériger l'égalité de traitement des actionnaires en principe général de droit.

Il n'existe pas plus, en droit luxembourgeois, un principe général de droit imposant l'égalité de traitement entre actionnaires dans leurs rapports réciproques, pouvant être invoqué par des actionnaires minoritaires contre le cessionnaire du contrôle d'une société anonyme¹¹.

L'article 2 de la loi du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales de sociétés cotées prévoit cependant que la société luxembourgeoise dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé doit veiller à assurer l'égalité de traitement de tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique, en ce qui concerne la participation et l'exercice du droit de vote à l'assemblée générale.

Pour la conclusion d'une convention collective du travail, une procédure spécifique a été mise en place en vue d'éviter des situations de blocage, notamment si c'est un syndicat minoritaire qui refuse de signer l'accord. Les syndicats qui sont d'accord sur les termes de la convention collective conviennent alors de signer seuls la convention collective, et invitent ensuite les autres syndicats à se joindre à la signature dans les huit jours. A défaut, un syndicat décidé à signer peut saisir le Ministre du travail. Si

¹¹ Trib. Luxembourg, 8 juillet 2003, DAOR, 2003, n° 65, p. 88 ; Cour d'appel, 12 juillet 2006, Bull. Dr. et Banque, 2006, n° 38, p. 46 et note C. KREMER et A. COLINO ; Cass., 21 février 2008, Pas., 34, p. 89 ; BJ, 2008, p. 93 ; CJCE, 15 octobre 2009, Aff. C-101/08, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 286, et I. CORBISIER, « Arrêt Audiolux : inexistence d'un principe général de droit communautaire protégeant les actionnaires minoritaires en cas de cession de participation de contrôle », JDE, 2010, p. 9 ; Cass., 23 septembre 2010, JTL, 2010, p. 204 ; Pas., 35, p. 228, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 293

le Ministre constate que le(s) syndicat(s) qui veulent signer seuls disposent d'un mandat direct ou indirect de 50 % au moins des salariés entrant dans le champ d'application de la convention collective, il peut admettre le (ou les) syndicat(s) demandeurs à la signature de la convention collective. Celle-ci sera donc valable malgré le défaut de signature des syndicats qui l'ont refusée¹².

282. D'autres mesures de protection des personnes concernées par l'acte collectif à intervenir sont également prévues.

C'est ainsi que, lorsque la loi prévoit qu'une décision doit être prise en assemblée par une majorité des copropriétaires, comme c'est le cas lorsqu'un copropriétaire souhaite réaliser un acte de disposition sur une partie commune, une convention signée par chacun des copropriétaires ne peut pas se substituer à une telle délibération¹³. En effet, le vote en assemblée doit être précédé d'une délibération, respectivement d'un échange entre les participants, ce que le simple fait de signer une convention ne remplace pas.

En droit des sociétés, la loi prévoit que les actionnaires d'une société anonyme ont un droit préférentiel de souscription lorsqu'une augmentation de capital est décidée, afin que l'importance du droit de vote de chacun ne soit pas réduite sans leur accord.

Il a été jugé que, en augmentant immédiatement le capital d'un montant déterminé et en constatant que les actions nouvelles avaient été souscrites dans leur totalité et à concurrence de l'intégralité de l'augmentation de capital, sans laisser aux actionnaires absents la possibilité de souscrire les actions nouvelles pendant un certain délai, l'assemblée a violé le texte de l'article 32 (3) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Cette réglementation relève de l'ordre public de protection et sa violation est sanctionnée par une nullité. Elle permet aux personnes protégées d'invoquer la violation de cette réglementation en dehors de toutes considérations relatives aux intérêts de la société et des actionnaires et à l'existence d'un préjudice dans leur chef, et sans que le nombre d'actions détenues par cet actionnaire ne doive être pris en compte¹⁴.

L'assemblée générale des actionnaires peut décider de priver les actionnaires de ce droit de souscription préférentiel. Mais cette décision de l'as-

¹² J.L. PUTZ, « Le droit du travail collectif – les relations professionnelles » T.1, éd. Promoculture Larcier (2012), p. 193

¹³ Cour d'appel, 11 juin 2008, n° 32327, BJL, 2008, p. 124

¹⁴ Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262 qui réforme Trib. Luxembourg, 5 mars 2009, n° 114096, 118470 sur ce point

semblée doit être prise de manière éclairée et après qu'un rapport détaillé et justifiant cette mesure ait été établi par le conseil d'administration ou le directoire de la société. La jurisprudence considère que l'établissement de ce rapport est impératif et qu'en son absence l'augmentation de capital ne peut pas sortir ses effets, à condition que l'actionnaire qui se prévaut de ce manquement n'ait pas renoncé à invoquer celui-ci en assistant à l'assemblée sans protester¹⁵. En l'absence d'un tel rapport, l'assemblée générale statuant à l'unanimité peut encore décider d'une telle renonciation. Mais une telle renonciation au droit de souscription préférentiel doit être claire et non équivoque et ne saurait être déduite du fait que le représentant des actionnaires minoritaires, arrivé à l'assemblée après que la décision d'augmenter le capital ait été prise, ait gardé le silence à propos de cette augmentation, pas plus qu'elle ne pourrait résulter d'agissements postérieurs à l'assemblée¹⁶.

Les règles imposées par la loi pour la convocation des actionnaires à une assemblée générale sont aussi considérées comme primordiales. Il est évidemment impératif que tous les actionnaires aient la possibilité de participer à la décision qui pourrait être prise et qui va les lier. L'absence de convocation d'actionnaires peut normalement constituer un trouble illicite de nature à vicier la régularité de l'assemblée. Il ne pourra en être autrement que si tous les actionnaires sont présents à l'assemblée et renoncent à demander la convocation prévue par la loi et votent sur tous les points de l'ordre du jour¹⁷.

De même, dans la mesure où il est démontré que l'actionnaire a bien reçu le courriel l'informant de la tenue de l'assemblée, que le caractère urgent de la décision à prendre justifiait l'abréviation des délais et le mode de convocation par courriel, que les droits des actionnaires n'ont pas été lésés par ces irrégularités étant entendu qu'ils n'ont pas été privés de la possibilité d'assister ou de se faire représenter à l'assemblée, et qu'il peut être considéré que le non respect de cette formalité n'a raisonnablement pas pu affecter la décision prise en assemblée, il n'y a pas lieu d'annuler l'assemblée pour ce motif¹⁸. Par contre, si rien ne prouve que les courriels de convocation soient arrivés à destination et que les actionnaires aient pu en prendre connaissance en tant utile avant l'assemblée générale, il n'est

¹⁵ Voyez Cour d'appel (ref.), 26 février 2002, Trib. Luxembourg, 28 juin 2002, Trib. Luxembourg (ref.), 5 janvier 2001, Trib. Luxembourg (ref.), 8 décembre 2000, Ann. Dr. Lux., 2001, n° 11, p. 556 et s.

¹⁶ Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262

¹⁷ Trib. Luxembourg (ref.), 5 août 2003, Ann. Dr. Lux., 2006, n° 16, p. 463

¹⁸ Trib. Luxembourg, 5 mars 2009, n° 114096, 118470

pas établi que les actionnaires ont été convoqués. Les résolutions adoptées lors d'une assemblée tenue sans convocation sont nulles, sans que l'actionnaire ne doive justifier d'un grief¹⁹.

Le conseil d'administration de la société peut décider, séance tenante, que l'assemblée générale des actionnaires en cours est prorogée à 4 semaines. Le législateur a ainsi prévu le cas où l'assemblée serait peu nombreuse et composée d'éléments hostiles à l'administration et veuille prendre des résolutions que le conseil d'administration considère, à tort ou à raison, comme contraires à l'intérêt social et que la majorité des actionnaires ne ratifierait pas. C'est pour protéger la société contre pareille cabale que le droit de prorogation a été accordé au conseil. Ce droit peut être exercé lors de toutes les assemblées générales, ordinaires ou extraordinaires²⁰.

Si la société est en liquidation, le pouvoir de prorogation du conseil d'administration sera exercé par le liquidateur²¹.

Les actionnaires d'une société anonyme, représentant au moins 20 % du capital social, peuvent également demander une prorogation de l'assemblée générale. Des minoritaires peuvent ainsi obtenir un certain délai avant qu'une décision, qui pourrait leur être défavorable, ne soit prise. Ils peuvent alors mettre ce délai à profit pour tenter d'infléchir les autres actionnaires ou pour rameuter les actionnaires qui étaient absents lors de l'assemblée et dont le vote pourrait être déterminant. Cette demande de prorogation des minoritaires s'impose alors et ne peut pas être refusée. Le non-respect de ce droit à prorogation est sanctionné par la nullité de l'assemblée non prorogée et par la nullité des résolutions y prises, et cela même si aucun grief n'est démontré²².

¹⁹ Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262 qui réforme sur ce point Trib. Luxembourg, 5 mars 2009, n° 114096, 118470

²⁰ Trib. Luxembourg, 13 juin 2007, n° 49175, 106403

²¹ Cour d'appel, 7 juillet 2010, n° 33180 et qui réforme sur ce point Trib. Luxembourg, 13 juin 2007, n° 49175, 106403, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 276

²² Cour d'appel, 4 juillet 2007, n° 31678, BJJ, 2008, p. 48, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 276 ; Trib. Luxembourg (ref.), 31 octobre 2001, Ann. Dr. Lux., 2006, n° 16, p. 427

CHAPITRE III. LES EFFETS DES ACTES COLLECTIFS

283. Le principal effet d'un acte collectif est de faire naître des droits et des obligations à l'égard de toutes personnes unies par la communauté d'intérêts concernée, que ces personnes aient participé ou non à la décision, respectivement qu'elles aient approuvé ou rejeté cette décision ¹.

L'effet obligatoire de la décision peut se manifester de plein droit.

La décision de l'assemblée des copropriétaires est immédiatement exécutoire. Si l'assemblée décide que le syndic doit envoyer une mise en demeure avant de lancer l'assignation contre un copropriétaire, celui-ci devra respecter cette formalité avant d'agir en justice ².

En matière de copropriété, l'assemblée générale ne peut, à quelque majorité que ce soit, imposer à un copropriétaire une modification à la destination de ses parties privatives ou aux modalités de leur jouissance, telles qu'elles résultent du règlement de copropriété. Dans une espèce ³, les propriétaires privatifs du local de commerce se trouvant au rez-de-chaussée de l'immeuble avaient, à la suite d'un changement de locataire et de difficultés, fait convoquer une assemblée générale afin que celle-ci se prononce sur la conformité au règlement de copropriété de l'exploitation d'un café-restaurant au rez-de-chaussée. La Cour saisie du litige à propos du vote intervenu avait fait savoir que le vote intervenu n'avait pas pu entraîner une modification à la destination des lieux.

L'effet obligatoire d'une convention collective du travail va varier en fonction du fait qu'elle a ou non été déclarée « d'obligation générale ». Un

¹ Il a été jugé en Belgique que la décision prise par l'assemblée générale d'une société et qui sort ses effets au profit de tiers, tels des anciens associés ou anciens administrateurs, ne peut pas être abrogée ou modifiée par une autre assemblée générale de la société, sans l'accord des tiers bénéficiaires. Ces tiers sont donc recevables à demander la nullité de la décision de l'assemblée générale qui a porté atteinte à leurs droits (C.A. Bruxelles, 29 juin 2005, DAOR, 2005, n° 76, p. 351). La Cour d'appel de Bruxelles donne ici un caractère irrévocable à la décision collective prise par l'assemblée générale de la société, à l'instar de ce que la jurisprudence belge prévoit pour les actes juridiques unilatéraux qui sont irrévocables dès qu'ils sont portés à la connaissance de leur destinataire (pour les actes réceptices) ou extériorisés (pour les actes non-réceptices). Voyez P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.2, éd. Bruylant (2010), p. 1054, n° 724

² Cour d'appel, 13 mai 2004, n° 27696

³ Cour d'appel, 1 décembre 2004, n° 27949, BII, 2005, p. 27

syndicat ou une organisation professionnelle d'employeur peut en effet demander au Ministre du travail de déclarer qu'une convention collective du travail est d'obligation générale. Si le Ministre fait droit à cette demande il fera cette déclaration d'obligation générale par voie de Règlement Grand-Ducal. Les conventions collectives du travail qui sont déclarées d'obligation générale s'appliquent à tous les employeurs qui entrent dans le champ d'application de la convention, même s'ils n'ont pas signé la convention ou n'adhèrent pas à une organisation patronal signataire. Lorsque la convention collective du travail n'est pas déclarée d'obligation générale, elle ne s'applique qu'aux employeurs qui entrent dans le champ d'application de la convention et qui sont signataires de la convention ou qui ont adhéré à une organisation patronal signataire.

La convention va s'appliquer à l'ensemble du personnel visé par la convention de ces employeurs. Le principe de l'unicité de la convention collective veut qu'au sein d'une même entreprise, une seule convention collective s'applique à tous les salariés. Deux catégories de salariés sont soumis à un régime dérogatoire, respectivement les cadres supérieures qui ne sont pas couverts par la convention et les salariés exerçant une fonction d'encadrement qui peuvent être exclus ou soumis à un régime dérogatoire⁴.

C'est en se fondant sur l'absence d'un tel effet obligatoire, que le tribunal du travail de Luxembourg a jugé que le plan social conclu entre un employeur et les organismes représentants les salariés, en vue de la fermeture d'une entreprise, ne constituait pas un acte collectif qui engagerait l'employeur et tous les salariés concernés par la fermeture de l'entreprise. Pour le tribunal, le plan social constitue le résultat des négociations préalables obligatoires entre un employeur, qui s'apprête à procéder à des licenciements collectifs, et les représentants des salariés, et qui visent à prévenir les contestations à naître des licenciements collectifs à venir. Dans la mesure où le plan est négocié par l'intermédiaire des représentants des salariés agissant ès qualité et ne représentant pas les salariés, elle doit donc être considérée comme constituant une offre de transaction faite par l'employeur aux salariés concernés. L'employeur est alors obligé de maintenir son offre pendant le délai stipulé dans le plan (en l'espèce 10 jours qui suivent la notification du licenciement) et le salarié peut refuser d'accepter cette offre. Le plan social n'étant donc pas obligatoire pour le salarié, un tel plan ne peut pas être qualifié d'acte collectif⁵.

⁴ J.L. PUTZ, « Le droit du travail collectif – les relations professionnelles » T.1, éd. Promoculture Larcier (2012), p. 205 et s.

⁵ Trib. Trav. Luxembourg, 5 avril 2011, n° 1604/11

284. L'effet obligatoire de certains actes collectifs nécessite l'intervention d'une autorité de tutelle.

Une convention collective du travail n'entre en vigueur qu'à la suite du dépôt de celle-ci auprès de l'Inspection du Travail et des Mines, accepté par le Ministre du travail (article L.162-3 du Code du Travail). La convention collective est donc déposée auprès de l'Inspection du Travail et des Mines, qui fait une proposition au Ministre portant sur l'acceptation ou non de la convention. Le Ministre doit émettre sa décision dans les 15 jours. Son contrôle est d'abord formel (le document soumis tombe-t-il sous la définition de la convention collective, les signataires ont-ils le droit de signer une convention collective, les mentions obligatoires et le contenu minimal prévus par la loi sont-ils repris ...), mais un certain contrôle de fond serait également envisageable (par exemple s'assurer que les grands principes de la législation sociale, comme le principe de faveur ou les règles de non-discrimination, ont été respectés)⁶.

Le plan concordataire dans le concordat préventif ou le plan établi par le commissaire dans le cadre de la gestion contrôlée doivent être homologués par le tribunal pour pouvoir s'imposer à tous les créanciers du commerçant concerné (article 2 de la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite et article 10 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 instituant la gestion contrôlée).

285. Il a été jugé que le droit commun des contrats était applicable aux actes collectifs que sont les conventions collectives du travail.

La Cour a, pour interpréter le sens à donner à un tel accord collectif, rappelé le principe de convention-loi visé à l'article 1134 du Code civil et appliqué les préceptes d'interprétation repris aux articles 1156 et s. du Code civil.

En l'espèce, les parties à la convention collective, pour déterminer les critères de fixation des revenus des agents de l'État et notamment le point indiciaire, s'étaient référées à la notion de « fonctionnaire » prévue par la loi du 22 juin 1963 telle qu'elle était en vigueur en 1990. Au moment de l'élaboration de la convention collective litigieuse, le point indiciaire était le même pour tous les agents au service de l'État. Ce n'est que postérieurement qu'une valeur du point indiciaire différente avait été appliquée. Pour la Cour, il s'en suivait que la volonté réelle des parties à la négociation

⁶ J.L. PUTZ, « Le droit du travail collectif – les relations professionnelles » T.1, éd. Promoculture Larcier (2012), p. 194 et s. Pour un cas d'annulation d'une clause d'une convention collective qui prévoyait des sanctions plus lourdes que le Code du Travail et qui était donc défavorable au salarié, voyez Cour d'appel, 17 novembre 2011, n° 35855, BJJ, 2012, p. 169

était, au vu notamment des différentes dates d'entrée en vigueur des lois concernées, de la date d'élaboration de la convention collective litigieuse et de l'affirmation non contestée que la référence à la loi de 1963 avait été faite pour faire bénéficier au personnel concerné des mêmes rémunérations que les agents relevant de la fonction publique exerçant les mêmes tâches, que le but des articles 22 et 26 de la convention collective n'était pas d'accorder une augmentation du pouvoir d'achat aux salariés des centres d'accueil qui n'avaient jamais bénéficié de ces dispositions légales⁷.

⁷ Cour d'appel, 18 décembre 2003, n° 25187, BJL, 2004, p. 45 ; également Cour d'appel, 26 mai 2005, n° 29164 ; Cour d'appel, 6 juin 2002, n° 25538

CHAPITRE IV. LES NULLITÉS DES ACTES COLLECTIFS

286. Des règles particulières organisent également le régime de nullité des actes collectifs.

La nullité des décisions des assemblées générales des sociétés ne fait pas l'objet d'une réglementation générale. Le régime est essentiellement d'origine prétorienne, et applique des règles inspirées par le régime des nullités, applicable en matière contractuelle (supra points 230 et s.)¹.

Il y aura nullité absolue de la décision prise par l'assemblée, lorsque la nullité est fondée sur la violation d'une règle destinée à protéger l'intérêt général. Si la règle violée a pour objet la protection d'intérêts particuliers, la nullité qui découle de sa violation sera relative.

La nullité peut être prononcée pour vice de forme, lorsqu'une règle de forme relative aux tenues des assemblées est violée. Il en va ainsi en cas d'irrégularité dans les convocations.

La nullité peut également être prononcée pour vice de fond, par exemple en cas de fraude ou lorsque le consentement d'un actionnaire était vicié.

En cas de violation des formalités substantielles ou des règles impératives la nullité est sans condition. Cette nullité n'est pas subordonnée à l'existence de grief. Il n'y a donc pas lieu de s'interroger sur la question de savoir si l'écartement irrégulier de certains actionnaires a pu raisonnablement influencer la décision prise par l'assemblée².

La plupart des règles relatives aux assemblées générales sont des règles qui ont pour objet la protection des intérêts des actionnaires. La jurisprudence considère donc habituellement que le plaignant doit démontrer qu'il a subi un grief à la suite de l'irrégularité commise s'il veut obtenir la nullité de la décision de l'assemblée générale. Pour pouvoir prétendre à l'annulation, le plaignant va devoir également démontrer que l'irrégularité

¹ Voyez A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St-Paul, p. 275 et s., n° 304 et s. ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd (2011), éd. Legitec, p. 410 et s.

² Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34754 ; Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262

a eu une influence déterminante sur le vote lors de l'assemblée. Une telle influence existe non seulement lorsque l'irrégularité a inversé une majorité, mais également si l'actionnaire peut montrer que, par sa présence, il aurait pu influencer les opinions, ou que si l'absence de l'irrégularité aurait pu avoir une telle influence (présence d'un rapport qui aurait pu éclairer les actionnaires ...). Il faudra également que, par son attitude lors de l'assemblée, l'actionnaire qui sollicite l'annulation n'ait pas couvert l'irrégularité dont il se plaint ensuite³.

Il a été jugé que le régime applicable aux assemblées générales d'actionnaires s'appliquait aux assemblées générales d'obligataires⁴.

La nullité d'une décision de l'assemblée peut être demandée par la société, par l'actionnaire ou même par un tiers ayant un intérêt direct à la nullité de la délibération. Cependant, si la nullité est fondée sur une irrégularité dans la convocation, seules les personnes qui peuvent être convoquées à l'assemblée vont pouvoir agir⁵ et cette action n'aboutira que si l'existence d'un grief est démontrée⁶. L'action en nullité d'un mandat donné par un actionnaire est ouverte à tout intéressé et donc aussi aux autres actionnaires⁷.

Tout actionnaire doit pouvoir exercer son droit de vote à l'assemblée. Lorsque certains actionnaires sont écartés à tort de l'assemblée générale, il y a violation d'une règle impérative et l'assemblée doit donc être annulée sans qu'il soit nécessaire aux actionnaires de prouver l'existence d'un autre grief⁸.

287. Lorsqu'une décision d'une assemblée générale est annulée, cette nullité rétroagit. La décision nulle va être considérée comme n'ayant jamais existé.

La loi prévoit une exception à ce principe, lorsque la décision attaquée modifiait les statuts de la société commerciale et que la nullité est fondée sur la violation d'une règle de forme, elle ne rétroagit pas. Elle doit être prononcée par le juge et ne produira ses effets qu'à dater du jugement

³ Cour d'appel, 5 avril 2006, n° 28131, 28132, 28133 ; Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262 qui confirme sur ce point Trib. Luxembourg, 5 mars 2009, n° 114096, 118470 ; Trib. Luxembourg, 16 janvier 2003, n° 51163

⁴ Trib. Luxembourg, 20 décembre 2005, n° 87329, 90418 et 93008

⁵ Trib. Luxembourg, 16 janvier 2003, n° 51163

⁶ Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34754

⁷ Trib. Luxembourg, 28 juin 2002, Ann. Dr. Lux., 2001, n° 11, p. 552.

⁸ Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34754 ; Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262

(article 12quater § 3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

Dans une affaire, les actionnaires avaient été convoqués afin d'autoriser le conseil d'administration à augmenter le capital social par capital autorisé. Lors de la délibération qui s'en suivit, l'assemblée générale avait également accordé le droit au conseil d'administration de supprimer le droit de souscription préférentiel des actionnaires lors de l'augmentation de capital par capital autorisé. Cette faculté n'avait cependant pas été mentionnée dans les convocations, en violation des termes exprès de l'article 32-3 (5) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. La Cour a jugé que cette règle avait pour objet de protéger l'intérêt privé des actionnaires et était donc sanctionnée par une nullité relative. Elle a considéré que la violation de cette obligation entraînait la nullité de la décision prise par l'assemblée, et que les mandataires des actionnaires n'avaient pas pu valablement couvrir cette nullité, leur mandat ne pouvant comprendre une telle renonciation, faute d'avoir été annoncé dans les convocations.

La nullité de cette décision prise par l'assemblée a entraîné la nullité de l'augmentation de capital par capital autorisé que le conseil avait ensuite décidé sur base de cette autorisation. Cette nullité avait encore pour conséquence que l'assemblée générale qui s'est tenue après cette augmentation de capital irrégulière, était également à déclarer nulle, les titulaires des actions créées par l'augmentation de capital par capital autorisé ayant concouru à cette assemblée avec leurs nouvelles actions⁹.

288. En matière de copropriété, certaines dispositions ont été déclarées impératives par la loi. Parallèlement, le législateur a adopté un Règlement Grand-Ducal du 13 juin 1975 portant exécution de la loi. Ce règlement impose un certain formalisme dans le but d'assurer l'information et la protection des copropriétaires.

La nullité d'un acte ne doit être encourue que si l'omission de la formalité ou la violation de la règle a effectivement compromis ce but.

Si le procès-verbal de l'assemblée n'est pas signé par le président et le secrétaire, cela n'a, en principe, pas d'incidence sur la validité des délibérations de l'assemblée générale. La nullité ne sera prononcée que si un grief peut être démontré¹⁰.

En principe, sauf stipulation dans le règlement de copropriété, l'assemblée générale est réunie dans la commune de situation de l'immeuble. Si l'as-

⁹ Cour d'appel, 5 avril 2006, n° 28131, 28132, 28133

¹⁰ Cour d'appel, 22 mars 2000, Pas., 31, p. 314

semblée a lieu dans une autre commune, et que tous les copropriétaires n'étaient pas présents, un copropriétaire pourra demander la nullité de l'assemblée s'il démontre un préjudice du fait de l'éloignement¹¹.

Il a été jugé que l'action intentée par un copropriétaire, qui a pour objet de contester les décisions des assemblées générales, constitue un recours en annulation et que les tribunaux n'ont donc compétence que pour statuer sur la régularité ou la légalité des décisions des assemblées générales. Ils ne peuvent que constater la validité ou la nullité de ces décisions, sans pouvoir se substituer à un syndicat de copropriété pour imposer une autre décision, sous peine de s'immiscer indûment dans la gestion de l'immeuble, laquelle relève des seules attributions de l'assemblée générale¹².

Une décision prise en assemblée des copropriétaires, puis ensuite attaquée en annulation, peut, en cours de procédure ou après annulation par le tribunal, faire l'objet d'une nouvelle discussion et d'un nouveau vote au cours de la prochaine assemblée générale¹³.

¹¹ Trib. Diekirch, 4 juin 2002, n° 10624

¹² Cour d'appel, 20 février 2003, n° 25218, BJJ, 2003, p. 142

¹³ Trib. Luxembourg, 4 février 2005, n° 83349

TITRE 5

Les obligations naturelles

289. Il y a obligation naturelle lorsque le débiteur exécute une obligation qui, à la base, n'est pas susceptible d'exécution forcée, mais qu'il a reconnue et exécutée volontairement et qui s'imposera alors ensuite à lui (article 1235 al. 2 Code civil).

Il existe différentes conceptions juridiques de l'obligation naturelle. Au Luxembourg, c'est la conception « subjective » de l'obligation naturelle qui est reconnue¹.

La jurisprudence a décidé qu'une obligation civile inexistante ne laisse pas subsister une obligation naturelle, qui pourrait se transformer en obligation civile par une promesse d'exécution².

Une obligation naturelle est un devoir moral, généralement admis par notre société et suffisamment impérieux pour pouvoir être imposé en tant qu'obligation civile une fois qu'il aura été volontairement exécuté par son débiteur.

L'obligation pour les parents d'établir leurs enfants ou pour un frère de prodiguer des soins et d'entretenir sa sœur malade, constituent des cas d'obligation naturelle.

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que le débiteur ne sera considéré comme ayant exécuté volontairement l'obligation naturelle que s'il l'a fait en toute liberté et en pleine connaissance de cause. Autrement dit, le débiteur n'aura pas reconnu être débiteur de l'obligation naturelle s'il s'est exécuté sous l'empire d'une erreur ou de la contrainte. Ainsi en est-il s'il a dû payer en exécution d'une décision judiciaire qui l'avait condamné en première instance, avant d'être réformée en appel ou sous la pression d'une procédure d'exécution, indûment dirigée contre lui³.

¹ Cour d'appel, 18 avril 2007, n° 31048 ; BJJ, 2007, p. 78

² Cour d'appel, 16 mai 2001, n° 23990 ; Trib. Luxembourg, 31 mars 2006, n° 90389 et 90390

³ Cour d'appel, 16 mai 2007, Pas., 33, p. 545 ; Cour d'appel, 18 avril 2007, n° 31048 ; BJJ, 2007, p. 78

TITRE 1

Les obligations différées

291. En règle, lorsque les parties ou la loi prévoient qu'une obligation est mise à charge d'une personne, cette obligation est pure et simple et le débiteur de celle-ci doit l'exécuter immédiatement¹.

Dans certains cas, la naissance ou l'exigibilité de l'obligation peut être différée. De même, l'existence de cette obligation peut prendre fin prématurément.

¹ Cour d'appel, 25 octobre 2006, Pas., 33, p. 294

CHAPITRE I. LES OBLIGATIONS À TERME

SECTION 1. NOTION

292. Le terme est l'événement futur et certain dont dépend soit l'exigibilité soit l'extinction d'un droit (articles 1185 à 1188 et 1244 du Code Civil).

Lorsque l'arrivée du terme détermine l'exigibilité d'une obligation, le terme est suspensif. L'arrivée du terme peut également mettre fin à l'obligation. Le terme est alors extinctif.

Le terme est certain lorsque le moment de son échéance est fixé avec précision. Il sera incertain lorsque l'évènement concerné interviendra à une date qui est encore inconnue, comme par exemple au décès d'une personne.

Le terme résulte habituellement de la convention des parties. Il peut néanmoins trouver sa source dans la loi ou dans une décision de justice.

On sera également en présence d'une obligation à terme lorsque la survenance de l'évènement est objectivement incertaine mais que sa réalisation est assurée aux parties, celles-ci tenant pour certain un évènement qui objectivement ne revêt pas ce caractère. Il en va ainsi lorsque les parties promettent de s'exécuter « dès l'arrivée » de l'évènement (et non pas « s'il arrive »), conférant ainsi à leur engagement un caractère ferme et définitif, qui caractérise l'engagement à terme, et non une obligation sous condition (infra point 306)¹.

SECTION 2. LE TERME SUSPENSIF

293. Le terme suspensif est donc l'évènement futur et certain dont dépend l'exigibilité d'un droit.

¹ Trib. Luxembourg, 7 juillet 2009, n° 114132

Le terme suspensif le plus fréquemment rencontré est la date précise et à venir à laquelle les parties conviennent que le débiteur doit exécuter son obligation. Le terme est alors constitué par cette date à laquelle le cocontractant doit exécuter sa prestation, respectivement procéder au paiement convenu.

Le décès d'une personne peut également être le terme suspensif d'une convention.

Dans un litige soumis à la Cour, les époux s'étaient engagés irrévocablement tout en repoussant l'échéance de la dette au décès du dernier mourant d'entre eux. La Cour a considéré qu'un tel contrat à terme était valide et qu'il ne constituait pas un pacte sur succession future. Ne constitue, en effet, pas un pacte sur succession future prohibé, mais un simple contrat conclu sous terme suspensif, la convention qui fait naître au profit de son bénéficiaire un droit actuel de créance qui s'exercera contre la succession du débiteur².

294. Lorsqu'une obligation est conclue sous terme suspensif, aucun paiement et aucune compensation ne pourront être demandés avant l'arrivée du terme (articles 1186 et 1291 du Code civil). La prescription de la créance est suspendue (article 2257 du Code civil).

Le droit sous terme existe néanmoins, même avant l'échéance de ce terme (article 1185 du Code civil). Le créancier de l'obligation à terme peut agir en justice pour faire reconnaître ce droit. Il peut également accomplir des actes conservatoires.

Dans une espèce soumise à la Cour, les parties avaient signé une promesse de vente bilatérale à terme d'un terrain. Elles avaient convenu dans l'acte que le prix de la vente serait payé lors de la signature de l'acte authentique à réaliser dans les 6 mois. La Cour a alors rappelé que, dans une telle vente à terme, la formation du contrat de vente et le transfert de la propriété ne sont pas différés. Ce qui est renvoyé à l'échéance du terme, c'est l'exécution du contrat de vente, respectivement la tradition de la chose et le versement du prix³.

Le débiteur qui paye avant terme ne pourra cependant pas réclamer le remboursement de ce qu'il a volontairement payé (article 1186 du Code civil).

² Cour d'appel, 4 juin 2003, n° 26058, BJL, 2003, p. 105 ; également Cour d'appel, 15 novembre 2007, Pas., 34, p. 61

³ Cour d'appel, 15 mai 2002, n° 25788

295. Le terme suspensif est présumé établi en faveur du débiteur de l'obligation (article 1187 du Code civil).

Le débiteur, en faveur de qui le terme est établi, peut renoncer à ce terme et exécuter l'obligation comme si elle était arrivée à échéance.

Cette présomption peut être renversée, soit par une clause contraire exprès reprise dans la convention, soit par la preuve que le terme profite aux créanciers ou aux deux parties, soit encore par une stipulation légale. Dans ce cas, la renonciation au terme ne pourra intervenir que du consentement de la (ou des) personnes en faveur de qui le terme est établi.

Dans une affaire, la CSSF a considéré que le contrat avait accordé à l'emprunteur le droit de payer sa dette avant terme. En l'espèce, un établissement de crédit avait accordé à un client un crédit hypothécaire remboursable sur une durée de vingt ans, assorti d'un taux fixe sur une durée de dix ans. Pendant la période de remboursement à taux fixe, le contrat précisait que les remboursements anticipatifs du crédit n'étaient pas autorisés. L'acte de crédit prévoyait néanmoins que, par la suite, une « *dénonciation du crédit aura pour effet de faire cesser l'utilisation du crédit et de rendre exigible toutes les sommes dues par la partie créditée à la banque* ». La CSSF en a déduit que les parties avaient accordé le droit au client de rembourser anticipativement le crédit⁴.

Le tribunal a rendu à ce propos une décision, dans une autre espèce, qui nous paraît plus contestable. Un banquier avait octroyé à son client un crédit hypothécaire, pour l'achat d'une maison. Le remboursement de ce crédit était étalé sur 20 années. L'obligation de rembourser du client était donc soumise à un terme suspensif. Le client avait ensuite sollicité de pouvoir rembourser le crédit avant terme. La banque s'opposait à cette demande. Saisi du litige, le tribunal a d'abord rappelé qu'il est admis que lorsque le prêt est à durée déterminée, l'emprunteur est tenu de respecter le terme stipulé. En l'absence de dispositions ou de circonstances contraires, le terme est présumé stipuler en faveur du débiteur, ce qui lui permet de procéder à des remboursements anticipés. Il en va autrement lorsque le terme est stipulé en faveur du créancier, mais rajoute le tribunal, le banquier s'oppose rarement au remboursement, quitte à exiger l'indemnité prévue au contrat en cas de remboursement anticipé. Or, le principe de la mise à charge du client des frais liés à un remboursement anticipé n'est pas automatique, il doit être prévu lors de la conclusion du contrat. Le

⁴ CSSF, Rapport d'activités, 2005, p. 154. Voyez également CSSF, Rapport d'activités, 2011, p. 208 qui invoque la proposition de directive européenne qui prévoit que les Etats devront veiller à ce que le client ait le droit de rembourser anticipativement son crédit hypothécaire.

tribunal en déduit alors que rien ne démontrait que le terme était stipulé en faveur du banquier créancier. Il a donc admis le droit pour le client débiteur de renoncer à l'échéance du terme et de rembourser anticipativement sa dette. De plus, comme la convention était muette sur ce point, le tribunal a jugé que la banque ne saurait mettre à charge du client des frais pour le remboursement anticipé du crédit^{5 6}.

296. A l'échéance du terme, l'obligation devient immédiatement exigible, sans rétroactivité.

L'obligation pour le débiteur d'honorer son engagement à l'échéance du terme est une obligation de résultat, et le débiteur sera présumé en faute s'il n'exécute pas son obligation à cette échéance, sauf à prouver la survenance d'un cas de force majeure.

Le tribunal a rappelé la rigueur de ce principe dans une espèce dans laquelle un entrepreneur s'était engagé à livrer l'ouvrage à une date déterminée. Or, à cause des travaux d'excavation, des fissures importantes étaient apparues à la maison voisine avec risque d'affaissement. Les travaux avaient alors été suspendus jusqu'à la stabilisation de la maison. Dans la mesure où l'étude géotechnique du site avait été faite par un expert mandaté par l'entrepreneur, le tribunal a considéré que celui-ci restait en défaut de prouver que l'apparition des fissures à la maison voisine était due à une cause étrangère, autre que celle d'avoir entamé des travaux d'excavation qui lui était imputable. Il a donc considéré que l'entrepreneur était en faute de ne pas avoir exécuté ses obligations contractuelles à l'échéance du terme du contrat⁷.

Pour qu'il en soit ainsi, il faut évidemment que les parties au contrat aient réellement convenu d'un terme à l'échéance duquel l'obligation du débiteur devient exigible.

La problématique se pose régulièrement lorsque l'événement qui rend l'obligation exigible est une date, à laquelle le débiteur de l'obligation doit s'exécuter. Cette date est-elle réellement un terme ? Les parties ont-elles vraiment voulu convenir d'un délai impératif à l'échéance duquel le débiteur devait impérativement s'exécuter ?

⁵ Trib. Luxembourg, 20 décembre 2006, n° 86063

⁶ Or, le prêt à intérêt est généralement considéré comme étant un contrat à terme stipulé dans l'intérêt des deux parties : P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.3, éd. Bruylant (2010), p. 1721, n° 1195 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil – les obligations », In Précis Dalloz, 10^{ème} éd., p. 1192, n° 1203

⁷ Trib. Luxembourg, 24 octobre 2008, n° 114091, BJL, 2009, p. 3

Dans une espèce soumise à la justice de paix de Luxembourg, les parties en litige étaient divergentes sur ce point. Le prestataire de services considérait que le délai de livraison qui avait été fixé était purement indicatif, alors que son client invoquait un délai impératif. Pour le tribunal, en raison de la sanction rigoureuse qui se trouve attachée au non-respect du délai de rigueur, des indications précises et formelles ne laissant aucun doute sur la volonté des parties sont exigées pour pouvoir retenir qu'un délai impératif a été institué entre les parties.

En l'absence d'indications précises dans le contrat ou les conditions générales de vente, le juge tiendra compte de la nature de la chose vendue et de l'utilisation projetée de cette chose. Dans le doute, il présumera que les parties n'ont pas voulu conférer à la mention d'un délai de livraison une valeur autre qu'indicative. En l'espèce, le tribunal a constaté que, dans son fax, le client avait fait savoir au prestataire que « *nous comptons toujours sur toi pour les travaux, tu avais donné ton accord au mois de janvier et nous n'avons pas pris d'autres dispositions* ». Le tribunal en conclut que la date mentionnée dans l'acte ne constituait pas, dans l'esprit des parties, un délai de rigueur mais bien un délai facultatif⁸. La date prévue dans l'acte ne constituait donc pas un terme suspensif au sens de l'article 1185 du Code civil.

297. Dans certains cas, le débiteur va être déchu anticipativement du terme, et son obligation va donc être considérée comme étant pure et simple avant l'échéance prévue au contrat.

Il en va ainsi lorsque le débiteur est en faillite ou en déconfiture, ou lorsqu'il a diminué les sûretés offertes à son créancier (article 1188 du Code civil).

298. Le terme de grâce est une forme particulière de terme suspensif, qui est prévu par la loi.

Le juge peut accorder au débiteur des délais pour le paiement de sa dette et surseoir à l'exécution des poursuites (article 1244 du Code civil, article 232 du Nouveau Code de Procédure Civile, également la loi 18 mars 1915 concernant la protection des débiteurs domiciliés dans le Grand-duché).

Le juge peut ainsi suspendre temporairement l'obligation de paiement du débiteur, ou l'autoriser à se libérer par des paiements échelonnés.

⁸ JP Luxembourg, 21 décembre 2007, n° 4993/07, BJJ, 2008, p. 65

Tant que le débiteur respecte les obligations mises à sa charge par le juge, toute procédure d'exécution est suspendue.

Mais, pour la jurisprudence, ce terme de grâce est un moyen exceptionnel et facultatif, que la loi autorise pour venir en aide à un débiteur malheureux en reportant ou en échelonnant sa dette.

Ce moyen doit être utilisé avec modération. Le texte du Code civil précise que le juge doit user « de ce pouvoir avec une grande réserve », le principe étant que le débiteur doit exécuter l'obligation immédiatement.

Le tribunal a rappelé la rigueur de ces principes dans différentes espèces.

Le délai de grâce prévu à l'article 1244 du Code civil n'est à accorder que s'il apparaît comme vraisemblable, qu'à l'expiration du terme de grâce sollicité, le débiteur pourra s'acquitter intégralement de sa dette, ce qui présuppose qu'il soumette à la juridiction saisie une projection approximative de l'évolution future de sa situation financière et, en fonction de cette projection, indique la durée requise du terme de grâce sollicité. Tel n'est pas le cas lorsque les débiteurs ne donnent ni d'indications précises sur l'ensemble de leur situation financière actuelle, ni sur l'évolution future de cette situation, mais se contentent uniquement d'affirmer que leur situation financière est catastrophique et qu'ils sont actuellement en train de faire des démarches pour recouvrer des créances, sans fournir de pièces à cet égard. Le tribunal ne se trouvait donc pas en mesure d'apprécier la situation financière actuelle des débiteurs, ni son évolution à court ou moyen terme. Il a donc refusé d'accorder aux débiteurs des termes et délai pour le paiement de leur créance⁹.

299. Dans certains cas, la loi ou la nature de la créance excluent que le juge puisse octroyer un délai de grâce au débiteur de l'obligation. Cette interdiction d'octroyer ce délai de paiement est justifiée par le souci d'assurer l'exécution ponctuelle des engagements pris en faveur de certains créanciers.

L'obligation souscrite par le souscripteur d'une lettre de change (au sens de la loi du 15 décembre 1962 sur la lettre de change et le billet à ordre) exclut tout délai de grâce. En effet, l'obligation cambiaire assumée par le souscripteur de la traite est soumise à un formalisme accentué, sa valeur et son efficacité dépendant dans une large mesure de la forme du titre. L'obligation cambiaire est assortie d'une rigueur d'exécution particulière

⁹ Trib. Luxembourg, 4 mars 2011, n° 134954, BJJ, 2011, p. 60 ; Trib. Luxembourg, 24 juin 2005, n° 93884

qui implique nécessairement l'exclusion de tout délai de grâce¹⁰. L'octroi d'un délai de grâce est également exclu, pour les mêmes motifs, pour le paiement d'un chèque (au sens de la loi du 26 février 1987 portant texte coordonné de la loi sur le chèque) ou d'un billet à ordre (au sens de la loi du 15 décembre 1962 sur la lettre de change et le billet à ordre).

De même, le paiement d'une dette alimentaire (articles 203 à 207 du Code civil) ne peut pas non plus faire l'objet d'un délai de grâce. De tels aliments sont en effet accordés pour satisfaire les besoins vitaux du créancier d'aliment (article 208 du Code civil), ce qui justifie que ce dernier bénéficie d'une protection particulière, qui exclut toute possibilité pour le juge d'accorder au débiteur un terme de grâce. En cas d'impossibilité pour le créancier de payer cette dette, celui-ci peut uniquement agir en décharge ou en réduction de son obligation, ou demander à pouvoir exécuter cette obligation en nature dans sa demeure (articles 209 à 211 du Code civil).

300. Certains contrats font l'objet d'un régime juridique, qui constitue des régimes particuliers de terme de grâce.

C'est ainsi que l'article 1901 du Code civil, relatif aux obligations du prêteur, prévoit que s'il a été convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances. Il a été jugé que l'intervention du juge a pour objet de déterminer l'échéance d'un terme pour la restitution du prêt. Pour cela, le juge doit interpréter le contrat. Deux méthodes complémentaires s'offrent à lui. Il peut d'abord chercher la commune intention des parties, en s'aidant de tous éléments à sa disposition. Il peut aussi interpréter le contrat sans chercher une hypothétique intention commune des parties, mais en s'interrogeant sur « *les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après la nature* ». C'est au prêteur d'apporter alors la preuve que la situation de l'emprunteur lui permet désormais de rembourser. S'agissant d'un fait, tous les moyens de preuve sont admissibles. Il s'ensuit que même si le juge dispose d'une grande liberté d'interprétation, la fixation par lui d'un terme de paiement est soumise à la preuve préalable de la possibilité pour l'emprunteur de rembourser le prêt contracté. Si le prêteur ne fournit aucun élément de nature à établir que l'emprunteur est dans une situation lui permettant de rembourser le solde du montant prêté, sa demande doit être rejetée¹¹.

¹⁰ Cour d'appel, 25 octobre 2006, Pas., 33, p. 294

¹¹ Trib. Luxembourg, 17 octobre 2008, n° 116446

Il existe également des règles spécifiques qui s'appliquent en matière fiscale. L'administration est en droit d'accorder au contribuable un sursis de paiement ou un sursis à exécution, que cela soit lorsque le contribuable justifie de difficultés financières ou si le recouvrement de l'impôt entraîne une rigueur excessive pour le contribuable et que des garanties propres à assurer le recouvrement de l'impôt existent¹². Pour certains, ce régime exclut le droit pour le juge d'accorder un terme de grâce au contribuable.

SECTION 3. LE TERME EXTINGTIF

301. Lorsqu'une obligation est affectée d'un terme extinctif elle existe purement et simplement. Elle sort donc immédiatement tous ses effets.

Elle est cependant limitée dans le temps. Lors de l'échéance (certaine) du terme, elle s'éteindra sans effet rétroactif.

L'arrivée du terme extinctif fixée par la convention met fin automatiquement au contrat. De nombreux contrats à prestations successives, tel le contrat de bail, sont ainsi conclus à terme.

302. Les parties peuvent convenir de commun accord que le terme convenu sera prorogé. Il s'agit d'une application du principe de l'autonomie de la volonté (article 1134 du Code Civil).

Mais la jurisprudence précise qu'étant donné le caractère automatique des effets de l'arrivée du terme, cette prorogation doit avoir été convenue entre les parties avant l'échéance du terme¹³.

Il a ainsi été jugé que lorsqu'une caution s'est engagée pour garantir un crédit à terme déterminé, il ne pouvait y avoir eu prorogation du terme de l'engagement lorsque le crédit garanti a été remboursé à l'échéance et que la prorogation du crédit a eu lieu après l'échéance de ce terme. En effet, l'obligation garantie a pris fin définitivement et la « prorogation » doit donc être considérée comme un nouveau crédit, qui n'est pas garanti par la sûreté antérieurement accordée¹⁴.

303. Certaines lois particulières prévoient que le contrat conclu entre les parties sera prorogé automatiquement à son échéance.

¹² Voyez A. STEICHEN, « Manuel de droit fiscal – droit fiscal général », T.I, éd. St Paul (2006), p. 732 et s. n° 793 s.

¹³ Cass., 29 juin 2000, Pas., 31, p. 441

¹⁴ Cour d'appel, 27 octobre 2004, [\[LMB, 2005, p. 1461\]](#)

C'est ainsi que l'article 12 (2) de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation prévoit que « *tout contrat de bail visé par la présente loi (...) qui vient à cesser pour n'importe quelle cause, est prorogé* ». Le bail d'habitation se poursuit donc après son échéance pour une durée indéterminée.

Il en ira autrement si les parties résilient de commun accord le bail à l'échéance, si le locataire met fin au bail à l'échéance ou si le bailleur peut justifier d'un des cas limitativement énumérés par l'article 12 (2) de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation, respectivement si le bailleur a besoin des lieux loués pour « usage personnel », en cas de faute du locataire ou si le bailleur justifie de motifs graves et légitimes¹⁵.

L'article 16 de la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leur commettant prévoit qu'« un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée ». Il ne faut pas voir dans cette règle une interdiction de principe d'une succession de contrats à durée déterminée. Elle signifie seulement qu'à défaut de convention contraire, la poursuite des relations contractuelles vaut prorogation tacite du contrat et que celui-ci est alors prorogé pour une durée indéterminée¹⁶.

304. Certaines conventions prévoient qu'elles sont conclues pour un terme, mais que les parties peuvent poursuivre leur relation passé ce terme, la convention se renouvelant alors par tacite reconduction.

Il a été jugé que lorsqu'une convention se renouvelle par l'effet d'une clause de tacite reconduction, le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat à terme, conclu aux mêmes conditions que le contrat initial¹⁷.

Cette jurisprudence ne fait cependant pas l'unanimité. La portée d'une clause de tacite reconduction est en effet discutée.

En fait, la solution dépend, selon nous, du point de savoir si le nombre de périodes de renouvellement a été contractuellement limité ou non.

Lorsque le contrat est conclu pour une période déterminée, et est mentionné renouvelable ensuite par période fixe (« *renouvelable d'année en année* ») sauf dénonciation adressée par l'une partie à l'autre avant la

¹⁵ M. THEWES, « Le nouveau droit du bail », éd. ULC (2007), p. 71 et s., n° 151 ; G. KRIEGER, « Le bail d'habitation », éd. St Paul (2009), p. 107 et s., n° 120 et s.

¹⁶ Cour d'appel, 19 octobre 2011, n° 35731, BJJ, 2012, p. 107 ; Pas., 35, p. 659

¹⁷ Trib. Luxembourg, 19 octobre 2005, n° 83318

fin de la période, le contrat conserve son caractère à durée déterminée, respectivement à terme.

Lorsque le contrat prévoit la reconduction en limitant le nombre des périodes de reconduction il s'agit encore d'un contrat à terme comportant une faculté de résiliation¹⁸.

Mais lorsque la clause ne prévoit ni la durée du renouvellement, ni un nombre limité de période de reconduction possible, on se trouve en présence d'un contrat unique à durée indéterminée et qui ne comporte plus de terme extinctif.

305. Enfin, lorsqu'aucune clause n'organise la tacite reconduction et que le contrat à terme est néanmoins poursuivi par les parties, le contrat a pris fin par l'arrivée du terme extinctif.

La tacite reconduction de la convention n'entraîne pas la prorogation du contrat primitif mais donne naissance à un nouveau contrat. Ce contrat sera alors conclu pour une durée indéterminée. Selon les circonstances, il sera considéré comme étant conclu aux mêmes conditions, ou non.

Il en découle notamment que les sûretés, attachées à la bonne exécution du contrat initial qui a expiré, ne vont pas garantir l'exécution du nouveau contrat, sauf clause contraire dans le contrat de garantie¹⁹.

¹⁸ Trib. Luxembourg, 5 mai 2000, n° 49010

¹⁹ Trib. Luxembourg, 11 mars 2005, n° 89271

CHAPITRE II. LES OBLIGATIONS SOUS CONDITION

SECTION 1. NOTION ET PRINCIPES

306. La condition est l'événement futur et incertain dont dépend soit la naissance soit l'extinction d'un droit (article 1168 du Code civil).

La condition suspensive est celle dont dépend la création d'un rapport de droit. Tant que la condition n'est pas arrivée l'obligation n'existe pas encore ; le créancier a seulement l'espoir de voir naître le droit que lui confère le contrat. En cas de défaillance de la condition, le droit qui lui était subordonné ne prend pas naissance et le contrat est frappé de caducité. Les droits du créancier qui y est soumis ne sont donc qu'éventuels et ne deviennent effectifs qu'à la réalisation de la condition.

La condition résolutoire par contre est celle qui lorsqu'elle s'accomplit opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Quand un contrat est conclu sous condition résolutoire, le principe est que le contrat est immédiatement et complètement formé dès sa conclusion. À la différence du contrat sous condition suspensive, elle produit donc, dès sa conclusion les mêmes effets qu'un contrat pur et simple. Mais la réalisation de l'événement incertain érigé en condition opère rétroactivement l'anéantissement des droits et obligations nés du contrat replaçant en principe les parties dans la situation antérieure à la conclusion.

C'est à la volonté des parties qu'il convient de se référer pour savoir si une condition est suspensive ou résolutoire.

L'intérêt majeur de la distinction entre la condition suspensive et la condition résolutoire réside dans la différence de la situation des parties durant le temps où la condition est pendante et ses effets quand elle se réalise¹.

L'incertitude de l'événement futur est l'élément essentiel qui permet de distinguer la condition du terme. L'incertitude doit exister au moment de la naissance de l'obligation sous condition.

¹ Cour d'appel, 6 juillet 2011, n° 36065, BJJ, 2012, p. 137

Pour certains, la condition doit également être extérieure par rapport au droit ou à l'obligation qu'elle affecte, il ne peut pas s'agir d'un élément constitutif de l'opération conditionnelle. Si l'élément est intrinsèque au droit lui-même et qu'il affecte un aspect essentiel ou constitutif du droit, sans lequel ce droit ne peut exister, on se trouve en présence d'un droit éventuel et non conditionnel². Nous ne connaissons pas de jurisprudence au Luxembourg qui ait fait une telle distinction.

307. On distingue trois types de conditions, la condition casuelle, la condition mixte et la condition potestative.

La condition casuelle est celle qui dépend d'un événement étranger aux parties à l'acte (article 1169 du Code Civil). Il s'agit de la condition qui va dépendre d'un élément naturel ou de la volonté d'un tiers.

La condition est mixte lorsqu'elle dépend à la fois de la volonté d'un tiers ou d'un événement extérieur et de la volonté d'une des parties contractantes (article 1171 du Code civil).

La condition de l'obtention d'un crédit est une condition mixte, dont la réalisation dépend à la fois de la volonté d'une tiers –le dispensateur de crédit- et de celui en faveur duquel la condition est stipulée³.

La clause d'un contrat qui prévoit que la vente ne sera réalisée que si l'acheteur signe également un compromis de vente avec le propriétaire du terrain voisin est également une condition suspensive mixte, qui dépend à la fois de la volonté de l'acheteur et de celle du propriétaire voisin⁴.

La clause d'un compromis de vente qui mentionne que la vente sera réalisée sous condition que le juge de tutelle accepte le prix de la vente, que la Commune renonce à son droit de préemption et que l'acheteur inscrive à son tour son droit de préemption, est aussi une condition mixte, qui dépend à la fois de la décision d'une partie à l'acte et des autorités⁵.

Il y a enfin la condition potestative, également appelée condition purement potestative, qui est celle dont l'évènement dépend exclusivement de la volonté d'une des parties contractantes (article 1170 du Code civil).

Pour la Cour, la conception actuelle de la condition potestative tend à protéger les parties contre l'arbitraire de leur cocontractant. Il y a condition purement potestative lorsque la condition porte sur un événement au pouvoir du débiteur, dès lors que le créancier est absolument abandonné à

² P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.3, éd. Bruylant (2010), p. 1716, n° 1122.

³ Cass., 14 juillet 2009, Pas., 34, p. 413 ; JTL, 2011, p. 30 ; Trib. Luxembourg, 17 décembre 2011, n° 133446, cité au JurisNews - Droit de la Construction & Immobilier, 2012/3, p. 147

⁴ Cour d'appel, 29 janvier 2003, DAOR, 2004, n° 69, p. 74 et note O. POELMANS

⁵ Cour d'appel, 4 juin 2008, n° 32573

l'arbitraire de son cocontractant. Il importe donc d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si la clause incriminée crée concrètement un déséquilibre des forces économiques en présence et si elle permet au débiteur de tenir le créancier à sa merci. Au contraire, chaque fois que l'étude des faits de l'espèce permet de retenir qu'il subsiste une obligation sérieuse à charge du débiteur, la condition ne sera pas jugée comme étant purement potestative. Il en va notamment ainsi, si la décision que le débiteur doit prendre pour échapper à sa dette lui impose un sacrifice, le risque d'arbitraire étant alors exclu. De même, la condition ne sera pas purement potestative, si l'appréciation de l'opportunité de l'acte à accomplir par le débiteur pour échapper à sa dette est susceptible d'un contrôle judiciaire, à partir de données objectives, au niveau de l'exécution.

La clause du contrat de vente d'un véhicule automobile qui précise que la vente n'engage le garage qu'après contresignature du gérant ou du fondé de pouvoir, a été qualifiée de clause ayant pour but de permettre au dirigeant du garage de pouvoir vérifier la rentabilité du contrat de vente, et pas d'instaurer un déséquilibre des forces économiques en présence, ce qui était susceptible d'un contrôle judiciaire. Elle a donc été qualifiée de non purement potestative par la Cour⁶.

Lorsque la clause d'un acte de partage prévoit que l'épouse reprend l'emprunt hypothécaire, paye une soulte et s'engage à payer une somme complémentaire de 2.100.000 LUF en cas d'aliénation de l'immeuble, il est certain que le paiement de cette somme complémentaire dépend de la seule volonté de la débitrice de vendre l'immeuble. Mais, dans la mesure où il ressort du dossier que l'insertion de cette clause a pour motif de préserver l'intérêt des enfants communs en leur permettant de continuer à vivre dans le domicile familial, et a en fait pour objet de sanctionner l'épouse qui vendrait la maison, il n'y a en réalité pas de condition purement potestative⁷ (pour des cas de jurisprudence voyez infra point 311).

308. Les parties ne peuvent pas convenir d'une convention sous condition d'une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi.

La condition impossible est celle dont on sait avec certitude qu'elle ne pourra pas se réaliser, que cela soit pour des raisons juridiques ou maté-

⁶ Cour d'appel, 16 janvier 2001, Pas., 32, p.187 ; voyez également Cour d'appel, 27 avril 2005, Pas., 33, p. 70 confirmé par Cass. 4 mai 2006, n° 25/06 et Cour d'appel, 13 février 2008, Pas., 34, p. 151 ; BJL, 2008, p. 179. Contra Cour d'appel, 20 décembre 1989, Pas., 27, p. 362

⁷ Cour d'appel, 15 novembre 2006, Pas., 33, p. 332

rielles. L'exemple historique de la condition impossible est « *si tu touches le ciel du doigt* ». La nullité de la convention sous condition impossible est sanctionnée par une nullité relative qui ne peut être invoquée que par celui dont les intérêts se trouvent lésés.

La condition est illicite ou immorale lorsqu'elle est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à une norme légale d'ordre public ou impérative. La nullité de la convention sous condition illicite ou immorale est une nullité d'ordre public.

Le Code civil prévoit que si les parties conviennent d'une telle convention sous condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, la condition et la convention seront déclarées nulles (article 1172 du Code civil).

En fait, la nullité de la condition ne va entraîner la nullité de la convention que si la condition impossible ou illicite est la cause impulsive et déterminante de la convention.

La condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle la convention conclue sous cette condition (article 1173 du Code civil).

SECTION 2. LA CONDITION SUSPENSIVE

309. La condition suspensive est l'élément futur et incertain dont dépend la naissance d'un droit.

Tant que la condition ne s'est pas réalisée, l'acte sous condition ne sort aucun effet.

Pour certains, tant que la condition ne s'est pas réalisée, le contrat n'est pas encore né (contrairement à la convention conclue sous un terme suspensif - supra point n° 294).

Ce n'est cependant pas la position adoptée par la Cour d'appel, qui a précisé que lorsqu'un compromis de vente est signé sous condition suspensive, la vente est formée mais n'est pas définitive jusqu'à la réalisation de la condition⁸. Le droit conditionnel existe donc et le débiteur ne pourra pas retirer son engagement.

Dans une affaire soumise à la Cour, des vendeurs avaient vendu à des acheteurs leur immeuble sous la condition suspensive de l'octroi d'un prêt hypothécaire aux acheteurs. Quelques jours plus tard, les vendeurs avaient vendu leur immeuble à un tiers. Devant la Cour, les vendeurs affirmaient

⁸ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 526 ; BJJ, 2009, p. 136

qu'ils n'avaient commis aucun manquement contractuel en agissant de la sorte, et qu'ils étaient en droit de consentir sur la chose de nouveaux droits réels, tant que la condition était en suspens et cela sous réserve de l'effet rétroactif éventuel de la réalisation de la condition. La Cour n'a pas suivi ce raisonnement. Pour les juges, le compromis prévoyait que les acheteurs disposaient d'un délai de trois semaines pour obtenir le prêt. Par le fait d'avoir vendu l'immeuble à un tiers pendant ce délai, les vendeurs se sont mis dans l'impossibilité d'honorer leurs obligations de transférer la propriété de l'immeuble si cette condition venait à se réaliser. La Cour a alors considéré que le compromis de vente devait être résolu au tort des vendeurs et les a condamnés au paiement de la clause pénale prévue dans l'acte⁹.

De même le créancier d'une obligation sous condition pourra prendre des mesures conservatoires pour sauvegarder son droit (article 1180 du Code civil) ou céder son droit conditionnel.

310. Le créancier ne pourra pas requérir du débiteur l'exécution de l'obligation sous condition. De même, si le débiteur paye l'obligation sous condition, il y aura paiement de l'indu et il pourra en demander la répétition.

Le délai de prescription ne commence pas à courir tant que l'obligation est conditionnelle (article 2257 du Code civil), et la charge des risques reste sur la tête du débiteur (article 1182 du Code civil).

Dans une affaire soumise au tribunal, le propriétaire d'un terrain avait vendu celui-ci à un agent immobilier, sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt. A l'issue du délai au cours duquel l'agent devait informer le vendeur de ses démarches pour l'obtention du crédit, le propriétaire du terrain avait chargé une autre agence de la vente. L'agent évincé assigna alors le propriétaire en prétendant que celui-ci s'était rétracté de ses engagements. Le tribunal le débouta de sa demande en précisant que la vente sous condition suspensive n'est pas une vente définitive et que, la condition ne s'étant pas réalisée, le propriétaire n'avait pas violé ses engagements¹⁰.

Dans une autre espèce, un banquier avait accordé une garantie à première demande, sur demande de son client. Le texte de la garantie précisait que la garantie n'entrait en vigueur qu'après que le garant aura été crédité en ses livres d'un certain montant. Le bénéficiaire de la garantie

⁹ Cour d'appel, 16 janvier 2003, n° 26556, cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2007/4, p. 15

¹⁰ Trib. Luxembourg, 21 octobre 2008, cité au JurisNews - Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier, 2010/5, p. 114

avait fait appel à la garantie et le banquier lui opposait le fait qu'il n'avait pas été crédité des montants convenus. Le tribunal a dès lors rejeté la demande du bénéficiaire de la garantie, en précisant que si la garantie est assortie d'une condition suspensive, elle ne peut être appelée avant l'avènement de cette condition¹¹.

311. Une obligation contractée sous une condition suspensive (purement) potestative de la part du débiteur de l'obligation est nulle (article 1174 du Code civil).

Une personne ne peut en effet pas s'engager dans un lien contractuel sous la condition qu'elle accepte de s'engager dans ce lien contractuel. En agissant de la sorte le débiteur ne prend aucun engagement.

Seule l'obligation contractée sous cette condition suspensive purement potestative dans le chef du débiteur est à déclarer nulle. Si cette condition est intégrée dans un contrat plus large, le reste de la convention restera valable et seule l'obligation contractée sous condition disparaîtra donc.

Le contrat dans son ensemble ne pourra alors être déclaré nul que si l'obligation sous condition était un élément essentiel de la volonté des parties.

L'article 1174 du Code civil s'applique indifféremment aux contrats unilatéraux et synallagmatiques¹².

Il a ainsi été jugé que la reconnaissance de dette, qui prévoit que la dette sera remboursable « *sur présentation de cette reconnaissance lors de la vente de la maison à Mondorf-les-bains* », est un acte conclu sous condition purement potestative du débiteur, car il fait dépendre l'exigibilité de la dette de la seule volonté du débiteur de vendre sa maison. En l'espèce, le tribunal a considéré que la clause de condition était donc nulle et que l'obligation de rembourser du débiteur est pure et simple¹³. Cette décision appelle une réserve sur ce dernier aspect. En effet, si un acte est conclu sous une condition suspensive purement potestative, ce n'est pas la clause sous condition qui est nulle, mais l'obligation sous condition. En l'espèce, c'est donc l'entièreté de l'engagement de rembourser qui aurait donc du être annulé, et c'est à tort que le juge a déclaré cette obligation comme étant pure et simple.

Dans une autre espèce, un vendeur avait vendu des terrains à un promoteur immobilier. Le contrat de vente prévoyait que le prix convenu serait

¹¹ Trib. Luxembourg, 12 juillet 2006, citée Dr. Banc. Fin. (B), 2007, p. 441

¹² Cour d'appel, 16 janvier 2001, Pas., 32, p. 187

¹³ Trib. Luxembourg, 23 janvier 2009, n° 117316

payé, à concurrence de 85 %, lors de la revente des quatre parcelles résultant du morcellement du terrain. Par la suite, le vendeur avait vendu à nouveau le terrain à une tierce personne. Dans le cadre du litige qui s'en suivit, le vendeur prétendait que le contrat de vente avec le promoteur était nul. Le tribunal a fait droit à cet argument. Pour le juge, le contrat de vente d'un terrain, qui prévoit que le paiement de 85 % du prix de la vente n'interviendra qu'en cas de revente du terrain après lotissement, est une vente dont le paiement du prix est soumis à une condition purement potestative, et est partant nulle. Le fait que la revente du terrain impose au vendeur d'obtenir différents permis auprès des autorités, ne suffit pas à écarter le caractère potestatif de l'obligation de payer le solde du prix, dans la mesure où l'acheteur n'avait pas pris l'engagement de procéder à ces démarches administratives¹⁴. En l'espèce, c'est plus justement que le tribunal a annulé l'ensemble du contrat, l'obligation de payer le prix qui était sous condition étant un élément essentiel du contrat de vente et de la volonté des parties.

312. Il y a défaillance de la condition suspensive lorsque le délai fixé pour sa réalisation est expiré ou lorsqu'il est certain que la condition ne pourra plus se réaliser. En l'absence d'un terme fixe, l'engagement sous condition subsistera aussi longtemps que la non réalisation de la condition n'est pas certaine (articles 1176 et 1177 du Code civil).

Pour la Cour, la condition doit être accomplie de la manière dont les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. Il résulte clairement de ce principe qu'une condition ne peut être réputée accomplie que si elle l'a été intégralement. Dans le cas contraire, elle est censée défaille. L'accomplissement de la condition suspensive est indivisible. Il s'ensuit qu'un accomplissement partiel ou scindé équivaut à une défaillance de la condition suspensive. En l'occurrence, le compromis se borne à fixer le prix de vente et à stipuler qu'il ne sortira ses effets qu'au moment où un prêt aura été accordé par la banque. Faute de prévoir un prêt pour un montant inférieur au prix de vente négocié, il faut admettre que les parties ont entendu soumettre la réalisation de la vente à l'obtention d'un prêt pour le montant intégral. La condition suspendant l'acquisition d'un immeuble à l'obtention d'un prêt doit donc être considérée comme défaille dès lors que l'organisme prêteur ne libère pas la somme totale¹⁵.

La jurisprudence applique avec rigueur le principe suivant lequel, lorsqu'aucun délai pour la réalisation de la condition suspensive n'est fixé,

¹⁴ Trib. Luxembourg, 7 juillet 2009, n° 114132

¹⁵ Cour d'appel, 22 octobre 2008, n° 33535, BJJ, 2009, p. 2

il n'y aura pas défaillance de la condition tant que l'on n'est pas certain que la condition ne pourra plus se réaliser. La Cour de Cassation a ainsi censuré un arrêt de la Cour d'appel qui avait jugé qu'un compromis de vente devait être résolu aux torts de l'acquéreur d'un immeuble, alors que l'acheteur n'avait fait aucune diligence pendant près de deux années pour que la condition suspensive ne se réalise, respectivement que le crédit devant servir au financement de l'acquisition de l'immeuble soit accordé et que l'accord de principe de la part de la Commune soit délivré. La Cour de Cassation a considéré que la Cour d'appel n'avait pas pu décider que la condition avait défailli, alors qu'elle était contractée sans qu'il y ait un temps fixé, et alors qu'elle pouvait toujours être accomplie et qu'il n'était pas devenu certain que l'événement n'arrivera pas. L'écoulement d'un laps de temps de deux ans ne permettait partant pas d'admettre que le compromis était devenu caduc et la Cour d'appel aurait dû les débouter de leur demande en résolution du compromis litigieux¹⁶.

Le fait que le compromis conclu sous conditions suspensives sans terme fixe ait été conclu depuis plus de 4 années, sans que les acquéreurs n'aient informé les vendeurs de ce que ces conditions aient été réalisées, ne permet pas plus de considérer que le compromis est caduc¹⁷.

De même, s'il ne résulte pas des termes du compromis de vente que les parties aient voulu attacher un caractère impératif au délai stipulé dans le compromis de vente pour l'obtention du crédit, le fait que les acheteurs n'ont pas introduit la demande de crédit dans le délai indicatif et la circonstance que le refus de la banque est seulement intervenu après ce délai, ne sont pas de nature à considérer qu'il y ait eu défaillance de la condition¹⁸.

Il a par contre été jugé que lorsqu'un contrat de vente d'un terrain est conditionné à l'octroi d'un permis de bâtir d'une maison, dont les plans sont annexés à l'acte, et qu'il s'avère ensuite que le terrain se trouve en zone inondable et qu'aucune autorisation de bâtir ne sera donc délivrée pour une maison avec cave conforme au plan, la condition peut être considérée comme étant défailliée car il est certain qu'elle ne se réalisera pas¹⁹.

313. Si la condition suspensive vient à défailir, le contrat y soumis sera censé n'avoir jamais pris naissance. On peut donc considérer qu'il « disparaît » rétroactivement.

¹⁶ Cass., 26 mars 2009, Pas., 34, p. 407 ; JTL, 2009, p. 124 réformant Cour d'appel, 28 novembre 2007, n° 31410, BJJ, 2008, p. 21. Egalement Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 526 ; BJJ, 2009, p. 136

¹⁷ Cour d'appel, 23 mars 2006, Pas., 33, p. 175

¹⁸ Cour d'appel, 26 janvier 2011, n° 33727, BJJ, 2011, p. 5

¹⁹ Cour d'appel, 5 mai 2010, Pas., 35, p. 187

Les actes accomplis par le créancier sous condition seront donc rétroactivement anéantis. Si les prestations ont déjà été effectuées entre les parties, elles devront être restituées.

En principe, il est de jurisprudence que la dissipation de l'incertitude en ce qui concerne la condition opère automatiquement et irrévocablement, sans correction possible du résultat acquis. Une condition qui a fait défaut ne peut plus revivre pour être utilement accomplie. Les parties sont dans la même situation que si elles n'avaient pas contracté²⁰.

314. Ce principe connaît cependant trois exceptions.

Il est d'abord possible pour les parties à la convention sous condition de prévenir une telle disparition du contrat par la défaillance de la condition suspensive.

Les parties peuvent convenir, de commun accord et avant l'échéance, de modifier les modalités de la condition suspensive qu'ils ont convenue.

Elles peuvent ainsi décider de proroger le terme dans lequel la condition doit se réaliser. Elles peuvent également renoncer à se prévaloir des conséquences juridiques résultant du dépassement du délai stipulé pour la réalisation de la condition²¹.

Dans ce cas la condition subsiste, mais elle est considérée comme n'ayant pas défailli à la suite de modifications apportées par les parties.

Cette renonciation à se prévaloir du dépassement du délai dans lequel la condition devait se réaliser peut être implicite.

Cette renonciation ne peut cependant pas se déduire du seul fait que les parties ont laissé passer la date sans réagir.

Par contre, lorsqu'il apparaît du dossier que, avant le terme fixé pour la réalisation de la condition, les parties ont convenu d'une réunion lors de laquelle elles devaient discuter de la prorogation du délai et que cette réunion avait été précédée de l'envoi d'un courrier par le vendeur qui mettait en compte les intérêts courus jusqu'à une nouvelle date, il y avait eu renonciation à se prévaloir du délai initial dans lequel la condition devait se réaliser et acceptation d'une prorogation de ce délai²².

Dans une espèce, la Cour a considéré que les éléments du dossier devaient prouver que cette prorogation du délai était bien intervenue avant

²⁰ Cour d'appel, 19 décembre 2007, n° 30700, BJJ, 2008, p. 73 ; Cour d'appel, 31 octobre 2007, n° 30592, BJJ, 2008, p. 175 ; Cour d'appel, 31 janvier 2007, n° 19272 cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2007/6, p. 23 ; Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 395

²¹ Cour d'appel, 18 juin 2003, n° 26655, BJJ, 2004, p. 65

²² Cour d'appel, 12 décembre 2007, Pas. 34, p. 81

l'échéance du terme. Si les démarches administratives pour obtenir l'autorisation de construire, qui formaient la condition suspensive de la vente à réaliser dans les 5 mois, prennent plus de temps que prévu initialement, le seul fait que les vendeurs aient été présents lors de toutes les démarches postérieurement à l'échéance de la condition, a été jugé insuffisant pour permettre de conclure à la volonté du vendeur de proroger l'échéance de la condition avant que le terme fixé ne soit échu. Tous les documents et pièces concernaient des faits postérieurs à cette date et la Cour a donc considéré que la condition avait définitivement défailli et que la vente était caduque²³.

315. Il est également possible pour la partie au profit de laquelle la condition a été stipulée de renoncer à la condition.

Si la condition a été stipulée dans l'intérêt des deux parties, la renonciation devra intervenir dans le chef des deux parties. La condition disparaît donc du champ contractuel et l'obligation est alors réputée pure et simple.

La question de savoir quand une condition est conclue dans l'intérêt des deux parties, ou dans l'intérêt d'une seule, fait l'objet de décisions divergentes.

Il a été jugé que lorsqu'un terrain est vendu sous la condition suspensive de l'obtention d'une autorisation de construire de la part des autorités, et sous la condition de la signature d'un contrat de vente des terrains avec le voisin, ces conditions ont été conclues dans le seul intérêt de l'acheteur du terrain, qui peut donc renoncer à ces deux conditions, et faire en sorte que la vente du terrain soit pure et simple²⁴.

Il a également été jugé que la condition suspensive de l'obtention d'un prêt est conclue dans l'intérêt de l'acheteur et du vendeur²⁵, ou dans le seul intérêt de l'acquéreur, à l'instar de la condition de l'obtention d'un permis de construire²⁶.

Il a encore été décidé que la vente sous condition suspensive de la conclusion d'une autorisation de construire était stipulée dans l'intérêt de l'acheteur et du vendeur²⁷.

²³ Cour d'appel, 31 janvier 2007, n° 19272 cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2007/6, p. 23, également Cour d'appel, 12 décembre 2007, Pas. 34, p. 81

²⁴ Cour d'appel, 29 janvier 2003, DAOR, 2004, n° 69, p. 74 et note O. POELMANS ; Cour d'appel, 23 mars 2005, n° 29109 cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2007/1, p. 1

²⁵ Cour d'appel, 31 octobre 2007, n° 30592, BJ, 2008, p. 175

²⁶ Cour d'appel, 23 mars 2006, Pas., 33, p. 175

²⁷ Cour d'appel, 31 janvier 2007, n° 19272 cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2007/6, p. 24

Dans une espèce, un compromis de vente avait été signé entre deux parties, sous trois conditions suspensives. L'acheteur voulait passer l'acte authentique de vente, mais le vendeur s'y opposait, arguant qu'aucune des trois conditions n'était remplie. La Cour considéra d'abord que les deux premières conditions, relatives à l'autorisation de démolir la bâtisse existante et à l'obtention d'une autorisation de construire, étaient stipulées dans le seul intérêt de l'acquéreur, de sorte qu'il pouvait y renoncer à tout moment. La troisième condition, relative à l'obtention d'un crédit bancaire pour le financement du projet, avait été stipulée en faveur des deux parties contractantes. D'abord en faveur de l'acquéreur qui devait s'assurer du financement de son projet immobilier préalablement à la conclusion définitive du contrat. Ensuite en faveur de la partie venderesse qui avait intérêt à contracter avec un acquéreur dont la solvabilité était garantie, en cas de besoin par un crédit bancaire. Mais la Cour ajoute qu'il ne faut pas en conclure que la condition suspensive stipulée au compromis obligerait l'acquéreur de recourir, en tout état de cause, à un financement bancaire. Il lui est loisible de choisir un autre mode de financement, à condition qu'il offre à la partie venderesse une garantie de paiement équivalente au crédit bancaire initialement envisagé. En l'espèce, l'acquéreur déclarait disposer des fonds nécessaires pour désintéresser intégralement la venderesse et il offrait de consigner le prix de vente auprès d'un établissement bancaire à convenir entre parties. La partie venderesse était par conséquent assurée de percevoir le prix de vente au moment de l'acte notarié, de sorte qu'elle n'avait plus aucun intérêt à invoquer la non-réalisation du crédit bancaire prévu au compromis de vente. La renonciation par l'acquéreur à cette condition a donc été jugée valable²⁸.

D'un point de vue formel, la renonciation à la condition peut être exprès. Elle peut également être tacite et se déduire de l'attitude adoptée par la personne qui renonce. Il a ainsi été jugé qu'en signifiant aux vendeurs une sommation de passer l'acte notarié de vente du terrain, l'acquéreur a renoncé aux conditions stipulées dans son intérêt et les vendeurs ne pouvaient donc pas se prévaloir de la non-réalisation des conditions pour prétendre à la caducité du compromis de vente²⁹.

Le moment auquel cette renonciation à la condition doit intervenir fait l'objet d'une controverse.

²⁸ Cour d'appel, 29 octobre 2008, n° 32469, BJJ, 2009, p. 4

²⁹ Cour d'appel, 29 janvier 2003, DAOR, 2004, n° 69, p. 74 et note O. POELMANS ; également Cour d'appel, 23 mars 2005, n° 29109 cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2007/1, p. 1

Pour les uns, la partie au profit de laquelle la condition a été stipulée peut renoncer à celle-ci, ou aux conséquences juridiques de cette défaillance, et cela même après que la condition ait défaille³⁰.

Pour d'autres cette renonciation à la condition doit intervenir avant l'expiration du terme fixé par les parties pour l'accomplissement de la condition suspensive. Dans une espèce, la Cour a constaté qu'aucune des parties n'avait sommé son cocontractant à comparaître devant notaire et aucun élément de la cause ne permettait de déduire que le défendeur avait renoncé à se prévaloir du délai conventionnel dans lequel l'acte notarié, respectivement la condition suspensive, devait être conclu. Aucune déloyauté consistant dans le fait de n'avoir pas fait de démarche pour fixer la date de la signature du compromis antérieurement au délai négocié ne saurait en être déduite, cette initiative étant laissée tant au vendeur qu'à l'acheteur. Les négociations étaient réelles et concrètes, le projet de l'acte notarié en était une preuve suffisante, mais pas de nature à anéantir la condition de la passation de l'acte notarié dans un délai déterminé. La lettre du mandataire du défendeur, postérieure à l'échéance du terme, n'était pas non plus de nature à faire revivre le compromis litigieux d'ores et déjà annulé antérieurement³¹.

316. Enfin, il est admis que lorsque la dissipation de la certitude est la conséquence d'une manœuvre déloyale d'une des parties, qui va provoquer la non-réalisation de la condition, l'issue défavorable au tricheur doit être réputée acquise³².

La condition est réputée accomplie lorsque le débiteur sous condition en a empêché l'accomplissement (article 1178 du Code civil).

Dans ce cas, la convention sortira pleinement ses effets, comme si la condition s'était réalisée, malgré le fait que la condition a défaille.

La jurisprudence considère qu'il s'agit d'une application du principe de l'exécution de bonne foi des engagements et met à charge du débiteur une obligation de loyauté, en lui imposant une véritable obligation positive de faire tout son possible pour que la condition se réalise et que l'opération aboutisse³³. Cet article sanctionne les manœuvres par lesquelles le débiteur provoque de déloyalement la réalisation de l'évènement, mais lui impose également une obligation positive de faire tout son possible pour

³⁰ Cour d'appel, 4 juin 2008, n° 32573

³¹ Cour d'appel, 6 juillet 2011, n° 36065, BJJ, 2012, p. 137 ; également Cour d'appel, 29 octobre 2008, n° 32469, BJJ, 2009, p. 4

³² Cour d'appel, 19 décembre 2007, n° 30700, BJJ, 2008, p. 73 ; Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 395

³³ Cour d'appel, 12 novembre 2003, Pas., 32, p. 426 ; BJJ, 2004, p. 3

que l'opération aboutisse. Il lui appartient d'établir qu'il a accompli les diligences nécessaires pour que la condition se réalise, ou de justifier des raisons pour lesquelles il n'a pu surmonter les obstacles mis à la réalisation de la condition³⁴. Le débiteur ne peut cependant se voir imputer la défaillance de la condition si elle résulte d'obstacles extérieurs³⁵.

317. La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ce principe dans différentes décisions.

Pour la Cour, lorsqu'un contrat de vente d'un immeuble est conclu sous la condition suspensive de l'octroi d'un crédit, l'acheteur doit faire toutes diligences pour obtenir ce prêt. La jurisprudence récente met à charge du débiteur une obligation de loyauté en lui imposant une véritable obligation positive de faire tout son possible pour que l'opération aboutisse. Bien que l'acquéreur soit en principe libre de s'adresser à l'établissement de crédit de son choix, il n'en reste pas moins que des demandes de prêt exclusivement introduites auprès d'organismes étrangers – sans réelles chances d'obtenir le crédit – ne peuvent pas être considérées comme suffisamment diligentes. Dans de telles circonstances, la condition est réputée accomplie et la vente de l'immeuble a été jugée réalisée purement et simplement³⁶.

Dans une autre affaire, la vente avait été conclue pour un prix de 8.100.000 LUF, sous la condition suspensive d'un prêt bancaire. Il s'était ensuite avéré que l'acheteur avait obtenu un prêt de 6.140.000 LUF. La Cour a constaté qu'il ne résultait pas des éléments de la cause que l'acheteur s'était vu refuser, après l'avoir demandé, un prêt de 8.100.000 LUF, ce que la Cour a qualifié de manquement à son obligation de diligence à l'origine de la défaillance de la condition, et a considéré que la condition était donc réputée réalisée³⁷.

Dans une espèce, un lotisseur avait acquis une parcelle de terrains par une convention assortie de la condition que le prix de vente ne serait payable qu'au jour où toutes les autorisations nécessaires à la réalisation d'un lotissement auront été obtenues. La Cour a considéré qu'en omettant de faire les diligences nécessaires afin d'obtenir un vote favorable de la

³⁴ Cass., 14 juillet 2009, Pas., 34, p. 413 ; JTL, 2011, p. 30 ; Cass., 2 juillet 2008, n° 29/08, BJJ, 2008, p. 152 ; Cour d'appel, 13 décembre 2006, n° 30532, BJJ, 2007, p. 24 ; Cour d'appel, 5 juillet 2006, Pas., 33, p. 269 ; Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 395 ; Trib. Luxembourg, 17 décembre 2011, n° 133446 cité au JurisNews - Droit de la Construction & Immobilier, 2012/3, p. 147. Dans un arrêt isolé, la Cour a considéré que pour qu'il y ait présomption de réalisation de la condition, il fallait que la défaillance de la condition soit fautive et que le créancier prouve cette faute : Cour d'appel, 19 décembre 2007, n° 30700, BJJ, 2008, p. 43

³⁵ Cour d'appel, 19 décembre 2007, n° 30700, BJJ, 2008, p. 43

³⁶ Cour d'appel, 12 janvier 2000, Codex, 2000/3, p. 102

³⁷ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 395

part du conseil communal et en faisant même obstruction aux démarches des vendeurs auprès de ce conseil, l'acheteur commettait, par négligence et manque de loyauté, une faute empêchant l'accomplissement de la condition. La Cour en a conclu que la condition suspensive prévue au contrat de vente était réputée accomplie³⁸.

Dans une autre affaire les parties avaient signé un compromis de vente pour l'acquisition d'un immeuble au prix de 525.000 €, sous la condition suspensive de l'octroi d'un prêt bancaire. L'acquéreur avait ensuite fait évaluer l'immeuble par un expert, qui avait fixé la valeur du bien à 421.700 €, et avait joint cette expertise à sa demande de crédit bancaire, ce qui avait entraîné le refus de la banque d'accorder le prêt. La Cour a jugé cette attitude déloyale et a considéré que la condition devait, partant, être considérée comme étant réalisée³⁹.

Le tribunal a également été saisi d'une demande de dédommagement intentée par un agent immobilier, à l'intermédiaire duquel le compromis de vente avait été signé. En l'espèce, l'acheteur n'avait pas obtenu le crédit bancaire prévu comme condition suspensive de la vente de l'immeuble, mais n'avait pas non plus justifié avoir fait les diligences nécessaires pour obtenir ce crédit. Le tribunal a retenu que le compromis de vente n'était pas frappé de caducité, la condition suspensive étant présumée réalisée. Il avait ensuite constaté que l'acheteur avait commis une faute en résiliant unilatéralement ce contrat de vente et en ne comparaisant pas devant le notaire pour passer l'acte authentique de vente. Il a alors condamné l'acheteur à indemniser l'agent immobilier pour le préjudice que celui-ci avait subi à la suite de la résiliation illégale de la vente. Il a condamné l'acheteur à payer à l'agent la commission à laquelle celui-ci avait droit en cas de vente de l'immeuble⁴⁰.

318. Lorsque la condition se réalise, l'obligation dont elle est affectée devient pure et simple (article 1179 du Code civil).

La condition doit être accomplie de la manière dont les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. Il résulte clairement de ce principe qu'une condition ne peut être réputée accomplie que si elle l'a été intégralement. Dans le cas contraire, elle est censée défaillie alors même que l'obligation concernée est par nature divisible. L'accomplissement de

³⁸ Cour d'appel, 12 novembre 2003, Pas., 32, p. 426 ; BJJ, 2004, p. 3

³⁹ Cour d'appel, 5 juillet 2006, Pas., 33, p. 269. Pour un cas où la Cour n'a pas considéré que l'acheteur avait failli à ses obligations malgré le refus du prêt bancaire demandé et la défaillance de la condition voyez Cour d'appel, 13 décembre 2006, n° 30532, BJJ, 2007, p. 24

⁴⁰ Trib. Luxembourg, 17 décembre 2011, n° 133446, cité au JurisNews – Droit de la Construction & Immobilier, 2012/3, p. 147

la condition suspensive est indivisible. Il s'ensuit qu'un accomplissement partiel ou scindé équivaut à une défaillance de la condition suspensive.

Dans une espèce, le compromis se bornait à fixer le prix de vente et à stipuler qu'il ne sortirait ses effets qu'au moment où un prêt auprès de la banque aura été accordé. Si le contrat ne prévoit pas que ce prêt peut porter sur un montant inférieur au prix de vente négocié, il faut admettre que les parties ont entendu soumettre la réalisation de la vente à l'obtention d'un prêt pour le montant intégral. La condition suspensive ne sera jugée satisfaite que si l'acquéreur emprunteur a obtenu, sous quelque qualification ou technique que ce soit, la somme nécessaire à la réalisation de l'opération considérée, telle que prévue par l'accord des parties⁴¹.

319. La réalisation de la condition produit son effet de plein droit et automatiquement. De cet automatisme découle le caractère immédiatement contraignant de l'acte une fois la condition réalisée, qui ne pourra être suspendu ou résilié que de l'accord des deux parties à la convention.

C'est ainsi que le tribunal a confirmé que, sauf stipulations conventionnelles contraires, la réalisation de la condition produit son effet de plein droit, sans qu'aucune notification ou mise en demeure ne soient nécessaires. En cas de litige, le juge a pour seule mission de vérifier la réalisation de la condition, sans pouvoir apprécier l'opportunité du jeu de la condition. Dès lors qu'il constate que la condition est réalisée, celle-ci produit son effet de plein droit.

Il a ainsi été décidé que dès lorsque les parties au compromis de vente ont soumis son effet à la seule condition de l'octroi du prêt bancaire, et qu'aucune stipulation du contrat ne soumet la réalisation de la condition à l'information du vendeur, la condition est acquise au moment où la banque a accordé le prêt⁴².

La réalisation de la condition va sortir ses effets même si le débiteur sous condition n'en a pas informé l'autre partie, une telle information n'étant pas imposée par la loi⁴³.

Dans une affaire soumise à la Cour, une vente immobilière avait été conclue pour la somme de 200.000 €. Une clause du compromis prévoyait que « *si une demande de prêt devait être nécessaire, le présent compromis sortira ses effets seulement au moment où la demande de prêt auprès de l'institut est accordée* ». L'acquéreur s'était ensuite vu allouer

⁴¹ Cour d'appel, 22 octobre 2008, n° 33535, BJJ, 2009, p. 2

⁴² Trib. Luxembourg, 18 mai 2007, n° 102112, BJJ, 2007, p. 125

⁴³ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 526 ; BJJ, 2009, p. 136

un prêt de 130.000 €. Les parties étaient alors contraires sur le point de savoir si la condition suspensive reprise dans le compromis s'était réalisée. La Cour a jugé que oui. Elle précise pour ce faire qu'il ne résultait pas du compromis que la formation du contrat était soumise à la condition suspensive de l'octroi d'un prêt de 200.000 €, mais bien d'un prêt nécessaire pour financier l'acquisition du bien. La banque ayant accordé un tel prêt, la condition suspensive était donc réalisée et la vente de l'appartement était devenue parfaite⁴⁴.

Dans une autre affaire, un compromis avait été signé sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt par les acquéreurs, endéans les dix jours ouvrables. Dans ce délai, la banque avait confirmé par lettre que son comité des crédits aurait réservé une suite favorable à la demande de financement. Par courriel envoyé trois semaines plus tard les vendeurs étaient informés par l'acheteur que la banque, à la suite d'une étude approfondie du dossier, avait refusé le crédit. La lettre de la banque, datée de 3 jours auparavant, reprend la formulation utilisée pour son accord sauf à dire que « nous sommes au regret de vous informer que notre Comité des crédits n'a pas réservé une suite favorable... ». Il n'y était pas question d'une étude approfondie du dossier. La Cour a alors rappelé que la condition suspensive de l'obtention du prêt est réputée réalisée dès que l'acquéreur-emprunteur a obtenu, sous quelque qualification ou technique que ce soit, l'offre de prêt nécessaire à la réalisation de l'opération considérée, telle que prévue par l'accord des parties. Le contrat était donc valable et exécutoire à partir de l'accord de la banque. La rétractation ultérieure, dont la Cour ignorait la raison, ne saurait avoir la moindre incidence, ce d'autant moins que les raisons de ce changement étaient restées vagues et qu'il ne saurait être exclu que les acquéreurs eux-mêmes soient à l'origine de ce revirement, vu l'absence de motivation de la banque⁴⁵.

320. Lorsque la condition se réalise, l'obligation dont elle est affectée devient pure et simple avec effet rétroactif (article 1179 du Code civil).

On considère donc que la convention conclue sous condition suspensive va sortir ses effets comme si la condition réalisée n'avait jamais existé, et le contrat va être présumé réalisé du jour où il a été signé⁴⁶.

⁴⁴ Cour d'appel, 14 juin 2006, n° 30692, cité au JurisNews – Construction & Immobilier, 2007/9, p. 36

⁴⁵ Cour d'appel, 10 février 2010, JTL, 2011, p. 48 et note D. HIEZ ; Pas., 35, p. 153

⁴⁶ Notamment Cour d'appel, 14 juin 2006, n° 30692, cité au JurisNews – Construction & Immobilier, 2007/9, p. 36

Ce principe de rétroactivité n'est cependant pas d'ordre public et les parties peuvent l'écartier.

SECTION 3. LA CONDITION RÉSOLUTOIRE

321. La condition résolutoire est l'évènement futur et incertain qui entraîne l'extinction d'un droit (article 1183 du Code civil).

Avant la réalisation de la condition, les engagements sous condition naissent immédiatement et produisent leurs effets comme s'ils étaient purs et simples (article 1183 du Code civil). En fait, une obligation affectée d'une condition résolutoire n'est pas une « obligation conditionnelle », seule sa résolution est conditionnelle.

Si la condition résolutoire est défaillante, c'est-à-dire que le délai pour sa réalisation est expiré ou lorsqu'on est certain que cette condition ne pourra pas se réaliser⁴⁷, l'engagement sera considéré comme étant pur et simple et continuera à sortir pleinement ses effets.

322. Si la condition vient à se réaliser, l'engagement sous condition sera résolu et sera présumé n'avoir jamais existé (article 1183 du Code civil).

La réalisation de la condition résolutoire agit donc avec effet rétroactif.

L'effet de la réalisation de la condition résolutoire se produit également de plein droit et automatiquement, sans qu'une intervention des parties ou une mise en demeure ne soit nécessaire⁴⁸.

Ce caractère automatique de la résolution de l'obligation par l'effet de la réalisation de la condition est de l'essence même de la condition résolutoire.

Il a donc été jugé que si un contrat de vente d'un terrain prévoit que l'acheteur aura la faculté de rétracter la vente pour le cas où l'autorité compétente ne délivre pas l'autorisation de lotissement, la résolution n'intervient pas automatiquement lors de la survenance de l'évènement et le contrat n'est donc pas un contrat sous condition résolutoire⁴⁹.

323. Dans une affaire, un compromis de vente d'un terrain avait été signé entre un promoteur et un couple d'acheteurs. Le contrat prévoyait que les acheteurs paieraient un acompte au vendeur dans les 8 jours de l'obtention des autorisations de construire par les autorités. Il précisait que faute de

⁴⁷ Cour d'appel, 1 mars 2000, Pas., 31, p. 367

⁴⁸ Cour d'appel, 1 mars 2000, Pas., 31, p. 367

⁴⁹ Cour d'appel, 4 novembre 1998, Pas., 31, p. 63

paiement de cet acompte dans le délai prévu, le compromis deviendrait caduc et le promoteur reprendrait de plein droit la libre disposition du terrain à bâtir. Les autorisations administratives furent accordées trois ans plus tard aux acheteurs, mais aucun acompte n'est payé. Sept mois plus tard, le promoteur a revendu le terrain à un tiers. Les acquéreurs ont ensuite assigné le promoteur en passation de l'acte authentique de vente ou en octroi de dommages et intérêts. Ils vont être déboutés de leurs prétentions par la Cour. Celle-ci va d'abord considérer que la clause précitée est une clause résolutoire de la vente. Elle a ensuite constaté qu'aucun acompte n'avait été payé par les acquéreurs dans les 10 jours de l'obtention des autorisations de construire. La condition résolutoire était donc accomplie à la suite de ce non-paiement, et cela automatiquement et sans que le promoteur ne doive en informer les acquéreurs. L'accomplissement de la condition résolutoire a eu pour effet de provoquer de plein droit l'anéantissement des droits engendrés par le contrat, avec effet rétroactif. Les choses ont alors été remises au même état que si l'engagement n'avait pas été contracté et le promoteur pouvait donc disposer librement du terrain à partir de ce moment, et le vendre à un tiers⁵⁰.

Dans une autre affaire, un compromis de vente d'un terrain avait été conclu. Le contrat précisait que le contrat était nul si la banque n'accordait pas un crédit à l'acquéreur endéans les 8 semaines. L'acquéreur n'avait pas tenu les vendeurs informés de ses démarches et les vendeurs, restés sans nouvelle après le délai convenu, avaient vendu l'immeuble à un tiers. Par la suite, l'acheteur avait fait valoir qu'il avait obtenu le prêt. Dans le litige qui s'en suivit, la Cour a donné raison à l'acheteur. Elle a considéré que celui-ci n'avait pas l'obligation d'informer les vendeurs de la non-réalisation de la clause résolutoire, un tel devoir d'information n'ayant pas été mis à sa charge dans le compromis. Au contraire, l'obligation de loyauté à laquelle tout contractant est soumis aurait dû inciter les vendeurs à s'informer auprès de l'acheteur avant de contracter avec un tiers⁵¹.

La Cour d'appel a eu à connaître d'une autre espèce dans laquelle les co-titulaires d'un compte-joint avaient assorti leur compte d'une clause d'attribution du solde du compte au survivant des deux, qualifiée de « clause de tontine ». Comme le rappelle la Cour, la tontine est une convention en vertu de laquelle plusieurs personnes mettent une ou plusieurs choses en commun, et en stipulent l'attribution au dernier survivant d'entre elles, en se réservant chacune, à son profit personnel, l'éventualité de ce droit de

⁵⁰ Cour d'appel, 10 mars 2004, n° 26172, 26173, 26195, cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2007/4, p. 14

⁵¹ Cour d'appel, 16 avril 2008, n° 31998, BJJ, 2009, p. 24

survie. La caractéristique de la tontine est que la part des prémourants est soustraite à leurs héritiers et vient accroître la part de ceux qui vivent encore à la date prévue. La clause de tontine est une convention pourvue à la fois d'une condition suspensive (le droit si on survit) et d'une condition résolutoire (la perte du droit si on décède). Lors de la réalisation de la condition, respectivement du décès d'une des parties, elle agit avec effet rétroactif, et a donc pour conséquence de faire en sorte que le co-indivisaire survivant est considéré comme étant propriétaire de la chose depuis le jour de la conclusion du contrat. Un tel pacte aboutit à écarter valablement les héritiers des cocontractants sans les indemniser⁵².

324. Certaines législations récentes offrent à une des parties à un contrat un droit de rétractation.

Le Code de la consommation prévoit que pour les contrats à distance (article L.221-3 et L.222-5 du Code de la consommation), les contrats à distance de service financier hors assurance (article L.221-3 et L.222-18 du Code de la consommation), le time sharing (article L.221-3 et L.223-6 du Code de la consommation) ou le contrat de crédit à la consommation, conclus entre un professionnel et un consommateur, le consommateur a le droit de se rétracter (article L. 224-15 du Code de la consommation) du contrat.

L'article L.221-3 du Code de la consommation exprime le principe général en la matière et prévoit que le consommateur a le droit de se rétracter par écrit sur tout support durable, sans indication de motif et sans pénalité, dans un délai de sept ou quatorze jours calendrier. Ces délais prennent cours, pour la livraison de biens, le jour de la réception et pour les prestations de services, le jour de la conclusion du contrat. Différentes spécificités existent également en fonction du contrat concerné (voyez supra point 53-1).

Les articles 100 et 100-1 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance prévoient également le droit pour l'assuré d'un contrat d'assurance-vie individuelle de plus de 6 mois de renoncer aux effets du contrat dans les 30 jours calendriers à compter du moment à partir duquel il est informé que le contrat est conclu. Ce droit de rétractation doit être notifié par lettre recommandée à l'assureur. Il libère le preneur d'assurance pour l'avenir de toute obligation découlant du contrat. L'assureur et l'assuré

⁵² Cour d'appel, 11 février 2003, Codex, 2003/5, p. 123. Il s'agissait d'un litige de nature pénal, dans lequel les héritiers du co-titulaire défunt du compte avaient porté plainte pour vol, abus de confiance, escroquerie et recel successoral contre l'autre titulaire du compte-joint, qui avait retiré l'intégralité des avoirs en compte après le décès.

doivent également rembourser dans les 30 jours toutes sommes perçues en exécution du contrat, sauf pour ce qui concerne la couverture qui a été effectivement fournie au preneur avant rétractation⁵³.

De même, le consommateur a la faculté pendant quatorze ou quinze jours calendrier suivant la commande ou l'engagement, de renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception à un contrat conclu par démarchage à domicile, au lieu de travail ou pendant une excursion organisée par ou pour le fournisseur professionnel en dehors de ses établissements commerciaux (article 10 de la loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation des commandes).

325. La nature juridique de ce droit de rétractation fait l'objet de controverse.

Pour la Cour de Justice de l'Union Européenne, ce droit de rétractation est une condition résolutoire potestative⁵⁴. L'exercice de ce droit a, en effet, des effets analogues à ceux découlant d'une condition résolutoire purement potestative.

Avant l'exercice du droit, le contrat est en principe pleinement et valablement formé. Il peut même être exécuté par les parties, sauf si la loi l'interdit expressément comme c'est par exemple le cas pour les obligations de payer du consommateur dans le cadre des contrats de timesharing (article L. 223-9 du Code de la consommation).

La dissolution du contrat, qui peut intervenir dans un certain délai, dépend de la volonté unilatérale de son bénéficiaire.

Une fois que le bénéficiaire du droit de rétractation a fait usage de son droit, la dissolution du contrat opérera ensuite avec effet rétroactif, le contrat devant en principe être considéré comme n'ayant jamais existé.

L'exercice du droit de rétractation se réalise normalement sans frais pour son bénéficiaire et les parties devront alors se restituer les prestations qu'elles auraient accomplies, sauf si certaines prestations ont définitivement sorti leurs effets sans possibilité de restitution, comme par exemple lorsque l'assuré a bénéficié d'une couverture d'assurance-vie avant l'échéance des 30 jours (article 100-1 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance).

⁵³ Voyez R. BISENIUS, « L'assurance du particulier – assurances de personnes », T.2, éd Promoculture, (2010), p. 95-96, n° 6.15

⁵⁴ Voyez CJCE, 22 avril 1999, Aff., C-423/97 et note L. BERNARDEAU au JCP, 2000, I., 218, p. 625. Pour un cas d'exercice d'un droit de rétraction contractuel voyez Cour d'appel, 4 novembre 1998, Pas., 31, p. 63

TITRE 2

Les obligations plurales

CHAPITRE I. LES OBLIGATIONS À OBJETS MULTIPLES

326. Si l'obligation a généralement un objet déterminé, il peut arriver que la même obligation ait pour objet de donner, faire ou de ne pas faire plusieurs choses.

On distingue trois catégories d'obligations à objets multiples, respectivement les obligations conjonctives, les obligations alternatives et les obligations facultatives.

SECTION 1. LES OBLIGATIONS CONJONCTIVES

327. Les obligations conjonctives sont celles par lesquelles le débiteur doit cumulativement effectuer plusieurs prestations au profit de son créancier, et cela en vertu d'une obligation unique.

Il en va par exemple ainsi lorsqu'une personne s'engage à vendre à une autre un immeuble et un terrain.

Le débiteur ne sera totalement libéré à l'égard de son créancier que lorsqu'il aura réalisé la totalité des prestations fournies, le créancier pouvant s'opposer à une exécution partielle, même si les différentes prestations peuvent être réalisées de manière successive.

SECTION 2. LES OBLIGATIONS ALTERNATIVES

328. Il y a obligation alternative lorsque l'obligation comprend plusieurs objets mais que le débiteur ne doit en exécuter qu'un seul. Il est libéré de ses engagements par l'exécution de l'une ou de l'autre des obligations prévues (article 1189 du Code civil).

Le choix d'exécuter l'une ou l'autre des obligations appartient en principe au débiteur.

Les parties peuvent néanmoins convenir de laisser ce choix au créancier (article 1190 du Code Civil).

Le créancier ne pourra néanmoins jamais être contraint d'accepter une partie de l'une et une partie de l'autre des obligations prévues (article 1191 du Code civil).

L'article 5 (5) de la loi du 19 mai 2006 concernant les offres publiques d'acquisition offre un bon exemple d'obligation alternative. Il prévoit notamment que la personne qui est obligée de faire une offre publique d'achat (OPA) à la suite de l'acquisition par elle de 1/3 des droits de vote dans une société dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé, peut proposer d'acquérir du public les titres de cette société contre d'autres titres. Mais précise la loi, si ces autres titres ne sont pas suffisamment liquides, cette contrepartie doit porter, à titre d'option, sur des espèces. L'obligation de l'offrant sera alors alternative, au choix du créancier.

Le choix s'effectue au plus tard au moment de l'exécution de l'engagement et est alors irrévocable. Il agit également sans effet rétroactif.

Si l'une des prestations est impossible ou illicite, ou si elle est rendue impossible même par la faute du débiteur, l'autre obligation restera due et l'obligation sera alors considérée comme devenue pure et simple (articles 1192 et 1193 du Code civil).

Si toutes les choses périssent de la faute du débiteur, celui-ci devra payer la contre-valeur de la chose qui a péri en dernier (article 1193 du Code Civil).

Si le choix a été conventionnellement attribué au créancier et qu'une des choses a péri de la faute du débiteur, le créancier pourra demander l'exécution de la chose subsistante ou la contre-valeur de la chose qui a péri. Si toutes les choses ont péri de la faute du débiteur, le créancier pourra demander l'exécution de la contre-valeur de la chose de son choix (article 1194 du Code civil)

Si toutes les obligations alternatives périssent sans faute du débiteur, celui sera libéré (article 1195 du Code Civil).

329. Ces principes ont été appliqués par la jurisprudence dans différentes affaires.

Dans une espèce soumise au tribunal, un contrat de vente d'un immeuble prévoyait que le vendeur s'engageait d'effectuer à ses propres frais des travaux de peinture, ces frais étant estimés à 12.000 €. Ces travaux n'avaient pas été réalisés, et les acheteurs avaient assigné les vendeurs en paiement des 12.000 €. Pour ce faire, ils invoquaient notamment le fait que la clause précitée du contrat était une obligation alternative, imposant aux vendeurs soit de faire les travaux de peintures, soit de leur payer les

12.000 €. Le Tribunal a rejeté cette prétention. Pour ce faire il a d'abord rappelé qu'on peut définir l'obligation alternative comme « *l'obligation qui, ayant pour objet deux ou plusieurs prestations, est éteinte lorsque le débiteur a exécuté l'une d'elles* ». Autrement dit, l'obligation porte sur plusieurs prestations, mais il suffit que le débiteur exécute l'une d'elles pour être libéré. L'exécution de l'obligation alternative repose donc essentiellement sur une option. Il faut que cette option porte sur l'objet de l'obligation, offre un choix entre plusieurs prestations différentes, laisse ce choix à l'une des parties, place les différentes prestations sur le même plan. En l'espèce, l'obligation à charge des vendeurs ne constituait pas une obligation alternative, étant donné qu'elle ne comporte aucune option entre deux prestations différentes. Une seule prestation y est stipulée, à savoir l'exécution de certains travaux, pour lesquels les parties ont seulement pris le soin d'avancer une évaluation¹.

Le tribunal a également été, par deux fois, confronté à des cas dans lesquels les clients avaient souscrits à des obligations émises par une banque, et qui étaient « *remboursables, au gré de l'émetteur, en espèces ou en actions Lernout & Hauspie Speech Products* » à leur échéance. Les intérêts de l'emprunt s'élevaient à 20 % l'an et étaient payés annuellement. Par la suite la société Lernout & Hauspie avait été déclarée en faillite. L'émetteur des obligations avait alors remboursé les obligations en transférant au créancier des actions Lernout & Hauspie. Le créancier obligataire avait contesté ce remboursement. Il faisait valoir que l'obligation de remboursement de l'émetteur était une obligation alternative et que, dans ce cadre, l'article 1193 du Code civil prévoyait que lorsqu'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, l'autre alternative de l'obligation est seule due et l'obligation devient pure et simple. Pour le créancier, à la suite de la déclaration de faillite de Lernout & Hauspie, les actions de cette société ont perdu toute valeur et le remboursement de l'obligation ne pouvait donc se faire qu'en espèce. Le tribunal n'a pas fait droit à cet argumentaire. Il a d'abord considéré que la faillite ne mettant pas fin à l'être social, les actions de la société n'avaient pas disparu à la suite de la mise en faillite de Lernhout & Hauspie et la chose convenue dans l'obligation alternative n'avait donc pas péri. Le seul fait que les actions n'aient plus de valeur ne permet pas l'application de l'article 1193 du Code civil.

Dans les deux espèces, le tribunal ajoute que, même si la disparition de la valeur des actions pouvait être assimilée à la disparition de l'action elle-même, le principe repris à l'article 1193 du Code civil ne pouvait pas

¹ Trib. Luxembourg, 6 janvier 2010, n° 115812

s'appliquer à une opération dont la seule motivation était la spéculation, si l'application de ces principes avait pour effet d'enlever, à posteriori, tout risque pour la partie créancière, alors que ce risque accepté par lui avait déjà valu une rémunération plus élevée. L'article 1193 du Code civil vise l'hypothèse où le débiteur s'est réservé le droit de s'acquitter de sa dette par la délivrance de l'une ou de l'autre chose convenue. Le créancier reçoit alors une garantie pour le cas où l'une des choses vient à disparaître. Mais si le contrat rémunère la prise de risque qu'une des choses convenues vienne à disparaître, cette rémunération exclut que la partie qui a subi les conséquences défavorable de cette prise de risque, puisse ultérieurement réclamer la chose qui n'a pas péri, en application de l'article 1193 du Code civil².

SECTION 3. LES OBLIGATIONS FACULTATIVES

330. L'obligation facultative est celle qui n'a qu'un seul objet unique, que le débiteur doit en principe fournir, mais qui permet au débiteur de se libérer par une autre prestation s'il le préfère.

L'option appartient au seul débiteur de l'obligation. Le créancier ne peut exiger que l'exécution de l'obligation principale.

L'article 1681 du Code civil prévoit un tel cas d'obligation facultative.

En effet, l'article 1674 du Code civil introduit un cas spécifique de lésion en matière de vente d'immeuble. Un contrat de vente immobilière peut être annulé pour lésion si le vendeur a perçu lors de cette vente moins de 5/12^{ème} de la valeur de l'immeuble.

Mais l'article 1681 du Code civil précise que l'acheteur de l'immeuble peut éviter la rescision de la vente en offrant de payer le supplément du juste prix.

Afin de calculer le solde que l'acquéreur peut ainsi payer, la jurisprudence applique la méthode de « réévaluation proportionnelle ». Cette méthode conduit à d'abord apprécier l'importance de la lésion par référence à la valeur de l'immeuble au jour de la vente, puis à calculer le montant du complément à payer en fonction de la valeur que l'immeuble a au moment du paiement de ce complément. Le montant du supplément du juste prix à payer est dès lors égal à la valeur, appréciée au jour du

² Trib. Luxembourg, 27 janvier 2005, n° 79059, cité au Dr. Banc. Fin (B), 2006/VI, p. 378 ; Trib. Luxembourg, 10 juillet 2003, n° 72353, 77133 cité au Dr. Banc. Fin (B), 2004/III, p. 171

paiement, de la fraction de l'immeuble que représente l'insuffisance de prix, moins un dixième de sa valeur totale³.

Les parties peuvent également prévoir cette faculté contractuellement, permettant ainsi au débiteur de s'acquitter par une « dation en paiement », acceptée par avance par le créancier.

³ Cour d'appel, 17 mars 2004, Pas. 32, p. 474, BJJ, 2004, p. 97 ; également Trib. Luxembourg, 14 janvier 2009, n° 103463, cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2009/1, p. 74

CHAPITRE II. LES OBLIGATIONS À SUJETS MULTIPLES

331. Une obligation peut avoir plusieurs sujets. Cette pluralité peut s'appliquer aussi bien à la partie créancière qu'à la partie débitrice et peut avoir comme source soit la volonté des parties, soit la loi, soit les circonstances qui ont suscité pareille situation.

Lorsqu'il y a pluralité de sujet, l'obligation est en principe conjointe, chacun n'étant débiteur ou créancier qu'à concurrence d'une fraction de l'obligation.

Elle peut néanmoins être, suite à la volonté des parties, aux spécifications de la loi ou aux circonstances, indivisible, solidaire ou *in solidum*.

SECTION 1. LES OBLIGATIONS CONJOINTES

332. L'obligation conjointe est celle qui comporte plusieurs débiteurs ou créanciers, entre lesquels elle se divise.

L'obligation conjointe constitue le droit commun des obligations à sujets multiples.

Le régime juridique de l'obligation conjointe est la divisibilité de l'obligation.

Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, il y aura divisibilité passive de la dette, chaque débiteur n'étant tenu à l'égard du créancier que pour une part de la dette.

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers, il y aura divisibilité active, chacun des créanciers ne pouvant poursuivre le débiteur qu'en proportion d'une part de la créance.

En principe, la division s'opère en fonction de l'intérêt de chacune des parties dans l'opération ou en fonction de ce qui a été convenu entre les parties.

Lorsque cet intérêt ne peut pas être déterminé et que les parties n'ont rien convenu, la répartition se fait par part égale entre les débiteurs ou entre les créanciers¹.

333. Ces principes ont été appliqués par la jurisprudence dans différentes affaires, notamment en qui concerne l'obligation des débiteurs conjoints de payer la dette.

Il a ainsi été jugé que lorsque plusieurs personnes sont co-propriétaires d'un même immeuble, les charges afférentes à cet immeuble vont devoir être supportées par chacun des co-indivisaires. Les frais relatifs aux travaux de mise en conformité de l'ascenseur de la résidence constituent une telle charge. Les co-propriétaires peuvent aménager conventionnellement la répartition de ces charges et prévoir que certains co-propriétaires supporteront une quote part plus importante dans ces frais, par exemple car l'ascenseur présente plus d'intérêts pour les propriétaires d'étages supérieurs ou pour ceux qui exercent une activité professionnelle dans l'immeuble. A défaut, il convient de répartir les charges en tenant compte du principe de l'appréciation objective du critère d'utilité. Il en résulte notamment, pour un ascenseur, que les co-propriétaires du rez de chaussé ne doivent pas participer aux frais et que les co-propriétaires des autres étages doivent supporter une quote part identique de ces frais².

La Cour a décidé que l'engagement personnel des associés d'une société civile est un effet du contrat conclu entre la société et le créancier. Les associés sont donc tenus des engagements sociaux dès la date du contrat. L'obligation de l'associé au paiement de la dette n'est cependant qu'une obligation conjointe et doit donc se diviser en parts égales entre associés. Ce n'est que si les créanciers de la société accepte de modifier cette portion dans laquelle les associés sont tenus, qu'un associé pourra voir la hauteur de son engagement être réduite, les statuts de la société étant impuissants à modifier valablement cette portion³.

Dans une espèce soumise au tribunal, un contrat de vente d'un immeuble prévoyait que les vendeurs s'engageaient à effectuer à leurs frais des travaux de peinture, ces frais étant estimés à 12.000 €. Ces travaux n'avaient pas été réalisés, et les acheteurs avaient assigné les vendeurs en paiement des 12.000 €. Le tribunal a fait droit à cette demande. La question se posait alors de savoir quel était le montant redû par chaque partie défen-

¹ Cour d'appel, 9 juillet 2003, n° 24976 cité au JurisNews – Construction & Immobilier, 2007/7, p. 25 ; BJJ, 2003, p. 168

² Trib. Luxembourg, 22 février 2005, n° 86012, BJJ, 2006, p. 36

³ Cour d'appel, 1 avril 2009, Pas., 34, p. 512 ; Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 282

deresse. Le tribunal a d'abord rappelé que l'obligation conjointe était le droit commun des obligations à sujets multiples, applicable en l'espèce. En effet, aucune clause du contrat de vente ne prévoyait de solidarité dans le chef des vendeurs et l'obligation de payer une somme d'argent n'est pas non plus une obligation indivisible. Il résultait de l'acte de vente que l'immeuble vendu appartenait par moitié aux deux vendeurs, et un des deux vendeurs était décédé. Le tribunal a alors condamné le vendeur survivant à la moitié de la dette et chacun des deux héritiers à un quart de cette dette⁴.

Lorsque deux personnes ont conclu un bail, que ces personnes ne sont ni mariées ni partenaires légaux et que le contrat ne prévoit aucun solidarité, il a été jugé que le bailleur ne pouvait procéder au recouvrement de sa créance de loyer que par moitié contre chacun des locataires⁵.

334. En ce qui concerne les droits des créanciers conjoints de recevoir le paiement de la créance, il a été décidé que lorsque deux architectes concourent à l'élaboration de plans de la construction d'un immeuble, la répartition des honoraires dus doit se faire d'abord en exécution de la convention des parties. Si aucune convention n'a été conclue à ce sujet, la répartition des honoraires se fera par parts égales.

Si les personnes concernées ont constitué une association momentanée, les bénéfices seront répartis conformément aux principes applicables aux contrats de société. Chacun des associés recevra une partie des bénéfices, proportionnelle à la valeur de ses apports. Lorsque ces apports sont uniquement des apports en industrie, respectivement leurs connaissances et prestations personnelles, la répartition se fera par parts égales⁶.

De même, lorsqu'un mandat de vente exclusif d'un immeuble a été confié, dans un même contrat, à deux sociétés immobilières travaillant ensemble, ces deux sociétés vont se répartir par tête le bénéfice de la commission unique reprise dans le contrat, sauf si un autre mode de répartition était expressément mentionné dans l'acte⁷.

335. Les rapports entre les parties se réalisent comme s'il existait autant d'obligations distinctes que de sujets actifs ou passifs.

⁴ Trib. Luxembourg, 6 janvier 2010, n° 115812

⁵ JP Esch/Alzette, 14 juillet 2006, n° 1914/2006

⁶ Cour d'appel, 23 janvier 2001, n° 23581, cité par JurisNews – Construction & Immobilier, 2007/3, p. 12

⁷ Cour d'appel, 19 juillet 2003, n° 24976, BJJ, 2003, p. 168 ; cité au JurisNews – Construction & Immobilier, 2007/7, p. 25

Si l'obligation est nulle ou éteinte à l'égard d'un des débiteurs ou d'un des créanciers, elle subsiste à l'égard des autres, sauf si la cause d'extinction est inhérente à l'obligation elle-même.

La mise en demeure faite par le créancier à l'un des débiteurs est sans effet à l'égard des autres.

L'interruption de la prescription ne profite qu'au créancier conjoint qui l'a faite et ne produit effet qu'à l'encontre du débiteur qui en a été l'objet.

SECTION 2. LES OBLIGATIONS SOLIDAIRES

§ 1. NOTIONS ET PRINCIPES

336. Il y a solidarité lorsque plusieurs personnes sont débitrices ou créancières de la totalité d'une seule et même obligation, alors que celle-ci est par nature parfaitement divisible entre les débiteurs et/ou les créanciers.

La solidarité ne se présume pas. Il faut qu'elle soit expressément prévue par un contrat ou quelle soit instituée par la loi (article 1202 du Code civil).

La solidarité active est d'origine purement contractuelle.

La loi prévoit par contre différents cas de solidarités passives.

Il va notamment ainsi de l'article 222 du Code civil ou de l'article 7 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats qui prévoient la solidarité entre époux ou partenaires pour les dettes contractées pour les besoins du ménage. Il a ainsi été jugé que le bailleur pouvait, en cas de non paiement du loyer, procéder au recouvrement de sa créance à l'encontre des deux époux, même si le bail a été signé seulement par l'un d'eux⁸.

L'article 2002 du Code civil prévoit la solidarité des mandants à l'égard du mandataire qu'ils ont chargés d'une même affaire. Dès lors, lorsqu'un mandat de vente exclusif d'un immeuble a été confié à deux sociétés immobilières par plusieurs vendeurs copropriétaires de l'immeuble, chacun des copropriétaires est tenu solidairement avec les autres au paiement de la commission due à ces agences⁹.

⁸ JP Esch/Alzette, 15 avril 2005, n° 928/05

⁹ Cour d'appel, 19 juillet 2003, n° 24976, BJJ, 2003, p. 168 ; cité au JurisNews - Construction & Immobilier, 2007/7, p. 25

L'article 14 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoit que les associés en nom d'une société en nom collectif sont tenus solidairement et indéfiniment de toutes les dettes sociales. Cette obligation solidaire et indéfinie ne s'applique pas à la personne dont le nom figure à tort dans la raison sociale. Son obligation ne peut être fondée que sur la responsabilité de l'article 1382 du Code civil, sanctionnant les quasi-délits, et ne fait pas de cette personne un associé de la société¹⁰.

Il existe également des cas de solidarités passives coutumières.

En vertu d'une coutume commerciale, la solidarité est de droit entre débiteurs commerçants¹¹.

Il existe néanmoins une controverse quant à l'étendue de cette coutume. Pour certains elle ne concerne que les débiteurs commerçants tenus d'une même obligation contractuelle, alors que d'autres considèrent que la coutume concerne également toutes les dettes dès lors que l'obligation est commerciale, et notamment les dettes commerciales quasi-contractuelles ou les obligations de nature commerciale de non-commerçants¹².

Il a été jugé que le cautionnement donné par une banque afin de garantir le paiement de la dette que son client a à l'égard d'un tiers, fait partie de son activité bancaire. Il a, partant, un caractère commercial, et l'engagement du banquier sera alors celui d'une caution solidaire et cela même en l'absence de clause dans le contrat de cautionnement prévoyant une telle solidarité¹³.

§ 2. LA SOLIDARITÉ ACTIVE

337. Il y a solidarité active lorsque chacun des créanciers est en droit de réclamer au débiteur le paiement de la totalité de la dette (article 1197 du Code civil).

Le premier effet de la solidarité active est donc de permettre à chacun des créanciers solidaires de poursuivre seul le débiteur en paiement de la totalité de la dette.

Concomitamment, le débiteur qui paye la dette à un des créanciers solidaires, se libère à l'égard de tous (article 1197 du Code civil).

¹⁰ Trib. Luxembourg, 11 juillet 2008, n° 111703, BJJ, 2008, p. 159 ; Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 286

¹¹ J.P. WINANDY, « Manuel de droit des sociétés », 2^{ème} éd. (2011), éd. Legitech, p.48-49

¹² P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.3, éd. Bruylant (2010), p. 1771, n° 1242

¹³ Trib. Luxembourg, 14 juillet 2001, n° 47983 ; Trib. Luxembourg, 26 janvier 2001, n° 44615 et 46641 ; également Cour d'appel, 1 juillet 1992, n° 11552.

Si l'un des créanciers solidaires entame des poursuites, les autres créanciers ne peuvent plus exiger le paiement total (article 1198 du Code civil). Le débiteur devra alors attendre qu'il y ait accord entre les créanciers, ou une décision judiciaire, pour savoir entre les mains de qui se libérer.

Un créancier ne peut disposer seul de la créance. Si un créancier solidaire libère le débiteur, cette remise ne vaudra que pour la part de ce créancier (article 1198 du Code civil).

Le débiteur ne pourra plus se libérer de son obligation entre les mains d'un des co-crédanciers dès que l'un des co-crédanciers aura manifesté sa volonté de mettre fin à la solidarité (article 1198 du Code civil).

L'interruption de la prescription faite par l'un des créanciers bénéficie à tous les créanciers solidaires (article 1199 du Code civil). La mise en demeure faite par l'un des créanciers au débiteur profite à tous les créanciers solidaires.

Une fois la dette payée par le débiteur à l'un des créanciers, la répartition du produit de ce paiement se fait entre les différents créanciers solidaires en proportion de leur intérêt dans l'affaire. Si cet intérêt n'est pas déterminable, la répartition se fera par parts égales entre les créanciers.

338. L'utilisation la plus répandue de la solidarité active est le compte-joint¹⁴.

Les co-titulaires d'un compte collectif peuvent conclure une convention autorisant chacun des titulaires du compte à mouvementer seul le compte en banque. Le compte est alors un compte-joint, compte ouvert au nom de plusieurs personnes qui sont créancières solidaires du banquier. Le banquier se libère valablement de ses obligations vis-à-vis de ses clients en exécutant les instructions reçues de l'un d'entre eux.

Chaque co-titulaire du compte peut disposer seul de l'intégralité des avoirs déposés sur le compte, procéder à des prélèvements, transferts, émissions de chèques... sans l'intervention des autres.

Il s'agit d'une application du principe de la solidarité active.

La banque se libérera également valablement de son obligation d'information à l'égard des co-titulaires du compte joint, et n'est donc tenue d'envoyer les relevés d'opérations à chacun des co-titulaires que pour autant que pareille demande lui est adressée¹⁵.

¹⁴ Voyez P. DUPONT, « Le compte-joint dans la perspective du banquier », In Droit bancaire et financier au Luxembourg, V.2, éd. Larcier – ALJB (2004), p. 635 et s. ; O. POELMANS, « Les comptes collectifs – quelques principes », DAOR, 2005, n° 76, p. 381 et s.

¹⁵ Cour d'appel, 26 juin 2002, n° 26034

Mais cette convention, et le fait que chaque co-titulaire du compte puisse disposer librement et seul de l'intégralité des avoirs en compte, n'affecte pas la propriété des avoirs déposés sur le compte.

Les co-titulaires sont présumés co-proprétaires des avoirs en compte, par parts égales, mais un d'entre eux peut apporter la preuve qu'il est propriétaire d'une partie substantielle, voir de tout l'actif se retrouvant en compte.

Les co-titulaires peuvent décider de mettre fin au caractère « joint » du compte, à son aspect « solidarité active ». Il suffit pour cela qu'un des co-titulaires en manifeste la volonté (article 1198 du Code civil).

Constitue une telle manifestation, mettant fin à la solidarité, la lettre recommandée envoyée par un des créanciers dans laquelle celui-ci fait défense au débiteur de se libérer entre les mains d'un autre créancier. L'envoi d'un simple courrier par un des co-titulaires, ou par le notaire mandaté par un héritier d'un co-titulaire décédé, à la banque suffit pour cela¹⁶.

Cette fin de « solidarité » ne met en aucun cas fin au compte. Le compte subsiste mais est transformé en un compte indivis qui ne peut plus être mouvementé que de l'accord unanime des co-titulaires.

Si un co-titulaire du compte joint clôture le compte, le banquier est obligé d'aviser les différents autres co-titulaires de cette clôture¹⁷.

Il a également été jugé que le compte joint se caractérisant par la solidarité, chacun des titulaires du compte est, en sa qualité de codébiteur du compte, solidairement tenu envers la banque au remboursement de l'intégralité du solde débiteur du compte. En plus d'une solidarité active, le compte joint impliquerait donc une solidarité passive¹⁸.

Nous pensons personnellement qu'il n'en est rien. Le fait qu'un contrat fonctionne sur base d'une solidarité active n'implique nullement que toutes les obligations résultant de ce contrat deviennent solidaires et que les bénéficiaires de la solidarité active deviendraient, par un effet d'entraînement, solidairement tenus des dettes résultant de l'exécution du contrat. Les dettes des titulaires d'un compte-joint envers le banquier sont donc normalement conjointes, sauf si une clause de solidarité passive était contractuellement prévue¹⁹.

¹⁶ Cass., 13 juillet 1995, Bull. Dr. et Banque, 1995, n° 24, p. 58 et note J.P. BUYLE et X. THUNIS

¹⁷ Cour d'appel, 26 juin 2002, n° 26034

¹⁸ Cour d'appel, 26 juin 2002, n° 26034

¹⁹ Voyez en ce sens également Cour d'appel, 28 janvier 1998, DAOR, 2005, n° 76, p. 373 et sur la clause contractuelle de solidarité passive Trib. Luxembourg, 30 janvier 2009, n° 112938, BJL, 2009, p. 88

§ 3. LA SOLIDARITÉ PASSIVE

339. La solidarité passive permet à un créancier ayant plusieurs débiteurs de réclamer à chacun des débiteurs le paiement de l'intégralité de la dette (article 1200 du Code civil).

Le principal effet de la solidarité passive est donc de permettre au créancier de poursuivre celui des débiteurs qui lui plaît de choisir, en vue d'obtenir le paiement de la totalité de sa créance.

Chacun des codébiteurs solidaires est considéré comme étant tenu, à titre principal, à l'égard du créancier pour l'intégralité de la dette et cela même si il n'a pas d'intérêt personnel dans la dette²⁰.

Le créancier peut même poursuivre tous ses débiteurs cumulativement ou successivement, sans qu'il puisse néanmoins recevoir plus que la totalité de ce qui est du (article 1204 du Code civil).

Seul le paiement total de la dette effectué par un ou plusieurs des codébiteurs solidaires libère tous les codébiteurs (article 1200 du Code civil).

La mise en demeure faite à un des codébiteurs solidaires, comme l'interruption de la prescription réalisée à l'égard de l'un des codébiteurs solidaires, sortent leur effets à l'égard de tous les codébiteurs (articles 1206 et 1207 du Code civil).

Chacun des codébiteurs solidaires doit répondre, dans une certaine mesure, de la faute commise par un des codébiteurs solidaires. Ils sont en effet tous tenus de payer la valeur de la chose perdue et doivent tous supporter la résolution du contrat pour inexécution fautive (article 1205 du Code civil).

Chacun des débiteurs peut opposer au créancier les exceptions qui lui sont personnelles (vice de consentement, compensation, confusion...) ou qui sont inhérentes à la dette (absence d'objet ou de cause, paiement, prescription, illicéité, novation...). Un des codébiteurs ne peut pas néanmoins opposer au créancier une exception personnelle à un autre codébitéur (article 1208 du Code Civil).

La confusion, entre la qualité de créancier et de codébitéur solidaire d'une dette, éteint la dette à concurrence de la part contributoire du débiteur concerné. Les autres codébiteurs resteront solidairement tenus envers le créancier, mais à concurrence de la dette totale amputée du montant de la dette éteinte par confusion (article 1209 du Code civil).

²⁰ Cour d'appel, 9 mai 2007, n° 31619, BJJ, 2007, n° 107

La remise de dette par le créancier à un codébiteur solidaire profite à tous, sauf si le créancier a expressément réservé ses droits à l'égard des autres. Dans ce cas les autres codébiteurs resteront solidairement tenus envers le créancier, mais à concurrence de la dette totale amputée du montant de la remise de dette faite au codébiteur libéré (article 1285 du Code civil).

Dans une espèce, une banque avait conclu une transaction avec un de ses codébiteurs solidaires, par laquelle elle déclarait le décharger de la condamnation intervenue à son encontre, sans aucune autre restriction. Dans la suite de l'acte, la banque avait néanmoins écrit qu'elle renonçait à exécuter la condamnation contre « le seul » débiteur et à toute action contre le « seul » débiteur. La Cour a déduit de ce libellé de la convention de transaction que la banque avait limité sa remise de dette au seul codébiteur signataire de l'acte. Les autres codébiteurs restaient tenus de la dette, sous déduction de la part du codébiteur ayant bénéficié de la remise de dette²¹.

Lorsqu'un codébiteur solidaire a une créance à l'encontre du créancier, il peut seul s'en prévaloir pour opposer la compensation au créancier s'il est poursuivi en paiement par celui-ci. Dans ce cas les autres codébiteurs resteront solidairement tenus envers le créancier, mais à concurrence de la dette totale amputée du montant de la dette compensée. Lorsque le codébiteur solidaire poursuivi n'est pas celui qui peut opposer la compensation, il ne pourra pas s'en prévaloir et devra payer l'intégralité du montant de la dette qui lui est réclamé (article 1294 du Code civil).

En droit luxembourgeois, on considère également qu'il existe une sorte de « représentation » entre codébiteurs solidaires.

La jurisprudence en déduit que la chose jugée pour ou contre l'un des débiteurs solidaires profite, ou est opposable, aux autres.

Un jugement rendu en faveur du créancier, ou contre lui, a autorité de chose jugée à l'égard de tous les codébiteurs²².

L'appel interjeté par un codébiteur solidaire à propos de la dette solidaire bénéficiera également à tous les codébiteurs, qui pourront se joindre à l'appelant pour tout ce qui concerne la défense des intérêts communs et profiter de la décision à intervenir sans avoir besoin de faire un appel incident²³.

²¹ Cour d'appel, 2 avril 2003, n° 24175

²² Cour d'appel, 12 janvier 2006, Pas. 33, p. 130

²³ Cour d'appel, 5 avril 2000, Pas., 31, p. 321

340. Lorsqu'un débiteur a payé le créancier, chacun des codébiteurs va devoir supporter sa part contributive dans l'exécution de cette obligation. Le débiteur qui a payé dispose donc d'un recours contre les autres débiteurs pour en répartir la charge définitive, chacun devant en définitive supporter la part qui lui revient. Les autres coobligés ne sont donc pas tenus solidairement à l'égard du débiteur qui a payé (articles 1213 et 1214 du Code civil).

S'il n'existe pas de convention répartissant le remboursement de la dette solidaire entre les coobligés, chacun des codébiteurs va être tenu au paiement de la dette en proportion de l'intérêt qu'il a dans la dette (article 1216 du Code civil). Ce n'est que si cet intérêt ne peut pas être déterminé que chaque codébiteur solidaire doit supporter la même part de la dette, et que celle-ci se divisera donc par part virile.

Pour la Cour, la règle est en fait que la charge de l'obligation solidaire est divisée de plein droit entre les débiteurs solidaires. Le principe est que la division se fait normalement par parts viriles, chacun des codébiteurs solidaires étant présumé avoir une part égale dans l'affaire commune. Il appartient à celui qui soutient que la dette doit se diviser de manière inégale entre les débiteurs solidaires, de prouver soit l'existence d'une convention prévoyant une répartition inégale, soit que les parties avaient dans l'affaire des intérêts inégaux, auquel cas les intérêts respectifs sont à évaluer. Une telle différence d'intérêt existe notamment lorsque deux concubins ont contracté solidairement un emprunt auprès d'une institution financière, qui a servi à rembourser les dettes antérieurement contractées par un des concubins²⁴.

Il a ainsi été jugé que lorsqu'un brasseur signe un contrat de prêt avec la société exploitante et les deux dirigeants de celle-ci, qui précise que les trois signataires sont codébiteurs solidaires et indivisibles de la dette de remboursement, ces trois signataires sont débiteurs principaux à l'égard du brasseur. Mais, dans la mesure où la dette ne concerne que l'un des obligés solidaires – respectivement la société exploitante – celle-ci sera tenue de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seront considérés par rapport à elle que comme des cautions, et qui pourront donc obtenir de celle-ci le remboursement intégral de ce qu'ils ont payé à la brasserie²⁵.

La Cour a, dans une autre espèce, rappelé que le recours entre codébiteurs se divise, non par parts viriles, mais par parts contributives, chacun

²⁴ Cour d'appel, 22 mars 2006, Pas., 33, p. 244

²⁵ Cour d'appel, 9 mai 2007, n° 31619, BJJ, 2007, n° 107

n'étant tenu que « pour sa part et portion »²⁶. Cela présuppose le respect d'une éventuelle proportion existant entre les divers engagements des codébiteurs solidaires. L'établissement de la part contributive de chacun des débiteurs s'obtient alors en additionnant toutes les dettes de chacun des codébiteurs, en établissement ensuite un dénominateur commun au montant de la dette principale en capital et de celles des codébiteurs solidaires, et en appliquant cette fraction au chiffre de la dette à répartir entre les codébiteurs²⁷.

Les codébiteurs solvables supporteront ensemble la charge supplémentaire résultant de l'insolvabilité de l'un d'entre eux (articles 1214 et 1215 du Code civil).

Dans une espèce, une banque avait conclu une transaction avec un de ses codébiteurs solidaires, qui avait été déchargé seul de sa dette. Les autres codébiteurs restaient tenus de la dette, sous déduction de la part du codébiteur ayant bénéficié de la remise de dette. Un autre codébiteur solidaire était tombé en faillite et la faillite avait été clôturée sans distribution de dividende au créancier. La Cour a considéré que, en application de l'article 1214 du Code civil, cette insolvabilité du second codébiteur venait augmenter la part contributive du bénéficiaire de la remise de dette, ce qui déchargeait donc les autres codébiteurs solidaires restant d'une part plus importante de la dette à payer au créancier²⁸.

Le codébiteur solidaire qui a payé le créancier bénéficie également de plein droit de la subrogation légale dans le droit du créancier, et peut donc se prévaloir de tous les privilèges et suretés que le créancier pouvait faire valoir (article 1251.3 du Code civil).

341. Le créancier peut renoncer à se prévaloir de la solidarité à l'égard d'un ou de tous les codébiteurs solidaires. Le débiteur bénéficiaire de cette remise de solidarité sera alors considéré comme étant débiteur conjoint à l'égard du créancier et uniquement tenus de sa part de la dette. Les autres codébiteurs resteront tenus solidairement envers le créancier pour le solde de la créance (articles 1210 à 1212 du Code civil).

²⁶ Le litige concernait en fait la répartition de la dette entre les différents cofidélusés solidaires d'un débiteur principal. Il était fondé sur l'article 2033 du Code civil qui prévoit que, lorsque plusieurs cautions ont garanti une dette, « la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion ». Le principe est donc identique à celui visé par l'article 1214 du Code civil qui prévoit que « le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux » et les principes juridiques identiques s'appliquent donc à ces deux situations

²⁷ Cour d'appel, 10 juillet 2002, Pas., 32, p. 284

²⁸ Cour d'appel, 2 avril 2003, n° 24175

Il arrive également que l'obligation solidaire fasse l'objet d'arrangements entre codébiteurs postérieurement à sa naissance. Ainsi il arrive qu'un codébitéur accepte de libérer un coobligé de la solidarité en prenant en charge la totalité de la dette. Un tel accord ne produit cependant aucun effet à l'égard du créancier qui pourra toujours solliciter le paiement de l'intégralité au débiteur de son choix.

342. La solidarité passive prend fin par le décès du codébitéur solidaire, en effet la dette se divise de plein droit entre les successeurs du codébitéur solidaire (article 1220 du Code Civil).

Lorsqu'un héritier paye une dette du défunt, il est considéré comme ayant payé une dette de la succession et devient donc un créancier de la succession.

Si les autres successeurs ont accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, l'héritier sera, à l'instar de tous créanciers de la succession, doublement limité dans son recours contre les autres héritiers. Il ne pourra poursuivre ceux-ci, après les délais légaux pour faire inventaire, uniquement sur les biens du défunt et à concurrence de la valeur de ces biens successoraux²⁹.

SECTION 3. LES OBLIGATIONS INDIVISIBLES

343. Une obligation est indivisible lorsque son objet ne peut pas être divisé, que cela soit en raison de sa nature ou de l'intention des parties (articles 1217 et 1218 du Code civil).

Cette indivisibilité peut être passive ou active. Elle peut être objective ou subjective.

Il y a d'abord indivisibilité objective lorsque l'obligation est indivisible parce que son objet n'est pas susceptible de division (article 1217 du Code civil).

L'obligation de livraison d'une chose corporelle dans le cadre d'une vente en est une illustration. Lorsque différentes personnes vendent un cheval à une autre, l'exécution de l'obligation de livrer celui-ci ne peut pas être divisée.

L'indivisibilité objective peut également être juridique. L'article 1218 du Code civil précise en effet que « *l'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet, soit divisible par sa nature, si le rapport*

²⁹ Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas., 35, p. 40

sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle ».

L'obligation de ne pas faire constitue une application classique de l'obligation juridique naturellement indivisible. On ne peut en effet pas s'abstenir pour partie. L'obligation de non-concurrence que plusieurs débiteurs ont envers un même créancier s'impose à tous, sans possibilité pour les débiteurs de diviser l'exécution de cette obligation.

Une obligation de faire peut également être indivisible. C'est notamment le cas lorsqu'un bailleur donne en location un immeuble à plusieurs locataires, il doit procurer la jouissance des lieux à tous.

L'obligation de *dare est*, quant à elle, généralement divisible. Le droit de propriété est un droit par nature divisible. Une personne peut transférer la propriété d'un cheval à plusieurs personnes, de même qu'une personne peut recueillir la quote-part de la propriété d'un cheval de plusieurs personnes.

L'obligation de payer une somme d'argent est également, par nature, divisible.

Lorsque l'indivisibilité est juridique elle est susceptible de clause contraire.

344. L'indivisibilité peut aussi être subjective.

Les parties peuvent convenir par contrat qu'une obligation, qui est naturellement divisible, sera indivisible.

On peut ainsi convenir qu'une dette de somme d'argent est indivisible et peut être réclamée à chacun des débiteurs.

L'institution du compte courant est une application de cette indivisibilité conventionnelle. Le compte courant est un contrat par lequel plusieurs personnes en relation d'affaires conviennent que les créances et les dettes réciproques naissant de leurs opérations entreront en compte, afin d'en faire la masse et d'en suspendre la liquidation, à charge de payer à la clôture du compte le solde qui résultera de la compensation générale.

Par l'effet de la convention de compte courant, toutes les créances résultant des relations d'affaires normales entre les parties vont entrer en compte (principe d'affectation spéciale) et vont alors être éteintes et être remplacées par un article de compte (effet novatoire).

Le compte courant est indivisible. Aussi longtemps que le compte est ouvert, il n'existe aucune dette ou créance entre les parties. Ce n'est qu'à la clôture du compte qu'une créance certaine, liquide et exigible apparaîtra.

La jurisprudence considère néanmoins que l'indivisibilité du compte courant n'implique pas une indivisibilité dans le temps du compte, ni une impossibilité de le scinder depuis son ouverture jusqu'à sa clôture. La position du compte peut être prise en considération lorsqu'il s'agit de régler une situation étrangère à son fonctionnement juridique et il est toujours permis d'arrêter provisoirement le compte pour en connaître la position à un moment donné et pour déterminer qui se trouve alors débiteur ou créancier.

Le créancier d'une partie au compte courant peut ainsi procéder à la saisie-arrêt de ce compte. Le solde provisoire au jour de la saisie sera alors appréhendé, et le banquier devra procéder à la liquidation des opérations en cours au jour de la saisie et bloquer le solde (éventuel) créditeur du compte au profit de ce créancier. C'est ainsi que le créancier d'une personne ayant divorcé peut poursuivre le recouvrement de sa créance en saisissant le compte courant et en appréhendant le solde du compte au jour de la dissolution de la communauté, même si ce compte n'est clôturé qu'après³⁰.

Dans une affaire récente, le tribunal a étendu l'application de cette exception également à une situation résultant de la relation des parties au contrat de compte-courant. En l'espèce, le client bénéficiait d'un crédit en compte-courant, et le banquier avait réclamé en justice le paiement du solde débiteur, sans avoir au préalable clôturé officiellement le compte. Le client prétendait à entendre cette demande rejetée, en relevant que tant que le compte-courant n'est pas clôturé, il n'était redevable d'aucune dette envers le banquier. Le tribunal fit droit à la demande de la banque. Pour ce faire, il a rappelé que l'indivisibilité du compte-courant, qui explique la fusion des articles de compte en un ensemble soumis à un régime juridique particulier, n'implique cependant pas une indivisibilité dans le temps du compte en ce qu'il serait impossible de le scinder depuis l'ouverture jusqu'à sa clôture définitive. Pour le tribunal, il est, au contraire, toujours permis d'arrêter provisoirement le compte pour en connaître la position à un moment donné et ce solde provisoire du compte serait constitutif d'une créance certaine, liquide et exigible et ouvre à la banque la possibilité d'en poursuivre le remboursement des poursuites de saisie, le but du compte courant n'étant en aucun cas de suspendre l'exigibilité des créances jusqu'à la clôture³¹.

Cette jurisprudence nous paraît critiquable. Elle dénature le caractère indivisible du compte courant. Or, si une telle dénaturation peut se justifier

³⁰ Cour d'appel, 12 mai 1999, Pas., 31, p. 148

³¹ Trib. Luxembourg, 11 mai 2010, n° 115.620, cité au Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 49

lorsque l'indivisibilité du compte pourrait porter atteinte aux droits des tiers, qui peuvent refuser de se voir opposer une indivisibilité purement contractuelle prévue dans une convention à laquelle ils ne sont pas parties, rien ne justifie que la banque, qui est entrée dans une telle relation avec son client, soit autorisée à en changer la nature unilatéralement.

345. On considère généralement que les effets de l'indivisibilité sont les mêmes que ceux de la solidarité. C'est partiellement exact.

En effet, les règles applicables à l'indivisibilité vont s'appliquer si l'obligation en cause a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs et que son exécution ne va pas être divisée.

Mais, s'il y a indivisibilité, c'est parce que l'objet de l'obligation ne peut pas être divisé et que l'exécution de l'obligation ne se conçoit donc que dans son intégralité, ce qui va entraîner des conséquences qui sont particulières à l'indivisibilité.

Il a ainsi été jugé que le pacte d'actionnaires peut comporter des droits et obligations réciproques. Il en va ainsi lorsque chacune des parties concernées voit sa liberté de céder ses actions restreinte, sauf si elle entend céder ses titres à des parties faisant l'objet du même groupe d'actionnaire, par le droit de préemption accordé aux différentes catégories d'actionnaires. Inversement elle bénéficie de ce droit de préemption, dans les modalités prévues au pacte, en cas de cession de ses parts par un autre actionnaire. Le contrat signé entre les différents actionnaires est donc indéniablement un contrat en vertu desquels les obligations de chacune des parties a pour cause l'obligation assumée par les autres contractants. Le pacte d'actionnaire est indivisible. Dès lors, aussi longtemps que le contrat n'a pas été signé par l'ensemble des co-contractants, il ne peut s'être valablement formé. Ce pacte ne va donc pas, avant d'avoir été signé par tous les cocontractants, sortir d'effet et cela même à l'égard des parties qui ont déjà apposé leur signature sur l'acte, et cela tant que toutes les parties convenues n'y ont pas adhéré³²

346. Chacun des codébiteurs indivisibles (indivisibilité passive) peut ainsi se voir réclamer l'exécution de l'entièreté de l'obligation indivisible par le créancier (article 1222 du Code Civil).

Il a ainsi été jugé que la jouissance de l'immeuble loué, conférée par le propriétaire, et les frais y liés, sont indivisibles entre les divers colocataires. Le bailleur est donc en droit de réclamer l'entièreté du prix du bail à l'un quelconque de ses locataires. Le tribunal a ainsi condamné un des colo-

³² Trib. Luxembourg, 23 mars 2005, n° 86338

cataires à payer seul au bailleur les charges locatives de l'appartement, et cela même pour la période postérieure à son départ des lieux³³.

Le contrat d'hôtelier, par lequel une personne loue une chambre à un hôtelier, est un contrat qui porte également sur un seul et même objet, respectivement une chambre d'hôtel. Cette prestation est indivisible, les prix étant fixés par chambre et non pas par personnes logées. Il a donc été jugé que chaque occupant d'une chambre est tenu envers l'hôtelier au paiement intégral du prix du logement, sans préjudice du partage à instituer entre elles³⁴.

347. Chacun des débiteurs indivisibles peut opposer au créancier les exceptions qui lui sont personnelles ou qui sont inhérentes à la dette. Il ne peut pas opposer au créancier une exception personnelle à un autre codébiteur indivisible.

La Cour l'a confirmé dans une espèce où deux personnes s'étaient engagées solidairement et indivisiblement dans un contrat de brasserie avec un brasseur. Le brasseur avait assigné un des codébiteurs devant le tribunal. Ce codébiteur s'opposait à la demande en considérant qu'il avait été victime d'un dol ou d'une erreur, qui justifiait l'annulation du contrat. Pour la Cour, les exceptions de vice de consentement sont des exceptions purement personnelles. Elles n'affectent que le lien d'obligation qui lie ce débiteur et le créancier et n'ont pas d'incidence sur l'existence de la dette elle-même. Les autres codébiteurs ne peuvent pas s'en prévaloir. Si le débiteur dont le consentement a été ainsi vicié prospère dans sa demande, le créancier aura un débiteur de moins, mais les autres resteront tenus pour le tout³⁵.

La remise de dette par le créancier à un codébiteur indivisible profite à tous, sauf si le créancier a expressément réservé ses droits à l'égard des autres. Dans ce cas les autres codébiteurs resteront tenus envers le créancier, mais à concurrence de la dette totale amputée du montant de la remise de dette faite au codébiteur libéré. La confusion ou la compensation qui peuvent être invoquées par un codébiteur indivisible ne libère pas les autres, mais ceux-ci ne resteront tenus qu'à concurrence de la dette totale amputée du montant de la dette éteinte par confusion ou par compensation.

L'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs indivisibles produit ses effets à l'égard des autres (article 2249 du Code civil).

³³ Trib. Luxembourg, 11 mai 2007, n° 107385, BJL, 2007, p. 106

³⁴ Trib. Luxembourg, 20 janvier 2011, n° 188/2011, BJL, 2011, p. 138

³⁵ Cour d'appel, 31 mars 2004, DAOR, 2007, n° 84, p. 513

L'exécution par l'un des débiteurs indivisibles de la dette ne libère cependant pas nécessairement les autres. Cela dépend de l'objet de l'obligation. Le codébiteur d'une obligation de ne pas faire, par exemple de ne pas bâtir, ne libère pas les autres codébiteurs indivisibles de leur obligation en exécutant celle-ci. Par contre, lorsque l'exécution par un des codébiteurs indivisibles de l'obligation est pleinement satisfaisante pour le créancier, son exécution libérera les autres débiteurs.

Lorsqu'un débiteur indivisible a payé le créancier, il dispose d'un recours contre les autres débiteurs pour en répartir la charge définitive, chacun devant en définitive supporter la part qui lui revient. S'il n'existe pas de convention répartissant le remboursement de la dette indivisible entre les coobligés, chacun des codébiteurs va être tenu au paiement de la dette en proportion de l'intérêt qui avait dans la dette, et si cet intérêt ne peut pas être déterminé, la dette se divisera par part virile entre coobligés.

L'inexécution par un codébiteur indivisible de l'obligation permet au créancier de réclamer la résolution du contrat, et cela à l'égard de tous. Mais seul le codébiteur responsable pourra se voir réclamer les dommages et intérêts du fait de cette inexécution. La faute d'un codébiteur n'étant pas considérée comme la faute de tous.

Lorsque l'obligation indivisible est affectée d'une clause pénale, la peine est encourue dès qu'un des codébiteurs manque à l'obligation. Son exécution pourra être demandée soit en totalité contre le débiteur défaillant, soit aux autres codébiteurs mais seulement pour leur part et portion (article 1232 du Code civil).

La Cour a eu l'occasion d'appliquer ce principe dans une espèce où deux époux avaient vendu leur appartement à un acheteur. Un des deux époux avait ensuite refusé de passer l'acte authentique de vente. Dans le cadre du litige qui s'en est suivi, l'époux qui s'était présenté à l'acte, faisait valoir qu'il n'y avait pas lieu de le condamner au paiement de la clause pénale. Les juridictions l'ont débouté en rappelant que lorsque l'obligation primitive contractée avec clause pénale est une chose indivisible, le manquement de l'un des débiteurs indivisibles rend la clause pénale due, le paiement de la pénalité pouvant alors être demandée dans son intégralité au débiteur fautif, ou pour partie aux autres codébiteurs indivisibles. Si un des codébiteurs « innocents » a été contraint de payer le créancier, il dispose ensuite d'un recours contributoire contre le fautif³⁶.

³⁶ Cour d'appel, 14 juin 2006, n° 30692, cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/8, p. 31

La mise en demeure de l'un des débiteurs ne sort pas ses effets à l'égard des autres.

Un jugement pris contre un débiteur indivisible n'a pas autorité de la chose jugée à l'égard des autres.

L'indivisibilité de la dette se transmet passivement aux héritiers du débiteur indivisible (article 1223 du Code civil).

348. Chacun des créanciers indivisibles (indivisibilité active) peut également requérir l'exécution intégrale de l'obligation à son profit (article 1224 du Code civil).

Par contre, le créancier indivisible ne pourra pas libérer seul le débiteur de la créance, en autorisant le débiteur à ne pas honorer la dette comme prévu à la convention (remise de dette, dation en paiement, novation ...). Dans ce cas, le débiteur sera tenu de la dette envers les autres créanciers, sous déduction de la part contributoire du créancier l'ayant libéré.

Le débiteur qui paye la dette à un des créanciers indivisibles, ne se libère néanmoins pas nécessairement de l'obligation à l'égard de tous. Cela dépend de l'objet de l'obligation. L'obligation de ne pas faire qu'a un débiteur à l'égard de plusieurs créanciers ne sera ainsi pas éteinte par son exécution au profit d'un des créanciers. Par contre, le locataire qui paye le loyer à un des co-bailleurs est libéré à l'égard de tous.

L'interruption ou la suspension de la prescription de l'obligation par un créancier indivisible profite à tous.

La mise en demeure adressée par un créancier indivisible ne profite pas aux autres. Un jugement obtenu par un créancier indivisible ne profite pas non plus aux autres.

Une fois la dette payée par le débiteur à l'un des créanciers, la répartition du produit de ces paiements se fait entre les différents créanciers indivisibles en proportion de leurs intérêts dans l'affaire. Si cet intérêt n'est pas déterminable, la répartition se fera par parts égales entre les créanciers.

L'indivisibilité de la créance se transmet activement aux héritiers du créancier indivisible (article 1223 du Code civil).

349. La Cour d'appel nous paraît avoir fait une application inexacte de ces principes dans une espèce où un chèque avait été remis au paiement au banquier tireur de ce chèque.

En l'espèce, le chèque litigieux était un chèque barré et mentionnait le nom de deux bénéficiaires, à savoir le nom d'une société et le nom de sa gérante.

Un chèque barré ne peut être payé par le banquier qu'à un de ses clients ou à un autre banquier (article 38 de la loi du 14 mars 1968 – coordonné le 26 février 1987 – qui transpose en droit national la Convention internationale sur le chèque). Lorsqu'il est à personne dénommée, il doit être payé à la personne mentionnée sur le chèque.

La banque avait crédité le montant du chèque sur le compte de la gérante. Le Cour a considéré que le banquier avait ainsi commis une faute. Pour la Cour, en présence de deux bénéficiaires, la banque est tenue de se renseigner auprès du tireur, pour savoir quel compte était à créditer, car dans ses rapports avec le tireur elle devait considérer les deux bénéficiaires comme des personnes juridiques distinctes³⁷.

Selon nous, en raisonnant de la sorte, la Cour a contrevenu au prescrit de l'article 1224 al. 1 du Code civil. En effet, si un chèque mentionne le nom de deux bénéficiaires, la dette qui résulte du titre va être juridiquement indivisible. Le chèque est un titre négociable et est donc un écrit qui confère par lui-même, à celui qui en est le possesseur légitime, certains droits dont il peut se prévaloir. Il résulte donc de la nature de ce titre que si plusieurs personnes sont dénommées sur le chèque, elles vont chacune pouvoir se prévaloir de l'intégralité des droits conférés par le chèque. Chacun des créanciers indivisibles pouvant également requérir l'exécution intégrale de l'obligation indivisible, le banquier avait valablement crédité le compte en banque d'une des personnes dénommées et ne pouvait donc pas voir sa responsabilité engagée de ce fait.

350. L'indivisibilité a certains effets spécifiques en matière procédurale³⁸.

En effet, la loi prévoit d'abord que si un codébiteur indivisible est poursuivi seul par le créancier, il bénéficie d'une exception dilatoire qui lui permet de mettre à la cause les autres codébiteurs indivisibles, sauf si la dette ne peut être exécutée que par lui (par exemple s'il est seul en possession de la chose à livrer) (article 1225 du Code civil).

Il a ainsi été jugé que le fait que l'obligation soit indivisible n'a donc pas pour conséquence automatique que le créancier soit obligé, sous peine d'irrecevabilité de sa demande, de mettre tous les codébiteurs indivisibles à la cause. Il peut se limiter à réclamer le paiement de la dette à un des codébiteurs. Ce n'est que s'il y a des risques que la décision à intervenir soit de nature à rejaillir sur l'engagement contractuel de ces autres codébiteurs que leur mise à la cause par le débiteur assigné est justifiée³⁹.

³⁷ Cour d'appel, 11 mai 2005, n° 29205, cité au Dr. Banc. Fin. (B), 2006, p. 382

³⁸ T. HOSCHEIT, « L'indivisibilité procédurale », JTL, 2010, p. 54

³⁹ Cour d'appel, 31 mars 2004, DAOR, 2007, n° 84, p. 513

Parfois aussi, l'interdépendance entre deux demandes en justice est tellement étroite que les traiter distinctement pourrait aboutir à ce que des décisions contradictoires, et dont l'exécution serait impossible, soient prononcées. Or, une bonne administration de la justice s'oppose à ce que des décisions contradictoires qui impliqueraient une impossibilité d'exécution de l'obligation soient prononcées. Cette indivisibilité du litige est une notion spécifique. Il s'impose donc que ces demandes indivisibles ne donnent lieu qu'à un acte juridictionnel à l'égard de toutes les parties. Donc, si les éléments d'un litige indivisible sont portés devant deux juges différents, la jonction des procédures doit être ordonnée, même d'office par le juge. Pareillement, lorsque le litige est indivisible, la partie qui fait appel d'un jugement doit mettre toutes les autres parties au litige de première instance à la cause, même si cette autre partie n'était pas son adversaire en première instance, sous peine d'irrecevabilité de sa demande. De même, le pourvoi en cassation doit être dirigé contre toutes les parties à la décision attaquée toutes les fois que l'un des défendeurs a, avec les autres, un intérêt indivisible.

Un litige est à considérer comme indivisible en ce qui concerne l'appel lorsque son objet n'est pas susceptible de division, de telle sorte que si l'arrêt à intervenir sur l'appel d'un des cointéressés était contraire au jugement de première instance, il y aurait impossibilité matérielle d'exécuter simultanément le jugement contre une partie non appelante et l'arrêt contre l'appelant.

Il a été décidé qu'il y avait indivisibilité en matière de succession si la qualité d'héritier est en discussion. Toutefois, il n'y a pas indivisibilité entre les défendeurs de la ligne paternelle et ceux de la ligne maternelle dans laquelle la qualité d'héritier est en jeu lorsque le point en litige n'a trait qu'aux collatéraux de la ligne maternelle et que la succession est attribuée par moitié à chacun des deux ensembles⁴⁰.

La Cour de Cassation a, par contre, réformé un jugement du tribunal qui avait considéré que le litige en déguerpissement et en paiement d'une indemnité d'occupation, introduit par un bailleur contre son locataire et une société occupant les lieux, était indivisible. Le jugement du Juge de Paix avait ordonné le déguerpissement de la société et avait sursis à statuer en ce qui concerne le locataire. La société avait interjeté appel contre le seul bailleur et le tribunal avait déclaré cet appel irrecevable, en considérant que le litige était indivisible et que le locataire aurait donc du être également mis à la cause en degré d'appel. La Cour a réformé ce jugement en

⁴⁰ Cass. 3 juillet 2008, JTL, 2010, p. 58

constatant que, en cas de réformation du jugement attaqué, il n'y aurait pas eu impossibilité matérielle d'exécuter simultanément le jugement de première instance et celui du deuxième degré⁴¹.

Dans une autre espèce, l'objet du litige consistait dans le paiement d'une somme d'argent auquel plusieurs débiteurs avaient été condamnés solidairement. Cet objet n'était pas indivisible car il n'y avait pas l'impossibilité matérielle d'exécution d'une telle obligation. Il n'y a pas impossibilité matérielle d'exécuter simultanément un jugement, condamnant la caution solidairement avec le débiteur principal au paiement d'une certaine somme, et un arrêt qui, sur l'appel du seul débiteur principal, décharge ce dernier de la condamnation. Il n'y a pas non plus indivisibilité du litige lorsque plusieurs personnes sont actionnées en réparation de fautes concurrentes ou d'une faute unique, dans la mesure où il n'y a aucune impossibilité matérielle d'exécuter simultanément un jugement retenant la responsabilité d'un des fautifs et celle, prononcée en appel, dégageant une autre partie poursuivie de toute obligation⁴².

La déclaration d'arrêt commun ne crée pas plus une situation d'indivisibilité au niveau de l'exécution de deux décisions qui seraient contraires, de sorte que le demandeur en cassation n'est pas obligé de diriger son pourvoi également contre la partie assignée en simple déclaration de jugement commun dans la procédure au fond⁴³.

Il a aussi été jugé sur cette base que, dans les instances qui réunissent plusieurs parties demanderesse ou défenderesse, l'appel relevé par une partie n'a d'effet qu'à l'égard de celle-ci et ne profite pas aux autres, nonobstant l'identité d'intérêt ou l'usage de moyens communs. Mais, en cas d'indivisibilité, de solidarité et en matière de garantie, l'appel interjeté valablement par une des parties dans le délai légal profite aux autres parties en ce sens qu'elles conservent leur droit d'appel, de sorte que chacun des co-intéressés peut encore relever appel bien qu'il soit personnellement forclo à appeler. Cette dérogation au principe de l'effet personnel de l'appel ne dispense néanmoins pas la partie intéressée d'interjeter appel, même après l'expiration du délai légal⁴⁴.

Pareillement, l'appel interjeté dans les délais à l'encontre d'une partie permet ensuite d'attirer à l'instance les autres parties liées indivisiblement à l'intimé.

⁴¹ Cass., 13 novembre 2008, Pas., 34, p. 310, JTL, 2010, p. 59

⁴² Cour d'appel, 27 avril 2006, n° 27695 et 28439, BJJ, 2006, p. 188 ; Cour d'appel, 5 avril 2000, Pas., 31, p. 321

⁴³ Cass. 14 mai 2009, JTL, 2010, p. 59

⁴⁴ Cour d'appel, 18 mars 2009, n° 33442, BJJ, 2009, p. 125

En cas d'indivisibilité, la signification de la décision judiciaire effectuée à l'initiative d'une seule partie profite aux autres parties qui lui sont indivisiblement liées.

SECTION 4. LES OBLIGATIONS IN SOLIDUM

351. Il y a obligation in solidum lorsque plusieurs personnes sont tenues à l'égard d'un créancier à l'exécution d'une obligation ayant le même objet, en raison des caractéristiques de la situation dans laquelle cette obligation est née. L'obligation in solidum est exclusivement passive.

Le domaine de prédilection de l'obligation in solidum est la responsabilité civile.

Il y a en effet obligation in solidum lorsque plusieurs personnes ont été les co-auteurs d'une même faute et ont causé les mêmes préjudices, ou lorsque les fautes distinctes de ces différentes personnes ont contribué à occasionner un dommage unique.

Il suffit pour qu'une telle obligation naisse que le préjudice causé soit unique et indivisible, peu importe qu'un des débiteurs de l'obligation ait commis une faute contractuelle et l'autre une faute extra-contractuelle, ou qu'un des responsables soit poursuivi pour son fait personnel et l'autre responsable du fait des choses.

352. La jurisprudence considère ainsi, en règle, que la responsabilité des constructeurs est in solidum, lorsque la malfaçon constatée procède d'une faute commune, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que cette faute est prouvée ou présumée. Dès qu'une faute est prouvée à son encontre, ou que le désordre lui est imputable en vertu d'une présomption de responsabilité, le professionnel est obligé de réparer l'intégralité du préjudice⁴⁵.

S'il est vrai que l'entrepreneur et l'architecte ont, en théorie, des missions biens distinctes, le premier étant l'exécutant du second et l'architecte étant en principe tenu de répondre des vices de construction se rattachant à la conception et à la préparation intellectuelle de l'ouvrage, alors que l'entrepreneur répond de ceux se rattachant à sa réalisation matérielle, la jurisprudence exige de l'entrepreneur qu'il collabore avec l'architecte et ne se soumette pas aveuglement et passivement à ses instructions, et exige de l'architecte qu'il dirige et surveille les travaux. Il en résulte qu'ils seront

⁴⁵ Cour d'appel, 25 mars 2009, Pas., 34, p. 590 ; Cour d'appel, 14 juillet 2004, n° 27844, 28260, JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/4, p. 55

tenus in solidum des conséquences dommageable résultant de la mauvaise exécution de leurs obligations envers le maître de l'ouvrage⁴⁶.

La Cour a jugé que lorsque les malfaçons affectant les lucarnes d'une toiture ont pour origine une faute de l'entreprise de menuiserie et de l'entreprise de toiture, qui ont tous les deux contribué à l'intégralité du dommage, ceux-ci doivent être condamnés in solidum à la réparation du dommage causé au maître de l'ouvrage⁴⁷.

Dans une autre affaire, le contrôleur technique, l'entrepreneur et un sous-traitant ont être condamné in solidum à la réparation du dommage découlant d'un défaut d'étanchéité du bâtiment construit. Pour la Cour, ces trois professionnels ont concouru de manière indivisible à produire l'entière du dommage, ce dommage ne résultant pas de la simple conjonction de fautes matérielles commises par eux, mais de leur étroite implication, de sorte qu'il s'avère impossible de déterminer la part de chacun dans la genèse du dommage et de ses conséquences⁴⁸.

Lorsque des travaux de terrassement d'un immeuble causent à un immeuble voisin des inconvénients excédant les normes des dégâts habituels provoqués par des travaux exécutés à proximité, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur qui a réalisé les travaux peuvent être condamné in solidum à indemniser le voisin victime, sur base des troubles du voisinage⁴⁹.

Lorsqu'un contrat est annulé pour dol, le cocontractant victime du dol peut également demander que l'auteur du dol soit condamné à lui payer des dommages et intérêts. La responsabilité d'un tiers peut être engagée in solidum avec celle du cocontractant coupable, si ce tiers s'est rendu complice du dol du cocontractant, mais également lorsqu'il a rendu possible la tromperie par son imprudence ou sa négligence. La Cour en a décidé ainsi dans une espèce où l'agence immobilière avait confirmé à l'acheteur des informations inexacts de la partie venderesse, laissant entendre qu'elle s'était effectivement livrée à des investigations sur la consistance des plafonds en cause, alors que tel n'était pas le cas et que les plafonds ne correspondaient pas aux caractéristiques promises⁵⁰.

Lorsqu'une société commerciale a utilisé des logiciels sans disposer de la licence, elle viole les droits d'auteur et commet une contrefaçon. La société

⁴⁶ Cour d'appel, 5 février 2009, Pas., 34, p. 427

⁴⁷ Cour d'appel, 3 juillet 2003, n° 27112, BJL, 2003, p. 123

⁴⁸ Cour d'appel, 26 mars 2003, n° 26105, BJL, 2003, p. 188

⁴⁹ Trib. Luxembourg, 13 février 2007, n° 85159, 88623, 98063, BJL, 2007, p. 60

⁵⁰ Cour d'appel, 4 juillet 2007, Pas., 34, p. 41 ; BJL, 2008, p.41 ;

et ses dirigeants peuvent être tenus responsables in solidum en cas d'utilisation illégale de ces logiciels au sein de la société⁵¹.

353. Les effets de l'obligation in solidum sont les mêmes que les effets principaux de la solidarité.

Le créancier peut ainsi poursuivre l'un des débiteurs in solidum⁵² ou tous les débiteurs cumulativement ou successivement. Le paiement fait par l'un des débiteurs in solidum libère les autres. Lorsque le débiteur in solidum décède, sa dette va être divisée entre ses héritiers. Chacun des débiteurs in solidum peut opposer au créancier les exceptions qui lui sont personnelles ou qui sont inhérentes à la dette.

Par contre les effets secondaires de la solidarité ne vont pas s'appliquer aux obligations in solidum. La mise en demeure d'un débiteur in solidum par le créancier ne va pas avoir d'effets à l'égard des autres débiteurs. L'interruption de la prescription à l'égard d'un d'entre eux ne va pas avoir d'effets à l'égard des autres.

Le débiteur in solidum qui a payé dispose d'un recours contre les autres débiteurs pour en répartir la charge définitive⁵³, chacun des codébiteurs étant tenu au paiement de la dette en proportion, un des codébiteurs pouvant supporter une part plus importante de la dette en raison du caractère prépondérant de sa faute. A défaut chaque codébiteur supportera la même part de la dette.

Ce recours du débiteur qui a payé contre les autres codébiteurs in solidum peut être exercé non seulement en cas de condamnation in solidum, mais aussi chaque fois qu'un des constructeurs est mis en cause par le maître de l'ouvrage (ou un tiers) et est condamné seul, alors qu'un autre constructeur assume une part des responsabilités.

Le débiteur in solidum assigné seul par le créancier peut mettre à la cause les autres codébiteurs in solidum, afin de voir fixer leurs parts de responsabilité respectives. Un tel partage est inopposable au créancier, mais permet de fixer d'ores et déjà les droits en vue du recours contributoire du débiteur qui a payé⁵⁴.

⁵¹ Trib. Luxembourg, 13 décembre 2011, n° 136737, cité au JuriNews – Droit de la propriété intellectuelle, 2012/1, p. 2

⁵² Cour d'appel, 3 juillet 2003, n° 27112, BJJ, 2003, p. 123

⁵³ Cour d'appel, 3 juillet 2003, n° 27112, BJJ, 2003, p. 123

⁵⁴ Cour d'appel, 25 mars 2009, Pas., 34, p. 590

PARTIE 4

La transmission des obligations

354. Une obligation comporte en fait deux dimensions. Elle est d'abord un lien de droit entre deux personnes. Elle constitue également une valeur.

En tant que valeur une obligation peut donc être transmise d'une personne à une autre.

Pour que l'on soit en présence de la transmission d'une obligation il faut que le lien d'obligation primitivement noué entre deux ou plusieurs personnes passe d'un sujet à un autre sujet tel quel, avec toutes ses caractéristiques et sans qu'il soit affecté dans son principe. Il y a alors substitution d'un sujet par un autre dans le lien obligataire.

La transmission de l'obligation peut être opérée à cause de mort ou entre vifs.

Il y aura transmission à cause de mort lorsque le débiteur ou le créancier décède. Ses « successeurs » vont alors recueillir les droits et les obligations du de cujus.

Il y a transmission entre vifs lorsque le débiteur ou le créancier décide de transférer de son vivant un droit ou une obligation.

TITRE 1

La transmission à cause de mort¹

¹ Voyez M. et R. WATGEN, *Successions et donations*, 4^{ème} éd. (2009), éd. Promoculture, p. 99 et s., et p. 130 et s. ; E. DELOSCH, P. HURT, « Successions et contrats », *Ann. Dr. Lux.*, 2010, n° 20, p. 469 et s.

CHAPITRE I. PRINCIPE DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE

355. Le décès ou l'absence d'une personne physique entraîne la transmission universelle de ses obligations et de ses droits à ses héritiers, qui reçoivent de façon indissociable la totalité ou une quote-part des actifs et du passif du *de cuius* (articles 724 et 128 du Code civil).

La loi prévoit les personnes qui vont bénéficier de cette transmission universelle de droits et obligations de leur auteur (articles 731 et s. du Code civil). Ces personnes ont néanmoins la possibilité d'y renoncer (article 775 du Code civil).

La mort n'emportera néanmoins pas toujours la transmission universelle dans l'ordre légal, car il est permis au futur défunt de disposer dans une certaine mesure de ceux-ci par donation ou testament (articles 893 et s. du Code civil).

La transmission universelle à cause de mort est justifiée par l'idée ancestrale que l'héritier continue la personne du défunt. Les personnes qui vont bénéficier de cette transmission universelle seront appelés « ayants cause universels » et sont respectivement les héritiers *ab intestat* ou les légataires universels et à titre universel du défunt.

L'ayant cause universel est celui qui recueille l'universalité des biens du *de cuius*, seul ou conjointement avec d'autres, quand bien même les charges imposées par le défunt absorberaient en totalité ce patrimoine.

L'ayant cause « à titre universel » est celui qui est investi par le testateur d'une quote-part abstraite de ses biens (articles 1003 à 1013 du Code civil).

Les ayants cause universels et à titre universel d'un défunt vont donc se voir transmettre à cause de mort toutes les créances et les dettes, ainsi que les contrats, du *de cuius* (articles 724 et 1122 du Code civil).

Cette transmission universelle n'est pas la transmission d'un droit isolé, il s'agit de la transmission d'un ensemble indivisible comprenant créances, dettes et contrats, sans que l'ayant cause ne puisse en principe en déterminer l'étendue.

Sont ainsi transmis aux ayants cause toutes les actions patrimoniales naissant d'un contrat, qu'il soit conclu à titre onéreux ou à titre gratuit. Il en va de même pour toutes les créances de somme d'argent, qu'elles soient échues ou à terme, ainsi que toutes les dettes de somme d'argent même inconnues, pourvues qu'elles soient valablement nées du chef du de cujus. L'ayant cause va également se voir transmettre la plupart des contrats conclus par le de cujus ainsi que les promesses de contrats et clauses de porte-fort auxquels celui-ci s'est engagé.

Il y a néanmoins différentes exceptions à ce principe. Les contrats comportant une obligation de faire sont généralement considérés comme n'étant pas transmis à cause de mort aux ayants cause, de même que le contrat de cautionnement pour ce qui concerne les dettes postérieures aux décès.

La loi prévoit parfois que certains contrats, qui sont par nature intransmissibles, peuvent être rendus transmissibles par la volonté du de cujus. C'est ainsi que l'article 2003 du Code civil précise que le décès du mandant ou du mandataire met fin au mandat, « à moins qu'il n'ait été convenu du contraire ou que le contraire ne résulte de l'affaire ».

L'ayant cause ne recueille pas seulement de son auteur des créances, des dettes et des contrats qui vont figurer dans son patrimoine. Il se trouve également investi de la qualité de partie à l'acte juridique conclu par le de cujus sans que l'autre partie ne puisse s'y opposer. Ce changement de créancier ou de débiteur s'opère de plein droit sans qu'aucune formalité particulière ne doive être réalisée par les ayants cause. Le créancier successoral qui redoute l'impécuniosité de l'héritier peut cependant demander la séparation du patrimoine (article 878 du Code civil). Cette séparation permet aux créanciers successoraux de primer les créanciers personnels de l'héritier sur l'actif successoral, tout en conservant d'ailleurs son droit d'agir contre l'ayant cause sur son patrimoine personnel en concours avec les créanciers personnels de cet ayant cause.

356. La jurisprudence a appliqué ces principes dans une affaire dans laquelle une banque luxembourgeoise a vu sa responsabilité civile mise en cause, car certains de ses employés avaient communiqué le nom de clients de la banque à une autorité étrangère, en violation du secret bancaire prévu à l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

En l'espèce, le titulaire du compte était décédé et l'action en justice avait été introduite par ses héritiers.

La Cour a alors examiné si ces plaignants avaient bien tous hérité des avoirs se trouvant sur le compte bancaire. Or, il ressortait des pièces ver-

sées aux débats que seul un des quatre plaignants avait hérité de ces avoirs. La Cour a alors déclaré la demande des trois autres successeurs irrecevable.

Elle a par contre considéré que le quatrième héritier était recevable et fondé à se voir octroyer des dommages et intérêts réparant le préjudice moral subi à la suite de la violation du secret bancaire¹.

357. La jurisprudence luxembourgeoise fait une application restreinte de ces principes lorsque les héritiers d'un client d'une banque sollicitent l'obtention d'informations relatives aux opérations réalisées par le *de cujus* sur son compte avant son décès.

Elle admet d'abord que le banquier ne peut pas opposer le secret bancaire prévu à l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier aux demandes émanant des héritiers et légataires universels du client décédé. Ces héritiers continuent en effet la personne du client et disposent en conséquence des mêmes droits que lui à l'encontre du banquier.

Mais, ces héritiers ont cependant un droit limité aux informations strictement patrimoniales et nécessaires à la sauvegarde de leurs intérêts patrimoniaux. Ainsi, les héritiers réservataires ont le droit d'obtenir les renseignements indispensables en vue de la concrétisation de leur droit à bénéficié de la réserve et, le cas échéant, d'exercer l'action en réduction des libéralités. Pour les autres héritiers, ces révélations sont limitées à la révélation de l'existence de comptes du défunt et de la situation de ces comptes au jour du décès².

Lorsque la demande des héritiers vise à se voir révéler l'identité d'une personne tierce bénéficiaire du transfert effectué par le défunt, la banque dont cette tierce personne est le client, ne peut faire droit à cette demande sous peine de violer le secret à l'égard de celui-ci. En fait, le banquier ne pourra révéler à l'ayant droit que les informations qui ressortent des documents en possession du banquier et auxquels le défunt aurait eu accès. Si l'extrait de compte relatif au transfert mentionne le nom du bénéficiaire d'un transfert, cette information pourra être communiquée à l'ayant droit par le banquier. Si l'instruction donnée par le *de cujus* et l'extrait de compte mentionnant le transfert ne font que renseigner un numéro de compte bénéficiaire, le banquier ne pourra pas dévoiler plus d'information à l'héritier³.

¹ Cour d'appel, 2 avril 2003, n° 26050. Sur les pouvoirs de l'ayant cause voyez également Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas.35, p. 40

² Trib. Luxembourg, 15 février 2006, DAOR, 2006, n° 80, p. 389 et note A. DE JERPHANION et O. POEIMANS ; Trib. Luxembourg, 18 mai 2000, Bull. Dr. et Banque, 2001, n° 31, p. 16 confirmé par Cour d'appel, 13 mars 2002, Bull. Dr. et Banque, 2003, n° 33, p. 40

³ Cour d'appel, 13 mars 2002, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 40

CHAPITRE II. LES EXCEPTIONS À LA TRANSMISSION UNIVERSELLE

358. Des lois particulières peuvent néanmoins prévoir que le contrat s'éteint par le décès d'une des parties contractantes, et ne sera donc pas transmis aux héritiers du de cujus.

C'est ainsi que l'article 13 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation prévoit que le bail reste maintenu après le décès du preneur, mais uniquement au profit de certaines personnes, respectivement le conjoint cohabitant, le partenaire déclaré vivant en couple avec lui, et les descendants, ascendants ou concubin domiciliés dans les lieux et vivant avec le défunt en communauté domestique depuis 6 mois. Pour tous les autres héritiers, le contrat de bail d'habitation est dissout par le décès du preneur¹.

De même, l'article 2003 du Code civil prévoit que le mandat finit par le décès du mandant ou du mandataire ou l'article 1865 du Code civil précise que le contrat de société finit par la mort naturelle d'un des associés.

359. On enseigne également que les contrats *intuitu personae* sont dissouts par la mort de la personne dans le chef duquel il a ce caractère.

Un contrat *intuitu personae* est un contrat dans lequel la considération de la personne du cocontractant est un élément déterminant du contrat. Parfois, c'est la personnalité d'une des parties au contrat qui est déterminante – comme c'est le cas de l'assuré dans le cadre du contrat d'assurance-vie –, et parfois le contrat a un caractère *intuitu personae* dans le chef des deux parties – comme c'est le cas pour le contrat d'ouverture de crédit.

Une partie de la doctrine fait une application singulière de ce principe d'extinction du contrat *intuitu personae* par le décès d'une des parties, lorsque deux ou plusieurs personnes sont co-titulaires d'un compte joint.

Par l'application des règles relatives à la solidarité active (supra point 337), le décès d'un des co-titulaires n'entraîne pas le blocage et

¹ M. THEWES, « Le nouveau droit du bail », éd. ULC (2007), p. 63 et s., n° 130 et s. ; G. KRIEGER, « Le bail d'habitation », éd. St Paul (2009), p. 129-130, n° 157

la clôture du compte-joint. Le compte va continuer de fonctionner sous la signature des co-titulaires survivants.

Pour certain, la co-titularité éteinte par le décès du de cujus, ne renaît pas au profit des héritiers en raison de l'intuitu personae qui marque la relation de compte-joint².

Nous ne partageons pas cette analyse. Nous ne considérons d'abord pas que « la co-titularité soit éteinte par le décès d'un des co-titulaires ». Les ayants cause d'un défunt sont remplis des droits de celui-ci dès le moment de son décès et il n'y a donc pas d'extinction de la co-titularité sur le compte du fait du décès d'un des co-titulaires, mais transmission immédiate de son droit à ses héritiers.

Ensuite parce que si le fondement de ce principe est l'effet que le décès a sur un contrat « intuitu personae », il en résulterait que le compte joint est clôturé par le décès et non que le compte subsiste mais sans droit de disposition pour certains co-titulaires. La seule conséquence du décès sur un contrat intuitu personae est son extinction³. Soit la confiance nécessaire du contrat intuitu personae disparaît par un décès et le contrat est éteint, soit il ne disparaît pas, la relation contractuelle est maintenue et tous les cocontractants ont les droits résultant de la convention. Selon nous donc, en application des principes précités, l'ensemble des héritiers du co-titulaire décédé peuvent venir au droit du de cujus et faire fonctionner « seuls » (comme s'ils étaient ensemble le de cujus) le compte comme pouvait le faire le défunt.

² P. DUPONT, « Le compte joint dans la perspective du banquier », In Droit bancaire et financier au Luxembourg, éd. Larcier – AIJB (2004), p. 656-657, n° 20-48

³ P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.2, éd. Bruylant (2010), p. 993, n° 664 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil – les obligations », In Précis Dalloz, 10^{ème} éd. (2009), p. 1305, n° 1313

TITRE 2

La transmission des obligations entre vifs

360. Lorsque l'on se trouve en présence d'une transmission d'obligation entre vifs, il existe deux grandes catégories de transmissions des obligations: la transmission à titre particulier, par laquelle un des droits ou une des obligations du cédant est transférée au cessionnaire (pour les règles applicables à la cession de contrat voyez supra points 189 et s.), et la transmission universelle ou à titre universel de patrimoine, par laquelle tout le patrimoine d'une personne, ou une quantité de ce patrimoine, est transféré activement ou passivement à une autre personne, ce qui va entraîner la cession concomitante des droits et obligations à cette personne.

CHAPITRE I. LA CESSION DE CRÉANCE DE DROIT COMMUN

SECTION 1. NOTION ET PRINCIPES

361. La cession de créance est l'opération juridique par laquelle un cédant va céder à un tiers, le cessionnaire, la créance qu'il a à l'encontre son débiteur, le débiteur cédé.

Il s'agit d'une transmission d'obligations entre vifs à titre particulier.

La cession de créance de droit commun est organisée par les articles 1689 à 1701 du Code Civil.

La cession de créance est une convention translatrice et doit, en conséquence, respecter les conditions ordinaires de validité des conventions (consentement, capacité, objet, cause ...). Les principes applicables à l'interprétation et à la preuve des conventions vont également trouver à s'appliquer.

Il s'agit d'une convention entre les seuls cédant et cessionnaire, et elle ne requiert donc en principe pas le consentement du débiteur cédé.

Il y a cession de créance lorsque l'acte authentique de dissolution d'une société en liquidation, votée par son actionnaire unique, prévoit que cet actionnaire sera investi de tout le passif et de tout l'actif social. La cession d'actif reprise dans cet acte a eu lieu entre la société, à un moment où elle existait encore, et son actionnaire. Elle emporte cession des créances¹.

Toute créance peut en principe être cédée, en totalité ou en partie.

Les parties à un contrat peuvent cependant convenir que les créances qui en résultent sont incessibles, ou qu'elles ne peuvent être cédées qu'avec l'accord préalable d'une ou de chacune des parties à l'acte.

¹ Cour d'appel, 20 février 2002, n° 25002, BJJ, 2003, p. 9

De même, certaines créances sont incessibles, comme c'est le cas pour la créance alimentaire d'origine légale ou judiciaire telles que les pensions alimentaires, du fait de son caractère personnel.

La cession de créance peut avoir pour objet une créance future, à condition que celle-ci soit déterminée ou déterminable au moment de la cession. Elle ne peut pas avoir pour objet une créance simplement éventuelle².

362. La cession de créance, qui est donc généralement d'origine conventionnelle, peut parfois trouver sa source dans la loi, en dehors de tout accord entre le cédant et le cessionnaire.

Les recours accordés par le Code des Assurances Sociales aux organismes de sécurité sociale, pour obtenir le remboursement des sommes payées par elle aux victimes des accidents, sont fondés sur une cession de créance légale.

Le transfert des droits indemnitaires de la victime, est fondé sur une cession légale, qui, dans les rapports entre cédant et cessionnaire, rend indisponible entre les mains de la victime la créance virtuelle de l'organisme dès la réalisation du fait dommageable. La cession légale va s'opérer au profit de la Caisse dès lors que, au moment du fait dommageable, la victime de ce fait était affiliée à l'organisme de sécurité sociale concerné. Si l'affiliation est postérieure au jour du fait dommageable, la cession légale produira ses effets au jour de l'affiliation de la victime. En cas d'affiliation successive à plusieurs organismes, l'organisme auprès duquel la victime est assurée en dernier lieu est l'organisme qui a l'obligation d'effectuer les paiements au profit de l'affilié, et est donc celui qui va bénéficier de la cession légale. La Caisse dispose alors, dès ce moment, d'une créance virtuelle contre l'auteur du dommage et cela indépendamment de toute prestation de sa part. Cette cession légale transfère les créances actuelles, les créances futures existant dans leur principe et les créances simplement éventuelles qui sont prévisibles (ce qui la distingue donc de la cession de créance conventionnelle). L'étendue de la cession est limitée aux droits à la réparation des dommages de la même espèce que ceux pris en charge par l'organisme jusqu'à concurrence de ces prestations, sous réserve de limitation légale.

La victime, dont la créance contre l'auteur du dommage a été cédée, ne peut plus faire valoir les droits cédés contre cet auteur. L'organisme

² Cour d'appel, 14 janvier 2009, Pas., 34, p. 562

peut donc agir contre l'auteur du dommage, même en cas d'inaction de la victime³.

363. La cession de créance peut également être judiciaire.

Il en ira ainsi en cas d'aboutissement de la procédure de saisie-arrêt.

Un créancier peut saisir la créance que son débiteur a à l'encontre d'un tiers, entre les mains de ce tiers (le tiers saisi) (article 693 et s. du Nouveau Code de Procédure Civile). Dans le cadre de cette procédure, le saisissant va alors devoir assigner le débiteur saisi en validation devant le tribunal d'arrondissement et le tribunal peut valider la saisie et ordonner au tiers saisi de payer sa dette entre les mains du saisissant.

La décision qui valide la saisie-arrêt va, lorsqu'elle est exécutoire (et à fortiori lorsqu'elle est coulée en force de chose jugée) et qu'elle est portée à la connaissance du tiers saisi (et cela même si elle ne lui est pas signifiée), emporter cession judiciaire de la créance que le débiteur saisi avait à l'encontre du tiers saisi au profit du créancier saisissant, qui devient de ce fait le créancier personnel et direct du tiers-saisi et peut lui réclamer le paiement de cette dette⁴.

SECTION 2. LES EFFETS DE LA CESSION DE CRÉANCE

364. Entre parties au contrat de cession de créance, la cession produit ses effets dès l'échange des consentements (article 1689 du Code civil).

Le cédant de la créance doit au cessionnaire délivrance et garantie. Il est garant envers le cessionnaire de l'existence de la créance mais non de la solvabilité du débiteur (articles 1693 et 1694 du Code civil). La garantie porte également sur les accessoires de la créance.

Les parties peuvent restreindre ou élargir l'obligation de garantie prévue ainsi par la loi. Si le cédant garantit la solvabilité du débiteur, il le fait à concurrence du prix qu'il a retiré de la cession de la créance et non à concurrence du montant de cette créance (article 1694 du Code civil). Il ne garantit également que la solvabilité du débiteur cédé au jour de la

³ Cass., 8 décembre 2005, Pas. 33, p. 141 ; Cass. 6 mars 2003, Bull. de l'Aida, 2003, n° 8, p. 180 ; Cour d'appel, 14 janvier 2009, Pas., 34, p. 562 ; Cour d'appel, 17 février 2005, n° 25743, BJL, 2005, p. 159 ; Cour d'appel, 12 février 2003, n° 26570 ; G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p. 893 et s., n° 1204 et s.

⁴ Cour d'appel, 15 décembre 2011, JTL, 2012, p. 89 et note T. HOSCHEIT ; Cour d'appel, 28 avril 1999, Pas., 31, p. 141 ; G. LOESCH, F. KREMER, « Le banquier face à la saisie-arrêt civile de droit commun », In Droit bancaire et financier au Luxembourg, V.2, éd. Larcier – ALJB (2004), p. 701 et s.

cession et non pas sa solvabilité future, sauf si c'est expressément convenu (article 1695 du Code civil).

365. La cession de créance ne va sortir ses effets à l'égard des tiers que lorsque cette cession de créance aura été notifiée au débiteur cédé (article 1690 du Code civil).

Cette notification doit être faite par acte authentique ou par acte sous seing et doit informer le débiteur, sans équivoque, de la cession.

La notification peut être valablement faite à l'initiative du cédant comme du cessionnaire.

Si la notification est faite par acte sous seing privé, la preuve de sa date pourra être apportée par la partie qui s'en prévaut par toute voie de droit.

La cession de créance sera également opposable à tous si le débiteur cédé a accepté la cession, que cela soit par acte authentique ou par acte sous seing privé. La preuve de la date de cet acte pourra également être faite par toutes voies de droit.

Tant que la cession n'a pas été ainsi rendue opposable aux tiers, le débiteur cédé peut se comporter comme si elle n'existait pas.

Il pourra ainsi refuser de s'acquitter de la dette entre les mains du cessionnaire.

Le paiement fait par le débiteur cédé au cédant est également valable et le libère de sa dette, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il avait connaissance de la cession (article 1691 du Code civil).

Il a ainsi été jugé que le débiteur cédé avait valablement interjeté appel du jugement contre le cédant de la créance en litige, dans la mesure où la cession de sa dette au cessionnaire ne lui avait pas été notifiée au moment où il avait interjeté appel, cette notification n'étant intervenue que dans l'acte d'intervention volontaire signifié par le cessionnaire ultérieurement⁵.

366. Une fois remplies les formalités d'opposabilité au tiers imposées par la loi, le cessionnaire devient le seul créancier du débiteur cédé.

Le cessionnaire de la créance peut ainsi opposer ses droits sur la créance à la masse des créanciers de la faillite du cédant, lorsque les formalités d'opposabilité de la cession de la créance ont été accomplies avant le jugement déclaratif de la faillite du cédant⁶, en fait avant l'heure 0 du jour du jugement déclarant la faillite.

⁵ Cour d'appel, 20 février 2002, n° 25002, BJJ, 2003, p. 9

⁶ Cour d'appel, 28 avril 1999, Pas., 31, p. 141

Le cessionnaire devient créancier envers le cédé à concurrence du montant nominal de la créance et bénéficie corrélativement des accessoires de cette créance, c'est-à-dire des sûretés dont elle est assortie (article du 1692 du Code Civil), mais également des actions en justice en résolution ou en annulation, ou le titre exécutoire.

Corrélativement, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant, dès lors que ces exceptions sont nées antérieurement à l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil (délai de paiement, exceptions de nullité...). Il peut également invoquer, à l'égard du cessionnaire, la compensation de la créance cédée avec une créance dont il dispose contre le cédant, si cette dernière créance est née avant le moment où la cession lui devient opposable et qu'elle devient exigible avant la créance cédée ou simultanément (article 1295 du Code civil).

367. Il a ainsi été jugé que la cession de créance ne peut nuire au débiteur cédé, qui conserve à l'égard du cessionnaire les exceptions qu'il pourrait opposer au créancier cédant, dont l'exception d'inexécution, et ce même s'il est privé du bénéfice de la compensation en raison de la faillite du créancier cédant. Le tribunal a considéré que le débiteur cédé pouvait s'opposer au paiement qui lui est réclamé en faisant valoir que le matériel livré, et faisant l'objet des factures litigieuses, présentait de nombreux vices et malfaçons qu'elle a dénoncés à son fournisseur. Or si le client débiteur soulève des réclamations quant à la qualité du travail effectué ou de la marchandise livrée, la jurisprudence et la doctrine retiennent que pareilles exceptions sont opposables à la société de factoring, si le débiteur cédé rapporte la preuve de ses allégations, même si le vice n'est apparu qu'après la subrogation. La réclamation adressée au fournisseur est valable, mais à charge pour le débiteur cédé d'informer la société de factoring de ses contestations et ce dès l'obtention de la première invitation à se libérer de sa dette, et même s'il en a déjà au préalable informé son fournisseur⁷.

Dans une autre affaire, le débiteur cédé s'opposait à la demande de paiement du cessionnaire, en alléguant que des problèmes techniques avaient été découverts, rendant toute l'installation inutilisable. Il soulevait, en raison de cette mauvaise exécution des travaux, l'exception d'inexécution et prétendait qu'aucune cession de créance n'avait pu s'opérer en l'absence de créance dans le chef du cédant. La Cour a d'abord rappelé que, en principe, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions

⁷ Trib. Luxembourg, 20 juillet 2001, n° 49020

qu'il aurait pu opposer au cédant. Mais, elle précise qu'échappe cependant au principe de l'opposabilité des exceptions, la cession acceptée par le débiteur avec engagement personnel envers le cessionnaire. Or, en l'espèce, le débiteur cédé avait signé une convention avec le cessionnaire, par laquelle il a accepté la cession de créance mais a aussi – en modulant le montant initial de sa dette et en liant sa dette à la réparation des inétanchéités – pris un engagement personnel à l'égard du cessionnaire. Comme il y a eu en l'espèce acceptation avec engagement personnel du débiteur cédé, celui-ci ne pouvait plus opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution et l'exception de compensation tirées de sa relation avec le créancier cédant⁸.

⁸ Cour d'appel, 24 octobre 2007, n° 31811, BJL, 2007, p. 192

CHAPITRE II. CERTAINS RÉGIMES PARTICULIERS DE CESSIION DE CRÉANCE

368. Une créance contestée peut être cédée.

Si la créance cédée est litigieuse à la date de la cession, c'est-à-dire si une procédure était engagée portant sur le droit, respectivement l'existence ou la validité de cette créance, le débiteur cédé bénéficie du droit au retrait litigieux (article 1700 du Code civil).

Le débiteur cédé pourra ainsi se libérer de sa dette en remboursant au cessionnaire le prix effectif que celui-ci a perçu pour la cession, augmentée des frais éventuels et des intérêts au jour du paiement (article 1699 du Code civil).

Certains débiteurs ne bénéficieront pas de ce droit au retrait litigieux. Il en va aussi en cas de cession du droit litigieux à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé, de la cession du droit litigieux à un créancier à titre de dation en paiement ou au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux (article 1701 du Code Civil).

369. La cession de certaines créances peut également faire l'objet d'un régime juridique particulier expressément prévu par la loi.

Les articles 118 et 119 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance prévoient le droit pour le preneur d'assurance de céder ses droits résultant du contrat d'assurance-vie. Cette cession ne peut néanmoins être opérée que par avenant au contrat signé par le preneur cédant, le cessionnaire et l'assureur. Toutefois, le preneur d'assurance peut stipuler dans le contrat qu'à son décès, tout ou partie de ses droits seront transmis à la personne désignée à cet effet¹.

Les salaires et autres rémunérations ne peuvent être cédés que dans les cas et suivant les formes prévues par la loi du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et

¹ Voyez R. BIENIUS, « L'assurance du particulier – assurances de personnes », T.2, éd. Promoculture (2010), p. 116, n° 13.7

rentes et le Règlement Grand-Ducal du 26 juin 2002 fixant les taux de cessibilité et de saisissabilité des rémunérations de travail, pensions et rentes².

La loi de 22 mars 2004 relative à la titrisation organise également un mécanisme particulier de cession de créances. Elle permet à un organisme de titrisation d'acquérir un portefeuille de créance, et de financer l'acquisition de ces créances en émettant des instruments financiers qu'il va librement placer auprès d'investisseurs. Chacun des investisseurs sera alors titulaire d'une partie du portefeuille des créances et va avoir le droit d'être payé lorsque ces créances seront honorées. La cession de créance à un organisme de titrisation prend effet entre parties et à l'égard des tiers dès l'accord de cession et sans autre formalité. Lorsque la créance cédée est une créance future, la cession est subordonnée à la naissance de la créance, mais prendra ensuite également effet, entre parties et à l'égard des tiers, dès l'accord de cession et sans autre formalité et cela nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du cédant avant sa naissance³.

Les prestations familiales ne peuvent, quant à elles, être cédées que dans des cas strictement prévus par l'article 314 du Code de la Sécurité Sociale.

370. La législation sur les sociétés civiles et commerciales prévoit un régime spécifique de cession des droits des associés, interdisant ou modalisant pareille cession pour certaines d'entre elles.

L'article 1861 du Code civil prévoit qu'un associé ne peut pas céder librement ses parts dans la société⁴.

Une telle cession sera néanmoins possible de l'accord unanime des autres associés. Les statuts pourront également prévoir que la cession des parts est autorisée moyennant un agrément de la majorité des associés. Lorsque la cession des parts est possible, elle ne sera cependant opposable au tiers que moyennant le respect de la notification prévue à l'article 1690 du Code civil. La loi autorise néanmoins l'associé à conclure une convention par laquelle il partage les pertes et les bénéfices résultant de sa participation dans la société avec un tiers, et sans le consentement des autres associés (convention de croupier).

² Voyez T. HOSCHEIT, « Les saisies-arrêts et cessions spéciales », éd. Bauler (2000), notamment p. 50 et s., n° 79 et s.

³ Voyez A. PRÜM & csrts, « La titrisation », éd. Anthémis (2008).

⁴ A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St Paul, p. 278, n° 307 et s. ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd. (2011), éd. Legitec, p. 683 et 693-694.

Ce régime limité de cession des parts d'associés s'applique à la société civile, la société en nom collectif et la société en commandite simple.

Les parts sociales de la société coopérative sont, quant à elles, incessibles à des tiers (article 113 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). Cette incessibilité est absolue. Un associé peut néanmoins céder ses parts à un autre associé si les statuts l'autorisent. Un associé peut se retirer de la société et se faire rembourser ses parts sociales par la société (article 120 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). Ce principe s'applique à la société coopérative créée sous forme de société anonyme⁵.

Les parts sociales des sociétés à responsabilité limitée sont non négociables et leur transmission fait également l'objet d'un régime juridique particulier prévu par la loi. La cession des parts sociales d'une Sàrl à des tiers n'est possible que moyennant l'autorisation des détenteurs de 75 % du capital social, ou à une majorité plus élevée si les statuts le prévoient. La cession des parts sociales à un autre associé est par contre libre, sauf si les statuts y déroge, par exemple en prévoyant un agrément préalable du cessionnaire (article 189 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). La cession doit être constatée par écrit et est rendue opposable à la société et aux tiers moyennant le respect de la notification prévue à l'article 1690 du Code civil à la société (article 190 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales)⁶.

371. La législation luxembourgeoise organise également la cession de créance à titre de garantie.

Les articles 13 et 14 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière prévoient le droit pour un débiteur de céder la propriété d'une créance à son créancier à titre de garantie.

Le débiteur peut ainsi céder sa créance contre un tiers en vue de garantir ses obligations financières (ou celle d'un tiers) envers le cessionnaire, le cessionnaire s'engageant à retransférer la créance cédée, ou d'autres avoirs équivalents selon la convention des parties, sauf en cas d'inexécution totale ou partielle des obligations financières couvertes.

En cas d'inexécution totale ou partielle des obligations financières couvertes, le cessionnaire est libéré de son obligation de retransfert à concur-

⁵ A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St Paul, p.550, n° 625 ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd (2011), éd. Legitec, p. 699-700

⁶ A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd (2011), éd. St Paul, p. 616 et s., n° 712 et s ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd (2011), éd. Legitec, p. 663

rence du montant de sa créance sur le cédant ou le tiers garanti, sans mise en demeure préalable.

Le débiteur pourrait également céder sa créance par voie fiduciaire, en convenant avec son créancier de conclure un contrat de fiducie-sûreté organisée par la loi du 27 juillet 2003 sur les contrats fiduciaires.

Le fiduciaire doit alors être un professionnel de la finance.

Un contrat fiduciaire est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciant, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et la créance cédée à titre fiduciaire ne fait donc pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire.

La cession de créances à titre fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion. Néanmoins, le débiteur se libère valablement entre les mains du fiduciant tant qu'il n'a pas connaissance du transfert.

Est nulle toute stipulation reprise dans le contrat fiduciaire ayant pour objet ou pour effet de dispenser le fiduciaire de verser au fiduciant, ou au tiers bénéficiaire, le solde net résultant de la différence entre la valeur, au jour de la réalisation, des biens constituant la garantie et le montant des créances garanties⁷.

⁷ P. HOSS, P. SANTER, « Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois », In Droit bancaire et financier au Luxembourg, V.2, éd. Larcier – ALJB (2004), p. 816 et s., n° 24-55 et s.

CHAPITRE III. LES TITRES NÉGOCIABLES ¹

372. Une créance peut être incorporée dans un titre négociable, qui est un écrit qui confère par lui-même, à celui qui en est le possesseur légitime, certains droits, qu'il va pouvoir céder à des tiers par la transmission de ce titre.

Constituent de tels titres négociables les effets de commerce qui sont des instruments de paiement ou de crédit, tels la lettre de change ou le chèque, les instruments financiers -tels les actions, obligations ou les dérivés de ces titres- représentant des droits dans des sociétés commerciales de capitaux, ou encore les titres concrets qui sont des titres créés par la pratique commerciale et destinés à matérialiser des marchandises tels les connaissements maritimes ou les polices d'assurance des marchandises.

La jurisprudence luxembourgeoise a récemment reconnu qu'à côté des titres dont le régime est spécifiquement organisé par une loi ou par les usages commerciaux, il peut exister d'autres titres négociables. Elle a reconnu que les parties peuvent convenir de créer un titre négociable qui sort de ces moules préétablis juridiquement et, qu'avec l'accord du débiteur, toute obligation quelconque est susceptible de donner lieu à la rédaction d'un titre négociable, sauf les exceptions prévues par la loi ².

Ces titres, et les droits qu'ils intègrent, vont pouvoir être cédés par leur titulaire sans devoir respecter le formalisme prévu par l'article 1690 du Code civil.

Par contre, la cession d'un portefeuille de titres ne va pas avoir les mêmes effets. Dans une espèce soumise à la Cour, le demandeur entendait faire découler de la notion d'universalité de fait, appliquée au portefeuille de valeurs mobilières, la conséquence que ce portefeuille se transmettait avec toutes les situations actives et passives, de sorte que l'acquéreur de cette universalité était autorisé à faire valoir les droits nés antérieurement

¹ Voyez P. MOUSEL, F. FAYOT, « La circulation des titres », In Droit bancaire et financier au Grand-duché de Luxembourg, V.3, éd. Larcier – ALJB (2004), p. 1356 et s., n° 39-49 et s.

² Cour d'appel, 12 juillet 2006, Bull. Dr. et Banque, 2008, n° 42, p. 56 ; Trib. Luxembourg, 18 mars 2004, n° 100/04 (chèques de voyage) ; S. CONIN, J. SCHAFFNER, « Les titres et instruments financiers innomés, aspects juridiques et fiscaux », In Droit bancaire et financier au Luxembourg, V.3, éd. Larcier – ALJB (2004), p. 1411 et s., n° 41-1 et s.

à son acquisition, à condition que ces droits soient inhérents à la chose. Il estimait qu'elle était donc en droit d'exercer une action en dommages et intérêts en raison d'une gestion déficiente de ce portefeuille effectuée avant qu'elle ait acquis le portefeuille.

La Cour a d'abord relevé que la qualité d'universalité de fait a été parfois reconnue afin d'attirer en son sein, par adjonction, et pour leur étendre son statut, les éléments nouveaux qui se rattachent par leur nature, leur fonction ou leur origine à ses éléments préexistants. Elle a pour but d'éviter le risque d'une dispersion de la nature juridique du contenu de cette universalité.

Mais, précise la Cour, il ne peut pas être déduit de cette notion la conséquence, qu'en raison de l'universalité de fait que constituerait le portefeuille de valeurs mobilières litigieux, les actions ayant appartenu au cédant en rapport avec ce portefeuille seraient inhérentes à ce portefeuille et partant transmises au cessionnaire³.

373. Le titre négociable peut être au porteur. Il ne mentionne alors pas l'identité du titulaire du titre.

Le transfert des droits intégrés dans ce titre se réalise par la simple tradition matérielle du titre à un nouveau titulaire.

Le titre négociable peut également être à ordre.

Il sera alors transmis par endossement. L'endossement s'effectue par la remise du titre avec la mention de la cession inscrite, en principe, au dos du titre. Celui qui remet le titre est l'endosseur, celui qui le reçoit l'endossataire. L'endossement doit être inscrit sur le titre ou sur une feuille qui lui est attachée (allonge).

Pour que l'on puisse considérer qu'il y a un endossement translatif du titre, il suffit que la signature de l'endosseur légitime soit reprise sur le dos du titre ou sur l'allonge. L'endos ne doit pas être daté ni mentionner le nom du bénéficiaire et le titre ne doit pas nécessairement être remis à son nouveau bénéficiaire⁴.

Il a par contre été jugé que le cachet commercial d'une société apposée sur le chèque pour endossement, même s'il comporte le nom de la société, son adresse et son numéro de téléphone, ne peut tenir lieu de signature et donc réaliser un endossement valide⁵.

³ Cour d'appel, 28 février 2008, n° 32320, BJJ, 2008, p. 222

⁴ Cour d'appel, 6 décembre 2006, Pas., 33, p. 366 ; Cour d'appel, 7 mars 2001, Codex, 2001/5, p. 133 ; Trib. Luxembourg, 19 mars 2008, n° 100486

⁵ Trib. Luxembourg, 19 mars 2008, n° 100486

Lorsque le titre est valablement endossé, il réalise le transfert de la propriété du titre et de tous les droits résultant de celui-ci.

L'endossataire sera considéré comme le porteur légitime du titre du seul fait qu'il justifie d'une suite ininterrompue d'endossements, et cela même si le dernier endossement est en blanc⁶.

374. Certains titres négociables sont des titres nominatifs.

Il s'agit de titres qui résultent de l'inscription du nom du propriétaire dans un registre, inscription qui permet à son titulaire d'exercer les droits attachés aux titres.

Le titre nominatif est un titre négociable dans la mesure où l'inscription matérialise les droits du titulaire.

La transmission du titre nominatif, et des droits qui y sont attachés, est réalisée entre les parties par l'échange des consentements et est rendue opposable au tiers par le changement de l'inscription reprise dans le registre.

Les mentions du registre ne constituent cependant pas une preuve irréfutable de propriété.

Il a ainsi été jugé que l'article 40 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoit que la propriété de l'action nominative s'établit par une inscription sur le registre prescrit à cet effet. L'inscription au registre des actions nominatives constitue donc un moyen de preuve de la propriété des actions. Mais il ne s'agit là que d'une présomption simple et l'inscription ne peut pas être considérée comme le titre de propriété en soi. La société doit tenir ce registre scrupuleusement à jour et lorsque la société a inscrit sur son registre qu'une personne est actionnaire, celle-ci peut s'en prévaloir et l'inscription fait preuve contre la société. Si la société veut contester les droits de la personne ainsi inscrite dans les registres, elle devra établir que l'inscription a été faite par erreur ou à la suite d'une manœuvre dolosive.

Par contre, l'associé qui veut contester l'inscription dans le registre peut apporter la preuve de sa qualité d'actionnaire par tous autres moyens.

L'actionnaire a le droit de demander un certificat constatant son inscription au registre, mais ce certificat n'a pas force probante⁷.

⁶ Cour d'appel, 6 décembre 2006, Pas., 33, p. 366 ; Cour d'appel, 7 mars 2001, Codex, 2001/5, p. 133

⁷ Cour d'appel, 8 novembre 2005, n° 29357, cité au Ann. Dr. Lux., 2006, n° 16, p. 485 ; Cour d'appel, 30 octobre 2002, n° 25762, BJL, 2003, p. 26 ; Trib. Luxembourg, 1 décembre 2004, n° 87256, BJL, 2005, p. 128 ; Trib. Luxembourg, 25 juin 2004, n° 88320, 88321, 88322, BJL, 2004, p. 206

375. Il existe enfin une catégorie de titres négociables plus récente, à savoir les titres dématérialisés.

Les titres dématérialisés sont constitués par des inscriptions dans un compte tenu par un teneur de compte au nom de leur propriétaire. La transmission des titres et des droits qui y sont attachés est réalisée par un virement, opéré par le teneur de compte, du compte du titulaire vers le compte du nouvel acquéreur.

A l'heure actuelle le droit des sociétés luxembourgeoises n'envisage que l'émission de titres au porteur et de titres nominatifs.

Seuls la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation et le Règlement Grand-Ducal du 19 décembre 2002 fixant les conditions et les modalités d'émission d'emprunts d'État, permettent explicitement l'émission de titres dématérialisés, sans cependant prévoir de régime spécifique pour ces titres⁸.

Il est néanmoins admis que l'émission de titres dématérialisés est permise au Luxembourg⁹.

La jurisprudence luxembourgeoise a confirmé l'usage bancaire qui consiste à dématérialiser un titre négociable, et cela même en l'absence d'une législation spécifique sur la dématérialisation de titres.

La pratique luxembourgeoise des affaires admet le procédé de dématérialisation des titres nominatifs, par lequel on remplace l'inscription existante dans le registre tenu par l'émetteur au nom d'une personne par une nouvelle inscription au nom d'une autre personne.

Cette même pratique admet que le propriétaire se fasse inscrire dans le registre des titres par l'intermédiaire d'un prête-nom, appelé nommée.

Le but de l'opération est de porter les actions figurant sur ce titre sur le compte en banque du titulaire du titre et de permettre qu'une fois inscrites sous forme informatique, le donneur d'ordre ait la possibilité d'intervenir sur le marché boursier sans délai en vue de les vendre.

Cette dématérialisation nécessite, pour pouvoir inscrire les titres sur un compte en vue de leur vente et modifier le nom figurant sur le registre de l'émetteur des titres, que les titres, ou le certificat, soient transmis à l'émetteur.

⁸ Un projet de loi n° 6327 relatif aux titres dématérialisés a été déposé à la Chambre des représentants le 12 septembre 2011. Voyez N. BONARA, « Projet de loi 6327 : l'entrée du droit luxembourgeois des titres dans une ère nouvelle », *JurisNews – Droit des sociétés*, 2012/2-3, p. 175

⁹ Voyez P. MOUSEL, F. FAYOT, « La circulation des titres », In *Droit bancaire et financier au Grand-duché de Luxembourg*, V. 3, éd. Larcier (2004), p. 1325, n° 39-11

Dans une espèce, l'opération nécessitait donc l'envoi du certificat au dépositaire à Copenhague, qui l'aurait ensuite transmis à un sous-dépositaire à New York, lequel l'aurait transmis à son agent de transfert. Le même chemin devait être utilisé pour confirmer la dématérialisation des titres, formalités nécessaires pour que les actions inscrites au certificat puissent ensuite être inscrites sur un compte ouvert auprès de la banque. La Cour a donc constaté que la banque, en envoyant le certificat à la société émettrice des actions aux fins de modification du nom du porteur, s'est pliée à la pratique bancaire luxembourgeoise de dématérialisation et que, en procédant de la sorte, elle a suivi la procédure admise par les usages bancaires luxembourgeois de sorte que sa responsabilité n'était pas engagée de ce chef¹⁰.

¹⁰ Cour d'appel, 16 mars 2005, DAOR, 2007, n° 82, p. 239 et note A. DE JERPHANION

CHAPITRE IV. LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DE PATRIMOINE

SECTION 1. LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DE PATRIMOINE D'UNE PERSONNE PHYSIQUE

376. Il existe à notre connaissance deux cas dans lesquels il peut y avoir une transmission universelle, ou à titre universel, de patrimoine entre vifs de personnes physiques.

Il s'agit d'abord du transfert de patrimoine professionnel visé aux articles 308bis-6 et s. de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales¹.

Une personne physique peut transférer tout ou partie de son patrimoine professionnel à un autre sujet de droit dans le cadre d'une affectation professionnelle.

Le transfert de patrimoine entraîne de plein droit la transmission des actifs et passifs affectés à l'activité – et énumérés dans un inventaire – au profit du reprenant (article 308bis-13 (1) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

Il y a donc ainsi un transfert à titre universel de patrimoine, le reprenant devenant titulaire des droits et contrats affectés à l'activité, et devant également en assumer les dettes. Ce transfert s'opère de plein droit, et donc sans que les parties ne doivent respecter les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil.

Le transfert de patrimoine n'aura néanmoins d'effet à l'égard des tiers qu'à dater de la publication au Mémorial C du projet de contrat de trans-

¹ J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} ed. (2011), éd. Legitec, p. 830 et s. ; J.P. SPANG, « Les restructurations d'entreprises », In Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, éd. Larcier (2008), p. 100 et s. ; R. BAHAR, « Le transfert de patrimoine professionnel – une contribution helvétique au droit des sociétés », In Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés luxembourgeois, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, éd. Larcier (2008), p. 109 et s.

fert (article 308bis-12 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

Le transfert des droits de propriété industrielle et intellectuelle, et le transfert des droits réels autres que les sûretés réelles sur meubles et immeubles, ne seront opposables aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations (article 308bis-13 (2) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

Le cédant reste solidairement tenu avec le reprenant des dettes nées avant le transfert de patrimoine pendant trois années. Dans certains cas, les parties au transfert devront également fournir des sûretés aux créanciers antérieurs à la cession, ou payer anticipativement la dette due à ces créanciers (article 308bis-11 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

377. L'autre cas dans lesquels il peut y avoir une transmission universelle de patrimoine entre vifs de personnes physiques est l'institution contractuelle prévue par les articles 1082 et 1093 du Code civil.

Il s'agit du mécanisme par lequel une personne, l'instituant, dispose pour le temps où il ne sera plus, de tout ou partie de ses biens en faveur d'une autre, l'institué, qui l'accepte.

Une telle institution ne peut être accordée que par des instituteurs au profit d'époux et par contrat de mariage, ou entre époux par contrat de mariage.

L'institution peut avoir pour objet une universalité.

SECTION 2. LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DE PATRIMOINE D'UNE PERSONNE MORALE

378. La législation applicable aux personnes morales organise différents cas de transmission universelle de patrimoine².

Il en va ainsi en cas de fusion et de scission des sociétés, pour les opérations qui sont assimilées à ces opérations par la loi, et pour le transfert d'universalité.

² A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St Paul, p.387 et s., n° 422 et s. ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd. (2011), éd. Legitec, p. 791 et s. ; J.P. SPANG, « Les restructurations d'entreprises », In Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, éd. Larcier (2008), p. 75 et s.

La fusion de société s'opère soit par absorption d'une ou de plusieurs sociétés par une autre, soit par constitution d'une nouvelle société. La fusion par absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre société préexistante, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine (article 259 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). La fusion par constitution d'une nouvelle société est l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une société qu'elles constituent, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement (article 260 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

La scission d'une société peut également s'opérer par absorption, par constitution de nouvelles sociétés ou par une combinaison des deux procédés. La scission par absorption est l'opération par laquelle une société transfère, par suite de sa dissolution sans liquidation, à plusieurs autres sociétés l'ensemble ou une partie de son patrimoine, activement ou passivement (article 287 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). La scission par constitution de nouvelles sociétés est l'opération par laquelle une société transfère, par suite de sa dissolution sans liquidation, à plusieurs sociétés nouvellement constituées, l'ensemble ou une partie de son patrimoine, activement ou passivement (article 288 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

La fusion et la scission entraînent de plein droit la transmission universelle, tant à l'égard des tiers que à l'égard de la société absorbée et la société absorbante ou la société scindée et les sociétés bénéficiaires, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante ou de la société scindée aux sociétés bénéficiaires (articles 274 (1), 277, 303 (1) et 307 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

Ces transferts n'ont d'effet à l'égard des tiers qu'après la publication au Mémorial C des actes décidant de ces opérations par chacune de sociétés concernées (articles 273 (1) et 277, 302 (1) et 307 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

Le transfert des droits de propriété industrielle et intellectuelle, ainsi que des droits réels autres que les sûretés réelles sur meubles et immeubles, n'est opposable aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations (articles 274 (2), 277, 302(2) et 307 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

Les créanciers des sociétés qui fusionnent ou de celles qui se scindent, dont la créance est antérieure à la date de la publication des actes annon-

çant l'opération au Mémorial C peuvent, dans les deux mois, demander, au Président de la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement siégeant comme en référé, la constitution de sûretés pour des créances échues ou non échues, au cas où l'opération de fusion ou de scission constitue un risque pour leurs droits et que la société n'a pas fourni les garanties adéquates (articles 268 (1), 277, 297 (1) et 307 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

La fusion ou la scission d'une société opère donc un transfert universel de patrimoine entre les sociétés fusionnantes/scindées et les sociétés absorbantes/bénéficiaires. Les sociétés qui vont bénéficier de ce transfert vont donc devenir propriétaires de tous les biens et créancières de tous les débiteurs des sociétés cédantes, et cela de plein droit et donc sans autre formalité, et notamment sans devoir procéder à la notification prévue à l'article 1690 du Code civil.

Elles vont également se voir transférer de plein droit l'ensemble des dettes des sociétés fusionnantes/scindées. Dans le cadre de la scission, tous les contrats en cours seront donc également transférés aux sociétés bénéficiaires, qui vont donc devenir de plein droit partie à ces contrats, sauf clause d'incessibilité. Les contrats *intuitu personae* sont également transférés de plein droit³.

Dans une affaire soumise à la Cour, il a ainsi été décidé qu'il est de principe que, suite à la disparition d'une société ancienne par l'effet de la scission, le patrimoine de cette société est transmis aux sociétés bénéficiaires qui lui sont substituées de plein droit. Ces nouvelles sociétés deviennent les ayants cause de l'ancienne société et se retrouvent de plein droit, activement et passivement, en lieu et place de cette dernière. En l'espèce, la société bénéficiaire était devenue l'ayant cause de « l'ancienne » société, en reprenant – entre autres – les litiges afférents aux comptes énumérés dans le projet de scission. La demanderesse (et appelante) faisait valoir qu'elle n'avait pas été informée, ni de la scission de l'ancienne société en deux entités nouvelles, ni de la reprise de la gestion de son compte par une nouvelle société. Elle soutenait, en se prévalant du projet de scission, que les titulaires de compte dont la gestion avait été reprise par la société bénéficiaire ne sauraient être assimilés à des « tiers », de sorte que le principe de l'exécution de bonne foi des conventions imposait à « l'ancienne » société, l'obligation d'informer les titulaires des comptes qu'une nouvelle société allait gérer leur compte. Elle prétendait que, à défaut

³ A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} ed. (2011), éd. St Paul, p.404, n° 441 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.3, éd. Bruylant (2010), p. 1928, n° 1379

d'une telle information et faute par elle de revêtir la qualité de « tiers » par rapport à « l'ancienne » société, la scission publiée au Mémorial, ne lui était pas opposable et qu'en conséquence l'appel dirigé à l'encontre de « l'ancienne » société était recevable. La Cour a rejeté cet argument. Elle rappela d'abord que la scission n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après la publication au Mémorial C pour chacune des sociétés participant à la scission. Les « personnes tierces » sont – d'une manière générale – toutes les personnes, excepté les associés, qui traitent ou veulent traiter avec l'institut en question. Parmi ces personnes figurent également les titulaires des comptes et la demanderesse était par conséquent à considérer comme constituant un « tiers » auquel la scission peut être opposée après avoir été publiée au Mémorial. La scission a, de plein droit, comme effet que la société scindée cesse d'exister. L'« ancienne » société avait donc cessé d'exister à partir de la date de la publication de la scission. Cela avait notamment pour conséquence qu'il aurait appartenu à l'avocat de se constituer pour la société bénéficiaire. De même, l'acte d'appel aurait dû être signifié non pas à « l'ancienne » société qui avait perdu toute qualité de sujet de droit, mais à la société bénéficiaire. L'appel qui avait été dirigé contre une personne morale qui n'avait plus d'existence a, par conséquent, été déclaré irrecevable⁴.

Une société peut également transférer, sans dissolution, l'intégralité de son patrimoine à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles, en appliquant à cette opération le régime juridique de la scission. Dans ce cas, l'apport entraîne également de plein droit le transfert à la société bénéficiaire des actifs et des passifs qui s'y rattachent (article 308bis-4 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

379. La loi sur les sociétés organise également certains cas de transfert de patrimoine à titre universel.

Une société peut ainsi apporter une partie de son actif, ou une branche d'activité, à une autre société sous le régime juridique de la scission de société.

Dans ce cas, l'apport entraîne de plein droit le transfert à la société bénéficiaire des actifs et des passifs qui s'y rattachent (articles 308bis-2 et 308bis-3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales).

La Cour l'a expressément confirmé dans une espèce. Elle a ainsi décidé que la cession d'une branche d'activité opérée, de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une trans-

⁴ Cour d'appel, 19 janvier 2005, DAOR, 2006, n° 78, p. 158 et note G. SCARDONI

mission universelle de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport. Cette transmission n'est pas soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil. En l'espèce, il résultait de l'extrait du Mémorial C, et du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la société, que la société bénéficiaire était devenue titulaire des droits relatifs à la constitution, la domiciliation et la gestion administrative des sociétés luxembourgeoises et étrangères. Le fait qu'un cocontractant n'ait pas eu connaissance personnelle de la susdite scission a donc été jugé inopérant⁵.

Une société peut également transférer tout ou partie de son patrimoine professionnel à un autre sujet de droit dans le cadre d'une affectation professionnelle (articles 308bis-6 et s. de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales), comme décrit supra point 376.

⁵ Cour d'appel, 10 janvier 2007, n° 29444, BJJ, 2007, p.67

CHAPITRE V. LA TRANSMISSION DE DETTES

SECTION 1. LA DÉLÉGATION

380. La délégation est l'opération juridique par laquelle une personne, appelée délégué, s'oblige envers une deuxième personne, le délégataire, à la demande d'une autre personne appelée le déléguant (article 1275 du Code civil).

La délégation n'opère pas libération du débiteur originaire – le déléguant – envers son créancier originaire – le délégataire (article 1275 du Code civil). C'est la raison pour laquelle on qualifie généralement la délégation de « délégation imparfaite ».

Le délégataire devient ainsi créancier de deux débiteurs. L'engagement du délégué a, en effet, pour objet la même obligation que celle du déléguant¹. C'est en cela que la délégation est un mécanisme de transmission d'une obligation.

Pour que l'on soit en présence d'une délégation il faut que l'engagement personnel pris par le délégué le soit à la demande du déléguant, débiteur originaire de l'obligation. Il faut également que le créancier délégataire accepte cet engagement, même si cette acceptation peut être tacite.

Lors que le délégataire décharge expressément le déléguant de ses obligations au moment où il reçoit l'engagement du délégué, la délégation est alors généralement qualifiée de « parfaite » ou de « novatoire » (article 1275 du Code civil). Selon nous, on sera alors en présence d'une novation par changement de débiteur (infra points 532 et s.), qui est une cause d'extinction des obligations, et non pas en présence d'une délégation qui a pour effet de transmettre une dette à un nouveau débiteur.

¹ Trib. Luxembourg, 14 mars 2002, n° 69695

381. La jurisprudence a eu l'occasion d'analyser dans quelles conditions il est possible de considérer que des justiciables avaient entendu faire appel au mécanisme de la délégation.

Dans une espèce soumise au tribunal, une société avait vendu des biens à des acheteurs. Par la suite, les parties avaient entendu faire bénéficier une autre société des effets du contrat. A ce titre, la société vendeuse avait adressé à l'autre société une facture pour une remorque et un document lui réclamant le solde du prix de vente, ainsi que des intérêts de retard.

La société vendeuse fondait sa demande en paiement du solde du prix de vente sur le mécanisme de la délégation imparfaite. Elle faisait donc valoir que l'autre société ne saurait invoquer les exceptions qui auraient pu être soulevées par les acheteurs et que la résolution partielle de la vente n'avait pas d'influence sur le mécanisme de la délégation imparfaite. Le tribunal a rejeté cette qualification. Il a rappelé que la délégation est l'acte juridique par lequel une personne, appelée le délégant (les acheteurs) invite une deuxième, le délégué (l'autre société), à contracter une obligation au profit d'une troisième, le délégataire (la société vendeuse). Le délégué souscrit donc un nouvel engagement à l'égard du délégataire et l'obligation à l'égard du délégataire naît de la délégation. Pour le tribunal, en l'espèce, il avait été dans l'intention de toutes les parties de faire bénéficier la société des effets du contrat. Il n'avait pas été dans l'intention des parties d'instaurer un mécanisme de délégation. Les acheteurs avaient simplement cédé le contrat à la société².

Cette décision est dans la lignée d'un arrêt de la Cour qui avait déjà considéré que la création d'une nouvelle société, dont l'objet social est de prendre en charge l'acquisition de contrats conclus par une autre société, ne constitue pas une délégation imparfaite³.

Dans ces espèces donc, les juridictions ont constaté que ce que les parties ont entendu faire, était de permettre à la société cessionnaire de bénéficier à la fois des aspects actifs et des aspects passifs du contrat signé initialement. Les parties n'avaient donc pas entendu « simplement ajouter » un débiteur aux débiteurs existants. Elles ont donc rejeté la qualification de délégation imparfaite à ces opérations.

² Trib. Luxembourg, 8 avril 2011, n° 130251, BJJ, 2011, p. 66. Dans la suite de son jugement, le tribunal a considéré que cette cession de contrat ne libère pas le débiteur originnaire de sa dette. Comme la société vendeuse avait accepté d'avoir un nouveau débiteur, mais n'avait jamais manifesté son intention de libérer ses débiteurs d'origine, le tribunal a considéré que l'autre société était tenue avec les acheteurs des engagements pris dans le cadre du contrat. Cette dernière partie de ce jugement fait une mauvaise application des principes applicables en matière de cession de contrats, supra points 179 et s.

³ Cour d'appel, 9 février 2000, Pas., 31, p. 356 ; Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 65

382. La délégation a d'abord pour effet de créer un rapport obligatoire entre le délégué et le délégataire. Le délégué est tenu avec le délégant d'exécuter l'obligation envers le créancier délégataire.

Mais le rapport créé par la délégation est un engagement abstrait. L'engagement pris par le délégué envers le délégataire étant valable indépendamment de toute considération de sa cause.

Le délégué ne pourra également invoquer envers le créancier délégataire aucune exception résultant de ses rapports avec le délégant, ni d'exception résultant du rapport existant entre le délégant et le délégataire⁴.

Le paiement de la dette par le délégant libérera néanmoins le délégué de son obligation envers le créancier délégataire.

La délégation n'a pas pour effet de libérer le délégant de son obligation envers le créancier délégataire. La délégation ne modifie pas la relation d'obligation existant entre le délégant et le délégataire, qui va conserver toutes ses obligations à l'égard du créancier délégataire, mais également toutes les exceptions dont il disposait à son encontre.

Le paiement effectué par le délégué libérera le délégant à l'égard du délégataire.

La nature de la relation existant entre le délégant et le délégué va dépendre des relations juridiques particulières qui existent entre eux. Étant donné le caractère abstrait de la délégation, ce rapport délégant/délégué va demeurer étranger à la délégation et ne va pouvoir être opposé ni par le délégué ni par le délégant au créancier délégataire.

La question de savoir si le délégant doit rembourser le délégué qui aurait payé le délégataire va dépendre de la nature de leur relation personnelle, le délégué pouvant avoir agi dans une intention libérale envers le délégant.

383. À l'heure actuelle, la délégation fonde surtout deux institutions.

Le paiement par carte bancaire, qu'il s'agisse d'une carte de paiement ou d'une carte de crédit, est une application du mécanisme de la délégation.

Le porteur de la carte qui paye un achat (ou un service) chez un commerçant en introduisant sa carte dans le terminal électronique du commerçant et en composant son code invite son banquier, auprès de qui son compte est ouvert et qui a émis la carte, à payer le commerçant, ce que le ban-

⁴ Trib. Luxembourg, 2 mai 1996, Pas., 30, p. 219

quier accepte. Il agit donc en tant que déléguant qui invite le banquier délégué à honorer le commerçant délégataire.

De même, l'émetteur d'une carte de crédit qui remet une carte à son client prend un engagement envers le cocontractant de son client de payer le montant débité par le client à l'aide de cette carte.

En vertu de l'autonomie juridique des obligations existantes, le titulaire de la carte ne pourra pas refuser de rembourser l'émetteur de la carte en prétextant une mauvaise exécution du contrat par le commerçant, et l'émetteur de la carte ne pourra pas plus opposer au commerçant des exceptions fondées sur ses relations avec le titulaire de la carte⁵.

La délégation est également utilisée comme un mécanisme de sûreté, du fait de son double mécanisme d'abstraction.

Le créancier délégataire bénéficie en effet de deux débiteurs, et les autres garanties, gages et avals, qui garantissaient antérieurement la créance restent maintenues. L'obligation du délégué envers le délégataire étant une obligation nouvelle et autonome, le premier ne peut opposer au second aucune exception, ni aucun moyen de défense qu'il prétendrait tirer de ses relations avec le délégant ou encore du rapport entre le délégant et le délégataire⁶.

SECTION 2. LA CESSION CONVENTIONNELLE DE DETTE

384. La cession conventionnelle de dette implique qu'une dette, telle que primitivement nouée entre deux personnes, soit transférée du cédant au cessionnaire, qui devient donc le nouvel et unique débiteur du créancier cédé. Il s'agit d'une transmission passive et à titre particulier d'une obligation.

La cession de dette n'est pas régie par le Code civil, ni par aucun texte général.

Dans son principe, la cession par la cédant de sa dette au cessionnaire, qui accepte de s'engager à l'égard du créancier cédé est valable, d'un point de vue juridique.

Une personne peut, en effet, payer la dette d'une autre (article 1236 al. 2 du Code civil). Il peut donc, à priori, prendre l'engagement de payer cette dette.

⁵ Cour d'appel, 13 juillet 1999, Pas., 31, p. 220

⁶ Trib. Luxembourg, 14 mars 2002, n° 69695

Mais cet engagement du cessionnaire ne va pas libérer le débiteur cédant de sa dette à l'égard du créancier cédé. En présence d'une telle cession, le créancier cédé pourra donc éventuellement demander le paiement de la dette au cédant et au cessionnaire (article 1275 du Code civil). On se trouve alors dans un cas de délégation.

Pour que le cédant soit libéré de tout engagement envers le créancier cédé, il faut que le créancier cédé consente à cette libération.

La jurisprudence considère que pareille libération peut être tacite, à condition qu'elle soit certaine. Il a ainsi été jugé que le seul fait pour le créancier cédé d'avoir accepté des paiements de la part du cessionnaire, ne signifie pas qu'il a accepté de libérer le cédant de ses engagements à son égard⁷.

En fait, ce n'est donc que si les conditions de la délégation parfaite/novation sont réunies (article 1275 du Code civil) qu'il y aura véritablement transfert de dette, en ce sens que le cédant va être libéré de sa dette qui va être transmise au cessionnaire.

C'est parce que la seule convention conclue entre le débiteur cédant et le cessionnaire est impuissante à libérer le cédant de son obligation à l'égard du cédé que l'on considère généralement que la cession de dette est juridiquement impossible en droit luxembourgeois.

Un tel transfert n'est possible que dans le cadre de la novation et donc, avec l'intention d'éteindre la dette initiale (infra point 535).

⁷ Voyez J.P. Luxembourg, 1 juillet 1999, Codex, 2002/9, p. 276 ; Trib. Luxembourg, 8 novembre 1933, Pas., 13, p. 408

TITRE 2

La charge de la preuve

392. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation (article 1315 du Code civil).

Ce principe est fondé sur une véritable présomption légale implicite, en vertu de laquelle la situation normale et habituelle est présumée exister. Les sujets de droit ne sont « normalement » pas liés entre eux par des liens d'obligations et si une personne affirme qu'il en est autrement, elle doit le prouver. C'est à celui qui invoque un fait contraire à cette situation à en démontrer la réalité.

En pratique, ce principe a pour fonction de déterminer qu'elle est la partie qui va succomber si la preuve n'est pas rapportée. Si un élément de preuve n'est pas rapporté, le doute qui en résulte va être retenu au détriment de la partie à qui incombait la charge de la preuve. L'article 1315 du Code civil détermine donc la répartition du risque de preuve.

De même, l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui avait la charge de la preuve. Il n'est pas suffisant de retenir la vraisemblance d'un fait pour le tenir pour établi. Un jugement ne peut être fondé sur des preuves qui laissent subsister une incertitude. C'est ainsi que, dans une espèce, une partie à une vente internationale prétendait avoir mis fin au contrat par l'envoi d'un courriel. Le cocontractant affirmait ne pas avoir reçu ce courriel. Les tribunaux avaient alors mandaté un expert, afin d'établir ce qu'il en était. Dans son rapport, l'expert était d'accord pour dire qu'il y avait une très forte probabilité que le courriel soit parvenu à la société, mais qu'il était aussi d'avis « dass daraus allerdings keine beweiskräftige Aussage abgeleitet werden kann, denn es könnte ja genau dieser Fall (à lire : que le courrier électronique n'est pas arrivé à destination) eingetreten sein ». En présence de cette incertitude, de ce doute raisonnable, la Cour a décidé qu'il n'était pas établi que le vendeur, qui avait la charge de la preuve, avait valablement résilié le contrat¹.

La partie qui a la charge de la preuve en vertu de l'article 1315 du Code Civil doit également apporter la preuve des faits négatifs dont elle se prévaut. On considère néanmoins que la partie à qui une telle preuve négative incombe peut se contenter d'établir la vraisemblance de l'élément de fait qu'il invoque.

¹ Cour d'appel, 21 décembre 2011, JTL, 2012, p. 119

393. La jurisprudence a appliqué ce principe à de nombreuses reprises. Il a été ainsi jugé que :

Celui qui prétend à l'existence d'un contrat, dont il entend retirer les droits qu'il fait valoir, doit prouver que ce contrat a été conclu ainsi que les termes de celui-ci.

Lorsque, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage conteste être redevable d'une facture car il n'a pas commandé les travaux, il appartient à l'entrepreneur de rapporter la preuve de la commande de ces travaux². A défaut pour une partie d'établir qu'elle a effectivement réalisé les travaux qu'elle a facturés, travaux dont la réalisation est contestée, celle-ci doit être déboutée de sa demande en paiement³.

Le locataire qui prétend occuper les lieux car il bénéficie d'un bail doit prouver l'existence de ce bail⁴.

Il appartient à celui qui se prévaut de la qualité d'agent commercial, au sens de la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre agents commerciaux indépendants et leur commettant, d'en établir la réalité⁵.

Si une fille prétend que le paiement par remise d'un chèque, fait par son père pour l'achat d'un bien par elle, constitue une donation, elle doit en apporter la preuve. Si l'encaissement de ce chèque constitue un élément en faveur de la thèse de la donation, il ne suffit pas et doit être renforcé par d'autres éléments⁶.

Le commerçant qui entend prouver l'existence d'un contrat sur base de la théorie de la facture acceptée, doit prouver l'envoi de ses factures⁷.

Il appartient à la victime d'un dommage qui prétend qu'une garantie d'assurance couvre le préjudice subi, d'apporter la preuve de l'existence du contrat d'assurance qu'elle invoque⁸.

Il appartient également à l'assuré de prouver la cause génératrice de l'obligation assurée, comme la vraisemblance du vol dans le cadre d'une assurance vol⁹.

² Trib. Luxembourg, 14 novembre 2008, n° 115172, BJJ, 2009, p. 6

³ J.P. Luxembourg, 23 mai 2000, Feuille liaison Conf. St Yves, 2002, n° 102, p. 37

⁴ Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 112664, BJJ, 2008, p. 90 ; Trib. Luxembourg, 14 octobre 2005, n° 96457, BJJ, 2006, p. 41

⁵ Cour d'appel, 15 novembre 2006, n° 30367, BJJ, 2007, p. 31

⁶ Cour d'appel, 1 août 2003, Pas., 32, p. 585

⁷ Cour d'appel, 21 février 2008, n° 30231, BJJ, 2008, p. 139

⁸ Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 458.

⁹ Cour d'appel, 14 mai 2008, Pas., 34, p. 498 ; Trib. Luxembourg, 20 janvier 2005, Bull. AIDA, 2006, n° 9, p. 84 ; voyez également A. FELTZ, « La charge de la preuve en droit des assurances », JurisNews – Droit des assurances et de la responsabilité, 2012/1, p. 1

De même, celui qui prétend que la convention des parties prévoit que son cocontractant doit l'indemniser dans l'hypothèse où un sinistre a détruit le jeu électronique qu'il avait placé dans son établissement, doit prouver cette obligation¹⁰.

Il appartient aussi à celui qui se prévaut de ses conditions générales de rapporter la preuve de leur connaissance et de leur acceptation par le cocontractant¹¹.

Il revient à celui qui se prévaut d'une clause de garantie reprise dans un contrat de cession d'action de société, de prouver que les conditions reprises dans cette clause sont bien remplies. Si la clause prévoit que la garantie jouera pour le cas où il y aurait eu, au moment de la conclusion du contrat, une divergence par rapport à la réalité garantie et où cette divergence aurait eu un impact sur la valeur des actions, le demandeur va devoir démontrer que les éléments non révélés sont d'une importance significative pour la vie financière de la société, car sans cela ils n'ont pas d'impact sur la valeur des actions¹².

394. Celui qui demande l'annulation d'un contrat pour vice de consentement, ou pour un autre motif, doit prouver les éléments constitutifs du vice allégué.

Lorsqu'il se fonde sur le dol, il doit prouver les manœuvres, la mauvaise foi du cocontractant et le caractère déterminant de ces manœuvres dans la conclusion du contrat¹³.

De même, il appartient au vendeur d'un immeuble de prouver la lésion s'il entend se prévaloir de la rescision prévue à l'article 1674 du Code civil¹⁴.

Lorsqu'une personne entend faire annuler une donation pour insanité d'esprit du donateur, il doit apporter la preuve que cette insanité d'esprit existait au moment de l'acte. Cette preuve peut découler de la preuve que le donateur n'était pas sain d'esprit avant et après la conclusion de l'acte¹⁵.

¹⁰ Cour d'appel, 31 mai 2000, Pas., 31, p. 454

¹¹ Cour d'appel, 6 février 2002, n° 25422, BJJ, 2003, p. 7.

¹² Cour d'appel, 23 février 2005, DAOR, 2008, n° 88, p. 349 et note de D. DE GOBERT et J. KAYSER

¹³ Cour d'appel, 9 février 2000, Pas., 31, p. 356 ; Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 65

¹⁴ Cour d'appel, 19 juin 2001, Codex, 2001/9, p. 290

¹⁵ Cour d'appel, 29 avril 2009, BJJ, 2009, p. 137 ; Cour d'appel, 7 mai 2008, Pas., 34, p. 247 ; BJJ, 2008, p. 213

395. Celui qui prétend obtenir un paiement en exécution d'un quasi-contrat doit apporter la preuve que les conditions légales pour qu'il puisse se prévaloir de ce quasi-contrat sont réunies.

Il en va ainsi pour le solvens qui agit en répétition de l'indu¹⁶ ou de l'appauvri qui lance l'action de in rem verso¹⁷.

396. Celui qui prétend être libéré de sa dette, doit prouver avoir payé celle-ci ou le fait qui le libère de son engagement.

Le vendeur d'un bien doit, en présence de contestation de la part de l'acheteur de s'être vu délivrer les biens achetés, prouver qu'il a exécuté son obligation de délivrance, sinon que le défaut de délivrance est dû à une circonstance extérieure¹⁸.

Lorsqu'un héritier prétend qu'il a fait des paiements pour le compte de la succession de son parent, et que suite à ces paiements il n'est plus redevable de la moindre somme envers un autre héritier, il doit apporter la preuve de ces paiements qui le libère de son obligation de remboursement¹⁹.

La partie qui prétend que l'autre partie a renoncé à son droit doit prouver que cette partie a renoncé en connaissant la prérogative abdiquée²⁰.

Il appartient également à celui qui se prévaut de la prescription, pour se prétendre libéré de ses obligations, d'apporter la preuve que les conditions de celle-ci sont réunies²¹.

Il revient au débiteur qui entend voir réduire la clause pénale d'apporter la preuve du caractère manifestement excessif de celle-ci²².

Le professionnel qui prétend que l'action en garantie, fondée sur le vice caché, n'a pas été intentée à bref délai à partir du moment où le vice a fait son apparition, doit démontrer à quelle date ce vice est apparu. À défaut, il ne pourra pas se prévaloir de la dénonciation tardive du vice²³.

La jurisprudence considère que nombre de professionnels doivent fournir à leurs clients toutes les informations nécessaires pour permettre à ceux-ci de se décider à acquérir le bien ou le service en connaissance de cause. Cette obligation concerne des secteurs d'activités très larges, aussi bien

¹⁶ Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas. 33, p. 21 ; Cour d'appel, 14 mars 2002, n° 25401, BJJ, 2003, p. 54

¹⁷ Cour d'appel, 1 décembre 2004, n° 28644, BJJ, 2005, p. 124

¹⁸ Cour d'appel, 7 mai 2008, DAOR, 2012, n° 101, p. 62 et note C. DETAILLE

¹⁹ Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas., 35, p. 40

²⁰ Trib. Luxembourg, 31 mai 2005, Bull. AIDA, 2006/9, p. 80

²¹ Cour d'appel, 29 avril 2009, Pas., 34, p. 468 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 23

²² Trib. Luxembourg, 11 mars 2003, n° 78680, BJJ, 2003, p. 43

²³ Cour d'appel, 11 décembre 2002, n° 26227, BJJ, 2003, p. 42

les prestations de services matériels que les professionnels de la vente, les constructeurs, les assureurs, les agents immobiliers, agents d'affaires, agences de voyage, les notaires, les avocats ou les banquiers. La jurisprudence luxembourgeoise considère que la preuve de l'exécution du devoir d'information incombe au professionnel²⁴.

L'Etat a l'obligation d'organiser les juridictions de manière à ce que les décisions soient rendues dans un délai raisonnable. Ce délai est dépassé lorsque plus de trois années se sont écoulées entre l'ouverture de l'information et le moment où la cause a été entendue par le premier juge, sans que ce délai ne puisse s'expliquer par la complexité des faits reprochés au prévenu. Il appartient alors à l'Etat de prouver l'absence de fonctionnement défectueux des services judiciaires, en établissant l'avancement régulier des procédures, la complexité particulière de l'affaire ou l'engorgement passager de ses services, sans pouvoir se retrancher derrière le secret de l'instruction²⁵.

397. Celui qui entend mettre en cause la responsabilité d'un autre doit apporter la preuve des éléments générateurs de son droit, à savoir l'existence d'une faute –ou d'une présomption de responsabilité– du dommage et du lien de causalité entre la faute et le dommage.

En fait, lorsque l'obligation est de résultat, le créancier de l'obligation pourra engager la responsabilité contractuelle du débiteur en prouvant simplement que le résultat convenu n'a pas été atteint. Il reviendra alors au débiteur défaillant de démontrer que si ce résultat n'a pas été atteint, c'est à la suite d'une cause étrangère. A défaut il sera présumé en faute. La seule preuve par celui-ci qu'il n'a pas commis de faute en agissant est insuffisante à le libérer.

Lorsque l'obligation est de moyen, le créancier de l'obligation devra prouver que le débiteur n'a pas exécuté son obligation et que cette inexécution du contrat tient au fait que le débiteur n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour y arriver et est donc fautive.

Lorsqu'une des parties contractantes contracte une obligation de moyen renforcée, cette obligation emporte à la fois présomption de faute et présomption de lien de causalité entre la faute et le dommage, dont il peut s'exonérer en démontrant son absence de faute. L'autre partie n'est cependant pas libérée de toute tâche probatoire. Il doit rapporter la preuve que

²⁴ Cour d'appel, 2 février 2011, n° 29968, BJJ, 2011, p. 8 ; Cour d'appel, 31 janvier 2007, n° 31646, BJJ, 2008, p. 39 ; Cour d'appel, 5 juillet 2006, n° 30289 et 30299 ; Cour d'appel, 18 décembre 2003, n° 25968 ; Cour d'appel, 20 novembre 2002, n° 24535, BJJ, 2003, p. 99

²⁵ Trib. Luxembourg, 24 février 2006 et Cour d'appel, 21 novembre 2007, Pas., 34, p. 139

l'intervention du débiteur portait sur l'élément défaillant à l'origine du dommage. Il doit prouver l'imputabilité de cette intervention dans le dommage²⁶.

Le mandant qui veut ainsi mettre en cause la responsabilité du mandataire pour mauvaise exécution de son obligation doit prouver l'encaissement de sommes par le mandataire et le fait que ces sommes n'ont pas été portées au chapitre des recettes²⁷.

Le salarié qui est victime de harcèlement moral sur son lieu de travail peut mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'employeur. Au Luxembourg, faute de texte de loi, les principes généraux de la charge de la preuve sont applicables, et il appartient à la partie demanderesse, en l'occurrence le harcelé, de prouver le harcèlement dont il se prétend victime²⁸.

En matière d'indemnisation de la perte d'une chance, la Cour considère que le demandeur n'a pas à établir que l'événement, dont il se plaint de la non réalisation, se serait effectivement réalisé si la faute du responsable n'avait pas été commise. Il n'a qu'à établir qu'il avait des chances réelles et sérieuses que l'événement se produise et il rapporte cette preuve en soumettant les éléments dont résulte la réalité de la chance. L'auteur responsable peut se prévaloir d'éléments en sens contraire et il appartient au juge d'apprécier, sur base des éléments produits dont il examinera la pertinence, la réalité de la chance invoquée²⁹.

Lorsque la victime d'un dommage causé par une chose a eu contact avec une chose immobile, la présomption de causalité de l'article 1384 al.1 du Code civil est inapplicable et il incombe à la victime de faire la preuve du rôle causal de la chose. La victime doit prouver que la chose, malgré son inertie, a eu un rôle actif dans la production du dommage ou qu'elle a été l'instrument du dommage, afin que la responsabilité du gardien soit engagée. Cette preuve peut résulter de l'état anormal de la chose, c'est-à-dire que, dans une situation donnée, eu égard aux circonstances de temps et de lieu, la victime ne pouvait pas le prévoir ou était en droit de ne pas le prévoir. Lorsqu'elle ne parvient pas à rapporter cette preuve ou lorsque le gardien peut s'exonérer, la responsabilité est évincée³⁰.

²⁶ Trib. Luxembourg, 20 mars 2009, n° 115578, BJJ, 2009, p. 110

²⁷ Cour d'appel, 11 juin 2008, n° 27512, BJJ, 2008, p. 209

²⁸ Cour d'appel 28 juin 2007, Pas., 34, p. 113 ; BJJ, 2008, p. 56.

²⁹ Cour d'appel, 7 juin 2007, DAOR, 2008, n° 87, p. 268 et note O. POELMANS

³⁰ Cour d'appel, 4 juillet 2007, n° 31826, BJJ, 2008, p. 40

A l'inverse, l'entrepreneur qui a commis une faute, et qui entend contester l'application de la TVA au montant de la réparation, doit prouver que le maître de l'ouvrage peut effectivement récupérer cette TVA³¹.

Le tribunal a également jugé que l'obligation accessoire d'information et de conseil qui s'impose au banquier quel que soit le contrat qui le lie à son client est un obligation de moyen, la charge de la preuve de l'existence d'une faute dans le chef de la banque appartenant dès lors au client³².

L'article 11 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière introduit en droit luxembourgeois la possibilité pour le créancier gagiste de vendre de gré à gré les avoirs nantis sans devoir passer par une procédure ou une mise en demeure préalable. Le législateur luxembourgeois a soumis la faculté de vendre ainsi les instruments financiers donnés en garantie à l'obligation de réaliser cette cession dans « des conditions commerciale normales ». Dans la mesure où le débiteur soutient que la cession des actions gagées, à la suite de la réalisation du gage par le créancier viole le contrat de gage et l'article 11 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, il lui appartient d'établir en quoi cette cession ne correspond pas à des « conditions commerciales normales »³³.

Dans une espèce, une société reprochait à une autre société, constituée par un de ses anciens salarié, 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 dans le but de conclure de nouveaux contrats auprès d'un autre assureur. Le tribunal a rappelé que la preuve du caractère contraire aux usages honnêtes en matière commerciale d'un acte incombe au demandeur en cessation. 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. 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. 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. Il est généralement admis que dans sa nouvelle activité, un ancien salarié

³¹ Cour d'appel, 14 février 2007, n° 24525, 24921, 25418, BJJ, 2007, p. 61

³² Trib. Luxembourg, 30 juin 2011, n° 126438, BJJ, 2012, p. 91

³³ Trib. Luxembourg, 20 mai 2010, n° 127843, DAOR, 2012, n° 104, p. 432

peut mettre en oeuvre 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. En l'espèce, la société demanderesse versait un relevé de 99 personnes ayant résilié leurs polices d'assurances avec la précision qu'un seul et même formulaire préimprimé de résiliation avait été utilisé et que les lettres de résiliation ont quasi-toutes été envoyées à partir d'un même bureau de poste. Le tribunal a néanmoins considéré que, s'il était vrai que ces résiliations étaient nombreuses et intervenaient dans des circonstances trop particulières pour être dues à un seul hasard, toujours était-il que les circonstances exactes ayant mené à ces résiliations ne sont pas clarifiées. Le demandeur ne précisait pas comment l'ancien salarié aurait soustrait le fichier clientèle, ni comment il aurait approché la clientèle, ni avec quels arguments il aurait convaincu les clients de résilier les polices à leurs échéances. S'il est improbable que l'ancien salarié 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. L'usage d'un fichier contenant les adresses des clients par un ancien préposé ne peut être supposé mais doit être prouvé. La simple vraisemblance d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale est insuffisante mais il faut établir des faits précis et concrets, ce qui n'était pas le cas en l'espèce pour le tribunal³⁴.

398. Certaines lois particulières organisent des régimes spécifiques de charge de la preuve, prévoyant expressément la partie qui va assumer le risque lié à une absence de preuve.

C'est ainsi que le Code du Travail prévoit qu'un licenciement est abusif, notamment s'il n'est pas fondé sur des motifs réels et sérieux liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. En cas de contestation, la charge de la preuve de la matérialité et du caractère réel et sérieux des motifs incombe à l'employeur (article L. 124-11 du Code du Travail). Il en va également ainsi lorsque l'employé licencié n'a pas demandé ces motifs à la réception de sa lettre de licenciement et qu'il assigne pourtant son employeur devant les tribunaux pour renvoi abusif³⁵.

Le Code du Travail prévoit que le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit direc-

³⁴ Trib. Luxembourg, 10 juin 2011, n° 35909, BJL, 2012, p. 129

³⁵ Cass., 15 février 2001, Pas., 32, p. 4

tement, soit indirectement. Une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique, ne soit approprié et nécessaire et ne puisse être justifié par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés. Dès qu'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à l'employeur concerné de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement (article L. 244-3 du Code du Travail).

Ce principe est également repris par l'article 5 (1) de la loi du 28 novembre 2006 relative au principe de l'égalité de traitement – qui prohibe plus généralement toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnie- et qui prévoit également que, lorsqu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement, et établit, directement ou par l'intermédiaire d'un organisme autorisé, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

Le Code de la consommation impose également au professionnel de prouver la bonne exécution de certaines obligations (supra point 389).

La jurisprudence a également parfois inversé la charge de la preuve. C'est ainsi que lorsqu'une condition suspensive ne se réalise pas, et que le créancier de l'obligation soupçonne le débiteur d'avoir été de mauvaise foi, le créancier n'a pas l'obligation de prouver la réalité de ses soupçons. La jurisprudence considère qu'il revient au débiteur de l'obligation de justifier qu'il a accompli les diligences requises et les raisons pour lesquelles il n'a pu surmonter les obstacles mis à la réalisation de cette condition. A défaut, il sera considéré comme étant à l'origine de la défaillance de la condition et la condition sera réputée réalisée³⁶.

399. Le fait qu'une partie ait la charge de la preuve, ne signifie pas que l'autre partie au litige ne va jamais pouvoir être contrainte de collaborer à cette preuve.

³⁶ Cour d'appel, 5 juillet 2006, Pas., 33, p. 269 ; Cour d'appel, 28 juin 2000, Pas., 31, p. 395. Sur la problématique voyez supra points 302 et 303

Lorsque le juge considère qu'il ne dispose pas d'assez d'éléments de faits pour asseoir sa conviction il peut, même d'office, ordonner certaines mesures d'instruction aux parties afin de compléter son information³⁷. Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige (article 57 du Nouveau Code de Procédure Civile). Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (article 59 du Nouveau Code de Procédure Civile). Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige (article 62 du Nouveau Code de Procédure Civile).

Les articles 211 et 279 et s. du Nouveau Code de Procédure Civile luxembourgeois prévoient qu'une partie peut demander au juge d'ordonner la production de pièces et de documents qui sont utiles à la solution du litige. Le juge peut également ordonner à un tiers au litige de produire un document.

L'octroi d'une telle mesure est soumise à différentes conditions qu'il conviendra d'examiner concrètement.

Brièvement, on retiendra que cette communication ne peut être ordonnée que si l'existence de la pièce ne fait pas l'objet d'une contestation³⁸ ou si l'existence de la pièce dont la production est demandée est incertaine³⁹.

La demande de production ne doit être accueillie que dans les cas où elle est sollicitée d'une façon précise, avec indication spécifique des pièces dont la production est réclamée. Cette procédure n'a pas pour objet de permettre à une partie de procéder à une perquisition générale dans les archives de son adversaire ou d'un tiers, pour découvrir des pièces susceptibles d'appuyer ses prétentions. Ainsi si la demande porte sur une série de documents, il faut que l'ensemble de pièces soit nettement délimité et que les documents soient, sinon identifiés, du moins identifiables⁴⁰. Il faut également que le demandeur établisse que les documents dont la production est demandée se trouvent en possession de l'autre partie⁴¹.

La production doit également présenter un intérêt pour la solution du litige. Elle doit être utile, sinon indispensable, à cette solution⁴².

³⁷ T. HOSCHET, « Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg », éd. Paul Bauler (2012), p. 349 et s., n° 657 et s.

³⁸ Trib. Luxembourg, 31 octobre 2007, n° 104.801

³⁹ Cour d'appel, 19 octobre 2011, JTL, 2012, p. 83 et note A. SCHMITT

⁴⁰ Trib. Luxembourg, 23 novembre 2007, BJL, 2008, p. 11

⁴¹ Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas., 35, p. 40

⁴² Trib. Luxembourg, 10 mai 2006, n° 94274 et 94275

Cette demande de production peut d'ailleurs aller au-delà de la production de documents. C'est ainsi que si le banquier et son client sont contraires quant à l'existence d'un ordre de rachat d'option, le tribunal peut ordonner que le banquier soit condamné, préalablement, à produire les enregistrements téléphoniques du jour où le client prétend avoir donné son ordre⁴³.

400. L'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile organise également une procédure de référé probatoire.

S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées en référé⁴⁴.

Pour que le juge des référés ordonne pareille mesure, la partie demanderesse doit d'abord démontrer l'existence d'un litige éventuel, susceptible de l'opposer à son adversaire, litige dont l'objet et le fondement sont suffisamment caractérisés. La demande doit exprimer, ou au moins laisser apparaître, la prétention qui sera ensuite portée au fond et faire connaître les faits sur lesquels elle s'appuiera et dont l'établissement est précisément recherché, ces faits devant en plus présenter un caractère de plausibilité suffisante⁴⁵.

Cette exigence a pour but d'éviter de pervertir l'institution du référé probatoire, en empêchant qu'il ne devienne qu'un simple moyen de pression ou un moyen de poursuivre des buts étrangers à sa raison d'être. Une telle exigence est indispensable à la cohérence de l'institution, à défaut de quoi les conditions de recours au référé probatoire pourraient être facilement contournées par l'allégation d'un litige faux ou sans raison d'être. Il serait alors aisé d'obtenir une mesure d'instruction, ouvrant la voie à des « perquisitions privées », à de dangereuses immixtions dans les affaires d'autrui, ou à des pressions plus ou moins loyales⁴⁶.

Il faut également que les faits, dont le demandeur veut établir ou conserver la preuve, soient susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige et impliquent un lien suffisant entre l'objet de la mesure et un litige éventuel⁴⁷.

⁴³ Trib. Luxembourg, 10 novembre 2004, n° 78141, BJJ, 2005, p. 132

⁴⁴ M. KLEYR, « La production forcée de pièces par voie de référé dans un contexte international : le pre-trial document discovery à la luxembourgeoise », JTL, 2011, p. 16 et s.

⁴⁵ Cour d'appel, 18 octobre 2006, n° 31506, BJJ, 2007, p. 73 ; Cour d'appel, 11 mars 2003, n° 26940, BJJ, 2003, p. 155

⁴⁶ Cour d'appel, 27 février 2008, n° 32154, BJJ, 2009, p. 37.

⁴⁷ Cour d'appel, 18 octobre 2006, n° 31506, BJJ, 2007, p. 73 ; Cour d'appel, 11 mars 2003, n° 26940, BJJ, 2003, p. 155.

La mesure doit être demandée avant tout procès au fond concernant le fait dont il échet d'établir ou de conserver la preuve.

Il faut enfin que la mesure soit légalement admissible. Elle peut notamment consister à demander à un tiers la production de documents⁴⁸.

Une partie de la jurisprudence a ainsi considéré que le juge saisi d'une demande de production de document ne peut pas ordonner des mesures qui auraient pour résultat de mettre le demandeur en possession de documents couverts par le secret professionnel⁴⁹.

Pour d'autres, le secret professionnel de la personne à qui la production de document est demandée ne constitue pas un obstacle absolu à la production des documents et peut devoir céder devant la sauvegarde d'un droit d'une partie légalement reconnu ou judiciairement constaté. Si l'obstacle du secret n'est pas absolu, il faut cependant, pour l'écartier, des raisons proportionnellement aussi graves, et dont il incombe au demandeur de justifier. Il faut que la production de document ou du renseignement soit indispensable à la manifestation de la vérité et que le demandeur n'ait pas d'autre moyen d'obtenir la pièce ou le renseignement⁵⁰.

⁴⁸ Cour d'appel, 18 octobre 2006, n° 31506, BJJ, 2007, p. 73.

⁴⁹ Trib. Luxembourg, 4 mars 2009, n° 119883, cité au Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 56

⁵⁰ Cour d'appel, 18 octobre 2006, n° 31506, BJJ, 2007, p. 74 ; Cour d'appel, 5 novembre 2003 et 24 mars 2004, [DAOR, 2006, p. 385](#) et note A. DE JERPHANION et O. POELMANS.

CHAPITRE II. LES ÉCRITS PROBANTS – LES ACTES AUTHENTIQUES ET LES ACTES SOUS SEING PRIVÉ

SECTION 1. L'ACTE AUTHENTIQUE

§ 1. NOTION

407. L'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, avec les solennités requises (article 1317 du Code civil).

Pour qu'un acte puisse être qualifié d'acte authentique, il faut donc d'abord qu'il soit rédigé par un officier public dans le cadre de ses compétences légales.

Les actes notariés rédigés par les notaires sont des actes rédigés par des officiers publics (article 37 de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat).

La procuration écrite passée à l'étranger, qui est rédigée suivant la convention de La Haye du 5 octobre 1961, sur du papier notarial apostillé, tamponnée par le sceau du notaire instrumentant et certifiée par un autre notaire la munissant du sceau de légalisation, fait foi sans avoir besoin d'être soumise à la procédure d'exequatur (sauf si elle constitue un acte donnant droit à exécution forcée)¹.

Les actes de l'état civil rédigés par les officiers d'état civil sont également des actes authentiques (article 45 du Code civil).

L'officier de police judiciaire est également un officier public, lorsqu'il constate personnellement des faits et qu'il les relate dans un procès-verbal. L'indication dans un procès-verbal qu'un camion a été dépassé par une moto et une voiture et que le radar a indiqué les vitesses de 85 km/h et 73 km/h vaut donc preuve jusqu'à inscription de faux².

¹ Cour d'appel, 12 mars 2008, n° 27036, BJJ, 2009, p. 46

² Trib. Luxembourg, 24 février 2005, BJJ, 2005, p. 186.

La minute d'un jugement, rédigée par le greffier et signée par celui-ci et les membres du tribunal, constitue également un acte authentique et les constatations qui y sont faites font en principe foi jusqu'à inscription de faux³.

408. En règle, il nous paraît que l'acte authentique doit, à tout le moins être signé par la main de l'officier public. La loi luxembourgeoise ne prévoit pas la possibilité pour l'officier public de signer l'acte authentique par signature électronique⁴.

Il faut également que les formes particulières prévues par les législations applicables à l'officier public instrumentant soient respectées.

C'est ainsi, par exemple, que les articles 30 à 35 de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat prévoient dans le détail les mentions qui doivent être reprises dans les actes notariés. Il est notamment précisé que les actes des notaires sont soit écrits à la main, dactylographiés ou imprimés, soit reproduits au moyen d'un procédé agréé par le Ministre de la justice. Ils sont signés, à peine de nullité, par les parties ou leurs représentants, les témoins et les notaires. Il en est fait mention à la fin de l'acte. Lorsqu'un comparant ne sait ou ne peut signer, le notaire doit faire mention, à la fin de l'acte, de ses déclarations à cet égard. Le notaire doit être assisté de deux témoins pour la réception des testaments publics, des actes portant révocation de ces testaments et des actes de souscription des testaments mystiques ou secrets et lorsque dans un acte, l'une ou l'autre des parties ne peut ou ne sait signer, est aveugle ou sourde muette.

409. En cas d'incompétence ou d'incapacité de l'officier public, ou si les formes requises par la loi pour que l'acte soit authentique ne sont pas respectées, l'acte ne sera pas un acte authentique, mais sera considéré comme étant un acte sous seing privé, s'il a été signé par les parties à l'acte (article 1318 du Code civil).

Le vice qui atteint ainsi l'acte authentique n'affecte donc que l'instrumentum de l'acte, et pas le negotium, qui peut alors être prouvé d'une autre manière, dans les limites autorisées par la loi.

Le formalisme prévu aux articles 1325 et 1326 du Code civil ne s'appliquera pas à l'acte sous seing privé résultant de l'article 1318 du Code civil.

³ Cour d'appel, 11 décembre 2006, n° 596/06, BJL, 2007, p. 39 ; Trib. Diekirch, 22 juin 2010, n° 15197

⁴ Voyez A. PRUM, Y. POULLET, E. MONTERO, « Le commerce électronique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2005), p. 157, n° 151. Sur la notion de signature manuscrite et sur la signature électronique d'un acte sous seing privé, voyez infra points 415 et s.

§ 2. FORCE PROBANTE

410. L'acte authentique fait pleinement foi de la convention qu'il renferme entre les parties à l'acte (article 1319 al. 1 du Code civil).

En ce qui concerne la force probante d'un acte authentique, il y a néanmoins lieu de distinguer les dispositions des énonciations de l'acte.

Les dispositions de l'acte authentique sont protégées par l'authenticité de l'acte.

Les dispositions de l'acte correspondent à l'objet de l'acte et sont des indications sans lesquelles l'acte ne pourrait pas atteindre son but.

Elles doivent soit avoir été accomplies par l'officier public lui-même, soit s'être passées en sa présence, et ne pas relever de son appréciation personnelle. Elles doivent aussi avoir un rapport direct avec l'acte⁵.

On dit que ces dispositions, protégées par l'authenticité, ont une immédiateté juridique.

Ainsi, l'acte notarié fait pleinement foi de l'origine de l'acte (écriture et signature), de sa date et des constatations que l'officier public a pu personnellement observer. Sont également protégés par l'authenticité la mention que le testament a été dicté au notaire par le testateur ou celle de la présence des témoins à toutes les phases du testament⁶.

Lorsque l'acte notarié mentionne que le notaire a fait la lecture de l'acte aux parties et qu'il leur a donné une interprétation, cette mention fait foi jusqu'à inscription de faux. Par contre, si les termes de l'interprétation ne sont pas repris dans l'acte, le contenu de cette interprétation ne bénéficie pas de l'authenticité⁷.

La minute du jugement est un acte authentique. Si cette minute mentionne que la chambre du tribunal est composée d'un magistrat, cette mention vaut preuve. Les notes du plumeitif d'audience qui précisent que trois magistrats ont siégé, de même que l'apposition de quatre signatures sur la minute du jugement, ne permettent pas de prouver que cette mention est authentique et ne prouve donc pas que la chambre aurait été composée de trois magistrats lors de l'audience⁸.

⁵ Cour d'appel, 9 février 2011, n° 35608, BJJ, 2011, p. 75

⁶ Cour d'appel, 22 juin 2005, Pas., 33, p. 104 ; Trib. Luxembourg, 2 juillet 2004, n° 28941, BJJ, 2005, p. 123

⁷ Cour d'appel, 4 mars 2010, Pas., 35, p. 169

⁸ Cour d'appel, 11 décembre 2006, n° 596/06, BJJ, 2007, p. 39

De même, les constatations faites par le juge relatives aux déclarations faites par les parties lors de la visite sur les lieux et énoncées dans le jugement, possèdent un caractère authentique qui peuvent ainsi prouver l'existence d'une transaction intervenue. Pour le tribunal, ces énonciations perdent leur caractère authentique si le jugement fait l'objet d'une voie de recours et le juge d'appel n'est donc pas lié par ces énonciations⁹.

411. Par contre les énonciations de l'acte authentique, à savoir les mentions d'un acte authentique qui relatent ce que les parties ont déclaré, ne font foi que jusqu'à preuve du contraire, comme c'est le cas pour les actes sous seing privé, sans qu'il y ait lieu, pour les contredire, à lancer la procédure en inscription de faux.

Lorsque de telles mentions sont contestées, les règles qui gouvernent l'administration de la preuve sont celles qui s'appliquent pour les actes sous seing privés, et sera ainsi libre entre commerçants¹⁰.

L'acte authentique n'a dès lors, pour les énonciations, pas une valeur probante supérieure à celle d'un acte sous seing privé signé le même jour¹¹.

C'est ainsi que l'indication d'un prix de vente de l'immeuble, repris dans un acte notarié, qui ne peut pas être vérifié par l'officier public qui n'est pas en mesure de vérifier si une contre-lettre modifiant le prix n'a pas été conclue, n'est pas une mention protégée par l'authenticité de l'acte¹².

Les énonciations de l'acte de vente concernant la détermination des parcelles de terrain vendues, ou de leur contenance, ne relèvent pas non plus des constatations personnelles du notaire, et peuvent donc être combattues par la preuve contraire¹³.

Lorsque le notaire mentionne, dans le procès-verbal d'une assemblée générale d'actionnaires de société commerciale, que l'assemblée prend acte de la cession des actions d'un actionnaire au profit d'un autre, il ne constate pas, ou ne vérifie pas par lui-même, cette cession de titre et cette énonciation ne bénéficie donc pas de la valeur probante attachée aux actes authentiques¹⁴.

⁹ Trib. Diekirch, 22 juin 2010, n° 15197.

¹⁰ Cour d'appel, 30 octobre 2002, n° 25940 ; Trib. Luxembourg, 11 janvier 2007 n° 94686 et 979, cité au JurisNews – Regard sur le Droit des Sociétés, 2008/6, p. 21

¹¹ Trib. Luxembourg, 2 juillet 2004, n° 28941, BJJ, 2005, p. 123

¹² J.P. Luxembourg, 21 mars 2003, n° 1433/03, BJJ, 2003, p. 44

¹³ Cour d'appel, 4 février 2009, n° 32909, BJJ, 2009, p. 85

¹⁴ Cour d'appel, 9 février 2011, n° 35608, BJJ, 2011, p. 75

En cas d'augmentation de capital, le notaire rédacteur vérifie l'existence des conditions de l'article 26 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et en constate expressément l'accomplissement, sur présentation des documents justificatifs des souscriptions et des versements. Partant, le contrôle de l'existence des fonds que le notaire certifie avoir accompli se limite à la vérification des documents justificatifs des souscriptions et des versements et l'authenticité de ce constat se limite à l'existence, au jour de l'acte, des documents en question, sans que la sincérité et l'exactitude du contenu de ces déclarations ne puissent profiter de l'authenticité rattachée à l'acte notarié¹⁵.

Lorsque le notaire a bien constaté la libération des fonds sur base d'un certificat de la banque produit en cause et que l'inexactitude de ce certificat est invoquée, le notaire reste étranger au faux. Il est alors possible de prouver contre l'acte authentique sans passer par la procédure d'inscription en faux, l'honnêteté de l'officier public ne devant pas être remise en cause. Ainsi la procédure d'inscription n'est pas nécessaire pour prouver la simulation, rien n'étant reproché à l'officier public, aucun fait constaté par lui n'étant en cause¹⁶.

De même, la mention d'un procès verbal établi par un officier de police judiciaire que la vitesse de 85 km/h doit être attribuée à un véhicule et celle de 73 km/h à un autre véhicule, ne constitue pas une constatation matérielle et objective, mais une déduction subjective. Une telle mention n'a pas force probante et ne vaut donc pas preuve jusqu'à inscription de faux¹⁷.

412. La force probante des dispositions de l'acte authentique peut être combattue par la procédure d'inscription de faux (article 1319 al. 2 du Code civil). Cette procédure est décrite aux articles 310 à 347 du Nouveau Code de Procédure Civile¹⁸.

Cette procédure doit être intentée dès qu'une des parties veut prouver contre les énonciations d'un acte authentique. A défaut, il y a lieu d'en conclure que l'opération reprise dans l'acte a bien été réalisée.

L'inscription en faux peut concerner soit un faux matériel soit un faux intellectuel.

¹⁵ Trib. Luxembourg, 11 janvier 2007 n° 94686 et 979, cité au JurisNews – Regard sur le Droit des Sociétés, 2008/6, p. 21

¹⁶ Trib. Luxembourg, 27 juin 2005, n° 88739, 90199, 90777, 90895, 91054, 91747, 91753, BJJ, 2005, p. 149

¹⁷ Trib. Luxembourg, 24 février 2005, n° 28097, BJJ, 2005, p. 186

¹⁸ T. HOSCHET, « Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg », éd. Paul Bauler (2012), p. 407-408, n° 777 à 779

Le faux matériel se définit comme le document fabriqué de toutes pièces ou qui, émanant effectivement de ses signataires, a fait l'objet après coup d'une altération.

Dans le faux intellectuel, l'officier public a travesti la vérité : certaines mentions ne reproduisent pas fidèlement les faits qu'il avait pour mission de constater, comme par exemple les déclarations qu'il devait enregistrer. L'hypothèse d'un faux intellectuel ne saurait pas trouver application alors que le comportement du notaire n'est pas mis en cause¹⁹.

Lorsque c'est un faux intellectuel qui est allégué, il est inutile de déposer la pièce, car on ne discute pas l'exactitude matérielle de celle-ci.

Les juges peuvent admettre l'inscription de faux si l'existence du faux, sans être certaine, est vraisemblable et s'il y a quelque intérêt à l'établir. Il n'est pas nécessaire pour cela, que la demande s'appuie sur des présomptions graves, précises et concordantes. Il suffit qu'il y ait un doute.

Le demandeur en faux ne doit pas se limiter à prétendre que les faits énoncés dans l'acte sont inexacts. Il doit offrir de prouver des faits précis, circonstanciés et incompatibles avec le contenu de l'acte.

Tel est le cas lorsque un héritier offre de prouver le fait que les témoins n'ont pas assisté à la dictée du testament et qu'ils ont été appelé pour témoigner à un moment où le testament était déjà écrit.

Lorsque l'inscription de faux est déclarée par le juge, le demandeur peut prouver contre le contenu de l'acte authentique par témoignage. Il peut notamment faire entendre comme témoins ceux-là mêmes qui figuraient à l'acte notarié comme témoins instrumentaires. Le fait que ces témoins feraient alors des déclarations contraires à ce qu'ils ont signé dans l'acte n'est pas dirimant. Les témoins peuvent ne pas se douter qu'ils peuvent refuser de signer un acte proposé par le notaire, qui ne correspond pas à la réalité de ce qu'ils ont constatée²⁰.

Il a également été jugé que cette procédure d'inscription de faux était ouverte contre toute pièce signifiée, communiquée ou produite au cours d'une procédure. Un acte sous seing privé donc aussi peut faire l'objet d'une inscription de faux, mais la portée de la procédure est nettement moindre que pour les actes authentiques.

¹⁹ Trib. Luxembourg, 27 juin 2005, n° 88739, 90199, 90777, 90895, 91054, 91747, 91753, BJJ, 2005, p. 149.

²⁰ Cour d'appel, 22 juin 2005, Pas., 33, p. 104

Il en est de même si le faux est argué à titre incident, c'est-à-dire si au cours d'une instance pendante devant une juridiction, une pièce est produite qui est contestée par une partie.

En présence d'un acte sous seing privé, le faux ne peut concerner que la teneur de l'acte (additions, suppressions ou modifications). Dans ce cas, il est procédé selon les règles applicables en matière de vérification d'écritures. Si l'acte incriminé n'émane pas de celui qui le produit et s'il n'est altéré que dans certaines de ses dispositions, la vérification ne peut porter que sur les altérations subies par l'acte et ne permet pas de conclure à la fausseté de l'acte en entier.

Le juge ne doit vérifier l'écrit contesté que s'il ne peut statuer sans en tenir compte. Il peut alors prescrire toutes les mesures nécessaires et ordonner toutes mesures d'instruction utiles, comme la vérification personnelle, la comparution des parties, la consultation ou l'expertise²¹.

SECTION 2. L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

§ 1. NOTION ET CONDITIONS

413. Les actes sous seing privé sont des écrits établis par des particuliers et signés par ces parties.

Bien que l'acte sous seing privé soit caractérisé par son absence de formalisme, un acte ne va pouvoir être qualifié d'acte sous seing privé au sens de l'article 1322 du Code civil que s'il répond à une double formalité. Il doit être rédigé par écrit et il doit être signé par les parties.

414. La loi ne définit pas ce qu'il fait entendre par « un écrit ».

Longtemps, on a considéré qu'il y avait écrit lorsque l'intention des parties était reproduite au moyen de l'écriture, qu'il s'agisse d'une écriture manuscrite, imprimées, dactylographiée ... L'évolution des moyens techniques a fait évoluer cette conception de l'écrit, au point qu'il a été proposé de définir « l'écrit » comme « *un langage exprimé par une suite de signes dotés d'une signification intelligible, enregistrés sur un support durable susceptible d'être consulté après sa création, quel qu'il soit et quelles qu'en soient les méthodes de transmission* »²².

²¹ Cour d'appel, 5 février 2003, n° 26787, BJJ, 2003, p. 68, contra Trib. Luxembourg, 29 janvier 2003, n° 77997 qui considère que la procédure d'inscription de faux ne se conçoit que contre des actes authentiques.

²² P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.3, éd. Bruylant (2010), p. 2325, n° 1708

Cette définition permet d'englober aussi bien le document papier sur lequel les parties ont dactylographié leur accord que la bande magnétique ou un autre support électronique sur lesquels les données informatiques sont enregistrées.

L'acte écrit doit aussi établir, à lui seul, le contenu du negotium qu'il contient.

415. L'acte sous seing privé doit ensuite être signé.

La signature est la marque qui identifie celui qui l'appose et qui manifeste son adhésion au contenu de l'acte (article 1322-1 du Code civil).

La signature doit donc d'abord permettre d'identifier son auteur. Aucun graphisme précis n'est requis. En principe elle reprend le nom –au sens large (pseudonyme, nom de femme mariée ...)– de la partie ou des parties qui souscrivent l'engagement repris dans l'acte. Une croix ou des initiales ne peuvent donc pas constituer une signature.

Elle doit ensuite couvrir l'acte auquel elle se rapporte. Il est de pratique habituelle qu'elle soit donc apposée au bas de l'acte, mais il ne s'agit pas là d'un formalisme obligatoire et une signature apposée à un autre endroit peut être considérée comme valable, en fonction des circonstances.

Il a été jugé que la signature emporte un engagement du signataire. La sécurité juridique en matière contractuelle veut qu'une personne dotée de la capacité juridique, qui appose sa signature au bas d'un écrit est censé être consciente de ce que sa signature est susceptible d'emporter un engagement de sa part, de sorte qu'il est présumé connaître le teneur et la portée de l'écrit qu'il signe²³.

Lorsqu'une personne appose ainsi sa signature, sans réserve, au bas d'un rapport d'expertise, cela prouve qu'il a eu connaissance des conclusions de l'expert et qu'il a accepté les conclusions de ce rapport. Si le signataire entend se prévaloir du fait que sa signature lui a été extorquée et que le rapport d'expertise lui est inopposable, il doit en apporter la preuve. A défaut le rapport lui est opposable²⁴.

Lorsque le rapport d'expertise a été signé par les trois experts, y compris l'expert qui est supposé ne pas maîtriser la langue du rapport, l'apposition de la signature sous le rapport a pour conséquence que même cet expert a fait siennes les conclusions du rapport, de sorte qu'on doit admettre qu'il a collaboré à son élaboration, a délibéré avec ses collègues et a arrêté avec eux la conclusion commune. On ne peut donc déduire de la seule

²³ Cour d'appel, 14 octobre 1998, Pas., 30, p. 499

²⁴ Cour d'appel, 12 décembre 2007, Pas. 34, p. 85

affirmation qu'un des experts ne parle pas la langue dans laquelle est rédigé le rapport, que ce rapport ne serait pas l'œuvre des trois experts ²⁵.

416. La signature peut être manuscrite ou électronique (article 1322-1 du Code civil).

Pour que la signature soit qualifiée de manuscrite, elle doit être rédigée de la main du signataire et être apposée par lui sur l'acte. Un cachet ou une empreinte digitale ne peuvent donc pas constituer une signature.

Dans une affaire, un banquier avait crédité le montant d'un chèque sur le compte d'une société. Ce chèque était un chèque établi à l'ordre du sieur A. Il avait été présenté à la banque par madame B, qui avait signé le dos du chèque en y inscrivant le numéro de compte de la société.

Le tribunal, saisi du litige relatif au paiement de ce chèque, a d'abord rappelé qu'un chèque à ordre pouvait être transmis par endossement, endossement qui s'effectue par la remise du titre muni de la signature de l'endosseur légitime reprise sur le dos du titre ou sur l'allonge. Le titre n'est pas muni d'une telle signature lorsqu'il est simplement muni du cachet commercial d'une société, apposé au dos du titre, même si ce cachet comporte le nom de la société, son adresse et ses coordonnées téléphoniques. En l'espèce, le chèque ne reprenant pas la signature de A, il n'avait pas été valablement endossé au profit de la société et le banquier ne pouvait donc pas créditer le compte de la société du montant de ce chèque ²⁶.

417. La signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité, identifie son auteur et marque son adhésion à l'acte (article 1322-1 du Code civil) ²⁷.

Seule une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature, que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat qualifié, constitue une signature électronique au sens de l'article 1322-1 du Code civil (article 18 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique).

La signature électronique est ainsi constituée par un ensemble de données, respectivement une information créée et conservée par des moyens électroniques. La signature doit également, selon la définition de la loi

²⁵ Cour d'appel, 16 novembre 2006, n° 30639, BJL, 2007, p. 36

²⁶ Trib. Luxembourg, 19 mars 2008, n° 100486

²⁷ A. PRUM, Y. POULLET, E. MONTERO, « Le commerce électronique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2005), p. 155 et s., n° 147 et s. ; S. LE GOUEFF, G.R. CYWIE, « La signature électronique ou la signature métamorphosée », In Le Bicentenaire du Code civil - une contribution luxembourgeoise, éd Portalis (2008), p. 199 et s. ; C. PIERRE-BEAUSSE, « Le point sur les principaux moyens de preuve électronique en droit luxembourgeois », Ann. Dr. Lux., 2002, n° 12, p. 347 à 349

luxembourgeoise, être liée de façon indissociable à l'acte. La signature électronique est donc une donnée électronique qui est liée logiquement à d'autres données électroniques, comme c'est le cas lorsque la signature est basée sur la cryptographie du message envoyé.

La définition de la loi luxembourgeoise qui exige que cette signature soit « liée de façon indissociable à l'acte », ne permet pas de considérer qu'une signature manuscrite scannée et attachée à un email, ou une signature biométrique jointe au message, puissent constituer une signature électronique au sens de l'article 1322-1 du Code civil.

La signature électronique doit également garantir l'intégrité de l'acte. En fait, seule la signature basée sur la cryptographie du message envoyé peut, à nouveau, remplir cette fonction, en raison de son lien particulier avec l'acte qu'elle accompagne.

La signature électronique doit identifier son auteur, et donc pouvoir être attribuée à une personne à l'exclusion de tout autre. Le dispositif sécurisé de création de la signature doit pouvoir être gardé sous le contrôle exclusif du signataire.

Il peut en être ainsi en cas d'utilisation d'une paire de clefs cryptographiques asymétriques qui correspond à une personne déterminée, ou de l'utilisation d'une paire de clefs asymétriques et d'un certificat électronique délivré par un prestataire de service de certification.

La signature électronique doit aussi marquer l'adhésion du signataire à l'acte, ce qui nécessite la mise en place de garanties en termes de sécurité, afin d'éviter que la signature ne soit apposée à la suite d'un bug du système d'exploitation hébergeant un logiciel de création de signature.

La signature électronique doit encore avoir été créée au moyen d'un dispositif sécurisé de signature et doit reposer sur un certificat délivré par un prestataire de service de certification électronique, qui lie des données afférentes à la vérification de la signature à une personne et confirme l'identité de cette personne^{28 29}.

418. Il faut également que l'écrit émane de la personne contre laquelle la preuve doit être rapportée.

²⁸ Tel que défini par les articles 3 et 4 du Règlement Grand-Ducal du 1 juin 2001 relatif aux signatures électroniques, au paiement électronique et à la création du Comité commerce électronique et répondant aux exigences de l'article 2 de ce Règlement.

²⁹ Sur toutes ces notions voyez l'analyse approfondie faite par A. PRUM, Y. POULLET, E. MONTERO, « Le commerce électronique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2005), p. 159 à 176, n° 154 à 173

En effet, nul ne peut se préconstituer une preuve à lui-même (ce principe s'applique d'ailleurs également pour l'acte authentique).

C'est ainsi que, dans une espèce, une personne présentait, pour prouver qu'elle était propriétaire de biens, un écrit daté et enregistré, aux termes duquel elle déclarait être propriétaire d'un certain nombre de mobiliers et objets. La Cour a rejeté ce moyen de preuve, en faisant valoir que cette pièce, qui constituait une déclaration unilatérale établie par elle, ne saurait suffire à établir un droit de propriété sur les objets y renseignés. Elle a ajouté que le fait que cet acte soit enregistré n'y changeait rien, car ce n'est pas en conférant à sa déclaration la date certaine moyennant son enregistrement même antérieur à la saisie que, l'appelante ôterait à cette pièce son caractère unilatéral dépourvu de la force probante³⁰.

Il a également été jugé que l'écrit doit être personnel à celui à qui on l'oppose, soit qu'il émane de lui, soit qu'il émane de celui qu'il représente ou de celui qui l'a représenté, et rende vraisemblable le fait allégué.

Si ce caractère de personnalité fait défaut, il n'y a qu'un écrit émanant d'un tiers ou de l'adversaire, et qui ne saurait être légalement opposé à la partie qui n'en est pas l'auteur, à moins qu'il ne soit établi que le contenu de cet écrit est moralement et juridiquement parlant, l'œuvre de cette partie ou que du moins que celle-ci a fait sien ce contenu par une acceptation expresse ou tacite³¹.

§ 2. LA FORCE PROBANTE

419. L'acte sous seing privé a force probante, la même force probante que l'acte authentique précise l'article 1322 du Code civil.

Lorsque les deux conditions d'écriture et de signature sont remplies, l'acte peut être qualifié d'acte sous seing privé, au sens de l'article 1322 du Code civil, et a en principe pleinement force probante.

Il n'est donc, en principe, pas exigé que l'acte reprenne d'autres mentions, telle la date de l'acte, le paraphe des parties sur chacune des pages de l'acte ou la mention « lu et approuvé »...

Pour l'acte sous seing privé électronique, une condition supplémentaire est néanmoins requise.

L'acte électronique doit présenter des garanties fiables quant au maintien de son intégrité dans le temps (article 1322-2 Code Civil). En effet, l'acte

³⁰ Cour d'appel, 16 mars 2006, n° 29099, BJJ, 2006, p. 133

³¹ Cour d'appel, 14 janvier 2004, n° 27455, BJJ, 2004, p. 66

sous seing privé papier présente un bon niveau de fiabilité pour sa conservation, lorsqu'il est conservé dans des conditions normales. Le législateur a, par contre, craint qu'il n'en soit pas ainsi pour l'acte électronique qui perdrait de son intégrité avec le temps et l'évolution des techniques.

La vérification de l'intégrité de l'acte, lorsque la signature électronique repose sur la cryptographie asymétrique et un certificat électronique, va se faire à l'aide de trois éléments, respectivement le certificat électronique, les données de vérification des signatures et un dispositif de vérification des signatures. Il va être réalisé par une comparaison des deux condensés obtenus par le destinataire de l'acte lors du décryptage de celui-ci³².

420. Cette force probante de l'acte sous seing privé n'existe néanmoins que si la personne à qui on oppose l'acte ne conteste pas l'avoir écrit ou l'avoir signé (article 1322 du Code civil).

Si l'acte est opposé à son auteur, celui-ci doit désavouer formellement son écriture ou sa signature pour faire perdre à celui-ci sa force probante présumée.

Si l'acte sous seing privé est opposé à ses ayants causes, ceux-ci peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature (article 1323 du Code Civil).

La personne à qui on oppose sa signature électronique peut également désavouer celle-ci (article 18 de la du 14 août 2000 sur commerce électronique).

Si la personne à qui l'acte est opposé désavoue sa signature ou son écriture, ou si les ayants cause de l'auteur de l'acte prétendent ne pas reconnaître ces écritures et signatures, la vérification en est ordonnée en justice (article 1324 du Code civil).

La procédure de désaveu est décrite aux articles 289 à 309 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Ce n'est alors pas celui qui conteste l'écriture ou la signature de l'acte qui doit faire la preuve de la falsification. La simple déclaration de dénégation ruine provisoirement l'efficacité probatoire de l'acte qui, jusqu'à preuve contraire, est réputé ne pas émaner du prétendu signataire.

Si l'objection vient de celui-là même qui est présenté comme ayant écrit ou signé, il suffit de dénier, par simple affirmation, son écriture ou sa signa-

³² Tel que défini par les articles 1.4 et 1.5. du Règlement Grand-ducal du 1 juin 2001 relatif aux signatures électroniques, au paiement électronique et à la création du Comité commerce électronique. Sur ce point voyez A. PRUM, Y. POULLET, E. MONTERO, « Le commerce électronique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2005), p. 183 et s., n° 182 et s. et notamment n° 185 et 188-189.

ture. Il incombe alors à celui qui se prévaut de l'acte de faire la preuve de l'exactitude de son origine³³.

Lorsque l'auteur présumé de l'acte (ou ses héritiers) conteste avoir écrit ou signé l'acte, le juge peut néanmoins d'abord apprécier souverainement s'il y a lieu de procéder, ou non, à des mesures de vérification, et il peut au cas où ces mesures paraîtraient inutiles, prononcer d'emblée soit l'admission de la pièce invoquée, soit son rejet.

Le juge a également le pouvoir de procéder lui-même à la vérification d'écriture sans le recours d'experts, sur le vu des pièces qui lui sont soumises. Il peut former sa conviction en s'aidant d'autres modes d'investigation, tels une comparution personnelle des parties ou même en s'appuyant sur de simples présomptions. Si la simple comparaison entre la signature du défendeur figurant sur les pièces de comparaison, et le document dont la signature est contestée fait apparaître que la signature critiquée est bien celle du défendeur - les signatures comparées étant semblables voire identiques - il peut refuser de procéder à la procédure visée par l'article 291 du Nouveau Code de Procédure Civile, et admettre la force probante de la pièce litigieuse³⁴.

Le juge peut également se fonder sur des mesures d'instructions qui ont déjà eu lieu, comme par exemple les résultats d'une expertise graphologique dressée dans le cadre d'une instruction pénale³⁵.

Lorsque le juge ordonne la vérification de l'écriture ou de la signature de l'acte, cette vérification peut alors être ordonnée par titres, experts ou témoins, le juge étant libre de l'ordre dans lequel il sera procédé aux modes de preuve prévus. Elle peut être ordonné par témoin même si elle se rapporte à un écrit constatant un engagement qui ne peut être prouvé que par un écrit, en application de l'article 1341 Code Civil. La vérification de l'écriture n'a, en effet, pas pour objet d'entendre le témoin déposer sur les droits constatés par l'écrit, mais s'il a vu rédiger l'acte, entendu la partie à laquelle il est attribué le reconnaître ou s'il en reconnaît l'écriture³⁶.

³³ Trib. Luxembourg, 13 juillet 2010, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 59 ; Trib. Luxembourg, 1 juillet 2009, n° 116867 ; Trib. Luxembourg, 10 février 2009, n° 118322 ; Trib. Luxembourg, 22 novembre 2006, n° 101545, BJJ, 2007, p. 153 ; cité au Dr. Banc. Fin.(B), 2007/VI, p. 443

³⁴ Cour d'appel, 13 juillet 2005, n° 29554, BJJ, 2005, p. 157 ; Trib. Luxembourg, 1 juillet 2009, n° 116867 ; Trib. Luxembourg, 10 février 2009, n° 118322 ; Trib. Luxembourg, 29 janvier 2003, n° 77997 qui précise également que l'article 559 du Nouveau Code de Procédure Civile défend au tribunal siégeant en matière commerciale de connaître de cette vérification et l'oblige donc, lorsqu'un tel incident est soulevé devant lui, de surseoir à statuer et de renvoyer la cause devant le juge compétent.

³⁵ Trib. Luxembourg, 13 juillet 2010, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 59

³⁶ Cour d'appel, 8 novembre 2000, Pas., 31, p. 412

Si aucune preuve ne peut être faite, ni dans un sens, ni dans l'autre, l'acte est considéré comme étant sans valeur probante

Il a ainsi été jugé que lorsqu'un banquier justifie un transfert de fond par un ordre de virement reçu du client, et que le client conteste avoir signé un tel ordre de virement, il revient au banquier de prouver que la signature sur le virement est celle du titulaire du compte. Si le banquier a détruit l'original de l'ordre de virement, de sorte qu'aucune vérification de la signature litigieuse en justice ne peut plus se faire, la banque s'est elle-même placée dans l'impossibilité de rapporter la preuve qui lui incombe. En conséquence, elle n'a pas établi avoir agi sur l'ordre du titulaire du compte et ne s'est en conséquence pas affranchie de son obligation de restitution des fonds qui lui ont été confiés³⁷.

Il a également été décidé que si, après la réalisation des mesures de vérification d'écriture, et par exemple après une expertise graphologique, il n'était pas établi avec suffisamment de certitude que la signature litigieuse émanait bien de l'auteur prétendu de l'acte, il y avait lieu de considérer que le banquier n'avait pas apporté la preuve, à l'exclusion de tout doute, que la signature apposée sur le virement émanait bien du client et il fallait donc considérer qu'il ne s'était pas valablement dépossédé des fonds³⁸.

Lorsque le désaveu porte sur une signature électronique, celle-ci ne pourra pas être rejetée par le juge au seul motif qu'elle se présente sous la forme électronique, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de certification, ou qu'elle n'a pas été créée par un dispositif sécurisé de création de signature (article 18.2 de la loi du 14 août 2000 sur le commerce électronique)³⁹.

La légalisation de la signature par l'autorité compétente est la certification de cette signature, laquelle ne peut alors plus être contestée. Par contre, la certification de la conformité de la copie à l'original n'a aucun effet sur la valeur de la signature apposée sur l'acte, et l'authenticité de la signature figurant sur une copie certifiée conforme peut toujours être contestée, tout comme celle figurant sur l'original⁴⁰.

³⁷ Trib. Luxembourg, 22 novembre 2006, n° 101.545, BJL, 2007, p. 153 ; cité au Dr.Banc.Fin.(B), 2007/VI, p. 443

³⁸ Cour d'appel, 11 novembre 2009, Pas., 34, p. 686 ; Trib. Luxembourg, 13 juillet 2010, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 59

³⁹ A. PRUM, Y. POULLET, E. MONTERO, « Le commerce électronique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2005), p. 177, n° 176

⁴⁰ Cour d'appel, 16 novembre 2006, n° 30639, BJL, 2007, p. 36

421. Un acte sous seing privé, dont la signature ou l'écriture n'ont pas été efficacement contestées, va avoir force probante tant à l'égard des parties à l'acte qu'à l'égard des tiers.

Ce principe connaît une exception en ce qui concerne la date de l'acte sous seing privé. L'acte sous seing privé n'a date certaine à l'égard des tiers que du jour où il a été enregistré, du jour de la mort d'un signataire, ou du jour où la substance de l'acte a été constatée dans un acte authentique (article 1328 du Code civil).

La partie qui entend donc se prévaloir de la date d'un acte à l'égard d'un tiers à cet acte, par exemple pour se prévaloir de l'antériorité de son droit sur les droits du tiers, va devoir établir que cette date est certaine au sens de l'article 1328 du Code civil. Elle ne devra néanmoins le faire que si le tiers n'a pas reconnu, expressément ou tacitement, cette date.

La preuve par une partie de la date à laquelle l'acte a été conclu trouvera toute son importance lorsqu'un des deux cocontractants vient à tomber en faillite. L'autre partie cocontractante peut avoir intérêt à prouver que le contrat a été conclu avant la période suspecte fixée par le tribunal, afin d'éviter que l'acte ne soit déclaré inopposable à la masse, en application des articles 445 ou 446 du Code de commerce. Il a été jugé à ce sujet que le curateur qui attaque des actes du failli commis en période suspecte, agit au nom de la masse des créanciers du failli. Il est donc à considérer comme un tiers par rapport à ces actes et ceux-ci n'auront donc date certaine à son égard que s'ils respectent le prescrit de l'article 1328 du Code civil. Si le cocontractant du failli ne peut pas apporter la preuve d'une telle date, le curateur pourra considérer que l'acte a été passé en période suspecte⁴¹.

Certaines lois particulières excluent également l'application de l'article 1328 du Code civil pour certains contrats. C'est notamment le cas pour le contrat d'assurance (article 16.1 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance).

422. Lorsque l'acte sous seing privé constate une convention synallagmatique, le Code civil impose encore aux parties de respecter la formalité des originaux multiples.

L'acte sous seing privé doit être fait en autant d'exemplaires originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct à l'acte et doit mentionner le nombre d'originaux qui en a été fait (article 1325 du Code civil).

⁴¹ Cour d'appel, 11 décembre 2003, n° 26824, BJJ, 2004, p. 121

Il n'y a pas établissement d'originaux multiples lorsqu'un des deux exemplaires a été obtenu par l'emploi de papier-carbone lors de la rédaction de l'acte⁴², ou par la photocopie de l'unique acte rédigé.

Pour la Cour, la formalité de la mention du nombre d'originaux rédigés est remplie, et l'article 1325 du Code civil est suffisamment respecté, lorsqu'il est seulement précisé que l'acte a été établi « *en autant d'originaux que de parties intéressées* »⁴³.

L'acte sous seing privé qui ne respecte pas ces formalités perd sa force probante. L'instrumentum de l'acte ne pourra pas faire preuve de la convention qu'il contient.

La convention formalisée par cet acte imparfait –le negotium– n'est cependant pas nulle, et la partie qui s'en prévaut pourra tenter d'en apporter la preuve par d'autres moyens, lorsque la loi le permet.

La partie à un compromis de vente qui ne conteste ni l'existence de l'écrit, ni aucune de ses mentions, n'est pas recevable à se prévaloir du non respect de la formalité des originaux multiples⁴⁴.

Cette nullité de l'acte est relative et peut être couverte. Celui qui a commencé à exécuter les obligations reprises dans l'acte, même partiellement, ne peut pas ensuite invoquer sa nullité (voyez article 1325 al. 4 du Code civil).

Cette formalité des originaux multiples n'est pas applicable lorsque l'acte sous seing privé est revêtu d'une signature électronique (article 1325 al. 5 du Code civil).

L'article L. 125-5 du Code du Travail prévoit un régime juridique particulier pour le reçu pour solde de tout compte délivré par le salarié à son employeur lors de la résiliation ou de l'expiration de son contrat de travail, qui est une application particulière de l'article 1325 du Code civil.

Le reçu doit ainsi être établi en deux exemplaires dont l'un est remis au salarié. Si le reçu ne comporte pas une telle mention, le document n'a pas la valeur d'un reçu pour solde de tout compte au sens de la loi, et n'engage donc pas le salarié⁴⁵.

De même, l'effet libératoire de ce reçu à l'égard de l'employeur ne peut être opposé au salarié que si la mention « pour solde de tout compte » est entièrement écrite de sa main et suivie de sa signature et si le reçu porte

⁴² Trib. Luxembourg, 9 juin 1993, Feuille Liaison Conf. St Yves, 1993, n° 84, p. 48

⁴³ Cour d'appel, 25 juin 2003, n° 26115, BJJ, 2003, p. 145

⁴⁴ Cour d'appel, 29 janvier 2003, DAOR, 2004, n° 69, p. 74 et note O. POELMANS

⁴⁵ Cour d'appel, 1 décembre 2011, n° 35618, BJJ, 2012, p. 202

mention en caractères apparent du délai de dénonciation de trois mois de ce reçu⁴⁶.

Des lois particulières peuvent exclure l'application de l'article 1325 du Code civil pour certains contrats.

C'est notamment le cas pour le contrat d'assurance (article 16.1 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance).

423. Lorsque l'acte sous seing privé constate une promesse unilatérale, par laquelle une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible, il doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit ainsi que de la mention manuscrite de la somme ou de la quantité en toutes lettres (nous appellerons cette formalité « la formalité du bon pour »).

Si la somme ou quantité est à la fois mentionnée en lettre et en chiffre, celle mentionnée en lettre prévaudra en principe (article 1326 Code Civil).

En pratique, la mention manuscrite « *Bon pour mille euros* » (en toute lettre donc), reprise en fin d'acte et près de la signature du débiteur, permet d'assurer la réalisation de cette formalité. D'autres formules équivalentes, tels « *approuvé pour ...* » ou « *Lu et approuvé pour ...* » peuvent être également utilisées.

424. Le contrat unilatéral qui ne respecte pas ce formalisme perd sa force probante. L'instrumentum de l'acte ne pourra pas faire preuve de la convention qu'il contient.

La convention formalisée par cet acte imparfait –le *negotium*– n'est cependant pas nulle, et la partie qui s'en prévaut pourra tenter d'en apporter la preuve par d'autres moyens, lorsque la loi le permet⁴⁷.

En effet, le but de la formalité du bon pour est non seulement de protéger le débiteur contre d'éventuelles fraudes mais encore de lui faire prendre conscience de la portée de son engagement. Le défaut de la mention de la somme en toutes lettres, écrite de la main du débiteur, laisse planer le doute sur le montant à concurrence duquel le débiteur a entendu s'engager, mais n'affecte pas la convention elle-même⁴⁸. La reconnaissance de dette constitue un tel acte sous seing privé constatant une promesse unilatérale⁴⁹. Le cautionnement est également un contrat unilatéral emportant

⁴⁶ Voyez Cour d'appel, 5 mai 2011, n° 35985, cité au JurisNews – Droit du travail, 2012/1, p. 252

⁴⁷ Voyez Cass, 23 mars 1989, Pas. 27, p. 323

⁴⁸ Cour d'appel, 13 juillet 2005, n° 29554, BJJ, 2005, p. 157

⁴⁹ Cour d'appel, 13 juillet 2005, n° 29554, BJJ, 2005, p. 157

engagement à payer une somme d'argent, auquel la formalité du bon pour va s'appliquer⁵⁰. Il a également été jugé que, dans le contrat de prêt, l'obligation de payer les intérêts est une obligation indépendante appelant le respect de la formalité du bon pour⁵¹.

L'obligation de respecter la formalité du bon pour subsiste même si l'engagement unilatéral de payer est inscrit dans un acte instrumentaire plus large, contenant une obligation principale et synallagmatique et soumis à la formalité des originaux multiples prévue à l'article 1325 du Code civil. Les parties sont en présence de deux contrats distincts, repris dans un même acte, obéissant chacun à ses propres règles de preuve⁵².

Il n'en ira autrement que si le contrat comporte positivement un engagement de la part du contractant du promettant envers ce promettant, transformant alors l'engagement unilatéral en contrat synallagmatique. C'est ainsi, par exemple, que le créancier peut prendre différents engagements envers la caution (d'information, de recours sur certains biens avant de faire appel au cautionnement...), transformant le contrat de cautionnement en un contrat synallagmatique⁵³.

425. Pour répondre aux exigences de l'article 1326 du Code Civil, il suffit que la mention manuscrite exprime de façon explicite la connaissance par celui qui s'engage de la nature et de l'étendue de l'obligation contractée. Si le montant est déterminable, la mention manuscrite doit contenir les éléments qui en permettent la détermination⁵⁴.

Le prescrit de cet article est respecté dès lors que la caution a mentionné manuscritement qu'elle garantissait les intérêts, sans qu'il soit nécessaire de reprendre le taux de ceux-ci, dès lors que ce taux est déterminé ou déterminable dans la convention de cautionnement⁵⁵.

Dans une espèce, un garant avait signé un acte et avait écrit de sa main la mention « bon pour la somme de cinq cent quatre-vingt-quatorze mille neuf cent quatre-vingt-dix-neuf francs ». Aucune mention manuscrite n'avait toutefois trait ni au paiement d'intérêts ni au paiement d'une indemnité de rupture. La Cour a alors jugé que la reconnaissance de dette, aux termes

⁵⁰ Cour d'appel, 14 mars 2001, Codex, 2001/5, p. 138 ; O. POELMANS, « Le cautionnement au Grand-duché de Luxembourg – chronique de jurisprudence (1990-2006) », Ann. Dr. Lux, 2006, n° 16, p. 102, n° 5 et 6

⁵¹ Cour d'appel, 28 juin 2006, n° 27393, BJJ, 2006, p. 229

⁵² Cour d'appel, 11 décembre 1996, n° 16438

⁵³ Cour d'appel, 28 octobre 2003, n° 27599, BJJ, 2003, p. 171 ; Dr. Banc. Fin. (B), 2004, p. 154, n° 14.

⁵⁴ Cour d'appel, 7 janvier 1998, n° 19663

⁵⁵ Cour d'appel, 14 mars 2001, Codex, 2001/5, p. 138

de laquelle une personne s'engage à payer au prêteur non seulement le montant que l'emprunteur a reçu en exécution du contrat de prêt, mais également les intérêts et indemnités qu'il est tenu de régler au prêteur en vertu de ce contrat, devait respecter la formalité du bon pour. A défaut de mention manuscrite quant à des intérêts à payer, l'acte signé ne saurait, à lui seul, valoir comme preuve que le garant s'était engagé à payer les intérêts de retard que l'emprunteur était tenu de payer à la banque en cas de non-paiement des échéances prévues au contrat⁵⁶.

Lorsque l'acte sous seing privé qui constate un engagement unilatéral est un acte électronique, le législateur n'impose évidemment pas que la mention de la somme ou de la quantité soit manuscrite, mais que cette mention soit revêtue d'une signature électronique (article 1326 du Code civil). Cela signifie que l'acte sous seing privé qui constate un contrat unilatéral devra être revêtu de deux signatures électroniques. La première signature électronique va couvrir la mention en toutes lettres de la somme ou de la quantité pour laquelle la partie s'engage. La deuxième va couvrir l'acte lui-même dans son entièreté⁵⁷.

426. La jurisprudence considère, par ailleurs, que le signataire d'une promesse unilatérale, qui entend se prévaloir du non-respect de la formalité du bon pour, ne peut pas se limiter à invoquer l'absence de cette formalité.

Il a ainsi été jugé que la caution va être engagée par l'acte signé si, devant le juge, elle se contente de mettre en cause la validité de l'acte de cautionnement en tant que preuve préconstituée, mais ne conteste ni l'existence de l'engagement, ni l'authenticité de la signature figurant sur l'acte, ni la sincérité de son contenu, ni la validité du cautionnement au regard des conditions de validité des conventions⁵⁸. Lorsque le débiteur se borne à soulever l'irrégularité de forme de l'écrit en question, sans cependant contester, ni avoir établi et signé ledit acte, ni que la somme y indiquée est celle qui a été versée, il y a lieu de déduire de ces circonstances un aveu implicite de la réalité et de la sincérité de son engagement⁵⁹.

L'article 1326 du Code civil prescrit, ad probationem, la forme que doit présenter un acte sous seing privé constatant un engagement unilatéral et ne s'applique que si la loi luxembourgeoise régit la forme de l'acte. Il

⁵⁶ Cour d'appel, 28 juin 2006, n° 27393, BJJ, 2006, p. 229

⁵⁷ A. PRUM, Y. POULLET, E. MONTERO, « Le commerce électronique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2005), p. 209-201, n° 218.

⁵⁸ Trib. Luxembourg, 18 mai 2010, n° 128.095, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 52 ; Cour d'appel, 4 février 1998, Pas, 30, p. 475

⁵⁹ Cour d'appel, 6 mars 2002, n° 25511, BJJ, 2003, p. 5

n'est pas un mode de preuve applicable en cas de compétence du juge luxembourgeois⁶⁰.

§ 3. LES LETTRES MISSIVES

427. Il existe encore une sorte particulière d'acte sous seing privé, la lettre missive.

La lettre missive est la communication écrite adressée par une personne à une autre.

Le régime probatoire de la lettre n'est pas repris dans le Code civil.

En principe, pour être pleinement probatoire, la lettre missive doit rencontrer les caractéristiques précitées de l'acte sous seing privé.

Elle doit être écrite et signée.

Elle doit également, le cas échéant, respecter la formalité du « bon pour ».

Une lettre missive étant par nature un document écrit et signé par une personne, elle ne va normalement pas devoir respecter la formalité des originaux multiples prévue à l'article 1325 du Code civil.

La lettre missive peut alors faire preuve de l'engagement pris par son auteur. Elle ne va en principe pas permettre à l'auteur de prouver l'obligation d'autrui, nul ne pouvant se constituer un titre à soi-même.

Une lettre missive n'est pas un acte instrumentaire, qui aurait été créé dès l'origine afin de constituer une preuve.

La régularité de son admissibilité en justice se posera donc. Une lettre missive ne pourra en effet pas être admise comme moyen de preuve si la personne qui la produit est entrée en possession de la lettre de manière irrégulière ou si cette lettre est confidentielle⁶¹.

⁶⁰ Cour d'appel, 2 mars 2000, Pas., 31, p.274

⁶¹ Sur un cas d'application des principes applicables voyez Cour d'appel, 13 mai 1992, Pas., 28, p. 297

CHAPITRE IV. LES CAS DANS LESQUELS LA PREUVE PEUT ÊTRE APPORTÉE PAR TOUTES VOIES DE DROIT

433. Dans certains cas, le Code civil prévoit qu'une partie va pouvoir prouver par toutes voies de droit l'existence ou le contenu d'un acte juridique, ou prouver librement contre et outre le contenu d'un acte juridique.

Il en va d'abord ainsi en cas de commencement de preuve par écrit, d'impossibilité de se préconstituer un écrit, de perte de l'acte par cas fortuit ou de la preuve d'une fraude (articles 1347, 1348 et 1353 du Code civil).

Les quasi-contrats, respectivement les actes de gestion d'affaire, les paiements de l'indu et enrichissements sans cause, peuvent aussi être prouvés par toutes voies de droit (article 1348 du Code civil).

Enfin, la preuve est libre en matière commerciale (article 109 du Code de commerce).

SECTION 1. LE COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT

434. Une partie va donc pouvoir prouver l'existence d'un acte juridique par toutes voies de droit lorsqu'il existe une « commencement de preuve par écrit » (article 1347 du Code civil).

Constitue un « commencement de preuve par écrit » tout acte qui émane de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable les faits allégués (article 1347 al. 2 du Code civil). Il doit répondre à plusieurs conditions.

Le commencement de preuve doit d'abord être « un écrit », entendu largement en ce sens qu'il suffit que la preuve ressorte des mentions reprises sur un support durable qui le fixe.

Cet écrit doit émaner de la personne contre qui la preuve est rapportée. Il ne faut néanmoins pas que cette personne ait rédigé elle-même l'écrit, une simple appropriation de l'écrit par cette personne suffit.

La Cour a ainsi précisé que l'écrit devait être personnel à celui à qui on l'oppose, soit qu'il émane de lui, soit qu'il émane de celui qu'il représente ou de celui qui l'a représenté. Si ce caractère de personnalité fait défaut, il n'y a qu'un écrit émanant, soit d'un tiers, soit de l'adversaire, et qui ne saurait être légalement opposé à la partie qui n'en est pas l'auteur, à moins qu'il ne soit établi que le contenu de cet écrit est, moralement et juridiquement parlant, l'œuvre de cette partie ou que celle-ci a fait sien ce contenu par une acceptation expresse ou tacite¹.

Il faut enfin que cet écrit rende vraisemblable les faits allégués.

La vraisemblance du fait allégué doit résulter de l'écrit lui-même, sans qu'il soit permis, en cas d'équivoque, d'éclairer la portée de cet écrit par des circonstances extérieures².

435. Il a ainsi été décidé qu'un contrat de cautionnement, sur lequel la caution n'a pas apposé la mention du « bon pour » prévue par l'article 1326 Code Civil, peut servir de commencement de preuve par écrit de l'engagement de la caution. Un tel instrumentum peut servir de début de preuve par écrit, dans la mesure où l'acte de cautionnement est signé par la caution, qui se l'est donc approprié, et qu'il rend vraisemblable l'engagement de garant de celle-ci³.

La reconnaissance de dette signée, mais qui ne respecterait pas la formalité du bon pour, vaut également commencement de preuve par écrit⁴.

La photocopie d'une lettre, sur laquelle la signature photocopiée de son auteur apparaît, vaut commencement de preuve par écrit, contrairement à la copie par retranscription manuscrite d'une telle lettre qui n'aucune valeur probante⁵.

Un acte par lequel une personne a écrit de sa main qu'elle reconnaît avoir reçu des fonds (mais à une date antérieure à celle à laquelle le demandeur prétend avoir fait cette remise), rend vraisemblable l'existence d'un prêt et constitue un commencement de preuve par écrit⁶.

Lorsque le mandant, ou ses héritiers, prétendent que le mandataire n'a pas satisfait à son obligation de rendre des comptes, il leur revient de prouver l'encaissement de sommes par le mandataire et leur non portées

¹ Cour d'appel, 14 janvier 2004, n° 27455, BJJ, 2004, p. 66

² Cour d'appel, 27 octobre 1999, Pas., 31, p. 222

³ Cour d'appel, 22 novembre 2006, Pas., 33, p. 354 ; Cour d'appel, 4 février 1998, Pas, 30, p. 475 ; Cass., 21 mars 1991, Pas., 28, p. 136 ; Cass., 23 mars 1989, Bull. Dr. et Banque, 1989, n° 14, p. 74

⁴ Cour d'appel, 13 juillet 2005, n° 29554, BJJ, 2005, p. 157

⁵ Cour d'appel, 13 mai 1992, Pas., 28, p. 297

⁶ Cour d'appel, 28 mai 2008, n° 32446, BJJ, 2008, p. 169

au chapitre des recettes. Cette preuve peut être rapportée par toutes voies de droit lorsque le mandat est prouvé, car il vaut alors commencement de preuve par écrit de la remise des sommes au mandataire⁷.

Il a, par contre, été jugé que le mandat octroyé par une personne décédée à une autre de pouvoir débiter son compte, ne vaut pas commencement de preuve par écrit d'une intention libérale dans son chef. Le mandat implique, au contraire, une obligation de restituer à charge du mandataire, qui ne rend donc pas la donation vraisemblable. Il en va autrement si la procuration faisait apparaître que le mandataire était dispensé de restituer ou de rendre des comptes⁸.

Les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution, peuvent également être considérés comme un commencement de preuve par écrit (article 1347 al. 3 du Code civil).

Certaines copies d'actes authentiques également (articles 1335 et 1336 du Code civil – supra point 432).

436. Lorsque la partie qui entend prouver l'existence d'un acte juridique apporte un tel commencement de preuve par écrit, elle est alors admise à prouver l'existence de l'acte par toutes voies de droit.

En effet, l'acte de commencement de preuve par écrit ne fait pas, en lui-même, preuve de l'acte litigieux. Il rend uniquement admissible d'autres modes de preuve.

L'acte juridique ne sera alors considéré comme prouvé que s'il est complété par tout autre moyen de preuve – généralement des témoignages ou des présomptions- qui établira l'engagement du débiteur sans ambiguïté⁹.

Il a été jugé que les conclusions déposées par la caution dans le cadre du litige, dans lesquelles celle-ci ne conteste pas le montant de la somme garantie, constituent une présomption suffisante de l'existence et du montant de sa dette¹⁰.

Le juge peut considérer que la preuve de la dette du débiteur, qui avait signé une reconnaissance de dette (qui ne respecte pas la formalité du bon

⁷ Cour d'appel, 11 juin 2008, n° 27512, BJJ, 2008, p. 209

⁸ Cour d'appel, 8 mai 2002, n° 26090, BJJ, 2002, p. 2 ; Cour d'appel, 27 octobre 1999, Pas., 31, p. 222

⁹ Cour d'appel, 28 mai 2008, n° 32446, BJJ, 2008, p. 169 ; Cour d'appel, 13 juillet 2005, n° 29554, BJJ, 2005, p. 157

¹⁰ Cour d'appel, 22 novembre 2006, Pas., 33, p. 354

pour), est apportée par la confirmation contenue dans une autre pièce, intitulé « *liefervereinbarung* »¹¹.

SECTION 2. L'IMPOSSIBILITÉ DE SE PRÉCONSTITUER UN ÉCRIT

437. Une partie va également pouvoir prouver l'existence d'un acte juridique par toutes voies de droit lorsqu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité morale ou dans l'impossibilité matérielle de se constituer un tel écrit pour constater cet acte juridique (article 1348 du Code civil).

L'impossibilité matérielle d'établir un écrit est constituée par tout obstacle insurmontable qui empêche une personne de rédiger un écrit. Il y a ainsi impossibilité matérielle lorsque la partie à l'acte était dans l'incapacité d'écrire ou lorsqu'elle a été forcée par les événements d'agir (en cas d'accident ou d'incendie par exemple).

Il y a impossibilité morale de se préconstituer un écrit lorsque l'obstacle à l'établissement de l'acte écrit est psychologique et que la partie n'a donc pas pu solliciter la rédaction d'un tel écrit en raison des liens de famille, de relations d'affection ou d'amitié, ou même des relations de subordination, qui la liaient à l'autre partie à l'acte.

Il a été jugé qu'il y avait impossibilité morale de solliciter la rédaction d'un acte écrit prouvant l'existence d'un prêt, lorsque le prêteur et l'emprunteur ont cohabité de manière stable pendant plusieurs années et que l'emprunteur exploitait un magasin dans les lieux. Cette situation prouvait que les parties entretenaient des relations de confiance durables, ce qui justifie que le prêteur n'a pas exigé la signature d'un écrit, ce qui aurait risqué de perturber ces relations. Le prêteur a donc pu prouver le contrat par toutes voies de droit et notamment par témoignage¹².

Il est également admis que le créancier se trouve dans l'impossibilité de se procurer un écrit lorsque, par suite d'un usage répondant à un souci de délicatesse, il n'est pas concevable pour lui d'exiger la rédaction de cet écrit. Cela ne sera cependant possible que si l'usage invoqué est constant, notoire, public et toléré par la loi. Une simple pratique courante ne constituera pas une impossibilité de se préconstituer un écrit¹³.

¹¹ Cour d'appel, 13 juillet 2005, n° 29554, BJL, 2005, p. 157

¹² Cour d'appel, 20 juin 2001, Codex, 2002/1, p. 8

¹³ Cour d'appel, 14 janvier 2004, n° 27455, BJL, 2004, p. 66 ; pour une autre cas voyez Cour d'appel, 20 mars 1985, Pas., 26, p. 326

SECTION 3. LA PERTE DE L'ÉCRIT PAR CAS FORTUIT

438. Une partie va également pouvoir prouver l'existence d'un acte juridique par toutes voies de droit lorsqu'elle prouve que l'acte rédigé a été perdu à la suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure (article 1348 du Code civil).

La partie qui entend se prévaloir de cette exception doit démontrer qu'un acte avait été rédigé, mais qu'il n'est plus en mesure de le présenter car celui-ci a été perdu par force majeure et qu'il n'est pas en mesure d'en obtenir une copie.

Si l'acte a été perdu à la suite d'un fait, même involontaire, de la partie concernée, il n'y a pas cas fortuit et celle-ci ne pourra pas se prévaloir de cette exception.

Dans une espèce, un époux prétendait que certains avoirs de la communauté étaient des biens qui lui appartenaient en propre, car ces biens avaient été acquis à l'aide de revenus qui lui étaient propres. L'alinéa 3 de l'article 1402 du Code civil admet la preuve par témoignages ou présomptions si un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit. En l'espèce la Cour a admis que l'époux pouvait également apporter une telle preuve, « conformément à l'article 1348 du Code civil, en cas d'impossibilité de produire un écrit antérieurement établi ». L'époux faisait valoir qu'il était dans l'impossibilité de verser un extrait bancaire établissant le virement allégué par lui, parce que son conjoint avait géré tous les comptes et détenait les extraits bancaires y relatifs. La Cour a alors rappelé que, pour que la preuve par témoignages ou présomptions soit admissible par dérogation au principe de la preuve écrite, il faut que la perte du titre ou du document qui sert de preuve littérale soit due à un cas fortuit, imprévu et résultant de la force majeure. Or les circonstances dont l'époux faisait état pour expliquer qu'il ne pouvait plus produire de pièce justificative ne constituaient pas un tel cas de force majeure¹⁴.

SECTION 4. LA PREUVE DE LA FRAUDE

439. Une partie peut également prouver l'existence d'un acte de fraude par toutes voies de droit (article 1353 du Code civil).

¹⁴ Cour d'appel, 9 juillet 2003, n° 27437, BJJ, 2004, p. 177

La Cour l'a rappelé dans une espèce où un successeur prétendait qu'une donation déguisée portait atteinte à ses droits d'héritier réservataire. Le successeur faisait valoir que l'acte de vente du terrain de son parent défunt était en fait une donation déguisée de ce terrain, réalisée dans une intention de fraude au détriment des enfants du premier mariage du vendeur et ayant pour objet de favoriser le nouveau conjoint du vendeur.

La Cour a alors décidé que l'existence éventuelle d'une fraude autorisait la preuve par tous moyens. Il suffit dès lors que soit invoquée une donation déguisée, qui porterait atteinte au droit d'héritier réservataire du demandeur, pour que celui-ci puisse apporter la preuve de l'existence de la donation par toutes voies de droit¹⁵.

440. Lorsque la loi autorise une partie à prouver par toutes voies de droit, elle permet à cette partie de prouver ses dires par témoignages ou par présomptions.

¹⁵ Cour d'appel, 1 août 2003, Pas., 32, p. 585. Pour un autre cas voyez Cour d'appel, 1 février 1984, Pas., 26, p. 141

CHAPITRE VI. LA PREUVE PAR TOUTES VOIES DE DROIT – LES PRÉSUMPTIONS

449. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tirent d'un fait connu ou d'un fait inconnu (article 1349 du Code civil).

En fait, le Code civil prévoit deux sortes de présomptions. Les présomptions légales visées aux articles 1350 à 1352 du Code civil et les présomptions du fait de l'homme visées à l'article 1353 du Code civil.

Leurs régimes juridiques sont forts différents.

Lorsque le principe de la hiérarchie des preuves, visé aux articles 1341 et s. du Code civil, s'oppose à ce qu'une partie puisse apporter la preuve d'un acte juridique par présomption, il prohibe simplement le fait pour une partie de prouver cet acte par une présomption du fait de l'homme.

Les présomptions légales constituent plutôt des conséquences juridiques qu'il faut tirer de certaines situations. Elles constituent une attribution de la charge de la preuve à une partie et non un véritable mode de preuve dont son bénéficiaire ne pourrait faire usage que limitativement.

SECTION 1. LES PRÉSUMPTIONS LÉGALES

450. Différents textes de loi prévoient expressément les conséquences juridiques qu'il faut tirer de certaines situations.

Ces présomptions légales autorisent ainsi une personne à prétendre à l'existence d'éléments de fait, en allégeant les preuves que cette partie doit apporter de ces éléments, et en mettant à charge de l'autre partie la preuve de l'inexactitude ces faits.

Ces présomptions peuvent être soit irréfragables, et ne jamais permettre à l'autre partie d'apporter une preuve contraire, soit être une présomption simple et permettre donc à l'autre partie d'apporter la preuve contraire aux faits présumés (article 1352 du Code civil).

451. La jurisprudence a considéré qu'il y avait présomption légale irréfutable dans les cas suivants :

L'article 2279 du Code civil prévoit que « *en fait de meuble, possession vaut titre* ». Le principe repris à cet article recouvre en fait deux règles, une règle de fond et une règle de preuve. L'article 2279 al. 1 du Code civil édicte une règle de fond applicable lorsqu'une personne a été dessaisie de la possession d'un bien meuble, qu'un litige l'oppose ensuite à propos de la propriété du bien à la personne qui possède le bien et que le possesseur actuel peut justifier qu'il s'est fait remettre ce bien par un tiers. Dans ce cas, le possesseur du bien est présumé irréfablement propriétaire du bien meuble, sans que le propriétaire dépossédé ne puisse en apporter la preuve contraire¹. Il a ainsi été jugé, qu'en application de cette présomption irréfutable, une veuve n'a pas à prouver au successeur de feu son mari, l'origine des titres au porteur qu'elle détient².

L'article 918 du Code civil prévoit que vont entrer en ligne de compte pour le calcul de la réserve héréditaire, les actes de dispositions à titre onéreux faits par le de cujus au profit d'un successible en ligne directe lorsque ces actes sont faits à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit. On considère en effet que ces aliénations sont présumées irréfablement recouvrir des libéralités, car il s'agit de formes de vente qui permettent de dissimuler aisément une donation afin de faire échapper l'opération à l'action en réduction des autres réservataires. Le prix stipulé étant présumé fictif, l'acquéreur ne peut même pas prétendre obtenir de la succession le remboursement des sommes qu'il prouverait avoir réellement payées³.

L'article L. 122-9 du Code du Travail présume irréfablement que le contrat, qui ne respecte pas certaines formalités imposées par le Code du Travail, est conclu à durée indéterminée⁴. Le Code du Travail prévoit que l'employeur qui a licencié un salarié doit, dans le mois de la demande de motifs introduite par le salarié, énoncer avec précision par lettre recommandée les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, et qui doivent être réels et sérieux. Si l'employeur ne répond pas dans ce délai d'un mois à la demande de motif du salarié, il sera irréfablement

¹ Trib. Luxembourg, 24 janvier 2005, n° 90892

² Trib. Luxembourg, 28 juin 2002, n° 552/2002, BJL, 2003, p. 26

³ Cour d'appel, 5 janvier 2011, Pas., 35, p. 545 ; Cour d'appel, 4 février 2009, Pas., 34, p. 421 ; Cour d'appel, 14 avril 2005, Pas. 33, p. 64

⁴ Cour d'appel, 28 juin 2001, Codex, 2001/7, p. 206

préssumé avoir licencié abusivement le salarié (article L. 124-5 (2) du Code du Travail)⁵.

Il est de principe que lorsque la facture se rapporte à une vente commerciale dans le chef de l'acheteur, son acceptation sans réserve constitue une preuve légale de l'existence de la vente et de la conformité des mentions de la facture avec les conditions du marché. Ainsi, l'acceptation de la facture implique nécessairement la preuve de l'existence de la vente sans qu'aucune preuve contraire ne soit concevable⁶.

Lorsqu'une dette est reconnue dans un acte sous seing privé, la remise volontaire par le créancier (ou son mandataire) au débiteur –ou à un des codébiteurs solidaires- de l'original de cet acte sous seing privé fait irréfragablement présumer que la dette est éteinte (articles 1282 et 1284 du Code civil).

Les maître et commettant sont responsables du dommage causé par leur domestique et préposé dans l'exercice de leur fonction (article 1384 al. 3 du Code civil). L'employeur sera présumé irréfragablement responsable du dommage causé à l'égard des tiers par les fautes commises par son salarié dans l'exercice de ses fonctions⁷.

452. Les articles 1350.3° et 1351 du Code civil consacrent le principe de l'autorité de chose jugée et présumant irréfragablement qu'une décision de justice constitue « la vérité judiciaire »⁸.

Toute décision de justice définitive a autorité de chose jugée et cela tant qu'elle n'a pas été infirmée par une autre décision de justice⁹.

Cette autorité de chose jugée n'a, en principe, lieu qu'entre les parties.

Pour qu'elle puisse être opposée à une autre demande en justice, il faut donc que cette demande ait le même objet, soit faite entre les mêmes parties et soit fondée sur les mêmes causes.

L'autorité de chose jugée a, entre les parties à la cause, un effet négatif -qui permet au gagnant d'opposer une fin de non-recevoir à une nouvelle

⁵ Cour d'appel, 5 mai 2011, n° 35985 cité au JurisNews – Regard sur le droit du travail, 2012/1, p. 253

⁶ Cass., 9 juin 2005, DAOR, 2009, n° 90, p. 139 et note D. PHILIPPE ; également Cour d'appel, 12 janvier 2005, n° 29165, BJL, 2006, p. 52.

⁷ G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p. 632, n° 791.

⁸ T. HOSCHET, « Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg », éd. Paul Bauler (2012), p. 468 et s., n° 911 et s.

⁹ Si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaires, elle sera coule en force de chose jugée et sera alors également exécutoire.

demande du perdant et un effet positif qui autorise le gagnant à se prévaloir de la vérité de ce qui a été jugé.

Les décisions étrangères, dont l'autorité est reconnue par les articles 33 et 38 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ont également autorité de la chose jugée, qui s'oppose à ce que de telles décisions émanant d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union Européenne soient remises en question dans un autre Etat membre et qui leur permettent de servir de base à une exception de chose jugée¹⁰.

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Il n'y a identité d'objet d'une demande que lorsque le juge s'expose, en statuant sur les prétentions des parties, à contredire une décision antérieure, en affirmant un droit nié ou en niant un droit affirmé par la première décision.

Lorsqu'un jugement a condamné une société à l'enlèvement de la construction en lattes surplombant la propriété d'une autre personne, ainsi qu'à la fermeture de l'ouverture pratiquée dans le mur extérieur de l'immeuble, le litige qui a pour objet d'autoriser cette autre personne à faire exécuter ces travaux par un tiers, ne porte sur aucune des questions tranchées par ce jugement, et ne viole donc pas l'autorité de la chose jugée de ce jugement¹¹.

Il n'y a également identité de cause, qui justifie l'application de l'exception de chose jugée, que dans le cas où une juridiction est saisie à nouveau, suite à une première décision définitive, d'une demande entre les mêmes parties, portant sur le même objet et fondée sur la même base légale. Tel ne sera pas le cas dans l'hypothèse d'une seconde présentation de la demande basée sur une autre disposition légale que celle ayant fait l'objet de la première décision définitive et n'ayant pas été invoquée dans le cadre du premier litige. La jurisprudence luxembourgeoise ne considère pas que l'autorité de chose jugée oblige le demandeur à présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci¹².

¹⁰ Cour d'appel, 23 mars 2001, n° 24042

¹¹ Cass., 18 mars 2010, JTL, 2011, p. 76 ; sur le principe voyez également Trib. Luxembourg, 13 mai 2009, n° 105974, BJJ, 2009, p. 137

¹² Cour d'appel, 5 février 2009, Pas., 34, p. 427

Cette autorité de la chose jugée de la décision de justice ne va s'attacher qu'à ce qui a été soumis au juge et que le juge a tranché, fût-ce implicitement. Seul le dispositif de la décision, et les motifs décisifs et décisifs qui constituent le soutien nécessaire du dispositif, ont autorité de la chose jugée, à l'exclusion des simples motifs du jugement¹³.

Quand une décision est rendue sur le fond, le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, fût il rendu en l'état des justifications produites, a, dès son prononcé, l'autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche et dessaisit le juge de cette contestation au fond¹⁴.

Lorsqu'un arrêt est cassé par la Cour de Cassation, toutes les parties de la décision cassée qui n'ont pas fait l'objet du pourvoi conservent ainsi force de chose jugée¹⁵.

L'autorité de la chose jugée d'une décision a également pour effet de limiter la responsabilité que l'Etat peut encourir du fait des décisions rendues par les Cour et Tribunaux. La loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques consacre le droit d'obtenir indemnisation de la part de l'Etat pour le préjudice causé par le fonctionnement défectueux des juridictions. La responsabilité de l'Etat peut même être engagée en raison d'une décision rendue en première instance qui a fait l'objet d'une réformation par la juridiction d'appel. Cependant, l'autorité de chose jugée dont est revêtu l'acte juridictionnel doit être respectée et la décision ne peut pas être remise en cause dans le cadre de l'action en responsabilité. En application du principe suivant lequel ce qui a été jugé est tenu pour être conforme à la vérité (*res judicata pro veritate habetur*), la décision est considérée comme bien jugée, et la juridiction saisie de l'action en responsabilité ne peut pas examiner si la décision judiciaire revêtue de l'autorité de la chose définitivement jugée a été bien ou mal rendue. La loi ne permet pas d'engager, en raison du fonctionnement défectueux d'une juridiction, une action en responsabilité de l'Etat qui tendrait à un réexamen de ce qui a été définitivement jugé. Il a ainsi été jugé que lorsque le moyen invoqué pour motiver une action en responsabilité contre l'Etat est que les décisions de confiscation de ses armes ont été prononcées par le tribunal correctionnel et la Cour d'appel, en violation du Code pénal, de la loi sur la chasse, de la Constitution, et du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de

¹³ Cour d'appel, 11 juillet 2002, n° 24975 ; Cour d'appel, 20 mars 1996, Pas., 29, p. 162

¹⁴ Cour d'appel, 12 janvier 2006, Pas., 33, p. 130

¹⁵ Cass., 11 mai 2000, Pas., 31, p. 289

l'homme, cette demande tend à établir le fonctionnement défectueux des juridictions dans une affaire pénale jugée à son égard, et tend donc à ce que la juridiction saisie de l'action en responsabilité engagée soit appelée à constater que ces juridictions ont mal jugé l'affaire pénale. L'action en responsabilité, telle que motivée, ne peut être jugée sans réexamen des décisions pénales, et sans appréciation des décisions au regard des dispositions légales, constitutionnelles et conventionnelles applicables. Or, dans la mesure où ces décisions ont acquis l'autorité de la chose définitivement jugée, le tribunal ne peut pas faire droit à cette demande sans procéder à un examen incompatible avec l'autorité de la chose définitivement jugée et elle n'est donc pas recevable¹⁶.

Lorsque le jugement est rendu en l'état d'une situation évolutive, comme par exemple lorsqu'une demande est déclarée irrecevable, il n'a pas autorité de chose jugée et n'empêche pas la formulation d'une autre demande une fois l'irrecevabilité corrigée ou disparue¹⁷.

Certaines décisions ont néanmoins une autorité absolue de chose jugée, et s'impose donc erga omnes. La présomption de vérité qui s'attache à ces décisions est donc irréfragable à l'égard de tous. Il en va par exemple ainsi des décisions pénales ayant statué sur le fond.

Cette autorité de chose jugée de la décision criminelle invoquée dans le cadre d'un litige civil en responsabilité, ne s'attache qu'aux énonciations qui constituent la base commune de la sentence pénale et du jugement civil. L'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été nécessairement décidé et est donc limité à ce qui a été nécessairement constaté par le juge répressif statuant sur le fond du litige, soit quant à l'existence des faits qui constituent la base commune de l'action publique et de l'action civile, soit quant à la qualification légale, soit quant à la participation du prévenu. Une ordonnance de non-lieu rendue par la chambre du conseil, ne revêt pas une telle autorité car elle n'a qu'un caractère provisoire et est révocable en cas de survenance de charges nouvelles¹⁸.

Si les décisions pénales ont au civil autorité absolue à l'égard de tous pour tout ce qui a été nécessairement jugé quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification et la culpabilité de ceux auxquels le fait fut incriminé, il en est autrement lorsque ces décisions statuent sur les intérêts civils. Dans pareil cas, la décision pénale ayant statué sur la responsabilité civile a la

¹⁶ Trib. Luxembourg, 13 mai 2009, n° 105974, BJJ, 2009, p. 137

¹⁷ Cour d'appel, 12 janvier 2006, Pas., 33, p. 130

¹⁸ Trib. Luxembourg, 20 janvier 2005, Bull. AIDA, 2006/9, p. 84 ; Cass., 22 avril 1999, Pas., 31, p. 47

valeur et le caractère d'une décision rendue au civil, et son influence doit s'apprécier d'après les principes consacrés par l'article 1351 du Code civil. L'autorité de la chose jugée consacrée par ce texte a ainsi un caractère d'intérêt privé. Faute d'avoir été soulevé par une des parties au litige, la Cour ne saurait se saisir du moyen en question¹⁹.

Le principe de l'autorité de chose jugée cède devant le principe de la primauté des normes de droit communautaire. Le principe de l'autorité de la chose jugée prévu par une législation nationale ne peut faire obstacle à leur plein effet. Ainsi, un arrêt passé en force de chose jugée, reconnaissant le droit d'un particulier à une aide d'État, ne constitue pas un obstacle à la récupération de cette aide, lorsque celle-ci a été déclarée incompatible par une décision de la Commission²⁰.

453. La jurisprudence a qualifié de présomptions légales simples les cas suivants :

L'article 653 du Code civil qui édicte une présomption suivant laquelle un mur de séparation entre deux fonds est mitoyen. Cette présomption légale est une présomption simple. La preuve de l'absence de mitoyenneté du mur peut être apportée en cas de « marque contraire » énoncées à l'article 654 Code Civil, mais également par d'autres moyens ou par un simple état des lieux²¹.

L'article 40 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoit que la propriété de l'action nominative s'établit par une inscription sur le registre prescrit à cet effet. L'inscription au registre des actions nominatives constitue donc un moyen de preuve de la propriété des actions. Mais il ne s'agit là que d'une présomption simple et le véritable propriétaire des actions va pouvoir apporter autrement la preuve de sa propriété des titres²².

Les articles 540 et 542 du Nouveau Code de Procédure Civile disposent que l'instance s'éteint par discontinuation des poursuites pendant trois ans, si la péremption n'a pas été couverte par des actes valables faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande en péremption²³. La péremption d'instance repose sur la présomption qu'une des parties souhaite renoncer

¹⁹ Cour d'appel, 26 mai 2004, n° 28140, BJJ, 2004, p. 199

²⁰ CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-119/5, [ITDE, 2007, p. 275](#)

²¹ Cour d'appel, 8 novembre 2000, Codex, 2001/6, p. 172

²² Cour d'appel, 8 novembre 2005, n° 29357, cité au Ann. Dr. Lux., 2006, n° 16, p. 485 ; Cour d'appel, 30 octobre 2002, n° 25762, BJJ, 2003, p. 26 ; Trib. Luxembourg, 1 décembre 2004, n° 87256, BJJ, 2005, p. 128 ; Trib. Luxembourg, 25 juin 2004, n° 88320, 88321, 88322, BJJ, 2004, p. 206

²³ T. HOSCHET, « Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg », éd. Paul Bauler (2012), p. 560 et s., n° 1148 et s.

à poursuivre l'instance engagée. Si les faits de la cause sont exclusifs de cette présomption, l'instance ne saurait être déclarée périmée. Il faut ainsi attribuer force interruptive à tout acte dénotant des diligences quelconques de la part d'une partie pour arriver à la solution du litige et contredisant la présomption d'abandon de l'instance. Rentre dans cette catégorie tout acte tendant directement à l'instruction et au jugement de la cause²⁴. Il est admis que constituent également des événements ayant une telle force interruptive, les obstacles juridiques qui s'opposent momentanément à la continuation de l'instance et les événements de force majeure qui rendent toute poursuite impossible. Ainsi la péremption est couverte lorsqu'il est impossible de suivre l'instance à raison d'une question préjudicielle à faire trancher, d'une demande incidente à faire juger préalablement ou lorsque l'instance dans laquelle la péremption est demandée dépend de la solution d'une autre instance entre les mêmes parties²⁵.

Les articles 1733 et 1734 du Code civil prévoient que le locataire est présumé responsable à l'égard du bailleur des conséquences dommageables d'un incendie qui s'est déclarée dans les lieux loués. Cette présomption est une présomption simple et le locataire peut être exonéré de toute responsabilité s'il prouve que l'incendie s'est déclarée sans sa faute, respectivement que la genèse du feu ne lui est pas imputable²⁶.

La Convention relative au contrat de transport international de Marchandise par Route signée à Genève le 19 mai 1956 (CMR) règle les conditions de transport et la responsabilité du transporteur. Elle organise un ensemble de présomptions simples, qui vont trouver à s'appliquer successivement. Elle prévoit que le transporteur est responsable de la perte totale ou partielle, ou de l'avarie, qui se produit entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison. Le transporteur routier international est donc simplement présumé responsable en cas de perte. Le transporteur peut cependant s'exonérer de sa responsabilité en invoquant différentes causes prévues aux paragraphes 2 et 4 de l'article 17. Il appartient alors au transporteur routier international qui invoque une cause normale d'exonération, telle que le vice propre de la marchandise, de faire la preuve précise et complète que le dommage résulte bien de la cause invoquée, de simples conjectures ne suffisant pas. Par contre, lorsque ce dernier fait état d'une des causes privilégiées d'exonération, prévues au

²⁴ Cour d'appel, 12 décembre 2007, n° 20182, BJJ, 2008, p. 33 ; Trib. Luxembourg, 13 mai 2009, n° 83595, BJJ 2009, p. 142

²⁵ Cour d'appel, 3 décembre 2008, n° 33651, BJJ, 2009, p. 77

²⁶ Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas., 35, p. 50 ; Cour d'appel, 12 décembre 2007, Pas. 34, p. 85

paragraphe 4 de cet article, il ne doit établir qu'une présomption d'origine du dommage, c'est-à-dire démontrer que les circonstances de fait dans lesquelles s'est déroulé le transport et s'est produit l'accident permettent raisonnablement de penser que le dommage a pu provenir de la cause invoquée, sans qu'il ait à faire la preuve que le risque invoqué constitue bien la cause effective du dommage. Il suffit qu'il y ait une certaine vraisemblance que le dommage a pour origine la cause invoquée. Lorsqu'il en est ainsi, la présomption d'origine du dommage joue en faveur du transporteur, même si l'hypothèse, que le dommage pourrait avoir une autre cause, ne peut être complètement écartée. Néanmoins le client pourra encore rapporter la preuve contraire et établir que le dommage ne provient pas de la cause particulière invoquée par le transporteur routier, sans devoir cependant prouver la raison réelle de la perte ou de l'avarie. Il doit seulement détruire la thèse du transporteur, en démontrant que son explication du dommage ne tient pas. S'il y parvient, la présomption d'origine du dommage est écartée et le fardeau de la preuve retombe sur le transporteur²⁷.

L'article 2279 du Code Civil prévoit que « *en fait de meuble, possession vaut titre* ». Le principe reprise à cet article recouvre en fait deux règles, une règle de fond et une règle de preuve. L'article 2279 al. 1 du Code civil édicte une règle de preuve lorsqu'une personne a été dessaisie de la possession d'un bien meuble, qu'un litige l'oppose ensuite sur la propriété du bien à la personne qui possède le bien et que le possesseur actuel ne peut pas justifier qu'il s'est fait remettre ce bien par un tiers. Dans ce cas, le protagoniste qui n'est pas en possession du bien peut établir que le possesseur actuel du bien le détient sans titre ou à titre précaire et récupérer son bien. Lorsqu'une personne a bénéficié d'un don par le versement d'une somme d'argent sur son compte, ou par remise de bons de caisse, et qu'il est confronté à une revendication de la part des ayants droit du donateur, il peut se prévaloir de la présomption de preuve de propriété instituée par l'article 2279 du Code Civil et n'a pas à prouver autrement l'existence du don. Il peut invoquer la possession de l'argent viré ou du titre reçu, qui fait présumer la propriété en sa faveur. Il reviendra alors à l'autre partie à prouver l'inexistence de cette libéralité²⁸.

Le terme suspensif est présumé établi en faveur du débiteur de l'obligation (article 1187 du Code civil), qui peut donc seul renoncer au bénéfice du terme. Cette présomption peut être renversée par une clause contraire

²⁷ Trib. Luxembourg, 11 janvier 2006, n° 81942, BJJ, 2006, p. 73 ; Cour d'appel, 19 mars 2008, n° 31184

²⁸ Cour d'appel, 1 juin 2005, n° 29669, BJJ, 2005, p. 147 ; Cour d'appel, 20 décembre 2005, n° 29592, BJJ, 2005, p. 192 ; Cour d'appel, 11 mai 2011, Pas. 35, p. 635

exprès reprise dans la convention ou une stipulation légale, mais également par la preuve que le terme profite aux créanciers ou aux deux parties. Dans ce cas, la renonciation au terme ne pourra intervenir que si le créancier y consent également²⁹.

Toute personne qui achète des biens pour les revendre est présumée, jusqu'à la preuve contraire, avoir livré les biens qu'elle achète dans les conditions qui rendent la TVA exigible. Il appartient au redevable de la taxe, qui se prévaut de l'une des exonérations, d'apporter la preuve des conditions de cette exonération, et par exemple que les biens ont été effectivement expédiés ou transportés sur le territoire d'un autre Etat membre³⁰.

Lorsqu'une dette est reconnue dans un acte authentique, la remise volontaire par le créancier (ou son mandataire) au débiteur de la grosse du titre fait présumer, par présomption simple, que la dette est éteinte (article 1283 du Code civil).

Lorsqu'un tiers paye la dette d'autrui, sans se faire subroger dans les droits du créancier, la jurisprudence établit une présomption simple de libéralité. Cette présomption peut être renversée³¹.

Le parent est responsable du dommage causé aux tiers par les actes de son enfant mineur dont il a la garde domestique. Le parent pourra s'exonérer de toute responsabilité s'il prouve qu'il n'a pas pu empêcher le fait qui a donné lieu à cette responsabilité³².

454. Des présomptions « légales » simples peuvent également résulter des usages.

La jurisprudence considère ainsi que, en application d'un usage bancaire, le silence gardé par le client pendant une certaine durée après réception de ses extraits de compte, fait présumer son accord sur les opérations renseignées sur l'extrait et/ou les conditions de fonctionnement du compte, ou prouve le mandat donné à la banque. Cette jurisprudence cantonne néanmoins celui-ci dans une fonction probatoire et non validante³³.

La jurisprudence luxembourgeoise a également relevé l'existence d'un usage commercial qui met à charge d'un commerçant, contre lequel est dirigée une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part, un

²⁹ Trib. Luxembourg, 20 décembre 2006, n° 86063

³⁰ Trib. Luxembourg, 18 mars 2011, n° 124222, BJJ, 2011, p. 61

³¹ Cour d'appel, 7 janvier 2004, n° 27655, BJJ, 2004, p. 147

³² G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p. 622 et s., n° 772 à 777

³³ Cour d'appel, 18 juin 2004, n° 27044, BJJ, 2004, p. 207 ; Cour d'appel, 10 juin 2004, DAOR, 2006, n° 80, p. 412 ; CSSF, Rapport d'activités, 2004, p. 144

devoir de la protester. Si un commerçant ne conteste ainsi pas rapidement un écrit contenant une telle affirmation, il sera présumé avoir accepté le contenu de cette mention³⁴.

L'avocat à la Cour constitué pour son mandant est présumé comparaître comme fondé de pouvoir sans avoir à justifier d'aucune procuration. La simple affirmation de l'avocat vaut présomption *ad litem* de son pouvoir de représenter une partie dans le cadre d'une procédure. C'est ainsi que l'avocat à la Cour d'une partie peut former appel d'une décision correctionnelle prononcée à l'encontre de son client, par déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu le jugement, sans devoir justifier d'un pouvoir spécial³⁵. Cette présomption n'est pas irréfutable mais elle ne peut être renversée que par le biais de la procédure en désaveu, organisée par les articles 497 et s. du Nouveau Code de Procédure Civile.

SECTION 2. LES PRÉSOMPTIONS DU FAIT DE L'HOMME

455. Les présomptions du fait de l'homme sont constituées par tout fait et tous autres éléments de preuve qui sont portés à la connaissance du juge et qui ne sont pas considérés par la loi comme constituant un autre mode de preuve.

Le champ des présomptions du fait de l'homme est donc illimité et évolue sans cesse, notamment en fonction de l'évolution des techniques récentes.

La force probante des présomptions du fait de l'homme est cependant limitée et encadrée.

La preuve par présomption de l'homme n'est admise que lorsque la preuve d'un fait ou d'un acte juridique peut être apportée par toutes voies de droit, à l'instar de la preuve testimoniale (article 1353 du Code civil).

Le juge ne va pouvoir admettre ce mode de preuve que si les présomptions invoquées sont graves, précises et concordantes et il lui appartient en plus d'en mesurer la portée et la force probante (article 1353 Code Civil). Le juge va donc devoir déduire d'un indice connu une certitude quant à l'existence d'un fait ou d'un acte juridique dont une partie au litige se prévaut.

³⁴ Cass., 9 juin 2005, DAOR, 2009, n° 90, p. 139 et note D. PHILIPPE, confirmant Cour d'appel, 26 mai 2004, DAOR, 2009, n° 90, p. 144 ; Trib. Luxembourg, 16 mai 2008, DAOR, 2009, n° 90, p. 147 ; Trib. Luxembourg, 11 mai 2007, n° 105558, BJJ, 2007, p. 110 ; Trib. Luxembourg, 8 décembre 2004, n° 87272, BJJ, 2005, p. 5.

³⁵ Cour d'appel, 25 juin 2002, n° 176/02, BJJ 2003, p. 32

Un rapport d'expertise qu'une partie a fait dresser unilatéralement et a communiqué à la partie adverse et soumis à la contradiction, peut valoir comme élément de preuve, à titre de présomption. Le juge ne pourra néanmoins pas justifier la condamnation de l'autre partie sur ce seul élément³⁶. Il n'en ira autrement que si l'autre partie accepte, de son plein gré et en connaissance de cause, de participer aux opérations d'expertise³⁷.

Un rapport établi par un détective privé sur base d'observations faites dans des lieux publics et qui ne se rapporte pas à la vie privée de la partie suivie, peut valoir comme preuve au titre de présomption de l'homme³⁸.

Le juge peut également tenir compte contenu d'un SMS envoyé par une personne à une autre pour fonder sa conviction³⁹.

³⁶ Cass., 8 décembre 2005, n° 63/05, BJJ, 2005, p. 206 ; Cour d'appel, 13 octobre 2005, n° 26892, BJJ, 2005, p. 158 ; Cour d'appel, 18 février 2004, n° 27557, BJJ, 2004, p. 158 ; Trib. Luxembourg, 11 janvier 2006, n° 81942, BJJ, 2006, p. 73, J.P. Esch-sur-Alzette, 4 avril 2011, n° 961/11, BJJ, 2012, p. 33

³⁷ Cour d'appel, 5 février 2003, n° 26884, BJJ 2003, p. 89

³⁸ Cour d'appel, 18 janvier 2007, Pas., 33, p. 498 ; BJJ, 2007, p. 56

³⁹ Cour d'appel, 25 mars 2009, n° 33896, BJJ, 2009, p. 112

TITRE 4

La preuve en matière commerciale

CHAPITRE I. LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE EN MATIÈRE COMMERCIALE

469. En matière commerciale, les modes de preuve ne sont pas hiérarchisés de la manière prévue par le Code civil. La règle applicable est celle de la liberté de la preuve¹.

Ce principe est textuellement fondé sur l'article 109 du Code de commerce qui précise que « les achats et ventes se constatent » notamment par la correspondance, les livres des parties ou le témoignage admis par le juge.

Il est généralement justifié par la célérité qui caractérise les opérations commerciales, celles-ci devant pouvoir se former et se dénouer rapidement, même si les parties ne sont pas en présence.

Ce principe de la liberté de la preuve en matière commerciale exclut donc l'application de l'article 1341 et s. du Code civil, et permet ainsi de recourir aux témoignages et aux présomptions pour établir l'existence d'un contrat ou d'un autre acte juridique, quelle que soit sa valeur. Il est également permis de prouver contre le contenu d'un acte par présomption, sans que cela ne limite néanmoins le droit du juge d'apprécier la force probante des éléments qui lui sont soumis.

Ce principe exclut également l'application d'autres règles de forme exigées ad probationem par d'autres sources du droit (comme par exemple l'article 2044 du Code civil pour la transaction).

Le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale ne va, par contre, pas permettre de passer outre au formalisme imposé pour un contrat solennel, pour lequel l'écrit est exigé pour la validité du contrat (et non juste ad probationem)².

Pareillement, lorsque l'acte sous seing privé qui est produit constate une convention synallagmatique, la formalité des originaux multiples prévue à l'article 1325 du Code civil ne s'imposera pas non plus, pas plus que la

¹ J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd. (2011), éd. Legitec, p. 47

² Cour d'appel, 31 octobre 1990, Pas., 28, p. 86

formalité du « bon pour » prévue par l'article 1326 du Code civil si l'acte sous seing privé produit constate une promesse unilatérale, par laquelle une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible³.

L'acte sous seing privé aura également date certaine en dehors des conditions prévues par l'article 1328 du Code civil.

Par contre, le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale ne permet pas au juge de refuser d'admettre la réalité d'une convention constatée dans un acte sous seing privé, lorsque cet acte est reconnu par le débiteur, en application de l'article 1322 du Code civil. Mais il permet à l'autre partie de prouver contre les termes de cet acte par toutes voies de droit.

Il ne s'oppose également pas au droit d'une partie de désavouer la signature ou l'écriture d'un acte sous seing privé qui lui est imputé, conformément à l'article 1324 du Code civil, avec la conséquence que si la preuve n'est pas rapportée que l'écriture ou la signature de l'acte est celle du débiteur, l'acte sera considéré comme ne constituant pas un écrit prouvant sa dette.

470. Ce principe de liberté de la preuve va d'abord s'appliquer lorsque la preuve à fournir porte sur l'existence, l'étendue ou les modalités d'une obligation qui est commerciale, en ce qu'elle constitue un acte de commerce visé par les articles 2 et 3 du Code de commerce.

Il s'agit des actes de commerce objectifs, qui sont commerciaux, peu importe la qualité des parties en cause dans l'opération.

La liberté de preuve va donc s'appliquer aux actes de commerce par leur forme, comme l'émission d'un chèque même si cette émission est réalisée par un particulier, des actes de commerce par leur cause comme l'achat de marchandise pour la revendre ou les opérations de commission et courtage, ou encore des actes de commerce par entreprise comme les activités industrielles ou les entreprises de transport.

Elle va également s'appliquer aux obligations des commerçants, qui sont présumées être des actes de commerce, sauf preuve contraire (article 2 in fine du Code de commerce). On se trouve alors en présence d'un acte de commerce subjectif.

³ Cour d'appel, 11 décembre 2003, n° 26824, BJL, 2004, p. 121 ; Cour d'appel, 20 juin 2002, DAOR, 2004, n° 70, p. 46 et note A. DÉOME, O. POELMANS ; Cour d'appel, 2 mai 2001, Codex 5/2001, p. 136 ; J.P. Esch/Alzette, 21 novembre 2005, BJL, 2005, p. 210

La jurisprudence luxembourgeoise considère qu'un acte peut être subjectivement commercial dès que la personne qui pose cet acte a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle elle est intervenue, et cela même si cette personne n'est pas un commerçant. Il n'est pas requis que cette personne ait trouvé dans l'opération un intérêt de nature commerciale, se traduisant par une pensée de spéculation. Il suffit qu'elle trouve dans l'opération un quelconque intérêt personnel de nature patrimonial, sans qu'il soit nécessaire qu'elle participe directement ou indirectement aux résultats du commerce concerné.

Il a ainsi été jugé que le cautionnement donné par les administrateurs ou gérants de sociétés, pour les engagements de la société, est commercial, ou à propos du cautionnement donné par des associés (importants) d'une SARL (société familiale) pour les engagements de cette société⁴.

471. Si l'obligation en question est une obligation civile dans le chef d'une des parties et commerciale dans le chef de l'autre, on se trouve en présence d'un acte mixte et il y aura application concurrente des deux régimes de preuve.

Le commerçant va alors être amené à apporter la preuve de l'acte juridique du non-commerçant en respectant les principes prévus par le Code civil, alors que le non-commerçant bénéficiera du régime de liberté de la preuve prévu par le Code de commerce.

La Cour a ainsi rappelé que dans une affaire introduite et instruite selon la procédure commerciale la preuve n'est pas libre à l'égard du non-commerçant. En effet la preuve à l'égard du plaideur civil se fait toujours selon les règles établies par les articles 1341 et suivants du Code civil, même si le tribunal siège en matière commerciale⁵.

472. La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ce principe de liberté de la preuve en matière commerciale à différentes reprises.

La preuve d'un bail commercial entre commerçant est libre. L'article 1715 du Code civil, qui prévoit que l'existence d'un bail verbal contesté qui n'a encore reçu aucune exécution ne peut être établie ni par témoins ni par présomptions, ne s'applique pas à la preuve du bail commercial conclu entre deux commerçants et la preuve peut en être rapportée par tous les moyens⁶.

⁴ Cour d'appel, 20 juin 2002, DAOR, 2004, n° 70, p. 46 et note A. DÉOME, O. POELMANS ; Cour d'appel, 2 mai 2001, Codex, 5/2001, p. 136 ; Trib. Luxembourg, 14 décembre 2011, n° 121487 ; Trib. Luxembourg, 5 novembre 2002, n° 68453, BJJ, 2002, p. 22

⁵ Cour d'appel, 11 mai 2011, n° 36062, BJJ, 2011, p. 178

⁶ Trib. Luxembourg, 9 juin 2006, n° 100270, BJJ, 2007, p. 29

Le cautionnement de nature commerciale peut être prouvé par toutes voies de droit. Il est également dispensé de la formalité du « bon pour ». La mention manuscrite de la somme sur laquelle porte un cautionnement commercial n'est pas requise. Il suffit que l'engagement sur lequel le cautionnement porte soit clairement exprimé dans le corps de l'acte que les parties ont signé⁷.

L'achat d'un fond de commerce pour l'exploiter est un acte de commerce et la preuve d'un tel achat peut être apporté librement, et notamment par la production d'un acte sous seing privé qui ne respecte pas la formalité des originaux multiples⁸.

Lorsque la dette dont un architecte exige l'exécution porte sur la construction d'un bâtiment au profit d'une société commerciale, la preuve de l'existence et du contenu du contrat d'architecte est libre⁹.

Le juge peut, en matière commerciale, reconnaître la pleine force probante de la copie d'un acte sous seing privé pour établir l'existence d'un contrat, nonobstant les termes de l'article 1333 du Code civil, lorsque celle-ci ne présente aucun élément matériel qui ferait douter de sa fidélité à l'original¹⁰.

⁷ Cour d'appel, 20 juin 2002, DAOR, 2004, n° 70, p. 46 et note A. DÉOME, O. POELMANS ; Cour d'appel, 2 mai 2001, Codex, 5/2001, p. 136 ; Trib. Luxembourg, 1 juillet 2009, n° 116867 ; J.P. Esch/Alzette, 21 novembre 2005, BJJ, 2005, p. 210 ;

⁸ Cour d'appel, 11 décembre 2003, n° 26824, BJJ, 2004, p. 121

⁹ Cour d'appel, 12 novembre 1997, Pas., 30, p. 345

¹⁰ Cour d'appel, 29 octobre 2003, Pas., 32, p. 59

CHAPITRE II. LES MODES DE PREUVE PARTICULIERS DU DROIT COMMERCIAL

473. Il existe par ailleurs des modes de preuve spécifiques qui sont organisés par le Code de commerce ou les usages commerciaux.

En matière commerciale le silence du commerçant a ainsi un rôle probatoire important.

SECTION 1. LA PREUVE PAR LA FACTURE ACCEPTÉE¹

474. En matière commerciale, la preuve d'un contrat et de ses conditions peut être rapportée par une facture acceptée (article 109 du Code de commerce).

La théorie de la facture acceptée repose sur une double présomption, à savoir la présomption de l'acceptation de la facture et, ensuite, la présomption de l'existence du contrat. Il est donc de principe que la facture acceptée établit à l'égard d'un commerçant non seulement la créance du fournisseur, mais aussi l'existence du contrat et ses conditions, dans la mesure où elle les indique. Elle est destinée à prouver l'existence d'un engagement².

Un commerçant ne pourra pas nécessairement prétendre qu'il n'est pas lié par les conditions générales reprises au dos d'une facture en prétextant que ces conditions générales sont rédigées dans une langue qu'il ne comprend pas. Si le commerçant n'a pas contesté la facture lors de sa réception, que les parties sont en relations d'affaires continues depuis plusieurs années et que le commerçant ne s'est pas renseigné, par le passé, sur le contenu desdites conditions générales, il sera considéré comme ayant

¹ J. JUNKER, « La facture en droit luxembourgeois », Bull. Cercl. Fr. Laurent, 2002, IV, p. 4 et s.

² Cour d'appel, 10 mars 2004, DAOR, 2005, n° 73, p. 17 et note G.-L. BALLON ; Cour d'appel, 10 décembre 2003, n° 27650, BJL, 2004, p. 84 ; Trib. Luxembourg, 19 mars 2004, n° 74705, BJL, 2004, p. 99 ; J.P. Luxembourg, 1 juillet 1999, Codex, 2002/9, p. 276.

accepté ces conditions générales, qui seront dès lors applicables entre les parties³.

Il est de principe que lorsque la facture se rapporte à une vente commerciale, seul contrat expressément visé par l'article 109 du Code de commerce, son acceptation sans réserve constitue une preuve légale de l'existence de la vente et de la conformité des mentions de la facture avec les conditions du marché. Ainsi, l'acceptation de la facture implique nécessairement, en vertu de la loi même, la preuve de l'existence de la vente sans qu'aucune preuve contraire ne soit concevable.

Lorsque la facture se rapporte à un autre contrat que le contrat de vente, la facture acceptée ne fait pas preuve absolue de l'existence et des conditions du contrat, mais vaut comme présomption que le juge est libre d'admettre comme prouvant ou non le contrat⁴.

Il a ainsi été jugé que des factures concernant un contrat de commande de travaux publicitaires ne constituent que des présomptions de l'existence de ce contrat qui peuvent être renversées par la preuve contraire, qui peut être rapportée par tous moyens et notamment par témoignage ou présomption⁵.

Certaines décisions ont néanmoins été plus loin et considèrent que la preuve par facture acceptée a une portée générale et s'applique aussi aux autres contrats à caractère commercial⁶.

C'est ainsi que dans une espèce relative à des travaux de construction d'un immeuble, des factures reprenant les travaux réalisés par l'entrepreneur avaient été envoyées au client (commerçant). Ces factures n'avaient été ni formellement contestées ni payées. Dans le cadre de la procédure de recouvrement, l'entrepreneur invoquait le principe de la facture acceptée en vue d'obtenir la condamnation du client à payer. Celui-ci s'y opposait, faisant valoir que des procès-verbaux de chantier avaient été dressés, relatant des problèmes dans l'exécution des travaux. La Cour fit néanmoins droit à la demande de l'entrepreneur. Elle a d'abord précisé que l'acceptation de la facture constituait une manifestation d'accord au sujet de l'existence et des modalités d'un contrat ainsi qu'une manifestation d'accord

³ Trib. Luxembourg, 1 juillet 2011, n° 135628, BJJ, 2012, p. 93

⁴ Cass., 9 juin 2005, DAOR, 2009, n° 90, p. 139 et note D. PHILIPPE ; Cour d'appel, 12 janvier 2005, n° 29165, BJJ, 2006, p. 52 ; Cour d'appel, 10 mars 2004, DAOR, 2005, n° 73, p. 17 et note G.-L. BALLON

⁵ Cour d'appel, 10 mars 2004, DAOR, 2005, n° 73, p. 17 et note G.-L. BALLON

⁶ Trib. Luxembourg, 12 février 2009, n° 113391, BJJ, 2009, p. 128 ; également Cour d'appel, 9 janvier 1985, Pas., 26, p. 316

sur la créance qui y est reprise. La Cour a également considéré que les procès-verbaux de chantier ne valaient pas contestation des factures⁷.

Ce mode de preuve va être admis dès que la question de la preuve du contrat est soumise aux juridictions luxembourgeoises, et cela même si le droit applicable au contrat est un droit étranger. En effet, en vertu de l'article 18 (2) du Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis par la loi du for ou par une des lois selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant le tribunal saisi. Il s'ensuit que l'article 109 du Code de commerce luxembourgeois, disposant que la preuve des achats et ventes entre commerçants se fait notamment au moyen d'une facture acceptée, est applicable en tant que règle de preuve dès qu'un litige est soumis aux juridictions luxembourgeoises⁸.

475. Ce mode de preuve ne vaut d'abord qu'entre commerçants.

Le principe selon lequel tout commerçant qui n'est pas d'accord sur la facture de son cocontractant doit émettre des protestations précises valant négation de la dette affirmée endéans un bref délai, ainsi que celui de l'acceptation de la teneur de la correspondance commerciale, ne s'appliquent pas aux notes d'honoraires que les professions libérales adressent à leurs clients, même commerçants. Un avocat ne peut donc pas se prévaloir de la théorie de la facture acceptée à l'égard de son client, pour obtenir le paiement de l'état d'honoraires qu'il a adressé à son client commerçant⁹.

Lorsque le débiteur à qui la facture est envoyée est une personne morale dont l'objet est civil, le créancier ne pourra pas non plus se prévaloir à son encontre de la théorie de la facture acceptée¹⁰.

Par contre, lorsqu'une société dont l'objet est civil se constitue sous la forme d'une des six sociétés commerciales prévue par la loi, les articles 2 et 3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales précisent qu'elles seront soumises aux lois et usages du commerce. Il s'en suit que leurs prestations sont à considérer comme étant de nature commerciale et

⁷ Cour d'appel, 25 octobre 2006, n° 30000, cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/6, p. 23

⁸ Cour d'appel, 18 juin 2011, n° 35650, BJJ, 2012, p. 27 ; Trib. Luxembourg, 8 décembre 2004, n° 87272, BJJ, 2005, p. 5

⁹ Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 96046, BJJ, 2006, p. 18

¹⁰ Cour d'appel, 16 mai 2000, n° 23584

que le principe de la facture acceptée est applicable aux factures émises par elle ¹¹.

476. La facture ne va faire foi à l'égard du commerçant à qui elle a été adressée que si elle a été acceptée par lui.

Le juge va donc devoir apprécier souverainement les circonstances qui ont donné lieu à l'acceptation de la facture ¹².

Le créancier doit d'abord prouver qu'il a envoyé la facture, ainsi que sa remise effective à son destinataire.

Cette preuve peut être apportée par le fait que le destinataire ne conteste pas la réception de la facture. Les factures dont la réception n'est pas contestée sont aussi présumées reçues à la date qu'elles indiquent comme son établissement.

Il a également été jugé que lorsque l'adresse de facturation est correcte, il n'est pas crédible qu'aucune des 9 factures réclamées ne soient parvenues à destination ¹³.

477. Il n'y aura pas facture acceptée lorsque le débiteur de la facture a contesté celle-ci.

Pour être utile, c'est-à-dire pour pouvoir combattre efficacement la présomption de la facture acceptée, il faut que, dans le contexte de la relation des parties, cette contestation soit faite dans un délai raisonnable et soit suffisamment précise. Le client qui reçoit une facture avec retard, n'est pas tenu de la protester avec le même empressement que s'il l'avait reçue en même temps que la fourniture.

Lorsque le client conteste l'existence même du contrat, il doit par contre protester dans un délai spécialement bref, car l'inexactitude du fait allégué par la facture saute aux yeux et ne demande normalement pas de vérification d'une durée appréciable.

L'obligation de protester existe même si le destinataire ne conteste que certaines mentions, comme l'existence du contrat, les conditions du marché, la date de la facture, l'identité entre les choses commandées et celles fournies ou encore le défaut de la qualité convenue. La protestation de la facture signifie un désaccord sur les énonciations de la facture, y compris

¹¹ Trib. Luxembourg, 7 mai 2004, n° 86468, BJJ, 2004, p. 204

¹² Cour d'appel, 12 janvier 2005, n° 29165, BJJ 2006 p. 52

¹³ Cour d'appel, 21 février 2008, n° 30231, BJJ, 2008, p. 139 ; Trib. Luxembourg, 12 février 2009, n° 113391, BJJ, 2009, p. 128 ; Trib. Luxembourg, 30 avril 2004, n° 84759, BJJ, 2004, p. 179

un désaccord sur l'existence même du contrat sur lequel cette facture est basée.

Cette protestation peut être faite par écrit ou oralement, mais doit être prouvée par le destinataire de la facture, éventuellement même par témoignage. Elle doit être adressée au fournisseur ou à son mandataire. De simples agents ou préposés n'ont pas, comme tels, les pouvoirs nécessaires pour accepter des protestations.

Lorsque la facture est contestée, elle ne vaut pas preuve à l'égard du cocontractant et il revient au commerçant qui sollicite le paiement d'une créance de prouver qu'il a exécuté les prestations de manière telle que les sommes qu'il réclame lui sont dues¹⁴.

Il a été jugé que lorsque le destinataire de la facture adresse, dans les deux jours, un courrier dans lequel il conteste globalement la facture, alors qu'il avait déjà fait savoir antérieurement qu'il contestait toute convention entre les parties sur le paiement d'une commission de 5 %, la facture a été utilement contestée¹⁵.

La protestation de la facture par le destinataire peut également être déduite d'une lettre de mise en demeure envoyée par le créancier (émetteur de la facture) qui fait état de réclamations formulées par le destinataire¹⁶.

Lorsque le commerçant, qui a conclu un contrat de démolition d'un immeuble, envoie trois factures pour cette seule entreprise, ces factures doivent être appréciées ensemble pour ne constituer qu'une demande de paiement globale, une fois le travail achevé. La contestation émise par le client dans un délai normal après réception de la troisième facture vaut pour toutes les factures, de sorte que le principe de la facture acceptée ne vaut pour aucune d'elles¹⁷.

Par contre, la Cour a considéré que ne constitue pas une contestation suffisamment précise de la facture, le courrier que le destinataire de la facture adressait au créancier et par lequel il affirmait « *nous avons l'honneur de vous informer que nous contestons en bonne et due forme les factures ci-dessus mentionnées. Il reste encore des travaux à terminer, constatés lors*

¹⁴ Cour d'appel, 15 novembre 2006, n° 30536, BJJ, 2007, p. 31 ; Cour d'appel, 10 mars 2004, DAOR, 2005, n° 73, p. 17 et note G.-L. BALLON ; Cour d'appel, 10 décembre 2003, n° 27650, BJJ, 2004, p. 84 ; Cour d'appel, 14 février 2001, Pas., 32, p. 28 ; Trib. Luxembourg, 12 février 2009, n° 113391, BJJ, 2009, p. 128 ; Trib. Luxembourg, 30 avril 2004, n° 84759, BJJ, 2004, p. 179 ; J.P. Luxembourg, 23 mai 2000, Feuille liaison Conf. St Yves, 2002, n° 102, p. 37

¹⁵ Cour d'appel, 15 novembre 2006, n° 30536, BJJ, 2007, p. 31

¹⁶ J.P. Luxembourg, 23 mai 2000, Feuille liaison Conf. St Yves, 2002, n° 102, p. 37

¹⁷ Cour d'appel, 9 juillet 2008, n° 33506, BJJ, 2008, p. 170

de notre rendez-vous du 20 janvier dernier, et vous voudrez bien revoir sur quoi l'offre est basée »¹⁸.

Le destinataire de la facture ne peut prétendre avoir valablement contesté la facture s'il n'a pas pris connaissance des détails émarginés dans cette facture. Ainsi, le simple fait de refuser un courrier recommandé et de le retourner à son expéditeur sans l'avoir ouvert ne vaut pas protestation valable de nature à empêcher la présomption d'acceptation de la facture de sortir ses effets¹⁹.

Des procès-verbaux de chantier, qui relatent des problèmes rencontrés au cours des travaux, ne peuvent, en l'absence de preuve que des problèmes déterminés motivent des refus de paiement de factures déterminées, pas valoir protestations des factures²⁰.

478. Les juridictions peuvent déduire cette acceptation de la facture du silence –de l'absence de réaction- du débiteur, qui ne conteste pas être redevable de la facture dans un délai raisonnable qui suit la réception de cette facture.

Ce silence peut néanmoins avoir une autre signification. Il reviendra au débiteur qui a gardé le silence à la réception de la facture de prouver que son silence s'explique autrement que par une acceptation²¹.

Dans une espèce, la Cour a jugé que la contestation des factures après un silence de 6 semaines, alors que ces factures ont été établies avec retard après la fin des relations des parties, n'est pas tardive et vaut donc refus d'acceptation de celles-ci²².

Lorsque le contrat porte sur la livraison de meubles de cuisine, le contrôle des meubles ne peut se faire que lors du montage de la cuisine. Un délai de 4 mois pour contrôler la marchandise livrée et pour contester la facture constitue dès lors un délai raisonnable²³.

479. Le paiement d'acomptes sur des factures, effectué sans réserve, constitue une présomption simple d'acceptation des factures²⁴.

Le fait que le débiteur de la facture a disposé de la marchandise facturée est également retenu comme une preuve de son acceptation de la facture.

¹⁸ Cour d'appel, 14 décembre 2006, n° 30796, BJJ, 2007, p. 32

¹⁹ Cour d'appel, 14 février 2001, Pas., 32, p. 28

²⁰ Cour d'appel, 25 octobre 2006, n° 30000, cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/6, p. 23

²¹ Cour d'appel, 10 mars 2004, DAOR, 2005, n° 73, p. 17 et note G.-L. BALLON ; Cour d'appel, 10 décembre 2003, n° 27650, BJJ, 2004, p. 84

²² Cour d'appel, 10 mars 2004, DAOR, 2005, n° 73, p. 17 et note G.-L. BALLON

²³ Trib. Luxembourg, 18 juillet 2008, n° 109561, BJJ, 2008, p. 171

²⁴ Trib. Luxembourg, 12 février 2009, n° 113391, BJJ, 2009, p. 128

Ce fait doit être interprété comme un accord du client au sujet de l'existence du contrat affirmé par la facture et au sujet de la conformité de la fourniture facturée. Si le client a disposé des marchandises sans avoir élevé des protestations au sujet du prix ou d'autres conditions de la facture, son acceptation de la facture résultera plus de son silence que de la disposition des marchandises, ce dernier élément ne faisant que renforcer le premier.

Celui qui modifie l'état d'une chose qui lui a été fournie de même que celui qui s'en défait, sans avoir pris les précautions pour en faire constater contradictoirement les défauts éventuels contre le fournisseur, s'estime satisfait de la chose, en dépit de ces défauts²⁵.

480. Pour faire preuve, il faut également que le document qui a été ainsi accepté ait les caractéristiques d'une facture et qu'il détaille suffisamment l'opération qu'il concerne²⁶.

Il doit s'agir d'un écrit dressé par un commerçant et dans lequel sont mentionnés l'espèce et le prix des marchandises et des services, le nom du client et l'affirmation de la dette du client, cet écrit étant destiné à être remis au client afin de l'inviter à payer la somme indiquée.

Elle doit donc présenter un état détaillé, indiquant la nature, quantité, qualité et prix de la chose vendue. Si elle ne donne aucun détail des positions qu'elle contient, la créance affirmée dans la facture est en principe sérieusement contestable pour son montant intégral. Un tel détail peut résulter des bons de livraison annexés à la facture²⁷.

Des situations selon état d'avancement des travaux, mettant en compte un montant non autrement détaillé et dont les acomptes sont à déduire, ne présentent pas la précision requise pour valoir factures²⁸.

Une facture n'est pas destinée à prouver l'inexécution par une partie de ses obligations contractuelles. Une partie ne peut pas facturer à l'autre des dommages et intérêts pour inexécution du contrat et se prévaloir ensuite de la non contestation de la facture pour prétendre que l'autre a admis sa carence²⁹.

La preuve par facture acceptée ne vaut également que pour la facture établie par le créancier. Si le débiteur fait des redressements sur cette fac-

²⁵ Trib. Luxembourg, 6 février 2009, n° 106469, BJJ, 2009, p. 127

²⁶ Cour d'appel, 10 mars 2004, DAOR, 2005, n° 73, p. 17 et note G.-L. BALLON

²⁷ Cour d'appel, 29 janvier 2003, n° 26792, BJJ, 2003, p. 60 ; Trib. Luxembourg, 19 mars 2004, n° 74705, BJJ, 2004, p. 99

²⁸ Trib. Luxembourg, 19 mars 2004, n° 74705, BJJ, 2004, p. 99

²⁹ Cour d'appel, 26 mai 2004, DAOR, 2009, n° 90, p. 144 ; Trib. Luxembourg, 8 décembre 2004, n° 87272, BJJ, 2005, p. 5. ; J.P. Luxembourg, 1 juillet 1999, Codex, 2002/9, p. 276

ture, il ne pourra pas prétendre que ces redressements non contestés par le créancier font preuve de l'accord des parties en se fondant sur l'article 109 du Code de commerce³⁰.

SECTION 2. L'ACCEPTATION PAR LE SILENCE

481. En matière commerciale, il existe un usage suivant lequel, entre commerçants qui sont en relations d'affaires ou entre lesquels des pourparlers sont en cours, l'un des correspondants ne peut laisser l'autre dans l'incertitude en s'abstenant de répondre aux communications qu'il reçoit.

Il existe une obligation de protester de la part du commerçant contre lequel est dirigée une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part. Cette obligation de protester se justifie dans la mesure où les transactions commerciales doivent se développer dans la sécurité et la rapidité, exigences qui impliquent que soit réduit au minimum le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques.

Le silence prolongé du commerçant destinataire d'un tel courrier s'interprète donc comme une acceptation de la teneur de celui-ci.

Si un commerçant ne conteste ainsi pas rapidement un écrit contenant une telle affirmation, il sera considéré comme ayant accepté le contenu de ces mentions³¹.

482. La jurisprudence luxembourgeoise a appliqué ce principe à différentes reprises.

Dans une espèce, un contrat avait été conclu entre une société d'informatique et un transporteur, aux termes duquel ce dernier devait assurer la livraison des ordinateurs aux destinataires finaux, en encaisser le prix et le restituer à la société d'informatique.

Par lettre recommandée, la société d'informatique se référant aux « paiements en souffrance des montants de remboursement perçus » a réclamé au transporteur le montant de 8 398 600 LUF, représentant le « solde de 140 configurations à 59 990 LUF = 8 398 600 LUF ». La Cour a d'abord constaté que le principe de la facture acceptée n'était pas applicable, aucune facture n'ayant été émise. Elle constate ensuite que les premières

³⁰ Cour d'appel, 8 novembre 2006, n° 30469, BJJ, 2007, p. 30

³¹ Cass., 9 juin 2005, DAOR, 2009, n° 90, p. 139 et note D. PHILIPPE,

contestations utiles à l'encontre du courrier n'ont été émises par le transporteur que lors de l'instruction de l'affaire en première instance. Or, le transporteur, face aux revendications de la société d'informatique, aurait dû contester dans un bref délai en cas de désaccord de sa part, notamment en précisant les circonstances de nature à contredire les affirmations de celle-ci. Étant donné que le transporteur n'a – à la réception du courrier – manifesté aucune réaction, et ce au moins jusqu'au jour de l'acte introductif d'instance, son silence devait nécessairement être analysé comme valant acceptation de la teneur de la correspondance commerciale³².

Dans une autre espèce, une société avait fait savoir à une autre, après réception des marchandises et d'une facture, qu'elle était dans l'attente de la note de crédit convenue pour certaines livraisons. Elle avait ensuite immédiatement contesté par écrit la note de crédit qu'elle avait reçue, affirmant qu'elle ne correspondait pas à la remise convenue et invitant son cocontractant à rectifier la note de crédit au montant tel que convenu entre parties. Le cocontractant n'a pas réagi à cette lettre et a gardé le silence pendant 5 années avant de contester une mise en demeure. Le tribunal a jugé que le cocontractant avait, par son silence prolongé, accepté la teneur de la lettre et qu'il y avait lieu de déduire le montant total de la note de crédit repris dans le courrier de la société³³.

Dans une troisième affaire, une société avait envoyé une note de crédit concernant la reprise des pneus usagés à son cocontractant. Le tribunal a d'abord rappelé qu'une note de crédit se définit comme étant l'inverse d'une facture. Elle vise en effet à confirmer l'existence d'une créance du destinataire à charge de l'expéditeur. Il a précisé ensuite que le destinataire d'une note de crédit avait l'obligation de la protester en temps utile s'il n'était pas d'accord avec le contenu de la note en question. En l'espèce, le cocontractant ne prouvait pas, ni n'alléguait d'ailleurs, qu'il aurait contesté la note de crédit lui adressée, et le silence gardé par lui devait donc nécessairement être analysé comme valant acceptation de la teneur de la note de crédit³⁴.

Le tribunal a même fondé la portée générale – s'étendant donc à tous les contrats commerciaux et pas uniquement à la vente – du principe suivant lequel une facture non contestée valait preuve de la dette du débiteur et de l'exis-

³² Cour d'appel, 26 mai 2004, DAOR, 2009, n° 90, p. 144 confirmé par Cass., 9 juin 2005, DAOR, 2009, n° 90, p. 139 et note D. PHILIPPE,

³³ Trib. Luxembourg, 16 mai 2008, DAOR, 2009, n° 90, p. 147

³⁴ Trib. Luxembourg, 11 mai 2007, n° 105558, BJL, 2007, p. 110

tence du contrat entre les parties, sur cette obligation qu'a le commerçant de contester à bref délai le contenu des communications qui lui sont faites³⁵.

SECTION 3. LA PREUVE PAR LES LIVRES DE COMMERCE

483. Tout commerçant doit tenir une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités, en se conformant aux dispositions légales particulières qui les concernent (articles 9 à 16 du Code de commerce). Cette comptabilité doit notamment couvrir l'ensemble de leurs opérations, de leurs avoirs et droits de toute nature, de leurs dettes, obligations et engagements de toute nature (article 10 du Code de commerce), et contenir les pièces justificatives, les lettres reçues et les copies des lettres envoyées (article 14 du Code de commerce).

Ces documents ou informations doivent être conservés pendant dix ans à partir de la clôture de l'exercice auquel ils se rapportent (article 16 al. 2 du Code de commerce).

Ces documents ou informations, à l'exception du bilan et du compte de résultat, peuvent être conservés sous forme de copie, qui auront la même valeur probante que les originaux dont elles sont présumés, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par le Règlement Grand-ducal du 22 décembre 1986 pris en exécution des articles 1348 du Code civil et 11 du Code de commerce (article 16 du Code de commerce)³⁶.

484. Les articles 1329 et 1330 du Code civil, comme les articles 17 à 21 du Code commerce, donnent à ces livres et autres documents comptables un force probante particulière.

Pour pouvoir faire preuve, la représentation de la comptabilité doit d'abord être autorisée ou ordonnée par le juge, qui dispose donc d'un certain pouvoir d'appréciation à cet égard. Par représentation, il faut entendre la production de la partie de la comptabilité qui concerne le litige (article 19 du Code de commerce).

Si la comptabilité est tenue dans l'autre arrondissement judiciaire que celui du tribunal saisi du litige, celui-ci peut adresser une commission roga-

³⁵ Trib. Luxembourg, 12 février 2009, n° 113391, BJJ, 2009, p. 128

³⁶ A. PRUM, Y. POULLET, E. MONTERO, « Le commerce électronique en droit luxembourgeois », éd. Larcier (2005), p. 221 et s.

toire au tribunal de commerce ou au juge de paix de cet arrondissement pour qu'il en dresse procès-verbal (article 20 du Code de commerce).

485. La force probante de la comptabilité va dépendre de la qualité de la partie qui l'invoque et de la qualité de la tenue de cette comptabilité.

Un commerçant peut se prévaloir de sa propre comptabilité pour faire preuve contre un autre commerçant pour des faits de son commerce, si cette comptabilité est régulièrement tenue (article 17 du Code de commerce).

Il ne peut par contre pas faire preuve par ces mentions contre un non-commerçant (article 1329 du Code civil).

Un particulier ou un commerçant peuvent se prévaloir des mentions reprises dans la comptabilité tenue par un autre commerçant pour faire preuve des engagements de cet autre commerçant, sans que celui qui veut en tirer avantage puisse les diviser pour écarter ce qu'elles ont de défavorable (article 18 du Code de commerce et article 1330 du Code civil).

486. La question de savoir si les livres de commerce sont régulièrement tenus est une question de fait, abandonnée à l'appréciation du juge.

En cas de contradiction entre les livres de commerce régulièrement tenus par l'une des parties, et les livres de commerce irrégulièrement tenus par l'autre, il y a lieu de faire prévaloir ceux qui sont régulièrement tenus, et cela même si cela permet au commerçant de prouver à l'aide de sa propre comptabilité contre un autre commerçant. Le principe qui veut que la partie qui entend se prévaloir de la comptabilité d'un commerçant pour prouver contre lui, ne peut pas diviser celle-ci, ne s'applique que si la comptabilité de ce commerçant est bien tenue. Si ce n'est pas le cas, la partie qui se prévaut de la comptabilité peut prétendre se limiter à se prévaloir d'une partie de cette comptabilité, et en écarter les parties qui lui sont défavorables. En l'espèce, une société des Bahamas en liquidation judiciaire avait déclaré une importante créance à la faillite d'une société luxembourgeoise, qui faisait partie du même groupe de sociétés. Les livres de commerce de la société luxembourgeoise renseignaient une dette de 8.000.000 \$, alors que ceux de la société des Bahamas mentionnaient une créance de 46.000.000 \$. Le curateur de la société luxembourgeoise prétendait que la comptabilité de la société des Bahamas n'était pas régulièrement tenue. Il se fondait pour ce faire sur les affirmations faites par le dirigeant et le directeur financier du groupe et sur le fait que, lors de la procédure, le liquidateur avait réduit ses prétentions de 4.000.000 \$. La Cour a cependant considéré que, en l'espèce, ces faits ne démontraient pas d'irrégularité dans les livres de commerce de la société des Bahamas. La Cour relève ensuite que différentes mentions reprises dans la compta-

bilité de la société luxembourgeoise apparaissaient irrégulières. La contrepassation d'une partie de la dette à concurrence de 9.000.000 \$ était ainsi contraire aux termes d'un courrier par lequel cette société avait pris l'engagement de compenser cette perte. Une autre réduction de la dette, à concurrence de 23.000.000 \$, était justifiée par la cession à la société luxembourgeoise d'une dette que la société des Bahamas avait à l'égard d'une autre société. Or les liquidateurs de cette autre société n'avaient fait de déclaration de créance qu'à la liquidation de la société des Bahamas, et pas à la faillite de la société luxembourgeoise, contredisant l'existence d'une telle cession. La Cour a alors considéré que les livres de commerce irréguliers de la société luxembourgeoise n'étaient pas de nature à contredire les livres de commerce de la société des Bahamas. La Cour en déduit d'abord que la comptabilité de la société luxembourgeoise pouvait faire preuve contre elle, et cela sans que celle-ci ne puisse se prévaloir de la règle d'indivisibilité. Or, cette comptabilité reprend bien, jusqu'à une certaine date, une dette de 46.000.000 \$ à l'égard de la société des Bahamas qui correspond aux mentions reprises dans la comptabilité de la société des Bahamas, et qui fait preuve contre elle. La Cour en déduit également que les livres irréguliers de la société luxembourgeoise ne sont pas de nature à contredire le livre de commerce de la société des Bahamas, qui va faire preuve de sa créance³⁷.

Dans une autre espèce, une partie se prévalait de la théorie de la facture acceptée. Elle produisait un extrait de son livre journal faisant apparaître toutes les factures réclamées et affirmait que l'inscription des factures dans ses livres constituait une présomption que les factures avaient effectivement été envoyées, alors que dans ce cas-là il reviendrait à l'autre partie de démontrer de la même manière, c'est-à-dire sur base d'une comptabilité régulière, qu'il n'aurait pas reçu les factures. Pour la Cour, ce principe suppose que la comptabilité du commerçant qui prétend avoir envoyé les factures soit régulièrement tenue. En l'espèce, l'autre partie critiquait précisément la régularité de cette comptabilité. Pour le prouver, elle se prévalait de plusieurs fax émanant du commerçant, dans lesquels le service comptabilité mentionnait : « Dans un premier temps, vous trouverez en annexe les factures de 99 qui sont encore ouvertes dans votre compte client. Comme je vous l'ai expliqué, cela ne signifie pas que vous ne les avez pas payées mais nous effectuons une comparaison entre vos paiements via le transporteur et ses versements en notre faveur. Pour 1999 auriez-vous l'amabilité de : 1. Vérifier les factures ci-jointes et nous faire vos commentaires (date

³⁷ Cour d'appel, 21 janvier 2009, Pas., 34, p. 394

de paiement, réclamations diverses), 2. Nous informer si d'autres factures 99, non mentionnées dans notre extrait de compte, vous posent un problème et lequel, 3. Nous photocopier ces factures avec vos desiderata très précis. Puisse cette première étape voir des solutions concrètes aux problèmes existants et être l'amorce des solutions définitives aux autres points que nous avons évoqués ». Deux autres courriers évoquaient des problèmes similaires pour les factures des mois de janvier à mai 2000 restées ouvertes dans le compte client. La Cour a alors jugé que cet échange de correspondance, dans lequel le commerçant admet des « problèmes existants » et s'efforce à chercher ensemble des « solutions concrètes », était de nature à renverser la présomption de régularité attachée à sa comptabilité³⁸.

³⁸ Cour d'appel, 21 février 2008, n° 30231, BJJ, 2008, p. 139

TITRE 1

Le paiement¹

¹ Voyez C. DESCHAMP-POPULIN, « La cause du paiement », In Collection de la faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg, éd. Larcier (2010)

CHAPITRE I. PRINCIPES

487. Le paiement est l'exécution par le débiteur de l'obligation à laquelle il s'est soumis. Lorsqu'il paie, le débiteur exécute l'obligation promise, il livre le bien convenu, exécute le service promis, restitue la chose...

Le paiement est l'exécution d'une obligation, quelle qu'en soit la source et peu importe l'objet de l'obligation¹.

Il s'agit du mode normal d'extinction des obligations.

La nature juridique du paiement est controversée. Certains y voient un contrat, d'autres un acte juridique, d'autres encore un fait juridique².

Selon nous, le paiement doit être considéré comme un fait juridique. Il ne nécessite en effet pas l'acceptation du créancier et peut être réalisé par un tiers.

Il en résulte notamment que la preuve du paiement peut être apportée par toutes voies de droit³.

¹ Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 72

² Voyez F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil – les obligations », In Précis Dalloz, 10^{ème} éd. (2009), p. 1307, n° 1315 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », T.3, éd. Bruylant (2010), p. 1941 et s., n° 1390 et s.

³ Pour un cas d'application voyez Cour d'appel, 25 novembre 2009, Pas., 35, p. 40, surtout page 45 et 47

CHAPITRE II. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU PAIEMENT

SECTION 1. LES PARTIES AU PAIEMENT

488. Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée (article 1236 al. 1. du Code civil).

La personne qui va normalement exécuter l'obligation est le débiteur de cette obligation. Mais le solvens peut également être le mandataire du débiteur, tel le banquier auprès duquel le paiement est domicilié.

D'autres personnes intéressées au paiement de l'obligation sont également considérées comme les débitrices naturelles de la dette, respectivement la caution, le coobligé ou la caution réelle.

Il a été jugé que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est également une personne intéressée au paiement, qui peut être considérée comme le débiteur naturel de la dette.

Dans une espèce, un entrepreneur avait souscrit une assurance garantie décennale au profit de ses clients. Ce contrat d'assurance renfermait une stipulation pour autrui, qui bénéficiait aux différents maîtres de l'ouvrage qui avaient confié la réalisation de leurs immeubles à cet entrepreneur. En l'espèce, l'entrepreneur était resté en défaut de payer ses primes d'assurance et la compagnie avait convenu avec l'entrepreneur d'annuler à l'amiable la police d'assurance. Un client de l'entrepreneur avait, par après, fait appel au bénéfice de cette assurance, à la suite de désordres graves survenus à son immeuble. Il avait alors appris que le contrat avait été annulé. Dans le cadre du litige qui s'en suivit la Cour a précisé que le bénéficiaire de la stipulation pour autrui disposait d'un droit propre qui lui permet de se substituer au débiteur pour acquitter une obligation, le promettant ne pouvant pas priver le bénéficiaire du droit de défendre ses propres intérêts face au stipulant et au promettant, et notamment d'exécuter les obligations du stipulant en lieu et place de celui-ci. La Cour a ainsi

décidé que l'assureur aurait également dû inviter le bénéficiaire de la police à payer les échéances échues en cas de défaillance de l'assuré et que, à défaut, l'annulation du contrat pour non-paiement des primes lui était inopposable¹.

Le solvens doit être capable.

Lorsque l'obligation est une obligation de dare, la personne qui exécute l'obligation doit également être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. Ce principe ne s'applique pas au paiement d'une somme en argent ou au paiement par remise d'une autre chose qui se consomme par l'usage (article 1238 du Code civil).

489. L'obligation peut également être acquittée par un tiers, qui n'est pas un tiers intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur ou en son nom propre, mais sans être alors subrogé aux droits du créancier (article 1236 al. 2 du Code civil).

Un paiement peut donc également être valablement fait par un gérant d'affaire, agissant au nom et en l'acquit du débiteur. Le tiers qui agit ainsi au nom du débiteur bénéficiera généralement d'un recours personnel en remboursement contre le débiteur.

Le paiement peut aussi être valablement réalisé par un tiers non intéressé à la dette, qui agit en son nom propre.

Le créancier ne peut donc en principe pas refuser un tel paiement, à condition qu'il soit conforme à sa créance.

Le tribunal l'a rappelé dans un litige qui opposait le bailleur et le locataire d'un bail commercial, à propos du renouvellement de ce bail. En l'espèce, le bailleur faisait valoir que le locataire qui avait signé le bail n'était pas la personne qui exploitait les lieux loués, le commerce qui était établi à l'adresse étant exploité par une société commerciale. Le locataire affirmait qu'il était le propriétaire de la majorité du fonds de commerce exploité dans les lieux et avait donc un intérêt au renouvellement du bail. Lors des débats, le bailleur soutenait que la preuve de l'exploitation du fonds de commerce par la société ressortait de ce que les loyers étaient payés par la seule société. Le tribunal a rejeté cet argument, en soulignant que toute obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressée. Le paiement de la dette du locataire par la société n'était donc pas la preuve

¹ Cour d'appel, 5 juin 2002, n° 26331, JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2007/2, p. 5

que c'était la société qui exploitait le fonds de commerce appartenant au locataire, en son lieu et place².

Ce droit pour un tiers d'acquitter l'obligation connaît deux exceptions.

Le créancier peut d'abord s'opposer au paiement par le tiers lorsque l'obligation est une obligation de faire et que le créancier a un intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur (article 1237 du Code civil), comme c'est le cas pour les obligations intuitu personae.

Le créancier pourra également s'opposer au paiement par un tiers lorsqu'il a un intérêt légitime à s'y opposer, notamment parce que ce paiement le prive d'un avantage ou lui cause un préjudice.

Le tiers non-intéressé qui paie la dette en son nom propre ne peut, en principe, pas exiger d'être subrogé dans les droits du créancier³. Le créancier pourra néanmoins accepter de lui accorder une telle subrogation.

Lorsqu'un tiers paie la dette d'autrui sans se faire subroger dans les droits du créancier, la jurisprudence établit une présomption simple de libéralité. Cette présomption peut être renversée. Il en va ainsi lorsque la dette est payée par le conjoint du débiteur et que la collaboration professionnelle ou l'activité du conjoint va au-delà des charges du ménage, de sorte que le paiement de sa dette peut s'expliquer par la volonté de le rétribuer⁴.

490. Pour être valable, le paiement doit être fait au créancier ou à son mandataire (article 1239 al.1 du Code civil)⁵.

Par mandataire on entend aussi bien le mandataire conventionnel que le représentant légal -tel le parent du mineur- ou le mandataire de justice, comme le curateur de faillite.

Le paiement est également valable lorsque le créancier l'a ratifié, lorsqu'il en a profité ou lorsque le paiement a été fait de bonne foi à celui qui est possesseur de la créance (articles 1239 al.1 et 1240 du Code civil).

Le possesseur de la créance est la personne qui, aux yeux des tiers, est titulaire du droit du créancier, comme c'est par exemple le cas du successeur du créancier qui est ensuite déshérité. Le droit pour le débiteur de se prétendre libéré par un paiement fait au possesseur de la créance est un cas d'application de la théorie de l'apparence. Le débiteur devra pour ce

² Trib. Luxembourg, 10 février 2006, n° 99339, BJJ, 2006, p. 71

³ Trib. Luxembourg, 16 juin 2004, n° 89758 cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2009/5, p. 90

⁴ Cour d'appel, 7 janvier 2004, n° 27655, BJJ, 2004, p. 147

⁵ Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 72 confirmé par Cass., 16 mars 2000, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 75.

faire justifier de sa croyance légitime dans les droits du possesseur de la créance (voyez supra point 268 et s.).

Dans une espèce, les parties avaient signé un décompte par lequel la partie défenderesse reconnaissait devoir à la partie demanderesse une somme. La partie défenderesse soutenait que son paiement effectué aux mains du GIE devait être considéré comme libératoire vis-à-vis de la partie demanderesse. Le tribunal a d'abord rappelé que l'adage « *qui paie mal paie deux fois* » implique qu'un débiteur, pour être pleinement libéré de l'obligation pesant sur lui, doit non seulement payer sa dette, mais doit la payer entre les mains de son créancier ou de quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui est autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui. Le paiement fait à celui qui n'a pas pouvoir de recevoir pour le créancier est uniquement valable, si celui-ci le ratifie ou s'il en a profité. A défaut, rappelle le tribunal, le débiteur devra payer une seconde fois entre les bonnes mains. En l'espèce, il n'était pas contesté que le paiement n'avait pas été fait au créancier, mais à une partie tierce. Il appartenait dès lors au débiteur d'apporter la preuve qu'il pouvait valablement se libérer entre les mains du GIE. Le débiteur avançait que tous les membres du GIE n'utilisaient qu'un seul compte bancaire dans leurs relations avec les fournisseurs et les clients et que les paiements entre les membres du GIE avaient lieu par un système de comptes internes au groupement. Il soutenait que ce système de comptabilisation interne était connu et accepté par tous les membres du GIE et en déduisait qu'il pouvait valablement procéder au paiement du montant litigieux sur le compte bancaire du GIE. L'existence de ce compte interne étant contestée et non démontrée, et le débiteur ayant reconnu qu'il savait au moment du paiement que le créancier ne faisait plus partie du GIE, le tribunal a constaté que le débiteur ne pouvait pas valablement se libérer de sa dette envers le créancier en effectuant un paiement entre les mains du GIE⁶.

491. Les principes repris aux articles 1239 et 1240 du Code Civil ne sont pas d'ordre public.

Les parties peuvent convenir que seul un paiement fait entre les mains d'une personne déterminée est libératoire pour le débiteur.

Il a ainsi été décidé que l'affacteur est placé aux droits du créancier/adhérent qu'il désintéresse, dès lors que celui-ci a expressément manifesté sa volonté de le subroger dans à l'instant même du paiement. Si le créancier/adhérent précise sur la facture adressée à son client que seul un

⁶ Trib. Luxembourg, 16 juin 2011, n° 134023, BJJ, 2012, p. 31

paiement entre les mains de l'affactureur est libératoire, ce n'est que pour mettre l'affactureur à l'abri du jeu de l'article 1240 du Code civil, c'est-à-dire d'une exception pouvant être tirée par le débiteur d'un paiement effectué de bonne foi entre les mains de l'adhérent, créancier apparent. La Cour a ajouté que, étant donné que la subrogation incluse dans le factoring a pour origine une convention entre l'affactureur et le créancier/adhérent, à laquelle le débiteur demeure complètement étranger, un nouvel accord entre le créancier/adhérent et l'affactureur, constatant par la suite la non prise en charge par l'affactureur d'une facture paraissant douteuse s'impose au débiteur. Le créancier reprendra à sa charge le recouvrement de cette créance et le débiteur devra se libérer entre ses mains⁷.

492. Dans certains cas, le débiteur ne peut pas payer la dette entre les mains de son créancier.

Le débiteur ne pourra ainsi payer le créancier que si le créancier a la capacité de recevoir, et notamment pas si celui-ci est mineur ou failli. Si le débiteur fait un tel paiement, il ne pourra se prétendre libéré que s'il démontre que le créancier incapable en a profité (article 1241 du Code civil).

Le paiement fait par le débiteur à son créancier au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard du créancier saisissant ou opposant. Si le débiteur passe outre à une telle saisie, le créancier saisissant pourra exiger de lui qu'il paye à nouveau la dette, mais entre ses mains. Le débiteur qui a payé deux fois bénéficie alors d'un recours en remboursement contre son créancier (article 1242 du Code civil).

C'est ainsi le banquier ne pourra plus exécuter les ordres de son client lorsque le compte fait l'objet d'un blocage. Un tel blocage peut intervenir à la suite d'une saisie-arrêt pratiquée par un créancier du client entre les mains du banquier. L'exploit de saisie-arrêt a pour effet de frapper d'indisponibilité les sommes et titres détenus par le banquier. Cet exploit rend indisponible la totalité des avoirs détenus par la banque, même si ces avoirs excèdent la créance du créancier saisissant⁸.

⁷ Cour d'appel, 6 février 2002, n° 25422, BJJ, 2003, p. 7

⁸ Voyez G. LOESCH, F. KRÉMER, « Le banquier face à la saisie-arrêt civile de droit commun », In Droit bancaire et financier au Grand-duché de Luxembourg, V. 2, éd. Larcier (2004), p. 720-721, n° 22-29. Dans un arrêt du 14 juin 2006 (n° 29759), la Cour d'appel fait cependant valoir que « quant au blocage des comptes, il convient de relever tout d'abord que la jurisprudence, à la différence de la doctrine, paraît en principe favorable à l'application du système de l'indisponibilité partielle de la créance saisie, c'est-à-dire que le blocage de la créance saisie ne s'applique que jusqu'à concurrence du montant de la cause de la saisie et que le tiers peut donc payer au saisi l'excédent ».

Le banquier devra également bloquer le compte s'il se voit notifier une ordonnance de perquisition et de saisie de la part d'un juge d'instruction. La jurisprudence a rappelé que face à un tel acte le banquier devait s'exécuter, sans être tenu de vérifier si toutes les conditions imposées par la loi pour une telle mesure étaient réunies⁹.

SECTION 2. L'OBJET DU PAIEMENT

§ 1. PRINCIPES

493. Le paiement doit porter sur ce qui est dû. Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir autre chose, quoique sa valeur soit égale ou plus grande (article 1243 du Code civil).

Le débiteur ne peut pas non plus obliger le créancier à recevoir un paiement partiel (article 1244 al. 1 du Code civil).

Le créancier peut donc exiger du débiteur le paiement de ce qui est dû, de tout ce qui est dû, mais uniquement ce qui est dû. Le débiteur ne peut pas payer en exécutant autre chose que ce qui est dû ou en payant une partie de ce qui est dû.

Dans une espèce, deux conjoints avaient obtenu un prêt bancaire qu'ils étaient solidairement tenus de rembourser par mensualités. Un des conjoints avait souscrit une assurance solde restant dû, qui couvrait le paiement des mensualités restant dues en cas de décès. Les débiteurs n'avaient ensuite pas honoré leurs échéances et l'époux qui avait souscrit à la police d'assurance était décédé. Le cessionnaire de la créance (à qui le banquier avait cédé celle-ci) avait ensuite assigné en remboursement le conjoint survivant. Devant la Cour, l'époux survivant avait fait valoir que la demande du cessionnaire de la créance devait être réduite car celui-ci était bénéficiaire d'une assurance solde restant dû, qui était constitutive d'une stipulation pour autrui irrévocable et qui lui assurait le remboursement d'une partie de sa créance. La Cour d'appel fit droit à cet argumentaire et réduisit le montant restant à payer par le débiteur¹⁰. Cette décision fut cassée par la Cour de Cassation. Dans son arrêt, la Cour précise que le juge du fond ne pouvait pas valablement décider que la dette des débiteurs devait être considérée comme étant payée (ou éteinte d'une autre manière prévue par la loi) en retenant que la dette de l'emprunteur se trouvait éteinte dans

⁹ Cour d'appel, 30 mars 2004, Bull. Dr. et Banque, 2004, n° 35, p. 57

¹⁰ Cour d'appel, 16 janvier 2002, n° 25033

la proportion du montant payable en vertu d'une assurance solde restant dû¹¹. Dans la mesure où les parties avaient convenu d'un paiement de la dette en argent, la Cour ne pouvait pas considérer que le débiteur était valablement libéré par la remise d'une créance.

Le fait que le contrat prévoit une clause pénale en cas d'inexécution par une partie de ses obligations, ne fait pas non plus obstacle au droit du créancier de demander que le débiteur exécute son obligation en nature et refuse alors de percevoir le montant de la clause pénale¹².

494. Des lois particulières peuvent néanmoins faire exception à ces principes.

Le juge peut ainsi accorder au débiteur des délais pour le paiement de sa dette, et prévoir que le débiteur va donc pouvoir honorer ses engagements par des paiements fractionnés qui n'étaient pas convenus initialement (article 1244 al. 2 Code civil et la loi 18 mars 1915 concernant la protection des débiteurs domiciliés dans le Grand-duché).

Le débiteur non-commerçant qui se trouve hors de l'état de payer, peut également faire cession de tous ses biens à ses créanciers (article 1265 du Code civil)¹³. Cette cession de biens peut être volontaire, et être acceptée par ses créanciers, ou judiciaire et imposée par le juge aux créanciers (articles 1266, 1267, 1268 et 1270 al.1 du Code civil). La cession volontaire libère intégralement le débiteur de sa dette, sauf stipulation contraire dans le contrat d'abandon. La cession judiciaire permet uniquement au créancier de faire réaliser les biens du débiteur et de se payer sur le produit de la vente (article 1269 du Code civil). Le débiteur n'est alors libéré de ses dettes qu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés, et si cette valeur est insuffisante pour payer l'intégralité de ce qui est dû, il est obligé d'abandonner ses nouveaux biens jusqu'à complet paiement (article 1270 al. 2 du Code civil).

C'est également parfois le cas lorsque le débiteur est en procédure collective d'insolvabilité.

L'article 12 de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement prévoit que le juge de paix rend un jugement dans lequel il arrête un plan de redressement judiciaire qui peut comporter le sursis de paiement de tout

¹¹ Cass. 18 mars 2004, Pas. 32, p. 440

¹² Cour d'appel, 29 janvier 2003, DAOR, 2004, n° 69, p. 74 et note O. POELMANS

¹³ Cette institution est tombée en désuétude. Elle permettait surtout au débiteur malheureux et de bonne foi d'échapper à la contrainte par corps, ce que le texte de l'article 1270 du Code civil prévoyait à l'origine. De nos jours, le débiteur surendetté sollicitera l'application de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement

ou partie de la dette, la réduction du taux d'intérêt et la remise de la dette sur les accessoires.

La loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement organise également une procédure de rétablissement personnel (articles 16 à 22). Cette procédure est ouverte à un débiteur qui se trouve dans une situation irrémédiablement compromise et a pour objet de permettre l'effacement de toutes ses dettes, après que l'ensemble de son patrimoine personnel (à l'exclusion des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non-professionnels indispensables à l'exercice de l'activité professionnelle) ait été liquidé judiciairement pour payer ses dettes. La remise totale de dette est alors acquise, sauf retour à meilleure fortune du débiteur dans les 7 années qui suivent la décision du juge de paix.

De même, le commissaire à la gestion contrôlée peut prévoir des réductions de créances dans son projet de réorganisation du commerce du débiteur, à condition de tenir équitablement compte de tous les intérêts en cause et de respecter le rang des privilèges et des hypothèques (articles 6 et 7 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative aux sursis de paiement, au concordat préventif de la faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée)¹⁴.

L'article 34 du texte coordonné le 26 février 1987 de la loi sur les chèques ou l'article 39 du texte coordonné le 15 décembre 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre prévoient que le porteur du titre ne peut pas refuser un paiement partiel.

495. Les parties peuvent également déroger librement à ce principe.

La convention des parties peut prévoir, dès l'origine, des paiements fractionnés ou la possibilité pour le créancier d'accepter une remise de dette (voyez infra point 540) ou le paiement fractionné de la dette après l'arrivée de l'échéance de la dette.

La dation en paiement est une application particulière de cette possibilité de dérogation.

La dation en paiement est une convention par laquelle un créancier et un débiteur conviennent de modifier l'objet du paiement et qui permet au débiteur de se libérer définitivement envers le créancier en lui remettant une chose autre que celle convenue initialement.

La dation en paiement est une modalité de paiement et va donc être régie par les principes applicables en matière de paiement, et particulièrement

¹⁴ Cour d'appel, 28 janvier 2009, DAOR, 2009, n° 90, p. 210 et note N. ANEN et O. POELMANS

au niveau de ses effets extinctifs de la dette. C'est ainsi que, même si la dation en paiement se rapproche de la novation par changement d'objet, elle n'a pas l'effet novatoire de celle-ci et ne fera apparaître aucune obligation nouvelle dans le chef du débiteur.

§ 2. L'EXÉCUTION D'UNE OBLIGATION EN NATURE

496. Si l'obligation est une obligation de faire ou de ne pas faire, le débiteur doit donc exécuter la prestation promise, ou d'abstenir d'agir comme il s'y est engagé.

Si l'obligation a pour objet un corps certain (*species*), le débiteur doit fournir la chose convenue au créancier, dans l'état où elle se trouve lors de la livraison (article 1245 du Code civil). Le créancier assume en effet la charge des risques de la chose depuis la conclusion du contrat (article 1138 al. 2 du Code civil). Mais, si la chose convenue a été détériorée entre le moment où le contrat a été conclu et le moment de la livraison et cela du fait ou de la faute du débiteur ou d'une personne dont il est responsable, le créancier est en droit de demander au débiteur que la chose lui soit livrée dans son état initial. De même, si la chose convenue a été détériorée après que le débiteur ait été mis en demeure de la livrer, le créancier peut demander que la chose lui soit livrée dans l'état où elle était au moment de la mise en demeure (article 1245 du Code civil).

Si l'obligation a pour objet une chose de genre (*genera*), le débiteur doit fournir la quantité convenue de la chose convenue. La chose convenue doit être de qualité normale, ni la meilleure ni la pire (article 1246 du Code civil).

Le tribunal a rappelé ce principe dans une espèce dans laquelle un investisseur réclamait à la banque dépositaire d'un OPC, la restitution de la valeur des titres, telle qu'elle existait au moment où ces titres avaient été remis au banquier. Le tribunal a rejeté cette demande. Pour ce faire le tribunal a rappelé que lorsque le banquier doit restituer à un client des titres fongibles, la dérogation au principe d'identité d'objet restitué lui permet de restituer des instruments financiers de même nature, et portant par exemple des numéros autres que ceux que le déposant avait remis. Mais ce principe n'oblige pas le dépositaire à restituer la valeur des titres telle qu'elle existait au moment du dépôt. La détérioration de la valeur des titres qui n'est pas survenue de son fait, n'est pas à sa charge¹⁵.

¹⁵ Trib. Luxembourg, 19 octobre 2011, n° 126443, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 90

§ 3. L'EXÉCUTION D'UNE OBLIGATION PÉCUNIAIRE

497. L'obligation peut porter sur une somme d'argent dont le montant est fixé numériquement dès l'origine. Le débiteur va se libérer d'une telle obligation en monnaie.

Lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent, il faut distinguer la monnaie de compte et la monnaie de paiement.

La monnaie de compte est celle utilisée par les parties pour déterminer l'obligation prise par le débiteur dans la convention.

La monnaie de paiement est celle que le débiteur va devoir utiliser pour procéder au paiement.

Ces deux monnaies peuvent différer, par exemple si les parties prévoient que la valeur du bien acquis par le débiteur est de 1.000 USD, et qu'il devra payer cette somme en Euro à son échéance.

Les parties peuvent librement fixer dans leur convention la monnaie nationale ou une devise comme monnaie de compte ou comme monnaie de paiement. Elles peuvent aussi librement décider que la monnaie de compte sera différente de la monnaie de paiement (article 1153-1 al. 1 du Code civil).

Cette liberté peut être restreinte par certaines législations d'ordre public.

Les parties ne pourront notamment pas contrevenir à des arrêtés ministériels pris en exécution de l'Arrêté Grand-ducal du 10 novembre 1944 relatif au contrôle des changes.

Par ailleurs, tout professionnel doit, par voie de marquage, étiquetage, affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur du prix des produits et des services qu'il offre. Ces prix sont obligatoirement indiqués en Euro (articles L.112-1 et L. 112-2 du Code de la consommation).

498. Les obligations pécuniaires sont exécutées en monnaie nationale.

Au Luxembourg, la monnaie nationale est l'Euro (article 1 de la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg).

Lorsque le lieu où le paiement doit intervenir est le Luxembourg, et qu'aucune clause contractuelle ne prévoit la monnaie de paiement, le débiteur pourra toujours se libérer en Euro, même si la monnaie de compte est une devise¹⁶.

¹⁶ Voyez projet de loi n° 2336, p. 2, 7 et 8

Le paiement sera donc réalisé par la remise d'espèces par le débiteur au créancier. Cette remise peut être réalisée par la remise de la main à la main de pièces ou de billets de banque ayant cours légal (la monnaie fiduciaire).

Le créancier ne peut pas refuser de recevoir un paiement en monnaie, la monnaie fiduciaire ayant cours forcé (article 4 de l'Arrêté Grand-ducal du 11 décembre 1918 portant défense d'importation en même temps que mise hors cours et échange de la monnaie fiduciaire et de la monnaie d'argent allemandes).¹⁷

499. Le paiement d'une obligation pécuniaire peut également être réalisé à l'aide de la monnaie scripturale.

La monnaie scripturale est un instrument de paiement qui permet de réaliser un paiement d'une manière autre que par la remise de monnaie fiduciaire. Le chèque, le virement, la carte de paiement ou la carte de crédit sont de tels instruments de paiement¹⁸.

En principe, le créancier peut refuser de recevoir un paiement par monnaie scripturale, qui n'a pas cours légal et forcé¹⁹.

Lorsque le débiteur remet en paiement un instrument de paiement à son créancier, on considère traditionnellement que le paiement ne va pas être réalisé lors de l'émission ou de la remise de l'instrument de paiement au créancier. Le paiement n'interviendra qu'au moment où le créancier a été mis en possession effectif des fonds, soit par le crédit de son compte en banque, soit par la remise d'espèces.

Il a été jugé que la remise du chèque laisse subsister la créance ancienne du créancier/bénéficiaire contre le débiteur/tireur. Seul le paiement constitue la remise de la chose due, qui libère le débiteur et donne satisfaction au créancier. Le chèque est un moyen de paiement qui augmente les garanties du bénéficiaire, mais la remise du chèque n'est pas un paiement. Le débiteur/tireur n'est donc pas libéré par la remise du chèque, et ne le sera que par l'encaissement de celui-ci²⁰.

¹⁷ Cass., 19 novembre 1920, Pas., 11, p. 23 ; Cass., 29 octobre 1920, Pas., 11, p. 14

¹⁸ La loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement encadre les relations juridiques entre les prestataires de services de paiement et les utilisateurs de ces services qui vont émettre la monnaie scripturale. Elle prévoit les obligations d'information du prestataire de service à l'égard de son client, les modalités d'autorisation et de révocation des opérations de paiement, les modalités d'exécutions des ordres de paiement et la responsabilité des prestataires de services de paiement. Cette loi ne s'applique pas au chèque. Pour une brève présentation voyez A. SCHMIT et E. OMES, « Chronique de droit bancaire et financier 2009 », Dr. Banc. Fin., 2010/V, p. 337 à 341.

¹⁹ Sur la possibilité de créer une monnaie privée voyez la réponse du ministre Frieden du 5 juillet 2011 à la question parlementaire 1446, - compte rendu n° 15 session ordinaire 2010-2011

²⁰ J.P. Luxembourg, 23 janvier 2003, n° 370/2003

Le chèque représente un simple mandat de payer donné par le débiteur/tireur au banquier/tiré. La circonstance que le débiteur/tireur donne mandat à un tiers -son banquier- de payer son propre créancier ne rend pas ce tiers débiteur du créancier, ni n'a pour effet de transférer le lieu du paiement au siège du tiers²¹. Les mêmes principes s'appliquent à l'ordre de virement. Le banquier qui reçoit un tel ordre de virement est le mandataire de son client et ne devient pas le débiteur personnel de la dette de son client²².

Lorsqu'une personne paye sa dette en remettant un ordre de virement à son banquier, le moment précis auquel ce paiement est intervenu fait l'objet de débats.

Il a été jugé que l'exécution du virement entre deux comptes tenus par deux banques et réalisés avec le concours d'un banquier intermédiaire requiert plusieurs étapes : débit du compte du donneur d'ordre, débit du compte du banquier tenu auprès du banquier intermédiaire, crédit du compte du banquier du bénéficiaire et crédit du compte du bénéficiaire. Ce schéma complexe a une incidence sur le moment auquel s'opère le dessaisissement du donneur d'ordre. L'inscription au débit du compte du donneur d'ordre ne suffit pas à le dessaisir. En effet, l'écriture transfère les fonds au banquier intermédiaire qui est le mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre, de sorte que les fonds restent à la disposition du donneur d'ordre. Le dessaisissement ne se produit que lorsque le banquier intermédiaire crédite le compte du banquier du bénéficiaire. Lorsque le banquier intermédiaire refuse de créditer le compte externe désigné par le donneur d'ordre, il n'y a pas eu paiement²³.

Dans une espèce assez ancienne, la Cour de Cassation de Luxembourg semble néanmoins avoir adopté un raisonnement différent. En l'espèce, le débiteur avait remis à son banquier un ordre de virement le 25 du mois pour le paiement de son loyer. Cette ordre n'avait néanmoins été exécuté que le 3 du mois suivant. La haute juridiction a cependant considéré que « *il y avait présomption que le compte de la société (...) était pourvu d'une provision suffisante et que le paiement avait été effectué dès le 25 mars*

²¹ Cour d'appel, 29 novembre 2000, n° 24901

²² Trib. Luxembourg, 4 mars 2009, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 69

²³ Trib. Luxembourg, 29 octobre 2008, DAOR, 2009, n° 90, p. 207. La saisie-arrêt opérée par un créancier sur le compte en banque de son débiteur appréhende les avoirs qui se trouvent sur ce compte. En cas d'ordre de virement, c'est l'écriture au débit du compte du donneur d'ordre qui fait sortir les fonds du patrimoine de celui-ci et qui réalise le dessaisissement, et cela indépendamment de la date de compensation entre banques ou de celle où le compte du bénéficiaire est crédité. Si l'exécution de l'ordre de virement s'est traduite par une écriture au débit avant la signification de l'exploit, les sommes et effets ne seront pas appréhendés par la saisie : Cour d'appel, 12 juin 2002, DAOR, 2003, n° 66, p. 24

1970, c'est-à-dire quelques jours avant l'échéance du loyer du mois de mars 1970 »²⁴.

La Cour a considéré, justement selon nous, qu'il faut admettre, dans certaines circonstances, que le débiteur s'est valablement acquitté de sa dette au moment où il a émis l'ordre de virement, sous réserve que ce virement puisse effectivement être exécuté par le banquier du donneur d'ordre. Nous considérons qu'il doit en être ainsi pour les paiements réalisés au moyen d'autres instruments de paiement, comme le chèque.

Les parties peuvent également valablement prévoir contractuellement que le paiement sera réalisé par et lors de la remise au créancier d'un instrument de paiement. Ce n'est que si, ultérieurement, l'opération n'était pas effectivement dénouée que le créancier pourra réclamer à nouveau le paiement au débiteur.

500. Lorsque l'exécution de l'obligation pécuniaire est conventionnellement postposée dans le temps, des fluctuations monétaires peuvent avoir pour conséquence que la somme due au jour prévu pour le règlement ne corresponde plus à la valeur de la contre-prestation.

Le créancier de l'obligation de somme pourrait alors souhaiter que sa créance soit réévaluée.

La jurisprudence luxembourgeoise applique le principe du nominalisme monétaire (article 1895 du Code civil).

Ce principe implique que la somme à verser en exécution d'une obligation pécuniaire est celle qui est numériquement fixée, seule la valeur nominale de la monnaie de paiement devant être prise en compte sans égard aux fluctuations qu'elle a pu subir²⁵.

Par contre, lorsque le débiteur est en défaut de paiement à l'échéance, et que la monnaie de compte en devise subit, postérieurement à cette échéance, une dépréciation par rapport à la monnaie de paiement, le débiteur est tenu à un versement d'un montant additionnel correspondant à la différence entre les taux de change au jour de l'échéance et au jour du paiement effectif (article 1153-1 al. 1 du Code civil). De plus, lorsqu'un jugement accorde à un créancier soit une somme d'argent dans une monnaie étrangère, soit la contrevaletur d'une telle somme en Euro, et que cette monnaie étrangère subit une dépréciation par rapport à l'Euro entre la date du jugement et le jour du paiement effectif, le débiteur est tenu au versement d'un montant additionnel correspondant à la différence

²⁴ Cass. 27 mai 1971, Pas., 21, p. 462

²⁵ Cour d'appel, 1 juillet 1970, Pas, 21, p. 352 ; Cour d'appel, 31 juillet 1950, Pas, 15, p. 304.

entre les taux de change à la date du jugement et celui du jour du paiement effectif (article 1153-1 al. 2 du Code civil). Le débiteur ne pourra échapper au versement de ces montants additionnels que s'il prouve qu'il s'est trouvé empêché de s'acquitter par le fait du créancier ou par suite de force majeure ou que la dépréciation n'a pas entraîné de dommage pour le créancier (article 1153-1 al. 3 du Code civil).

Dans une espèce, une société luxembourgeoise avait été mise en liquidation judiciaire. Cette société disposait de succursales au Pays-Bas et en Allemagne, qui faisaient également l'objet de liquidations « secondaires ». Il est de principe que lorsque deux procédures de liquidation sont ouvertes, tout créancier peut produire dans chacune d'elles. Les créanciers, ayant produit dans une première procédure, peuvent conserver les sommes perçues dans la première procédure tout en conservant l'espoir d'être également désintéressés dans la seconde procédure. Il reste que la mise en œuvre de ce principe ne saurait contrarier le principe d'égalité des créanciers qui est le fondement du droit des procédures collectives. Il s'agit d'éviter que les créanciers ayant produit également à la deuxième procédure bénéficient d'une situation plus favorable que celle des autres créanciers. Une de dettes de la société luxembourgeoise était libellée en dollars. La question de l'imputation des versements de dividendes perçus par les créanciers dans le cadre des procédures néerlandaise et allemande se posait alors. Il s'agissait de déterminer la date à laquelle il fallait se placer pour convertir en dollars les dividendes versés en monnaie locale (florins et deutsche marks) respectivement en Euros par les liquidateurs des procédures ouvertes aux Pays-Bas et en Allemagne, aux fins d'imputation de ces dividendes sur le paiement de dividendes supplémentaires par les liquidateurs luxembourgeois. Selon les liquidateurs néerlandais, la réponse à la question de savoir à quel taux de conversion il faut recourir pour les acomptes intermédiaires versés aux créanciers ayant produit dans un pays autre que le Luxembourg et dans une devise autre que le dollars, était à rechercher dans deux textes faisant partie du droit positif luxembourgeois, l'un trouvant sa source dans l'article 1153-1 du Code civil, qui précise que lorsque le débiteur s'acquitte dans la monnaie du lieu de paiement, la conversion est faite au taux de change au jour du paiement effectif, l'autre trouvant sa source dans l'article 1895 du Code civil, qui retient que la conversion de devises divergentes en monnaie de compte se fait au cours du jour du paiement. La Cour a suivi ce raisonnement. Elle a jugé qu'étant donné que les dividendes d'ores et déjà payés par les liquidateurs néerlandais et allemands sont à considérer comme constituant des acomptes, à faire valoir sur la dette de la société à l'encontre de ces créanciers,

dette évaluée en dollars, la date de conversion qui préserve le mieux l'égalité entre tous les créanciers est celle du jour où les dividendes ont été payés. Les créanciers néerlandais et allemands auxquels les dividendes ont d'abord été payés en florins et deutsche marks puis en euros doivent se placer au jour du paiement de ces dividendes pour savoir ce qu'ils représentent en dollars face à leur créance évaluée en dollars. Cette solution se justifie d'autant plus qu'au jour du paiement des dividendes en monnaies autres que le dollar, ces monnaies avaient objectivement une contre-valeur en dollars. Il s'ensuivait que la date à retenir pour convertir en dollars les dividendes versés par la procédure néerlandaise, allemande ou par une autre procédure est la date où le créancier a réceptionné les fonds²⁶.

501. La jurisprudence admet la possibilité pour les parties de déroger conventionnellement au nominalisme monétaire, qui n'est pas d'ordre public²⁷. Seraient seules illicites, les clauses qui contreviendraient au principe du cours forcé et légal de la monnaie fiduciaire, par exemple en imposant un paiement en monnaie d'or.

Les autres clauses monétaire ou d'indexation sont valides, telles les clauses valeur monnaie étrangère ou les clauses d'indexation²⁸.

Dans certains cas, la loi ou l'usage prévoit d'ailleurs une indexation automatique et de plein droit de la créance de somme d'une des parties au contrat.

Il en va notamment ainsi de la rémunération des salariés (article L. 223-1 du Code du Travail).

De même, pour faire face au renchérissement du coût de la vie et à l'augmentation importante du coût des sinistres, les contrats d'assurance RC sont indexés, sauf avis contraire du client²⁹.

Pour d'autres contrats, la loi autorise l'intégration d'une clause d'indexation, mais règlemente son application. Il en va ainsi dans les marchés publics (article 104 du Règlement Grand-Ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics) ou pour les contrats de fournitures de gaz naturel (article 7(4) et 8(4) de la loi du 21 août 2007 sur l'organisation du marché du gaz naturel).

²⁶ Cour d'appel, 28 octobre 2009, JTL, 2010, p. 188

²⁷ Cass. 5 décembre 1919, Pas. 10, p. 563.

²⁸ Voyez P. ANCEL, B. CHRISTMANN, X. DIEUX, F. KUTSCHER-PUIS, « Modalités de la réglementation des clauses d'indexation de prix au Luxembourg, en France, Belgique et Allemagne », Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 109 et s.

²⁹ Voyez R. BIENIUS, « L'assurance du particulier – assurances de dommages », T. 1, éd Promoculture (2010), p. 194, n° 7

La loi interdit parfois également expressément les clauses d'indexation automatique, comme c'est le cas pour les loyers des baux à usage d'habitation (article 5 (5) de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation).

SECTION 3. LES MODALITÉS DU PAIEMENT

502. Le moment du paiement va dépendre de la loi ou de la volonté des parties.

Le paiement doit avoir lieu à l'échéance fixée par la loi ou la convention des parties³⁰. Le débiteur doit donc payer à cette échéance, sans que le créancier ne doive encore le mettre en demeure d'agir.

En effet, au Luxembourg, lorsque le jour de l'exécution de l'obligation a été fixé dans la convention, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (article 1146 al. 2 du Code civil).

Il a ainsi été jugé que lorsque les conditions particulières du contrat de crédit qui lie le banquier et son client prévoient que le client doit payer les mensualités restées impayées dans les 10 jours à compter du troisième rappel, la dette du crédit est échue dès qu'il est constant que ce délai est passé, sans que le banquier ne doive mettre son client en demeure. La clause pénale prévue contractuellement en cas de non paiement par le client de sa dette, sera également due de plein droit dès cette échéance³¹.

Si aucune échéance n'est fixée, le paiement doit avoir lieu immédiatement³². Le créancier devra alors mettre le débiteur en demeure de s'exécuter pour que celui-ci soit tenu de payer (articles 1139, 1146 et 1230 du Code civil).

La mise en demeure est la sommation faite par le créancier au débiteur d'exécuter son obligation. Elle doit être faite par sommation d'huissier ou courrier recommandé, sauf si les parties en ont convenu autrement (article 1146-1 du Code civil) (infra point 523).

503. En ce qui concerne le lieu du paiement, les parties peuvent en convenir et désigner dans la convention le lieu où le paiement doit être exécuté (article 1247 al. 1 du Code civil).

³⁰ Cour d'appel, 25 octobre 2006, Pas., 33, p. 294

³¹ Cour d'appel, 23 mai 2000, n° 24094

³² Cour d'appel, 25 octobre 2006, Pas., 33, p. 294 ; Trib. Luxembourg, 4 mars 2011, n° 134954, BJL, 2011, p. 60

A défaut, on considère que les dettes sont quérables et non portables. Le créancier doit donc aller chercher le paiement au domicile du débiteur (article 1247 al. 3 du Code civil).

Lorsque l'obligation a pour objet un corps certain, le paiement doit intervenir au lieu où la chose se trouvait lorsque l'obligation est née (article 1247 al. 2 du Code civil).

Des textes de loi particuliers peuvent également prévoir où le paiement d'une dette doit avoir lieu. C'est ainsi que le prix d'une vente doit être payé au lieu où le bien vendu est délivré (article 1651 du Code civil), ce qui correspond souvent au magasin du vendeur.

Dans une espèce, une société luxembourgeoise avait accordé un prêt à un client grec, destiné à financer la construction d'un immeuble et à acquérir des machines d'imprimerie. Le client n'avait pas remboursé le prêt à l'échéance, et avait donc été assigné en paiement. Le client soulevait différentes exceptions, et notamment l'incompétence territoriale des tribunaux luxembourgeois.

La société luxembourgeoise se prévalait, pour fonder cette compétence, de l'article 5-1 du Règlement 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Elle prétendait que le lieu où l'obligation qui sert de base à la demande devait être exécuté était le Luxembourg. Pour ce faire, elle produisait des extraits de compte desquels il résultait que des remboursements avaient eu lieu sur le compte d'une banque située au Luxembourg. Le tribunal rejeta cette prétention. Il considéra d'abord que les circonstances exactes de ces inscriptions en compte étaient imprécises et que d'autres paiements avaient ensuite été faits sur un compte en banque ouvert en Suisse. En l'absence d'une intention commune prouvée des parties à propos du lieu où le paiement devait intervenir, le tribunal a retenu que la dette du débiteur était quérable en application de l'article 1247 du Code civil, et que le lieu de paiement était donc situé en Grèce. Il s'est alors déclaré incompétent pour connaître du litige³³.

Il a également été décidé que le fait pour le débiteur de remettre un chèque à son créancier, chèque qui s'analyse en un mandat de paiement donné à son banquier, ne prouve pas que le créancier avait accepté de se déplacer au siège de cette banque pour obtenir le paiement et que les parties auraient implicitement convenu que le lieu du paiement était situé au siège de cette banque. En l'absence d'une intention commune prouvée

³³ Trib. Luxembourg, 13 janvier 2005, n° 81458

des parties à propos du lieu où le paiement devait intervenir. La Cour a retenu que, en application de l'article 1247 du Code civil, le lieu du paiement était donc situé au domicile du débiteur³⁴.

Il a été jugé que lorsque le contrat de vente d'un appartement en l'état futur d'achèvement prévoit que l'acheteur doit effectuer tous les paiements relatifs à l'immeuble sur un compte en banque précis, ouvert au nom du vendeur, l'acheteur sera libéré des ses obligations même s'il procède à des paiements sur un compte du vendeur situé dans une autre banque³⁵.

504. Les frais du paiement sont à charge du débiteur (article 1248 du Code civil), et cela sauf convention contraire, ou si un texte de loi particulier en dispose autrement (l'article 1942 du Code civil met ainsi les frais du transport nécessaire à la restitution du bien en dépôt à charge du déposant)

³⁴ Cour d'appel, 29 novembre 2000, n° 24901

³⁵ Trib. Luxembourg, 25 avril 2008, n° 110408, BJJ, 2008, p. 111

CHAPITRE III. LES EFFETS DU PAIEMENT

505. Le paiement de la dette par le débiteur au créancier éteint la dette.

Par contre, si le débiteur n'exécute pas son obligation envers les personnes ainsi visées par le Code civil, il n'est pas libéré, son obligation n'est pas éteinte et il reste tenu envers le créancier conformément au contrat initial¹.

Une certaine jurisprudence fonde ainsi l'obligation du banquier de récréditer le compte de son client lorsque ce compte est débité à la suite d'un faux ordre de paiement².

En application de ce principe, le banquier ne peut être libéré de l'obligation de restitution des fonds que son client a déposés sur son compte que s'il effectue le paiement sur ordre de son client, qui est le seul créancier a pouvoir valablement lui demander de payer, ou entre les mains de son client ou de son mandataire.

Il ne sera donc pas libéré valablement vis-à-vis de son client qui lui a confié des fonds quand il se défait, même sans faute, de ceux-ci sur présentation d'un pseudo-ordre de paiement revêtu dès l'origine d'une fausse signature.

Le banquier qui débite le compte de son client sans ordre de celui-ci, pour créditer le compte d'un tiers qui s'avère être un faussaire, ne peut opposer le paiement intervenu au titulaire du compte et devra, en application de l'adage « qui paye mal, paye deux fois », recréditer le compte du client des fonds indûment débités.

La banque doit donc restituer à son client les sommes virées en exécution d'ordres établis sous fausse signature ou signature sans pouvoir, à moins de démontrer que cette obligation de restitution est éteinte.

¹ Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 72 confirmé par Cass., 16 mars 2000, Bull. Dr. et Banque, 2002, n° 33, p. 75.

² Cour d'appel, 20 mars 2003, n° 25363 ; Cour d'appel, 11 novembre 2009, Pas., 34, p. 686 ; Cour d'appel, 8 février 2006, Pas., 33, p. 197 ; Trib. Luxembourg, 13 juillet 2010, n° 70842, Bull. Dr. et Banque, 2011, n° 48, p. 59 ; Trib. Luxembourg, 27 novembre 2008, n° 103486, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 287 ; Trib. Luxembourg, 29 mai 2008, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 61

En sa qualité de débiteur qui se prétend libéré, elle doit établir l'exécution ou le fait qui a éteint son obligation. Le banquier rapporte cette preuve, notamment s'il prouve avoir obtenu la ratification de son client, car celle-ci le libère de ses fautes. La ratification peut être tacite.

La banque peut également en être libérée si elle prouve que le titulaire du compte a commis une faute ayant rendu le faux possible. Il y a alors compensation légale entre l'obligation de restitution de la banque et le dommage subi en raison de la faute du client.

La banque pourra également être libérée si elle démontre que la personne qui lui a donné l'ordre de paiement était le mandataire apparent du titulaire du compte. Mais, pour que la banque puisse se prévaloir de la théorie de l'apparence, elle doit prouver que le client a contribué, même sans faute, à la création de l'apparence d'authenticité de l'ordre de virement.

506. Le paiement de la dette par le débiteur au créancier éteint la dette, et tous ses accessoires.

Il libère donc le débiteur, les autres co-débiteurs et les personnes qui garantissaient le paiement de la dette. Il emporte également extinction des sûretés réelles ou autres qui couvraient l'engagement.

Il en ira autrement lorsque le paiement est fait avec subrogation.

CHAPITRE IV. LE PAIEMENT AVEC SUBROGATION

507. Le paiement peut être opéré par une personne autre que le débiteur principal. Un des codébiteurs peut également payer plus que sa part contributive dans la dette.

La subrogation est le mécanisme qui va permettre à ce solvens d'obtenir le remboursement de ce qu'il a payé auprès du véritable débiteur, en exerçant pour son compte les droits que le créancier avait à l'encontre de ce débiteur.

Cette subrogation peut être conventionnelle ou légale (article 1249 du Code civil).

Elle implique d'abord que le solvens qui se prévaut de la subrogation ait fait lui-même un paiement valable à un créancier afin d'éteindre une dette existante.

SECTION 1. LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE

508. Le solvens et le créancier peuvent convenir que le solvens sera pleinement subrogé dans les droits, actions et garanties du créancier à l'encontre du débiteur (article 1250.1° du Code civil).

Pour que la subrogation soit valablement convenue entre les parties il faut qu'elle soit expresse -et donc que les parties aient clairement exprimé leur intention- et que l'accord des parties intervienne concomitamment au paiement (et donc ni anticipativement ni a posteriori).

Il faut également que le solvens soit un tiers -et non le débiteur de la créance- sauf à admettre la validité d'une subrogation accordée à un codébiteur qui paye plus que sa part contributive dans la dette.

Il a ainsi été jugé que lorsque le contrat prévoit expressément la volonté du créancier de subroger le solvens dans ses créances à l'instant du paiement, il y a subrogation conventionnelle. C'est notamment le cas pour le contrat de factoring, par lequel l'adhérent prévoit qu'il subroge l'affactureur dans ses droits lorsque celui-ci lui paye le montant convenu pour la facture.

Le solvens pourra donc faire valoir à l'égard du débiteur de la dette les mêmes droits que le créancier.

La subrogation conventionnelle rend le transfert de la créance valable entre les parties et opposable aux tiers, sans que la notification de cette cession au débiteur cédé, ou qu'aucune autre formalité, ne soient nécessaires. La convention liant le créancier et le solvens peut évidemment organiser cette subrogation. Elle peut notamment prévoir que la cession ne s'applique pas à propos de certaines créances, créances pour lesquelles le créancier aura alors seule la charge du recouvrement. Cet accord s'impose au débiteur cédé qui doit alors exécuter ses obligations au profit de son créancier initial¹.

509. La subrogation peut également résulter d'une convention conclue entre le solvens et le débiteur, sans le concours du créancier (article 1250.2° du Code civil).

Il en va ainsi lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et subroge le prêteur dans les droits du créancier.

Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait au créancier par ces sommes.

SECTION 2. LA SUBROGATION LÉGALE

510. La subrogation peut également être légale. L'article 1251 du Code civil prévoit quatre hypothèses dans lesquelles la subrogation du solvens dans les droits du créancier se réalise de plein droit.

Le créancier chirographaire, ou le créancier privilégié qui est inférieur en rang à un autre créancier privilégié ou hypothécaire, peut payer au créancier supérieur en rang sa créance et être subrogé de plein droit dans sa créance et dans ses droits et privilèges (article 1251.1° du Code civil). Le solvens sera subrogé dans les droits du créancier supérieur en rang, mais dans les limites de ce qu'il a payé à ce créancier supérieur en rang.

L'acquéreur d'un immeuble qui est hypothéqué peut affecter le prix de la vente à payer le créancier hypothécaire et être alors subrogé de plein droit dans les droits du créancier hypothécaire (article 1251.2° du Code

¹ Cour d'appel, 6 février 2002, n° 25422, BJJ, 2003, p. 7.

civil). Cette situation se rencontrera dans l'hypothèse où le prix de la vente de l'immeuble n'est pas suffisant pour rembourser le créancier hypothécaire et obtenir la mainlevée de l'hypothèque, et permet alors à l'acquéreur de bénéficier d'une hypothèque en deuxième rang sur son immeuble à concurrence du prix qu'il a payé pour son acquisition.

L'héritier qui a accepté une succession sous bénéfice d'inventaire et qui paye de ses deniers les dettes de la succession, est subrogé de plein droit dans les droits des créanciers pour le remboursement de la part successorale qui lui incombe (article 1251.4° du Code civil).

511. La subrogation a également lieu de plein droit au profit de celui qui paie une dette, alors que tenu au paiement de celle-ci avec d'autres ou pour d'autres, il avait intérêt à l'acquitter (article 1251.3° du Code civil).

La subrogation jouera donc au profit du débiteur qui a payé une dette qu'il avait en commun avec d'autres.

Ce texte permet à tous les coobligés d'une dette d'être subrogé de plein droit dans les droits du créancier, pour obtenir des autres personnes tenues à la dette le paiement de leur part contributoire dans cette dette.

Le codébiteur solidaire, indivisible ou in solidum peut ainsi se prévaloir de cette subrogation légale pour obtenir le remboursement par les autres de leur part contributoire dans la dette.

La caution bénéficie également de cette subrogation légale, ce que les articles 2029 et 2030 du Code civil confirment d'ailleurs. Il a ainsi été jugé que la caution qui a payé est subrogée dans tous les droits et dans toutes les actions dont disposait le créancier. La caution réelle bénéficie également de ce droit de subrogation².

512. La subrogation de l'article 1251.3° du Code civil a également lieu de plein droit au profit de celui qui paie une dette pour d'autres, alors qu'il avait intérêt à l'acquitter.

La personne qui est, par application de l'article 1384 du Code civil par exemple, responsable pour autrui doit ainsi dédommager la victime de la personne dont il répond, et pourra ensuite tenter un recours subrogatoire contre celle-ci³.

Il a été jugé que le banquier qui a payé au vendeur de son client le prix du camion que son client avait acheté à crédit, était subrogé dans

² Cour d'appel, 10 juillet 2002, Pas., 32, p. 284

³ G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p. 636, n° 798.

les droits que ce vendeur avait à l'encontre de l'acheteur en cas de non paiement par celui-ci du prix de la vente⁴.

Dans une autre espèce, une société avait acquis un immeuble. Elle avait transmis le compromis à son notaire qui avait procédé aux formalités d'enregistrement. Par la suite, la société avait décidé de ne pas acheter l'immeuble, mais que celui-ci serait acquis personnellement par son bénéficiaire économique. Celui-ci avait alors refusé de rembourser au notaire les frais d'enregistrement que celui-ci avait avancés. Dans le cadre du litige qui s'en suivit, le notaire fondait sa demande sur la subrogation. Il prétendait avoir été obligé d'enregistrer le compromis qui lui avait été transmis par la société, et bénéficier donc d'un recours subrogatoire à son encontre pour obtenir le remboursement de ce qu'il avait payé pour elle. Le tribunal a alors rappelé que le notaire ne pouvait prospérer dans sa demande que s'il établissait avoir été obligé de payer l'Administration. En effet, en l'absence de subrogation conventionnelle, le tiers qui paye la dette d'autrui ne peut invoquer sa substitution dans les droits du créancier que s'il entre dans un des cas prévus par la loi, qui a un caractère limitatif. En ce qui concerne l'article 1251.3° du Code civil, le tribunal souligne que ce n'est que lorsque le solvens ne peut pas se soustraire juridiquement au paiement de la dette, qui ne lui incombe pas définitivement, qu'il est équitable de le subroger dans les droits du créancier. Celui qui a payé sans être tenu, qui s'est volontairement immiscé dans les affaires du débiteur, ne bénéficie pas de la subrogation légale. En l'espèce, le tribunal a jugé que le notaire n'avait pas l'obligation de faire enregistrer le compromis de vente qui lui avait été remis, et à fortiori de payer les droits d'enregistrement y afférents. Le notaire ne doit soumettre à l'enregistrement que les actes qui sont reçus devant lui, ce qui n'est pas le cas pour les compromis de vente passés sous seing privé. Il a alors déclaré le recours subrogatoire du notaire non fondé⁵.

Dans une espèce, un assureur dont l'assuré avait été impliqué dans un accident de la circulation, avait indemnisé le tiers également impliqué dans l'accident. Il s'était ensuite avéré que son assuré n'était pas responsable de l'accident. L'assureur avait alors assigné le tiers indemnisé en remboursement et invoquait pour ce faire la subrogation légale. La Cour a rejeté ce fondement en précisant que lorsqu'un assureur exerce un recours contre la victime indûment indemnisée, l'assureur de responsabilité se place en dehors de toute subrogation. Les conditions de la subrogation légale de

⁴ Cour d'appel, 8 novembre 2007, n° 31076, BJJ, 2008, p. 223

⁵ Trib. Luxembourg, 16 juin 2004, n° 89758, cité au JurisNews – Regard sur le droit de la Construction & Immobilier, 2009/5, p. 90

l'article 1251. 3° du Code civil ne sont pas remplies. Ce texte suppose, en effet, qu'une personne soit obligée de payer la dette d'une autre personne. Or, l'assureur ne paie pas la dette de responsabilité de son assuré, il paie sa propre dette de garantie⁶.

513. Par extension, on considère que la subrogation légale visée par l'article 1251.3° du Code civil permet à celui qui paye une dette qui lui est propre, et qui en ce faisant éteint aussi l'obligation de celui sur lequel doit porter la charge définitive de la dette, de se prévaloir de la subrogation légale dans les droits du créancier pour agir contre le débiteur principal de la dette.

La Cour l'a confirmé dans deux espèces dans lesquelles un employeur avait licencié son salarié. Celui-ci avait contesté les motifs de son licenciement et le litige avait été porté devant les tribunaux. Le salarié avait ensuite trouvé un nouvel emploi qui était moins bien rémunéré. Il avait alors bénéficié d'indemnité de la part de l'Etat pour compenser cette perte de salaire, en application du Règlement Grand-Ducal du 17 juin 1994 fixant les modalités et conditions d'attribution notamment de l'aide au réemploi. Le licenciement avait ensuite été jugé abusif. Dans le cadre de ce litige, l'Etat faisait valoir que si le licenciement devait être qualifié d'abusif, il était en droit de solliciter de la part de l'employeur le remboursement de ces aides au réemploi. Cette demande était basée sur les articles 1251.3° et 1252 du Code civil. Au soutien de sa demande, l'Etat faisait valoir que la personne qui devait, en définitive, assumer la charge de la perte de revenu du salarié était l'employeur qui avait abusivement licencié le salarié. Sans un tel licenciement, le salarié n'aurait pas disposé de revenus moindres dans ses nouvelles fonctions et n'aurait pas bénéficié d'une aide au réemploi. L'employeur s'y opposait. Il faisait notamment valoir que la créance du salarié envers l'Etat dérivait des dispositions du Règlement Grand-ducal du 17 juin 1994 fixant les modalités et conditions d'attribution notamment de l'aide au réemploi. La dette qui découlait de ce Règlement était une dette exclusivement personnelle à l'Etat. L'Etat ne pouvait donc pas prétendre qu'il était un débiteur « tenu avec d'autres » au paiement d'une dette, ni qu'il était tenu « pour d'autre » au paiement d'une dette qu'il avait intérêt à acquitter. Cette dette de l'Etat est totalement distincte de la dette de l'employeur, qui est tenu envers le salarié sur la seule base du contrat de travail. Les conditions de la subrogation légale n'étaient donc pas remplies. La Cour n'a pas suivi ce raisonnement, jugeant que la subrogation

⁶ Cour d'appel, 11 mars 2009, JTL, 2009, p. 88 ; Pas. 34, p.447 cassé sur un autre point par Cass., 2 février 2012, JTL, 2012, p. 77.

de l'article 1251.3° du Code civil s'applique au débiteur qui, bien que tenu d'une dette personnelle, fondée par une cause qui lui est propre, libère, en acquittant sa dette, un autre débiteur tenu à un autre titre. Peu importe donc que le solvens ait acquitté une dette personnelle dès lors qu'il ne doit pas en supporter seul la charge définitive totale. La subrogation est admise lorsque deux conditions sont remplies, respectivement que le paiement émane d'un autre que le débiteur définitif et que par ce paiement le solvens ait libéré ce débiteur envers le créancier⁷.

Le tribunal a également appliqué ce principe dans une affaire où un curateur avait avancé à trois salariés le paiement de leurs créances salariales sur l'actif de la faillite, avant le projet définitif de répartition.

Lors de la taxation des frais et honoraires de la faillite par le tribunal, il s'était révélé que ceux-ci étaient en fin de compte supérieurs à l'actif restant. Le curateur a alors réclamé à l'État, venant aux droits et obligations du Fonds pour l'Emploi, le remboursement du montant fait à titre d'avances salariales en vue de couvrir ses frais et honoraires.

Le tribunal fit droit à sa demande. Pour ce faire, le tribunal a d'abord rappelé que les frais et honoraires du curateur doivent être payés prioritairement avant toute autre créance, y compris les créances salariales. Le curateur aurait partant été en droit de prélever sur l'actif réalisé en premier lieu la totalité des frais et honoraires avant de désintéresser les créanciers salariaux. Ceci aurait entraîné une baisse de l'actif telle que les salariés n'auraient plus pu être désintéressés, rendant ainsi nécessaire une intervention du Fonds pour l'Emploi pour garantir le paiement de leurs créances. En se fondant sur le prescrit de l'article 1251.3° du Code civil, le tribunal a alors considéré que le curateur avait payé la dette que le Fonds pour l'Emploi devait en réalité payer aux salariés et a condamné le Fonds à lui rembourser les montants du trop payé aux salariés.

514. Des lois particulières organisent également des régimes de subrogation, qui vont éventuellement bénéficier d'un régime juridique propre.

L'article 52 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance subroge l'assureur dans les droits et actions de l'assuré ou du bénéficiaire, contre le tiers responsable du dommage, à concurrence du montant de l'indemnité payée dans le cadre d'une assurance à caractère indemnitaire.

⁷ Cour d'appel, 26 mai 2011, n° 35485, BJJ, 2011, p. 154 ; Cour d'appel, 11 mars 2010, n° 31339 et 31843

L'article 61 de cette même loi exclut par contre l'assureur de toute subrogation lorsque l'assurance a un caractère forfaitaire⁸.

L'employeur qui a indemnisé son salarié, victime d'un accident, pour la perte de son traitement, est également titulaire un recours subrogatoire contre l'auteur de l'accident (article L.121-6.6 du Code du Travail)⁹.

L'article L.126-1 (8) du Code du Travail subroge le Fonds pour l'Emploi dans les droits et privilèges du salarié dont il a payé les salaires et indemnités à la suite de la faillite de l'employeur.

SECTION 3. LES EFFETS DE LA SUBROGATION

515. Le solvens qui a payé va se voir transférer la créance que le créancier avait contre le débiteur, avec ses caractères propres et ses accessoires, respectivement tous ses droits contractuels (clause de compétence, d'exonération de responsabilité...), actions (et titre exécutoire), privilèges et garanties.

Dans une espèce, la Cour a admis que le banquier qui a payé au vendeur de son client le prix du camion que son client avait acheté, est subrogé dans les droits de ce vendeur et peut se prévaloir des droits que le vendeur avait à l'encontre de l'acheteur en cas de non paiement par celui-ci du prix de la vente. Pour la Cour, l'effet essentiel de la subrogation est de mettre le subrogé à la place du créancier dans le rapport d'obligation. Ainsi, le subrogé reçoit les droits et actions dont le solvens était titulaire contre le débiteur et peut exercer contre le débiteur un recours subrogatoire. Les actions sanctionnant la créance ou découlant de celle-ci sont transmises au subrogé qui acquiert, par le fait de la subrogation, intérêt et qualité pour agir. En l'espèce, le vendeur bénéficiait contractuellement d'une clause de réserve de propriété. L'article 567-1 du Code de commerce, qui prévoit l'action en revendication au profit du vendeur, n'exclut pas que la personne subrogée dans les droits du vendeur puisse exercer cette action. Il résulte d'ailleurs des travaux parlementaires que les commentateurs du projet de loi avaient envisagé cette action au profit du banquier ayant réglé le prix des marchandises livrées et subrogé dans les droits et actions du vendeur. Tant le vendeur que son subrogé ont donc qualité pour exercer l'action en revendication sur base de l'article 567-1 du Code de commerce et pour

⁸ R. BIENIUS, « L'assurance du particulier – assurances de dommages », T.1, éd Promoculture (2010), p. 83 et s., spécialement n° 4.5. et 5.3

⁹ Cour d'appel, 25 avril 2001, n° 239989 et 24020

se prévaloir de la clause de réserve de propriété également transmise au subrogé.¹⁰

Il a également été jugé que la caution qui a payé est subrogée dans tous les droits et dans toutes les actions dont disposait le créancier. Elle peut agir contre le débiteur principal, mais également contre toutes autres personnes que le créancier aurait pu poursuivre. La caution est subrogée dans les droits du créancier mais également dans toutes les garanties constituées pour la dette cautionnée, même par des tiers, qu'elles soient réelles ou personnelles. La caution réelle bénéficie également de ce droit de subrogation. La caution qui a payé peut donc intenter son action contre les autres cautions du débiteur, et cela en bénéficiant de la clause de compétence reprise dans le contrat conclu entre le créancier et ces autres cautions¹¹.

516. Lorsque le solvens est un coobligé à la dette qu'il a acquittée, il va néanmoins toujours devoir diviser son recours contre les autres coobligés, même s'il fonde son recours sur la subrogation, et cela également si le créancier bénéficiait de la solidarité passive de ses débiteurs.

Il ne pourra, de plus, exercer son recours contre ses coobligés que pour leur part contributive dans la dette.

Il a ainsi été jugé que l'établissement de la part contributive de chacun des cofidéjuseurs requiert la détermination d'un dénominateur commun qui s'obtient comme suit : addition de tous les cautionnements, les engagements sans limitation de montant étant à prendre en compte pour la somme effective de la dette ; établissement d'un dénominateur commun au montant de la dette principale en capital et aux autres cautionnements ; application de cette fraction au chiffre de la dette¹².

517. La subrogation du solvens ne va également avoir lieu, en principe, que dans la mesure du paiement fait par lui au créancier et donc dans les limites du montant acquitté par le solvens.

Lorsque le solvens ne paye que partiellement la créance du créancier, le créancier prime le solvens et va donc voir le solde de sa créance apurée avant que le solvens subrogé ne puisse faire valoir ses droits à l'encontre du débiteur (article 1252 du Code civil).

Le solvens est néanmoins subrogé dans les droits du créancier et aura, à l'égard des tiers, les mêmes droits et le même rang que le créancier.

¹⁰ Cour d'appel, 8 novembre 2007, n° 31076, BJJ, 2008, p. 223

¹¹ Cour d'appel, 10 juillet 2002, Pas., 32, p. 284

¹² Cour d'appel, 10 juillet 2002, Pas., 32, p. 284

Ce principe ne s'appliquera pas en cas de pluralité de créances et si le solvens a intégralement apuré une des créances. Il ne sera alors pas primé par le créancier pour le remboursement de la créance qu'il a payée.

Il ne s'applique pas non plus si le solvens n'agit pas sur le fondement d'un recours subrogatoire mais d'une action personnelle contre le débiteur¹³.

518. Le débiteur ne peut pas voir sa situation être aggravée du fait de la subrogation.

Il va pouvoir opposer au solvens les exceptions qu'il pouvait opposer au créancier avant la subrogation et qui tiennent à l'obligation transmise (compensation, prescription...).

Le tribunal a eu l'occasion de le confirmer dans une espèce où un couple avait acheté un appartement en état futur d'achèvement à un promoteur. Un banquier avait émis un cautionnement en faveur des acheteurs, par lequel il s'engageait à payer les montants nécessaires pour finir les travaux en cas de défaillance du promoteur. Le promoteur avait ensuite failli et le banquier avait honoré son engagement. Les acheteurs avaient payé l'intégralité de sommes dues pour l'appartement, mais avaient payé une partie de ce prix sur un compte ouvert au nom du promoteur auprès d'une autre banque. Le banquier qui avait payé les travaux pour le promoteur prétendait être subrogé dans les droits du promoteur afin d'obtenir le remboursement des sommes payées par lui en exécution de son cautionnement, et faisait valoir le privilège du vendeur de ce promoteur. Le tribunal l'a néanmoins débouté de cette prétention. Pour ce faire, le tribunal a constaté que les acheteurs avaient payé la totalité des sommes convenues pour l'achat de l'appartement. Ces paiements avaient donc libéré les acheteurs de leurs obligations à l'égard du vendeur et le privilège du vendeur impayé était donc éteint par ces paiements. Le banquier ne pouvait donc pas prétendre être subrogé dans ce droit à l'encontre des acheteurs¹⁴.

De même, si le débiteur de la dette faisant l'objet de la subrogation pouvait opposer à son créancier l'inopposabilité des conditions générales reprises en néerlandais au dos de la facture, il pourra se prévaloir de cette inopposabilité à l'encontre de l'affactureur/solvens, qui a été subrogé dans les droits du créancier¹⁵.

Dans une espèce, un garagiste était responsable du vol de la voiture d'un de ses clients. L'assureur du client avait remboursé à celui-ci la valeur

¹³ Cour d'appel, 29 janvier 1997, Bull. Dr. et Banque, 1998, n° 27, p. 73 et note J.J. ROMMES

¹⁴ Trib. Luxembourg, 25 avril 2008, n° 110408, BJJ, 2008, p. 111

¹⁵ Cour d'appel, 6 février 2002, n° 25422, BJJ, 2003, p. 7

de son véhicule. Par la suite le véhicule avait néanmoins été retrouvé en état de marche. L'assureur avait alors réclamé au garagiste (respectivement son assureur) la différence entre l'indemnité payée à son assuré et le prix auquel elle avait revendu le véhicule retrouvé. La Cour a débouté l'assureur de sa demande. Elle a d'abord rappelé que l'action que l'assureur exerce contre l'auteur du dommage est l'action en responsabilité qui appartenait à son assuré et qu'il a recueillie par le biais de la subrogation. Il en résulte que l'assureur subrogé ne saurait obtenir du responsable plus que ce que la victime du sinistre aurait pu réclamer à ce dernier. En l'espèce, étant donné que le véhicule volé a été retrouvé, le préjudice ne consiste plus en la perte du véhicule. La demande de l'assureur tendant au remboursement de la différence entre le montant payé à l'assuré au titre de la perte du véhicule et le prix de vente du véhicule retrouvé ne procède pas d'une subrogation dans les droits de son assurée, mais trouve son origine dans les clauses du contrat d'assurance qui prévoyait que si le véhicule volé n'est pas rentré en possession du preneur d'assurance dans les 30 jours à compter du jour de la déclaration du sinistre, l'indemnité correspondant à la valeur de remplacement est due à partir du 31^{ème} jour suivant la déclaration du sinistre et que la compagnie devenait propriétaire du véhicule à partir de cette date¹⁶.

519. Corrélativement, la créance va sortir du patrimoine du créancier, par l'effet du paiement reçu par lui du solvens. Le solvens deviendra donc le seul créancier du débiteur.

Il a ainsi été jugé que l'action subrogatoire du solvens/subrogé est une action personnelle en ce sens qu'il n'agit pas en qualité de représentant du subrogeant, mais qu'il exerce à titre personnel une action dont l'objet et la cause sont établis par le droit de la créance dont, par l'effet de la subrogation, il est devenu titulaire.

Il y a donc lieu d'opérer une distinction entre le caractère personnel de la qualité pour agir du subrogé et l'objet et la cause de son action, uniquement fondée sur la créance du subrogeant.

Il en résulte notamment qu'il ne saurait y avoir assimilation du subrogé et du solvens quant à la capacité de témoigner, les intérêts du subrogeant étant par ailleurs distincts de ceux du subrogé. Le subrogé peut donc témoigner dans le litige qui oppose le solvens et le débiteur, à propos de la créance qui a fait l'objet de la subrogation¹⁷.

¹⁶ Cour d'appel, 29 juillet 2011, n° 35648, BJJ, 2012, p. 96

¹⁷ Cour d'appel, 7 mars 2001, Pas., 32, p. 41 ; Trib. Luxembourg, 20 avril 2007, n° 106622, BJJ, 2007, p. 92

CHAPITRE V. L'IMPUTATION DES PAIEMENTS

520. Lorsque le débiteur fait un paiement, et que ce paiement ne suffit pas à éteindre l'intégralité de la (ou des) dette(s) que le débiteur a à l'égard du créancier, il va falloir déterminer quelle dette (ou partie de dette) est éteinte par ce paiement.

Les articles 1253 à 1256 du Code civil régissent les principes applicables en matière d'imputation de ces paiements. Imputer un paiement c'est donc déterminer à quelle dette ou partie de dette le paiement se rapporte.

En principe, l'imputation des paiements est laissée à la discrétion des parties qui peuvent décider dans leur convention l'ordre de cette imputation, ou prévoir que l'une ou l'autre des parties à l'acte peut décider de cette imputation.

Si la convention n'a rien prévu, le paiement va d'abord s'imputer sur les intérêts échus (article 1254 du Code civil).

Le débiteur d'une dette qui porte intérêts ou produit des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts. La Cour a ainsi décidé, dans une espèce où le client d'une banque contestait le montant de la dette qui lui était réclamée, qu'il ressortait de l'arrêté de compte des paiements produit par le client que les différents mouvements créditeurs qu'il reprenait se trouvaient tous imputés, à leurs dates respectives, sur les intérêts débiteurs produits par le compte. Dans la mesure où le débiteur d'une dette qui porte intérêts ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux intérêts et que le client ne fournissait pas la moindre preuve qui établissait que la banque avait été d'accord d'imputer le montant des mouvements créditeurs sur le débit en principal du compte susvisé, force était de constater que la banque était en droit d'imputer les différents paiements mentionnés à l'arrêté de compte, à la date où ils ont été effectués, sur les intérêts débiteurs dus et non pas sur le principal redû¹.

¹ Cour d'appel, 23 mai 2000, n° 24094

Sinon, le débiteur peut déclarer au moment de son paiement quelle est la dette en principe qu'il acquitte (article 1253 du Code civil). Ce choix peut d'ailleurs être implicite, à condition qu'il se déduise clairement des circonstances².

Si le débiteur n'a pas précisé sur quelle dette son paiement s'imputait, le créancier peut décider de l'ordre des imputations (article 1255 du Code civil).

521. Lorsque les parties n'ont pas convenu d'une imputation et que ni le débiteur ni le créancier n'ont apporté de précision à ce sujet au moment du paiement, l'article 1256 du Code civil prévoit un régime supplétif.

Le paiement va d'abord s'imputer sur les dettes échues, par préférence aux dettes non-échues. Le paiement doit ensuite s'imputer sur la dette que le débiteur a le plus intérêt à acquitter.

Il en va ainsi de la dette qui est la plus onéreuse pour le débiteur, par exemple car elle produit plus d'intérêts.

On considère également que l'intérêt du débiteur consiste à éteindre la dette garantie par un cautionnement. C'est en effet cette dette qui est la plus onéreuse pour le débiteur, puisqu'elle le soumet à un recours éventuel de la caution. En éteignant la dette cautionnée, le débiteur se voit libéré à l'égard de deux personnes, le créancier et la caution.

Le débiteur aura également plus intérêt à éteindre la dette garantie par une sûreté réelle³.

Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la dette la plus ancienne de par sa date. Sinon, elle se fait proportionnellement.

² Cour d'appel, 16 novembre 2005, n° 29560, BJJ, 2006, p. 151

³ Cour d'appel, 16 novembre 2005, n° 29560, BJJ, 2006, p. 151

CHAPITRE VI. L'EXÉCUTION FORCÉE DU PAIEMENT

522. En règle, le débiteur doit exécuter volontairement son obligation, dès que les conditions de son exigibilité sont réunies.

Le créancier va, de son côté, accepter ce paiement et libérer ainsi volontairement le débiteur de ses engagements.

Lorsque l'un ou l'autre n'honore pas ses engagements, l'autre partie pourra le forcer à s'exécuter.

Lorsque le débiteur n'exécute pas volontairement son obligation, le créancier va devoir l'y contraindre. Il doit au préalable le mettre en demeure de s'exécuter et, à défaut de réaction, obtenir un titre exécutoire qu'il va ensuite devoir mettre en œuvre de manière forcée.

Si, au contraire, c'est le débiteur qui veut payer sa dette, mais que c'est le créancier qui s'y refuse, le débiteur pourra mettre en œuvre la procédure d'offre suivie de consignation, et ainsi se libérer valablement de sa dette.

SECTION 1. L'EXÉCUTION FORCÉE CONTRE LE DÉBITEUR

523. En règle, le créancier qui entend obtenir le paiement de sa dette par le débiteur doit d'abord le mettre en demeure de s'exécuter (articles 1139, 1146 et 1230 du Code civil).

La mise en demeure est la sommation faite par le créancier au débiteur d'exécuter son obligation. Elle doit être faite par sommation d'huisier ou courrier recommandé, sauf si les parties en ont convenu autrement (article 1146-1 du Code civil).

La mise en demeure doit sommer le débiteur d'exécuter ses engagements restés en souffrance, par une sommation ou en tout acte équivalent. Elle est destinée à avertir le débiteur de la sanction qu'il encourt, s'il persiste à ne pas exécuter ses obligations échues.

La mise en demeure peut être remplacée, le cas échéant, par une assignation en justice, mais il faut alors que cette assignation tende aux mêmes fins, à savoir généralement au paiement de la dette échue restée impayée¹.

Lorsque le jour de l'exécution de l'obligation a été fixé de commun accord par les parties, ou que les parties ont convenu que l'une des parties était en droit de fixer ce jour et que le débiteur en a été averti préalablement, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour et le créancier sera dès lors dispensé de devoir le mettre en demeure par sommation passé cette échéance (article 1146 al. 2 du Code civil).

Le juge de paix de Luxembourg a justement détaillé ces principes dans une espèce dans laquelle un couple avait commandé des fenêtres auprès d'un professionnel. N'étant pas livré, il avait fait appel à un autre professionnel. Dans le litige qui s'en suivit, les acheteurs faisaient valoir qu'ils avaient, à différentes reprises, relancé leur cocontractant afin qu'il vienne d'urgence installer les cinq fenêtres mais que, confrontés au mutisme total de leur interlocuteur et pressés par l'obligation de quitter leur ancien appartement, ils avaient été contraints de s'adresser à une tierce entreprise afin que celle-ci livre et installe les cinq fenêtres. Pour le tribunal, il importait d'abord de savoir si le délai prévu pour cette livraison et le montage des fenêtres avait un caractère impératif ou facultatif. Lorsqu'un délai impératif a été fixé, l'acquéreur est dispensé de mettre le vendeur en demeure de livrer à la date convenue et peut faire déclarer la vente résolue du seul fait du défaut de délivrance de la chose à cette date, la simple échéance du terme valant mise en demeure. Par contre, en présence d'un délai purement indicatif, l'acquéreur ne peut ni demander la résolution de la vente, ni même réclamer des dommages et intérêts pour retard dans la livraison, s'il n'a pas mis au préalable le vendeur en demeure de s'exécuter. En raison de la sanction rigoureuse qui se trouve attachée au non-respect du délai de rigueur, des indications précises et formelles ne laissant aucun doute sur la volonté des parties, sont en principe exigées pour pouvoir retenir qu'un délai impératif a été institué entre les parties. Or il est admis qu'en l'absence d'indications précises dans le contrat ou les conditions générales de vente le juge tiendra compte, pour déterminer la nature de ce délai, de la nature de la chose vendue et de l'utilisation projetée de cette chose. Dans le doute, on doit présumer que les parties ont voulu conférer à la mention d'un délai de livraison une valeur indicative. En l'espèce, le tribunal a constaté que, dans son téléfax adressé à la suite de la tentative

¹ Cour d'appel, 19 octobre 2011, JTL, 2012, p. 114 ; BJL, 2012, p. 104

avortée de monter les fenêtres, les clients avaient indiqué : « nous comptons toujours sur toi pour les travaux, tu avais donné ton accord au mois de janvier et nous n'avons pas pris d'autres dispositions ». Le tribunal en a conclu que la date de livraison contractuelle n'était, dans l'esprit des parties, pas un délai de rigueur mais bien un terme facultatif. Les clients étaient donc obligés de mettre le vendeur en demeure de livrer la chose objet de la vente. Cette nécessité d'une mise en demeure s'explique par le souci de lever toute ambiguïté et d'éviter la prolongation de toute situation équivoque de la part de l'acheteur de son intention de voir la dette honorée après cette mise en demeure. Le vendeur doit s'exécuter, sa carence éventuelle consommant définitivement une contravention à son obligation. Le délai supplémentaire consenti dans la mise en demeure est un délai de rigueur, auquel il est dû respect absolu. La mise en demeure d'un débiteur peut résulter d'un acte équivalent à une sommation et spécialement d'une lettre recommandée dès lors qu'il en ressort une interpellation suffisante. Le tribunal considère également, contrairement au terme précis de l'article 1146-1 du Code civil, qu'une mise en demeure peut résulter d'un acte équivalent à une sommation et spécialement d'une lettre missive dès lors qu'il en ressort une interpellation suffisante. La mise en demeure n'exige aucune condition de forme spécifique : une simple lettre, un télégramme ou l'intention exprimée verbalement peut suffire. Ainsi, le fait d'avoir « insisté à plusieurs reprises » peut, selon les circonstances, valoir à titre de mise en demeure. En l'espèce, il n'était pas contesté que les acheteurs, après avoir essayé en vain de téléphoner au vendeur, lui ont adressé un téléfax dans lequel ils demandent de leur indiquer la date à laquelle les fenêtres pourraient être livrées et montées. Après avoir marqué dans ledit téléfax qu'ils n'allaient plus disposer de leur ancien appartement, car il serait reloué, ils avaient spécifié « nous sommes dans l'urgence ». Le tribunal a dès lors retenu que ce téléfax valait mise en demeure valable².

Dans une autre affaire, le client d'une banque contestait être débiteur du montant de la clause pénale, en faisant notamment valoir que son applicabilité était subordonnée à une mise en demeure préalable, mise en demeure qui avait été omise. La Cour a alors rappelé que la mise en demeure préalable ne constitue pas une condition d'application de la clause pénale dans le cas où le débiteur était tenu d'exécuter son obligation dans un certain temps qu'il avait laissé passer sans s'exécuter. Cette dispense de la mise en demeure était donnée en l'espèce, étant donné qu'il résultait de l'article 2 des conditions particulières de la convention

² JP Luxembourg, 21 décembre 2007, n° 4993/07, BJJ, 2008, p. 65

de crédit conclue entre parties que le client aurait dû, dans les 10 jours à compter du troisième rappel, payer les mensualités restées jusque là impayées et qu'il était établi que le client avait laissé passer le délai de 10 jours sans s'exécuter³.

524. Il existe certaines exceptions à cette obligation pour le créancier de mettre le débiteur en demeure.

Les parties peuvent d'abord avoir convenu que l'arrivée d'un terme ou d'un événement vaudra mise en demeure de payer du débiteur (article 1139 du Code civil).

Le créancier ne sera pas non plus obligé de mettre le débiteur en demeure de s'exécuter lorsque cette mise en demeure est inutile.

C'est d'abord le cas quand l'obligation inexécutée est une obligation de ne pas faire, dont la sanction est encourue par le seul fait de la contravention (article 1145 du Code civil).

De même, lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer, toute mise en demeure est devenue inutile (article 1146 al. 1 du Code civil).

Toute mise en demeure est encore inutile lorsque le débiteur a préalablement fait savoir qu'il refusait d'honorer ses engagements.

525. Certains textes de lois font également exception à cette obligation de mettre le débiteur en demeure.

C'est ainsi que la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard prévoit que les créances des transactions commerciales, dont la date de paiement n'est pas fixée dans le contrat, vont porter intérêts de plein droit trente jours après la date de réception par le débiteur, de la demande de paiement, ou si le débiteur reçoit la demande de paiement avant les marchandises ou les services, trente jours après la réception des marchandises ou la prestation du service⁴.

L'article 11 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière prévoit également qu'en cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie, le créancier gagiste peut réaliser le gage, sans mise en demeure préalable. Si le gage est constitué par des instruments financiers tenus auprès d'un tiers convenu, le créancier peut même se faire remettre ces instruments financiers sur simple déclaration de la survenance

³ Cour d'appel, 23 mai 2000, n° 24094

⁴ M. THEWES, « Les nouvelles règles en matière de délais de paiement », Ann. Dr. Lux, 2004, n° 14, p. 147 et s.

d'un fait entraînant l'exécution de la garantie et sans avoir à solliciter l'accord du constituant du gage ou à l'informer préalablement. Si le gage est constitué par une créance de somme d'argent due par un tiers, le créancier gagiste peut, dans les mêmes conditions, exiger de ce tiers le paiement entre ses mains à due concurrence de sa créance.

L'accipiens de mauvaise foi d'un paiement de l'indu doit également restituer la somme indument reçue dès qu'elle entre en sa possession, sans mise en demeure (article 1378 du Code civil) (voyez supra point 256).

526. Nulle ne pouvant se faire justice à lui-même, le créancier qui veut obtenir paiement de ce qui lui est du doit ensuite se faire délivrer un titre exécutoire, qui va reconnaître sa créance et ordonner au débiteur de s'exécuter⁵.

Les principaux titres exécutoires sont les jugements et arrêts prononcés par les juridictions luxembourgeoises (article 686 du Nouveau Code de Procédure Civile), les décisions des juridictions étrangères exequaturées (articles 678 et 679 du Nouveau Code de Procédure Civile), les décisions étrangères soumises à un acte communautaire prévoyant la suppression de l'exequatur (article 685-3 du Nouveau Code de Procédure Civile), les sentences arbitrales luxembourgeoises ou étrangères rendues exécutoires (articles 1241 et 1250 du Code civil), les actes notariés luxembourgeois (article 37 de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat) et les actes authentiques rendus par des officiers ministériels étrangers et exequaturés (articles 678 et 679 du Nouveau Code de Procédure Civile).

Des lois spéciales octroient également à des personnes publiques le droit d'émettre des titres exécutoires, leur permettant d'assurer le recouvrement de leur créance sans devoir au préalable passer par le juge. C'est ainsi qu'un agent de l'administration va pouvoir agir en recouvrement des créances de l'administration des contributions directes, des impositions communales, des droits d'accises, des droits d'enregistrements, de la TVA... sur base d'une contrainte décernée par le receveur et rendue exécutoire par le directeur des contributions, son délégué ou un autre fonctionnaire compétent (article 12 de la loi du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes, des droits d'accise sur l'eau-de-vie et des cotisations d'assurance sociale ; article 85 de la loi TVA, loi du 22

⁵ T. HOSCHEIT, « Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg », éd. Paul Bauler (2012), p. 647 et s., n° 1368 et s.

frimaire de l'an VII, articles 148 et s. de la loi communale du 13 décembre 1988)⁶.

Le titre exécutoire sera alors remis à un huissier de justice pour son exécution (article 13 de la loi du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice et article 692 du Nouveau Code de Procédure Civile).

527. L'exécution forcée d'une obligation s'exécute en principe en nature.

Le juge va donc ordonner au débiteur d'exécuter l'obligation qu'il a contractée, plutôt que d'octroyer des dommages et intérêts au créancier.

Ce principe s'impose aussi bien au débiteur qu'au créancier, et même au juge.

Ce principe connaît néanmoins des exceptions.

Il en va d'abord ainsi lorsque l'exécution en nature n'est plus matériellement ou juridiquement possible (par exemple en cas de disparition définitive de l'objet vendu).

L'exécution en nature pourrait également être refusée par le juge si, en l'exigeant, le créancier commet un abus de droit (voyez supra points 221 et s.).

Le créancier de l'obligation inexécutée pourra également refuser l'exécution en nature par le débiteur de son obligation, si cette offre n'est pas satisfaisante. Le créancier pourra, par exemple, refuser une telle exécution en nature s'il a légitimement perdu confiance dans la compétence de son cocontractant⁷.

Dans ces cas, le juge ordonnera au débiteur de s'exécuter par équivalent, en payant au créancier des dommages et intérêts.

Lorsque l'obligation inexécutée consiste dans le paiement d'une somme d'argent, l'huissier procédera à la saisie des biens du débiteur (article 13 de la loi du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice et article 692 du Nouveau Code de Procédure Civile).

En effet, tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (article 2093 du Code civil), ce qui permet en principe à ces créanciers de les faire vendre et de se faire payer leur créance sur le produit de cette vente.

⁶ Voyez J.P. WINANDY, « La contrainte administrative : une notion ancienne souvent méconnue », Ann. Dr. lux., 2007-2008, n° 17-18, p. 207 et s. ; A. STEICHEN, « Manuel de droit fiscal – droit fiscal général », T.I, éd. St Paul (2006), p.763 et s. n° 839 et s.

⁷ Cour d'appel, 12 mars 2003, n° 26828 ; Cour d'appel, 6 décembre 2000, n° 22819

Ce droit d'exécution du créancier connaît de nombreuses modalités et exceptions dont l'examen sort du cadre du droit des obligations⁸.

528. Lorsque l'obligation inexécutée est une obligation en nature de faire ou de ne pas faire, l'article 1142 du Code civil mentionne qu'elle ne peut se résoudre « *qu'en dommages et intérêts* ».

Une partie de la jurisprudence interprète largement ce texte de loi, et refuse donc au créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire de solliciter du juge l'exécution en nature de cette obligation.

Dans une espèce, un actionnaire avait voté lors d'une assemblée générale des actionnaires en violation d'une des clauses d'un pacte d'actionnaires. Un autre actionnaire, partie à ce pacte, avait alors agi en justice et demandé l'annulation de la résolution de l'assemblée votée en contradiction avec les accords. Le tribunal a refusé de faire droit à cette demande, en considérant que, en application du droit commun de l'article 1142 du Code civil, l'inexécution d'un pacte extrastatutaire se résout en dommages et intérêts et que, donc, la délibération de l'assemblée générale prise en violation du pacte d'actionnaire ne pouvait pas être annulée, mais seulement donner lieu à des dommages et intérêts⁹.

D'autres limitent, à juste titre selon nous, la portée de ce texte à l'adage « *nemo praecise cogi potest ad factum* », qui prohibe de contraindre physiquement le débiteur à faire -ou à ne pas faire- quelque chose de manière telle que cela porterait atteinte à la liberté individuelle du débiteur¹⁰. La jurisprudence précitée est ainsi contestée par une partie de la doctrine, qui considère qu'en cas de violation d'un pacte d'actionnaires il y a en principe lieu de recourir à l'exécution en nature du pacte chaque fois que cela est possible. L'exécution par équivalent, sous forme de dommages et intérêts, ne doit s'appliquer que dans l'hypothèse de l'accomplissement d'actes qui requiert l'intervention physique du débiteur défaillant¹¹.

Le créancier d'une obligation de faire inexécutée pourra toujours demander au juge d'ordonner au débiteur d'exécuter son engagement en nature,

⁸ Sur les principes et exceptions au droit d'exécution forcée du créancier voyez notamment T. HOSCHET, « La saisie-exécution », Ann. Dr. Lux., 2007-08, n° 17 et 18, p. 341 et s. ; G. LOESCH, F. KREMER, « Le banquier face à la saisie-arrêt civile de droit commun », In Droit Bancaire et Financier au Luxembourg, V.2, éd. Larcier - ALJB (2004), p. 701 et s.

⁹ Trib. Luxembourg, 5 mars 2009, n° 114096, 1184701

¹⁰ G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p. 401-402, n° 482 et p. 835-836, n° 1101 ; Cour d'appel, 11 janvier 1984, Pas., 26, p. 139

¹¹ A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. Saint Paul, p. 293-294, n° 321

sous peine de devoir payer une astreinte (article 2062 et s. du Code civil)¹².

Il peut également décider qu'à défaut pour le débiteur de passer l'acte convenu, le jugement tiendra lieu d'acte¹³. La Cour a ainsi confirmé un jugement du tribunal d'arrondissement, qui avait ordonné aux vendeurs d'un immeuble de comparaître devant notaire, afin de signer l'acte authentique de vente dans le mois de la signification de la décision, et avait ajouté qu'à défaut pour le vendeurs de passer un tel acte, le jugement tenait lieu d'acte authentique de vente¹⁴.

Dans certains cas, la loi prévoit même une procédure d'exécution forcée qui implique une contrainte sur la personne du débiteur, comme c'est par exemple le cas pour l'expulsion d'un locataire des lieux loués (article 3.3° du Nouveau Code de Procédure Civile et article 12 (3) de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail d'habitation)¹⁵.

L'obligation de dare peut également faire l'objet d'une exécution en nature, le juge ordonnant dans sa décision le transfert de la propriété contesté, qui pourra alors valablement faire l'objet des éventuelles formalités requises par la loi.

529. Les articles 1143 et 1144 du Code civil prévoient une faculté de remplacement, permettant au créancier d'une obligation inexécutée de demander au juge d'être autorisé à faire exécuter l'obligation par un tiers aux dépens du débiteur.

Pour que le créancier puisse se prévaloir d'une telle faculté, plusieurs conditions doivent être remplies.

En règle, le créancier doit d'abord mettre le débiteur défaillant en demeure de s'exécuter. Il doit ensuite assigner ce débiteur devant le tribunal et obtenir l'autorisation de procéder au remplacement. Le remplacement ne peut être mis en œuvre qu'après autorisation de justice, nul ne pouvant se faire justice à soi-même. Le juge saisi d'une telle demande apprécie l'opportunité de ce remplacement¹⁶.

¹² Voyez M. THEWES, « L'astreinte en droit luxembourgeois », Ann. Dr. Lux., 1999, n° 9, p. 119

¹³ G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p. 801, n° 1039.

¹⁴ Cour d'appel, 29 janvier 2003, DAOR, 2004, n° 69 p. 74 et note O. POELMANS

¹⁵ Voyez M. THEWES, « Le nouveau droit du bail », éd. ULC (2007), p. 101 et s., n° 228 et s. ; G. KRIEGER, « Le bail d'habitation », éd. Saint Paul (2009), p. 128, n° 156

¹⁶ Cour d'appel, 9 novembre 2005, n° 27581, BJL, 2006, p. 2 ; Cour d'appel, 21 février 2001, Pas., 32, p. 30 ; Trib. Luxembourg, 22 février 2011, n° 124485, BJL, 2011, p. 59 ; Trib. Luxembourg, 30 juin 2005, n° 90464, BJL, 2005, p. 165 ; JP Luxembourg, 21 décembre 2007, n° 4993/07, BJL, 2008, p. 65

Dans certaines hypothèses, le créancier victime de l'inexécution fautive de ses obligations par le débiteur pourra néanmoins faire usage de la faculté de remplacement sans passer par le juge.

Pour pouvoir agir de la sorte, le créancier de l'obligation inexécutée doit 1° avoir mis le débiteur défaillant en demeure de s'exécuter, 2° lui avoir laissé un délai raisonnable pour s'exécuter, 3° avoir procédé au remplacement dès l'expiration de ce délai, 4° avertir le débiteur défaillant de ce remplacement afin qu'il ne prenne plus de disposition pour exécuter le contrat. La jurisprudence accepte encore un allègement de ces conditions « en cas d'urgence ». Dans ce cas le créancier peut, sans délai, sans mise en demeure et de sa propre initiative, procéder au remplacement. Le créancier doit alors prendre toutes mesures utiles à la sauvegarde des droits de la défense du débiteur de manière à permettre un contrôle judiciaire efficace à posteriori¹⁷.

Le créancier peut alors valablement passer un nouveau contrat et agir en résolution avec dommages et intérêts après réfection des travaux, au risque cependant de se voir opposer le défaut de preuve des prétendus manquements et, le cas échéant, de se voir confronter, sur le tard, à une offre d'exécution.

530. Ces principes ont été appliqués par la jurisprudence. En matière de travaux de réparation de malfaçons, le maître de l'ouvrage, après expertise, fait souvent procéder aux travaux de réparation en l'absence d'autorisation, une régularisation judiciaire intervenant a posteriori, en tenant compte de l'attitude du débiteur et de l'urgence à procéder aux travaux.

Dans une espèce soumise à la Cour, le maître de l'ouvrage avait, en urgence, fait procéder par un tiers à la réparation des malfaçons dont il s'estimait victime. Mal lui en a pris. En effet, la Cour a d'abord constaté qu'il ne ressortait pas des pièces versées en cause que l'entrepreneur avait refusé de procéder à des travaux de réfection ou qu'il aurait fait preuve d'inaptitude dans la conduite des opérations de construction. D'un autre côté, d'après les pièces du dossier du maître de l'ouvrage, son besoin d'un nouveau logement ne devenait impérieux que quelques mois plus tard et non « incessamment ». Son motif d'agir consistait à rattraper quelque peu les retards déjà causés par l'entrepreneur, alors qu'en fait le chantier n'avait pas été retardé par les prétendues irrégularités. Dans ces conditions, le juge a considéré que le maître de l'ouvrage n'était pas dispensé

¹⁷ Cour d'appel, 9 novembre 2005, n° 27581, BJL, 2006, p. 2 ; Cour d'appel, 21 février 2001, Pas., 32, p. 30 ; Trib. Luxembourg, 22 février 2011, n° 124485, BJL, 2011, p. 59 ; Trib. Luxembourg, 30 juin 2005, n° 90464, BJL, 2005, p. 165

de l'obligation d'adresser à l'entrepreneur une mise en demeure de redresser les prétendues irrégularités de la cheminée en lui accordant un délai raisonnable pour ce faire. Au besoin, une expertise contradictoire aurait pu se faire en justice, en temps utile¹⁸.

Dans une autre affaire, la Cour a, par contre, considéré que le maître de l'ouvrage avait valablement fait usage de sa faculté de remplacement immédiate et de sa propre initiative. En l'espèce, les tuiles posées sur le toit par l'entrepreneur présentaient des écailllements et des cassures et menaçaient de tomber. Pour la Cour, ce seul risque de chute établissait à lui seul qu'il y avait urgence de procéder aux travaux de réparation. Elle a donc considéré que le maître de l'ouvrage avait valablement pu procéder au remplacement de l'entrepreneur pour procéder aux réparations et était en droit de réclamer à l'entrepreneur le montant que le nouvel entrepreneur lui réclamait du chef des travaux nécessaires à cette réparation¹⁹.

SECTION 2. L'EXÉCUTION FORCÉE CONTRE LE CRÉANCIER

531. Parfois, plus rarement sans doute, le débiteur va souhaiter honorer sa dette et va se voir opposer le refus du créancier, ou va se trouver dans l'impossibilité de s'exécuter en raison de l'absence du créancier. Le débiteur peut également vouloir payer son créancier mais ne pas être en mesure de le contacter (par exemple en cas de décès et de méconnaissance des héritiers).

Le débiteur va alors pouvoir mettre en œuvre la procédure des offres réelles suivies de la consignation visées aux articles 1257 à 1264 du Code civil et 949 à 955 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Lorsque le créancier refuse de recevoir le paiement, le débiteur peut lui faire offre réelle, et après refus du créancier de l'accepter, consigner la somme ou la chose offerte.

L'offre réelle suivie d'une consignation libère le débiteur, tient lieu à son égard de paiement et transfère la charge des risques de la chose au créancier (article 1257 du Code civil).

L'offre réelle de paiement va consister en la signification par un huissier au créancier, dans le lieu convenu pour le paiement ou au domicile du créancier, de recevoir le paiement immédiat et inconditionnel de la totalité de la dette (article 1258 du Code civil). L'huissier doit ainsi présenter au créancier l'objet de la dette, et par exemple se présenter auprès de lui

¹⁸ Cour d'appel, 9 novembre 2005, n° 27581, BJJ, 2006, p. 2.

¹⁹ Cour d'appel, 21 février 2001, Pas., 32, p. 30.

avec la somme nécessaire au paiement si l'obligation est une obligation pécuniaire.

Si l'objet de l'obligation est un corps certain qui doit être retiré par le créancier, l'huissier le sommera d'enlever la chose (article 1264 du Code civil).

Si le créancier accepte le paiement, la dette est éteinte.

Si le créancier refuse le paiement ou le retrait, ou que le paiement est impossible, l'huissier en dresse procès-verbal et le débiteur va consigner l'objet de son obligation.

Cette consignation doit être réalisée auprès de la Caisse de consignation (article 1 (2) de la loi du 29 avril 1999 sur les consignations auprès de l'Etat).

La Caisse de consignation doit ainsi prendre en consignation des sommes ou instruments financiers qui peuvent être inscrits en compte. Elle peut également prendre en consignation tous biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, mais moyennant acceptation préalable (article 3 de la loi du 29 avril 1999 sur les consignations auprès de l'Etat).

Si la Caisse de consignation refuse de prendre en consignation le bien meuble ou immeuble, le débiteur pourra obtenir du juge que le bien soit mis en dépôt auprès d'un tiers (article 1264 du Code civil)²⁰.

²⁰ Sur le caractère illégal du montant forfaitaire annuel à payer à la Caisse en cas de consignation, prévu par l'article 3 du Règlement Grand-Ducal du 4 février 2000 voyez Cour Admin., 1 juillet 2010, JTL, 2011, p. 138

TITRE 2

La novation

532. La novation est l'opération juridique par laquelle les parties conviennent d'éteindre une obligation en lui substituant une obligation nouvelle.
Elle est régie par les articles 1271 à 1281 du Code civil.

CHAPITRE I. LES CONDITIONS DE LA NOVATION

533. Pour qu'il y ait novation il faut d'abord que les parties soient liées par une obligation valable, qui va être éteinte par la novation.

Si l'obligation originaire est nulle, ou déjà éteinte pour une autre cause, la novation sera inefficace.

Il se peut néanmoins que l'opération de novation manifeste l'intention des parties de couvrir valablement le vice dont l'opération d'origine était affectée. L'opération de novation peut également exprimer une renonciation à se prévaloir de la prescription ou d'une autre cause d'extinction de l'obligation d'origine. Dans ce cas, l'opération d'origine comme la novation seront considérées comme étant valides.

534. La novation implique également qu'il y ait création d'une obligation nouvelle. Il faut que les parties décident de modifier un élément essentiel de l'obligation d'origine, de sorte que l'on puisse considérer être en présence d'une obligation différente de cette obligation d'origine.

La novation s'opère ainsi par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien débiteur, ou d'un nouveau créancier à l'ancien créancier (article 1271. 2° et 3° du Code civil), la simple indication faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place ou par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui, n'emportant pas novation (article 1277 du Code civil).

Dans une espèce, un contrat de vente d'un véhicule avait été conclu entre un garagiste et un acheteur. L'acheteur avait payé 2.000.000 LUF pour l'acquisition du véhicule qui ne lui avait pas été livré. Il réclamait le remboursement de ces 2.000.000 LUF. Le garagiste n'avait pas justifié avoir des liquidités suffisantes pour payer le remboursement des sommes reçues, ni disposer d'un crédit auprès d'un tiers, et avait donc été déclaré en faillite. Il avait attaqué cette décision en prétendant ne pas être débiteur de son cocontractant. Il faisait valoir qu'il n'avait été qu'intermédiaire entre son cocontractant et un tiers vendeur résidant en Allemagne, vendeur qui avait reçu une partie de l'acompte que l'acheteur avait versé. Le garagiste affirmait que l'acheteur, en l'obligeant à payer un acompte au ven-

deur allemand, lui avait substitué un nouveau débiteur pour la livraison du véhicule. La Cour a réfuté cet argument, en rappelant que la novation par changement de débiteur suppose l'existence d'un double accord, d'abord entre le nouveau débiteur et le créancier pour la création d'une obligation nouvelle, et ensuite entre le créancier et l'ancien débiteur pour l'extinction de l'obligation préexistante. Or, en l'espèce, le fait que le garagiste, après avoir reçu les 2.000.000 LUF, avait transmis une certaine somme de cet acompte à son propre vendeur, ne change rien aux relations entre parties. L'acheteur n'a jamais marqué son accord à renoncer à son vendeur originaire, en d'autres termes à libérer le garagiste de son obligation de livraison, et aucune novation par changement de débiteur n'était donc intervenue en l'espèce¹.

Il y a également novation si les parties conviennent de substituer une nouvelle obligation à l'obligation préexistante (article 1271.1° du Code civil). Il y a ainsi novation par changement d'objet lorsque le créancier accepte que le débiteur fournisse une autre prestation que celle convenue. Il y a novation par changement de cause, lorsque le fondement de l'engagement d'une partie est modifié (la caution devient codébitrice).

Par contre, le changement dans une modalité de l'engagement n'est généralement pas considéré comme emportant novation. Le fait pour une partie de payer sa dette en remettant un chèque à une autre partie ne constitue pas une novation et le rapport initial qui existe entre les deux parties subsiste.

535. Il faut enfin que toutes les parties aient la volonté de « nover », c'est-à-dire de remplacer l'obligation originaire par la nouvelle obligation, en éteignant corrélativement l'obligation d'origine (articles 1271 et 1277 du Code civil).

Cet animus novandi ne se présume pas et doit ressortir clairement de l'accord des parties (article 1273 du Code civil).

Dans une espèce, le destinataire d'une facture prétendait ne plus être tenu au paiement de celle-ci, en faisant valoir que ses engagements avaient été repris par une société avec l'accord implicite de son créancier. Dans le cadre du litige qui s'en suivit, le juge de paix a rappelé que la novation ne se présume pas et qu'il faut, pour qu'il y ait novation, que la volonté d'opérer une novation résulte clairement de l'acte. Si le débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers lui, il n'y a pas novation mais délégation, qui ne dégage pas le débiteur d'origine de sa dette. Il est

¹ Cour d'appel, 14 février 2001, n° 24615

sur ce point irrelevant de savoir si la reprise des engagements du débiteur par la société s'est faite avec la connaissance ou l'accord du créancier. Si le débiteur ne prouve pas que le créancier l'a expressément déchargé de ses engagements, il reste tenu envers le créancier, qu'il y ait reprise du fonds de commerce ou non, et que le créancier en ait eu connaissance ou non².

536. La délégation parfaite, ou novatoire, est en réalité une novation par changement de débiteur.

La délégation est l'opération juridique par laquelle un délégué s'oblige envers un délégataire, à la demande d'un déléguant. La délégation n'opère pas libération du débiteur originaire, et est donc un simple mécanisme de cession d'une dette à un débiteur supplémentaire (voyez supra point 380).

Mais lorsque le créancier accepte de libérer le débiteur d'origine de sa dette, il s'opère une novation par changement de débiteur. L'article 1275 du Code civil le précise d'ailleurs expressément lorsqu'il mentionne que « *la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation* ».

A contrario donc, il y a novation si le créancier a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. L'exigence d'une telle déclaration expresse de libération du créancier exprime d'ailleurs bien son intention de nover l'obligation, en modifiant la personne de son débiteur.

Cette volonté des parties de nover dans le cas d'une délégation parfaite peut également être déduite des effets qui découlent de la « délégation parfaite ».

Alors que, dans la délégation (imparfaite), le créancier délégataire qui accepte un autre débiteur conserve le bénéfice des autres garanties, gages et avals qui garantissaient antérieurement la créance³, tel n'est pas le cas en cas de délégation parfaite qui a pour conséquence la perte corrélative des sûretés qui garantissaient la dette du débiteur.

On doit donc également considérer que cette délégation parfaite/novation n'est pas un engagement indépendant et autonome pris par le nouveau débiteur, et qu'elle ne sera valable que si le créancier et le débiteur d'origine étaient liés par une obligation valable.

² J.P. Luxembourg, 1 juillet 1999, Codex, 2002/9, p. 276

³ Trib. Luxembourg, 14 mars 2002, n° 69695

CHAPITRE II. LES EFFETS DE LA NOVATION

537. Les effets principaux de la novation sont la création d'une obligation nouvelle, qui va lier pleinement les parties (ou le nouveau débiteur en cas de novation par changement de débiteur), et qui va corrélativement entraîner l'extinction de l'obligation d'origine dont le débiteur va être totalement libéré.

Ces deux opérations sont liées, de sorte que si l'obligation nouvelle n'est pas valable, l'obligation d'origine subsistera (ou renâtra).

Par l'effet extinctif de la novation, les privilèges, hypothèques et autres sûretés accessoires réelles et personnelles qui garantissaient la bonne exécution de l'obligation d'origine sont éteintes. Il ne pourrait en être autrement qu'en cas de convention contraire à convenir entre les parties à la novation et, le cas échéant, avec le tiers garant (articles 1278 à 1281 du Code civil). Les codébiteurs solidaires sont également libérés de leurs obligations envers le créancier (article 1281 du Code civil). Aucune des exceptions tenant à l'obligation d'origine ne pourra être opposée au créancier.

Lorsque la novation est opérée par changement de débiteur, l'ancien débiteur, bien que normalement libéré par la novation, restera néanmoins tenu envers le créancier si le nouveau débiteur était déjà en faillite ou en déconfiture au moment de la novation (article 1276 du Code civil).

Il en sera de même si les parties ont convenu que le débiteur est encore tenu envers le créancier (article 1276 du Code civil), mais on sera alors en présence d'une délégation (voyez supra point 391) et non pas d'une novation.

TITRE 3
**La remise de dettes
et les renonciations**

CHAPITRE I. LES RENONCIATIONS

538. La remise de dettes est une forme particulière de la renonciation abdicative à un droit.

Il y a renonciation abdicative lorsqu'une personne abandonne volontairement un droit qui lui appartient, ce qui entraîne l'extinction de ce droit. Une partie peut ainsi renoncer à un droit réel, comme à un droit de créance.

En vertu du principe de libre consentement, une partie peut se délier librement des engagements pris en sa faveur¹.

La renonciation peut être expresse mais également tacite. Elle ne peut dans ce cas résulter que d'un comportement qui témoigne indubitablement de l'intention de renoncer à ce droit et ne peut s'expliquer autrement.

Une renonciation implicite à un droit doit être interprétée restrictivement².

La renonciation étant un acte volontaire elle suppose, pour être valable, la connaissance de la prérogative abdicuée. Si une partie entend ainsi renoncer à se prévaloir d'un vice frappant un acte, cette renonciation implique que le titulaire d'un droit ait connaissance du vice dont l'acte est entaché et ait l'intention de le réparer³.

La renonciation est irrévocable et le renonçant ne pourra revenir sur son engagement une fois que celui-ci aura été extériorisé à l'attention de la, ou des, personne(s) concernée(s).

539. Il a ainsi été jugé que la juridiction arbitrale est volontaire et que les parties peuvent y renoncer en tout état de cause, par exemple en omettant d'invoquer une clause compromissoire. L'incompétence des tribunaux étatiques résultant d'une clause compromissoire est d'ordre privé et se trouve couverte si le déclinatoire n'a pas été soulevé in limine litis, avant toute défense au fond⁴. Il a été jugé que la volonté commune d'une renonciation

¹ Trib. Luxembourg, 31 mai 2005, Bull. AIDA, 2006, n° 9, p. 80

² Trib. Luxembourg, 6 mai 2008, n° 85798, BJJ, 2008, p. 105

³ Trib. Luxembourg, 31 mai 2005, Bull. AIDA, 2006, n° 9, p. 80

⁴ Cour d'appel, 16 mars 2011, n° 36336, BJJ, 2011, p. 29

à un arbitrage peut résulter, d'une part, du fait que le demandeur avait saisi le juge de paix siégeant en matière de bail à loyer, pour voir nommer un expert judiciaire et, d'autre part, du fait que le défendeur n'avait pas soulevé l'exception d'incompétence du tribunal saisi. L'expert judiciaire ayant établi un rapport conformément à la mission judiciaire lui impartie par le tribunal, il s'ensuivait que les parties ne pouvaient plus se prévaloir de la clause compromissoire et conclure à l'incompétence du juge de paix siégeant en matière de bail à loyer, pour se prononcer sur la validité du rapport d'expertise⁵.

Dans le cadre d'un contrat de mandat, le mandant peut dispenser expressément ou tacitement le mandataire de faire une reddition des comptes. Les juges peuvent déduire l'intention tacite du mandant des faits et circonstances de la cause et disposent en ce domaine d'un pouvoir souverain d'appréciation. Il a ainsi été jugé qu'il ne ressortait d'aucune pièce du dossier qu'une défunte mère ait dispensé sa fille de rendre compte de l'emploi des nombreux prélèvements et virements opérés. Même si la défunte avait cohabité pendant des années avec sa fille et avait matériellement la possibilité de prendre inspection de tous les relevés bancaires, ces faits n'établissent pas à suffisance de droit qu'il existait une dispense tacite de rendre compte⁶. Il a également été jugé que cette renonciation à la reddition des comptes était limitée quant à son objet réel. Elle dispense le mandataire de fournir les justificatifs détaillés de l'exécution de sa mission, le déchargeant, dès lors, de la première branche de son obligation : la remise d'un compte détaillé. Mais une renonciation implicite à un droit ne peut être présumée et doit être interprétée restrictivement. Elle ne permet ainsi pas de dispenser le mandataire de restituer les avoirs et sommes encaissés dans le cadre du mandat, seconde branche de l'obligation du mandataire⁷.

Il a aussi été décidé que c'était en vain qu'une salariée prétendait que son employeur aurait renoncé à appliquer la clause de mobilité horaire inscrite au contrat de travail, par le fait d'avoir accepté qu'elle travaille pendant l'horaire du matin depuis plusieurs années, dès lors que la renonciation ne se présume pas et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté expresse ou tacite de renoncer, ce que le salarié restait en défaut d'établir⁸.

La jurisprudence a également rappelé que l'article 2220 du Code civil interdit de renoncer d'avance à une prescription qui n'a pas encore com-

⁵ Trib. Luxembourg, 16 juin 2006, n° 101408, BJJ, 2007, p. 36

⁶ Cour d'appel, 26 mai 2004, n° 27512, BJJ, 2004, p. 199

⁷ Trib. Luxembourg, 6 mai 2008, n° 85798, BJJ, 2008, p. 105

⁸ Cour d'appel, 1 mars 2007, n° 31394, BJJ, 2009, p. 54

mençé à courir, mais que la renonciation à une prescription acquise est permise. La renonciation, qui ne se présume pas, peut être expresse ou tacite. La renonciation tacite à la prescription acquisitive résulte d'actes volontaires du possesseur, accomplis après l'écoulement du délai, qui impliquent sans équivoque son intention de ne pas invoquer le moyen tiré de la prescription. Dans une espèce, une partie s'était adressée au notaire afin d'acheter à l'autre la parcelle litigieuse pour la somme modique de 1.000 LUF. Cette vente avait été conseillée par le notaire qui reconnaissait qu'une erreur s'était glissée dans son acte de vente en ce sens que la parcelle n'avait pas été comprise dans la vente initiale du terrain. L'acte préparé par le notaire suite à cette offre était resté à l'état de simple projet. Le juge saisi du litigi a considéré qu'il ressortait de ces éléments que la partie n'avait pas renoncé à se prévaloir de la prescription qui courait, et avait continué à utiliser, comme par le passé, l'immeuble en question et à se considérer comme propriétaire. Il n'avait donc pas renoncé implicitement à la prescription acquisitive qui était en voie de s'accomplir⁹.

Dans une espèce, un créancier avait fait une déclaration de créance à la faillite, et avait ensuite entamé une action en revendication afin de récupérer la propriété du bien vendu, en application d'une clause de réserve de propriété. Le curateur prétendait que la déclaration de créance valait renonciation à l'action en revendication. Les juges ont alors analysé le libellé de la déclaration de créance, pour retenir que le revendiquant, tout en rappelant qu'il avait convenu une clause de réserve de propriété avec le failli et qu'il entendait s'en prévaloir, se déclarait, pour préserver ses droits, créancier du solde restant en souffrance au jour de la déclaration de créance. Une telle déclaration n'impliquait en aucune manière renonciation à l'exercice de l'action en revendication¹⁰.

Dans une autre affaire, un salarié engagé à l'essai avait été désigné comme membre patronal du comité mixte de l'entreprise. Il avait ensuite, avant la fin de la période d'essai, été licencié. Le salarié avait contesté ce licenciement en faisant valoir qu'en le désignant comme membre patronal du comité mixte, l'employeur avait renoncé à la clause d'essai. La Cour a rejeté cette prétention. Elle a, pour ce faire, précisé que la désignation d'un salarié engagé à l'essai comme membre patronal du comité mixte d'entreprise ne permet pas de déduire une renonciation à la clause d'essai. L'objet de la période d'essai est distinct de celui de la désignation et l'une n'exclut pas l'autre¹¹.

⁹ Cour d'appel, 12 décembre 2007, n° 31663, BJJ, 2008, p. 25

¹⁰ Cour d'appel, 8 novembre 2007, n° 31076, BJJ, 2008, p. 223

¹¹ Cour d'appel, 10 mai 2007, Pas., 33, p. 539

Dans une affaire, un assuré avait été victime d'un incendie. La compagnie d'assurance l'avait indemnisé. L'assuré n'avait pas reconstruit le bien, et la compagnie sollicitait le remboursement d'une partie de l'indemnité payée, en application des clauses du contrat d'assurance. L'assuré prétendait que l'assureur avait renoncé à se prévaloir de cette clause, en payant sans réserve l'indemnité à la suite du sinistre. Le tribunal a rejeté cet argument, en jugeant qu'on ne pouvait pas déduire du comportement de l'assureur que celui-ci avait entendu renoncer de manière certaine et non équivoque à invoquer la clause litigieuse¹².

Dans une autre espèce, un particulier avait fait réaliser des travaux dans son bâtiment par un entrepreneur. Une fois les travaux finis, il avait signé le procès-verbal de réception de ceux-ci et avait payé les travaux au professionnel. Des vices graves étaient ensuite apparus et le particulier avait assigné l'entrepreneur en responsabilité. L'entrepreneur faisait notamment valoir que, en réceptionnant et en payant les travaux, le maître de l'ouvrage avait renoncé à mettre sa responsabilité en cause. La Cour a rejeté cette exception, confirmant que ni la réception des travaux, ni le paiement par le maître de l'ouvrage du prix des travaux, ne supposent une renonciation de celui-ci au droit de demander la réparation des vices apparus par la suite¹³.

Dans une affaire, une dame âgée avait vendu un terrain à un couple. Au décès de cette dame, les héritiers avaient sollicité en justice la rescision de cette vente pour lésion. Les acheteurs s'opposaient à cette demande, en faisant notamment valoir que feu leur vendeuse avait renoncé à l'exercice de l'action en rescision pour lésion. Cette renonciation résultait de ce que l'héritier agissant avait reçu paiement d'une partie du prix de la vente pour le compte de la vendeuse. La Cour a rejeté cet argument en précisant qu'une renonciation ne se présume pas et que les acheteurs ne démontraient pas que, au moment où ces paiements avaient eu lieu, la vendeuse avait connaissance de l'existence d'une lésion¹⁴.

En droit des sociétés, la loi prévoit que les actionnaires d'une société anonyme ont un droit préférentiel de souscription lorsqu'une augmentation de capital est décidée, afin que l'importance du droit de vote de chacun ne soit pas réduite sans leur accord. L'assemblée générale des actionnaires peut décider de priver les actionnaires de ce droit de souscription préférentiel. Mais cette décision de l'assemblée doit être prise de manière éclairée

¹² Trib. Luxembourg, 31 mai 2005, Bull. AIDA, 2006, n° 9, p. 80.

¹³ Cour d'appel, 11 juillet 2001, Codex, 2002/1, p. 9

¹⁴ Cour d'appel, 19 juin 2001, Codex, 2001/9, p. 290

et après qu'un rapport détaillé et justifiant cette mesure ait été établi par le conseil d'administration ou le directoire de la société. La jurisprudence considère que l'établissement de ce rapport est impératif, mais que l'actionnaire peut y renoncer.

En l'absence d'un tel rapport, l'assemblée générale statuant à l'unanimité peut encore décider d'une telle renonciation. Mais une telle renonciation au droit de souscription préférentiel doit être claire et non équivoque et ne saurait être déduite du fait que le représentant des actionnaires minoritaires, arrivé à l'assemblée après que la décision d'augmenter le capital ait été prise, ait gardé le silence à propos de cette augmentation, pas plus qu'elle ne pourrait résulter d'agissements postérieurs à l'assemblée¹⁵.

¹⁵ Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800, Ann. Dr. Lux., 2011, n° 21, p. 262

CHAPITRE II. LA REMISE DE DETTE

540. La remise de dette est l'acte par lequel le créancier abandonne volontairement ses droits contre son débiteur, éteignant totalement ou partiellement la dette, sans avoir obtenu le paiement de ce qui lui était dû. Elle est régie par les articles 1285 à 1288 du Code civil.

Si on considère généralement que la remise de dette est conventionnelle et doit donc être acceptée par le débiteur, il nous semble qu'elle peut également valablement résulter d'un acte unilatéral, à l'instar de toute renonciation à un droit.

La remise de dette n'est, en elle-même, soumise à aucune règle de forme. A l'instar de toute renonciation, elle peut même être tacite à condition d'être certaine. La remise de dette est un acte juridique qui doit être prouvé en respectant la hiérarchie des preuves (articles 1341 et s. du Code civil).

Elle trouve sa source dans toute sorte d'institutions, que cela soit une libéralité, un testament, une transaction, ou même dans l'abandon d'une partie de sa créance par les créanciers dans le cadre du plan de réorganisation du débiteur en gestion contrôlée¹.

La loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement prévoit que le débiteur qui est admis à la procédure de rétablissement personnel verra toutes ses dettes effacées après que la liquidation de son patrimoine personnel ait été affectée au désintéressement de ses créanciers. La remise totale de dette est alors acquise, sauf retour à meilleure fortune du débiteur dans les 7 années qui suivent la décision du juge de paix.

541. La remise de dette libère le débiteur de son obligation envers le créancier, dans la mesure de la remise si celle-ci est partielle. Elle libère également les sûretés personnelles de leurs engagements (article 1287 al. 1 du Code civil)² et entraîne l'extinction des sûretés réelles attachées à l'obligation.

¹ Cour d'appel, 28 janvier 2009, DAOR, 2009, n° 90, p. 210 et note N. ANEN et O. POELMANS

² Cour d'appel, 27 octobre 1971, Pas. 22, p. 49

Les co-débiteurs solidaires ou in solidum sont également libérés de leurs engagements. On dit donc que la remise de dette est « réelle ». Par exception, si le créancier a réservé expressément ses droits à l'encontre des autres codébiteurs solidaires ceux-ci resteront tenus de l'obligation, sous déduction de la part contributoire du codébiteur libéré. La remise de dette est alors uniquement personnelle (article 1285 du Code civil).

Dans une espèce, une banque avait conclu une transaction avec un de ses codébiteurs solidaires, par laquelle elle déclarait le décharger de la condamnation intervenue à son encontre, sans aucune autre restriction. Dans la suite de l'acte, la banque avait néanmoins écrit qu'elle renonçait à exécuter la condamnation contre le « seul » débiteur et à toute action contre le « seul » débiteur. La Cour a déduit de ce libellé de la convention de transaction qu'il résultait de manière claire et non équivoque de la transaction que la banque avait limité sa remise de dette au seul codébiteur signataire de l'acte. Les autres codébiteurs restaient tenus de la dette, sous déduction de la part du codébiteur ayant bénéficié de la remise de dette³.

La remise de dette à un débiteur indivisible ne libère pas les autres débiteurs, qui ne seront néanmoins tenus que sous déduction de la part contributoire du codébiteur libéré.

La remise de dette faite à une caution ne libère ni le débiteur principal ni les autres cautions, sauf à imputer une éventuelle contrepartie sur le montant de la dette (articles 1287 al. 2 et 1288 du Code civil). Les autres cautions resteront tenues de la dette sous déduction de la part contributoire de la caution libérée.

³ Cour d'appel, 2 avril 2003, n° 24175

TITRE 4

La compensation¹

542. La compensation est le mode d'extinction des obligations qui résulte du fait que deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre. Il s'opère alors entre elles une compensation qui éteint les deux dettes à concurrence du montant de la créance la plus faible.

La compensation est régie par les articles 1289 à 1299 du Code civil).

La compensation peut être légale, conventionnelle ou judiciaire.

¹ G. MINNE, « Les règles de conflit de lois en matière de compensation dans le secteur financier », Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 47, p. 7

CHAPITRE I. LA COMPENSATION LÉGALE

SECTION 1. PRINCIPES

543. Pour qu'il y ait compensation légale, il faut d'abord que deux personnes soient personnellement, réciproquement et simultanément débitrices l'une de l'autre (article 1289 du Code civil) ¹.

Il faut encore que chacune des dettes réciproques porte sur une chose fongible (article 1291 du Code civil). Des choses sont fongibles lorsqu'elles ont la même valeur libératoire et peuvent être remplacées l'une par l'autre dans un paiement. Une compensation peut ainsi s'opérer entre deux dettes libellées en monnaies différentes ², mais pas entre une créance en numéraire et une obligation de faire ³.

Il ne peut y avoir de compensation entre les dettes qu'un successeur a à l'égard de la succession et les dettes de la succession à son égard. En effet, ces obligations font normalement l'objet d'un règlement par voie de compte en application de l'article 815-11 du Code civil. Il ne pourrait en être autrement que si le successeur opte pour le paiement immédiat de sa créance ⁴.

Les dettes doivent enfin être certaines, liquides et exigibles (article 1291 du Code civil).

Une dette est certaine lorsque son existence n'est pas sérieusement contestée. Il a été jugé qu'une créance n'était pas sérieusement contestée lorsque le créancier en a la preuve en main et peut en justifier promptement, la contestation dont elle faisait l'objet ayant pu être tranchée par le juge de première instance sans recourir à une quelconque mesure d'instruction. Dans ce cas, la compensation légale s'est valablement produite

¹ Pour la compensation entre la créance de la succursale d'une société et la dette de la société voyez Cour d'appel, 1 octobre 1963, Pas., 19, p. 209.

² Cour d'appel, 1 octobre 1963, Pas., 19, p. 209.

³ Cour d'appel, 11 janvier 1984, Pas., 26, p. 139.

⁴ Cour d'appel, 15 novembre 2007, Pas. 34, p. 61

quand même le jugement statuant sur les contestations n'était intervenu qu'après la faillite⁵.

Elle est liquide lorsque son montant est déterminé, ce qui n'est pas le cas pour la dette de dommages et intérêts dont le quantum doit encore être fixé par le juge, ou que lorsque l'établissement de ce montant nécessite une expertise. Il n'y a pas de dette liquide si son montant, ou une partie de son montant, n'est pas certain mais simplement probable⁶.

Une dette est exigible lorsqu'elle est due et n'est pas affectée d'un terme ou d'une condition suspensive, sauf lorsqu'il s'agit d'un terme de grâce qui ne fait pas obstacle à la compensation (article 1292 du Code civil) (supra point 298).

Dans une affaire, le client d'une banque était tombé en faillite. Il était titulaire de quatre comptes courants auprès de la banque. Au jour de la faillite, un de ces comptes était créateur et les trois autres étaient débiteurs. Le banquier prétendait compenser les soldes de ces différents comptes. La Cour a justement rejeté ses prétentions en relevant que ce n'est que par la clôture du compte courant que le client devient débiteur (ou créancier) du banquier, et cela en application de l'indivisibilité du compte courant. Avant cette clôture, chacun des soldes respectifs de chacun des comptes conserve sa nature propre. Le banquier n'était donc pas titulaire à l'encontre de son client d'une créance exigible au jour de la faillite, et ne pouvait donc pas invoquer la compensation légale⁷.

544. Il existe une exception notable à la nécessité de réunir toutes ces conditions pour pouvoir se prévaloir de la compensation : la connexité. En effet, lorsque les créances réciproques sont connexes, chacune des créances est par essence affectée à la garantie de l'autre et celles-ci vont donc pouvoir se compenser, même si une des créances n'est pas liquide ou exigible.

Deux créances sont connexes lorsqu'elles sont étroitement liées, que cela soit parce qu'elles résultent d'un même contrat ou que, résultant de contrats distincts, les parties les ont placées dans un rapport de dépendance réciproque.

⁵ Cour d'appel, 5 mai 2004, DAOR, 2005, n° 74, p. 126 et note A. DEOME et O. POELMANS ; Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 110543, BJJ, 2008, p.190 ; Trib. Luxembourg, 7 mars 2003, n° 77652

⁶ Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 110543, BJJ, 2008, p.190 ; Trib. Luxembourg, 7 mars 2003, n° 77652

⁷ Cour d'appel, 17 mars 1999, Pas., 31, p. 129 ; Bull. Dr et Banque, 2000, n° 30, p. 71 et note J.P. KILL.

La connexité peut être créée conventionnellement, à condition qu'elle ne soit pas créée ou reconnue artificiellement⁸.

Le tribunal a ainsi jugé que les dettes et créances sont compensables sur base de la connexité lorsque les deux dettes réciproques sont nées de la résolution du même contrat ou entre dettes trouvant leur cause dans un même contrat synallagmatique et cela même lorsque l'une des dettes n'est née qu'après la faillite⁹.

Il y a également connexité en cas d'interférence étroite et objective entre dettes réciproques résultant de différents comptes, lorsque les crédits inscrits dans un compte ont trouvé leurs reflets dans le débit d'un autre compte et que les remboursements ont été faits par virements du compte créditeur vers le compte débiteur¹⁰.

545. Lorsque les conditions précitées sont réunies, la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs. Les deux dettes s'éteignent réciproquement, à concurrence de la dette la plus faible (article 1290 du Code Civil)¹¹.

Cette compensation opère, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes (article 1293 du Code civil), et donc également si ces dettes n'ont aucun lien entre elles.

Il a été jugé que les primes d'un montant de 147.435,89 \$, dont le preneur d'assurance était redevable du chef des polices d'assurances pour l'année, avaient été compensées de plein droit avec les indemnités d'assurance de 837.970 \$ dues par la compagnie d'assurance à l'assuré, de sorte que la créance du preneur d'assurance se chiffrait au solde de 690.534,11 \$ à la date de l'information du décès de l'assuré. La compagnie d'assurance ne pouvait donc pas prétendre que les primes qui lui étaient dues n'avaient pas été payées de sorte qu'elle ne devait pas couvrir le sinistre¹².

En cas de cession de créance, le débiteur peut invoquer, à l'égard du cessionnaire, la compensation de la créance cédée avec une créance dont il disposait contre le cédant, si cette dernière créance est née avant le moment où la cession lui devient opposable et qu'elle devient exigible avant la créance cédée ou simultanément (article 1295 du Code civil).

⁸ Cour d'appel, 29 novembre 2000, n° 23760

⁹ Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 110543, BJJ, 2008, p.190 ; Trib. Luxembourg, 7 mars 2003, n° 77652

¹⁰ Cour d'appel, 29 novembre 2000, n° 23760

¹¹ Cour d'appel, 1 octobre 1963, Pas., 19, p. 209.

¹² Trib. Luxembourg, 27 juin 2008, n° 113347 et 114406, BJJ, 2008, p. 136

Le caractère automatique et de plein droit de la compensation a aussi pour conséquence que l'on considère que le mécanisme de la compensation joue un rôle de sûreté¹³.

SECTION 2. EXCEPTIONS

546. La compensation légale n'est néanmoins pas toujours possible, la loi prévoyant différentes exceptions à la possibilité pour les parties de compenser leurs dettes réciproques.

Il en va ainsi lorsqu'une des parties a, à l'égard de l'autre, une créance de restitution d'une chose, que cela soit car il est un propriétaire qui a été injustement dépouillé ou car il a remis cette chose à l'autre en dépôt ou en prêt à usage (article 1293 1° et 2° du Code civil).

Il en va également ainsi lorsqu'une des dettes est une dette alimentaire (article 1293.3° du Code civil). Il n'en ira autrement que si les deux dettes sont des dettes alimentaires, qui peuvent alors être compensées entre elles¹⁴.

Dans une espèce, le droit de visite et d'hébergement avait été accordé au père, et le tribunal avait partagé entre les parents la charge du transport de l'enfant et les frais de trajet entre le domicile du père et celui de la mère, et ce d'autant que la distance géographique qui séparait les domiciles des parties était considérable. Le père avait néanmoins assumé l'entièreté des frais de voyage pour l'enfant. La Cour a cependant jugé qu'une pension alimentaire ne pouvant être éteinte par compensation, le père ne pouvait pas déduire les frais de voyage qu'il devrait exposer à l'occasion de l'exercice du droit de visite et d'hébergement, de sa contribution aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant commun¹⁵.

De même, il a été jugé dans une autre espèce que le père ne pouvait pas compenser des contributions mensuelles dues pour l'entretien et l'éducation des trois enfants communs avec des frais exceptionnels d'installation d'un enfant à l'université, ces derniers frais n'étant pas une « dette alimentaire » dans la mesure où elle n'était pas périodique et ne se rapportait pas aux besoins alimentaires quotidiens des enfants communs. Le père ne pouvait

¹³ Voyez J. RAJMAKERS, « La compensation, une sûreté cachée », ACE, 2009, n° 9, p. 3 et s. ; P. HURT, « La compensation comme garantie d'une créance sur un débiteur en faillite », JTL, 2010, n° 7, p. 30

¹⁴ JP Luxembourg, 14 janvier 2010, rep. Fisc., n° 168/10 ; Cour d'appel, 6 avril 1993, Pas., 29, p. 238.

¹⁵ Cour d'appel, 4 juillet 2007, n° 31832, BJL, 2008, p. 43

pas plus prétendre à une compensation entre ces contributions mensuelles et la soulte de la somme due par la mère dans le cadre de la liquidation de la communauté après divorce¹⁶.

Un employeur ne peut pas non plus compenser la créance qu'il a contre un salarié avec la dette de salaire qu'il a à l'égard de ce salarié, sauf à respecter les strictes conditions prévues à l'article L.224-3 du Code du Travail. Sont ainsi seules permises les retenues faites par l'employeur sur les salaires du chef d'amendes encourues par le salarié en vertu de la loi, de son statut ou en vertu du règlement d'ordre intérieur ; du chef de réparation du dommage causé par la faute du salarié ; du chef de fournitures au salarié d'outils ou d'instruments nécessaires au travail et de l'entretien de ceux-ci ou de matières ou de matériaux nécessaires au travail et dont les salariés ont la charge selon l'usage admis ou aux termes de leur engagement, ou du chef d'avances faites en argent.

Dans une espèce, un employeur soutenait qu'il pouvait valablement retenir des sommes sur le salaire redû à son salarié, car ces sommes correspondaient au montant d'un prêt alloué par lui au salarié. La Cour a rejeté cet argument, en relevant que la retenue ainsi opérée par l'employeur trouvait sa cause dans un prêt qu'il avait consenti à son salarié, prêt qui n'est pas à qualifier « d'avance faite en argent » au sens du Code du Travail, qui ne vise que des avances sur la rémunération et non des sommes versées au salarié à un autre titre que le contrat de travail. La retenue de salaire litigieuse était illégale, en ce qu'elle ne rentrait dans aucune des hypothèses autorisées par le Code du Travail et le salarié avait donc droit à obtenir le paiement du salaire indûment retenu¹⁷.

Il ne peut en principe pas non plus y avoir de compensation entre les dettes de l'Etat et des collectivités et les créances fiscales ou les cotisations de sécurités sociales dues à l'Etat ou aux collectivités¹⁸.

Ce principe n'est cependant pas absolu et l'administration des impôts directs admet la possibilité d'une compensation au profit du contribuable, si sa dette n'est pas litigieuse ou si elle est constatée par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée. L'administration peut également librement se prévaloir de la compensation légale à son profit¹⁹.

¹⁶ JP Luxembourg, 14 janvier 2010, rep. Fisc., n° 168/10

¹⁷ Cour d'appel, 22 mai 2008, n° 32893, BJJ, 2008, p. 142

¹⁸ Trib. Diekirch, 20 mars 1934, Pas., 14, p. 94

¹⁹ Voyez A. STEICHEN, « Manuel de droit fiscal – droit fiscal général », T.I, éd. St Paul (2006), p.735 et s. n° 800 à 802

547. La compensation ne peut également pas porter atteinte aux droits acquis des tiers (article 1298 du Code civil).

Il ne peut donc pas y avoir de compensation d'une dette avec une créance qui a été préalablement cédée ou qui a été antérieurement payée avec subrogation par un tiers.

Une créance qui a fait l'objet d'une saisie-arrêt ne peut pas non plus être compensée avec une autre²⁰.

Lorsqu'une personne est en procédure d'insolvabilité (faillite, sursis, gestion assistée...) ou en liquidation, un de ses créanciers ne va pas non plus pouvoir compenser les dettes qu'il a à l'égard de ce débiteur insolvable avec les créances que ce créancier a contre ce débiteur insolvable. A défaut il serait favorisé par rapport aux autres créanciers et romprait l'égalité entre les créanciers²¹.

Une telle interdiction de compenser ne jouera néanmoins pas lorsqu'une banque est déclarée en sursis bancaire en application de l'article 60-2 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, ou en liquidation conformément à l'article 61 de cette loi. L'ouverture de la procédure de sursis de paiement ou de la procédure de liquidation n'affecte pas le droit d'un créancier d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance de la banque qui a la gestion de fonds de tiers, lorsque cette compensation est permise par la loi applicable à la créance de cet établissement (article 61-12 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier)²².

548. Il existe différentes hypothèses dans lesquelles le créancier d'un débiteur insolvable va néanmoins pouvoir faire jouer la compensation.

C'est d'abord le cas lorsque les conditions légales de la compensation étaient réunies avant la procédure d'insolvabilité.

Dans ce cas, la compensation a eu lieu de plein droit dès que les conditions prévues par la loi ont été remplies et les dettes réciproques ont donc été éteintes par compensation avant la naissance de l'insolvabilité. Il importe peu que ces conditions aient été réunies en période suspecte, la compensation légale opère de plein droit à l'insu des parties et n'est pas un acte du débiteur qui pourrait être annulé en application des articles 445 ou 446 du Code de commerce²³.

²⁰ G. LOESCH, F. KREMER, « Le banquier face à la saisie-arrêt civile de droit commun », In Droit Bancaire et Financier au Grand-Duché de Luxembourg, V.2, éd. ALJB-Larcier (2004), p. 701 et s. ;

²¹ Trib. Luxembourg, 27 juin 2008, n° 113347 et 114406, BJL, 2008, p. 136 ; Trib. Luxembourg, 15 février 2008, n° 110543, BJL, 2008, p. 190 ; Trib. Luxembourg, 7 mars 2003, n° 77652.

²² Trib. Luxembourg, 29 octobre 2008, DAOR, 2009, n° 90, p. 202

²³ Cour d'appel, 5 mai 2004, DAOR, 2005, n° 74, p. 126 et note A. DEOME et O. POEIMANS ; Cour d'appel, 11 juillet 1984, n° 7145

Pour qu'il en soit ainsi, il faut que les actes qui servent de base à la compensation soient eux-mêmes inattaquables. Est inopposable à la masse des créanciers la compensation légale qui résulterait d'une vente conclue en période suspecte et n'ayant d'autre but que d'éteindre la dette réciproque. Ainsi, si le fournisseur est le créancier du futur failli et s'il achète au futur failli, pendant la période suspecte et alors qu'il connaît son insolvabilité, il pourrait apparaître qu'il a simplement cherché à obtenir un paiement en créant une compensation légale artificielle. L'acte souscrit par les parties sera alors nul de plein droit, en vertu de l'article 445 du Code de commerce²⁴.

Une compensation peut également être opérée après la naissance de la procédure d'insolvabilité, lorsque les dettes réciproques sont connexes²⁵ (sur la notion voyez supra point 544).

Le tribunal a appliqué ces principes dans une espèce qui opposait le curateur d'une faillite au cocontractant du failli. Ce cocontractant prétendait obtenir une compensation entre ses dettes et ses créances à l'égard du failli. Le tribunal a d'abord rappelé qu'il est admis qu'à partir du jugement déclaratif de faillite, aucune compensation, ni légale, ni judiciaire, ni conventionnelle ne peut se produire même entre créances préexistantes, si elles ont manqué jusqu'à cette date d'une des trois qualités de liquidité, d'exigibilité et de fongibilité. La compensation légale ou conventionnelle restent par contre possibles en cas de faillite, si les deux dettes étaient certaines, liquides et exigibles avant le jugement déclaratif. En l'occurrence la créance du failli à l'égard de son cocontractant n'était ni certaine, ni liquide avant le jugement de faillite. Le curateur de la faillite avait d'ailleurs dû assigner le cocontractant en paiement des factures impayées, factures qui avaient fait l'objet de contestations sur lesquelles le tribunal avait statué et avait retenu une partie des contestations et liquidé le montant redû au failli. Il s'en déduisait qu'il ne saurait y avoir, entre les créances réciproques de l'espèce, ni compensation légale, ni compensation conventionnelle acquise avant faillite, à supposer même que les parties aient convenu d'une telle compensation. Pour le tribunal la compensation après faillite est interdite, sauf s'il s'agissait de créances découlant de contrats dans lesquels les obligations réciproques résultaient d'une même source indivisible. La compensation après faillite reste permise entre dettes réciproques dérivant d'une même cause. Seraient compensables comme connexes notamment deux dettes réciproques nées de la résolution du même contrat

²⁴ Cour d'appel, 25 mai 2011, Pas., 35, p. 642.

²⁵ Cour d'appel, 11 juillet 1984, n° 7145

ou entre dettes trouvant leur cause dans un même contrat synallagmatique et cela même lorsque l'une des dettes n'est née qu'après la faillite. En l'espèce, la créance du failli à l'égard de son cocontractant résultait de factures du chef de location de grues, nacelles, etc. et de mise à disposition de main-d'œuvre. La créance du cocontractant résultait de factures du chef de mise à disposition de déménageurs et de participation aux frais de fonctionnement (chauffage, électricité, photocopieuse, installation téléphonique, élimination de déchets). D'après le cocontractant, la connexité des créances réciproques résidait dans le fait que les factures respectives se rapporteraient à des chantiers communs sur lesquels les deux parties auraient été occupées de manière complémentaire. Le tribunal a cependant rejeté cette prétention, jugeant que cet état de choses ne se trouvait corroboré par aucun élément probant versé au dossier, ni même par le libellé des factures réciproques, celles du cocontractant et relatives à la mise à disposition de déménageurs ne portant aucune mention au sujet des chantiers concernés permettant un recoupement avec les chantiers concernés par les factures du failli. De plus, il n'y avait pas de connexité entre les frais de fonctionnement mis en compte par le cocontractant et les frais de location de matériel et de mise à disposition de main-d'œuvre du failli. La compensation a donc été refusée par le tribunal²⁶.

549. La compensation légale n'est pas d'ordre public et une partie peut renoncer à l'invoquer²⁷.

Cette renonciation peut être expresse ou tacite, à condition d'être certaine.

Elle peut ainsi être déduite du paiement fait par une partie qui a honoré librement sa dette sans invoquer la compensation (article 1299 du Code civil).

Lorsque le juge va ainsi constater que, au jour où les conditions de la compensation légale étaient réunies, une des parties a renoncé à faire jouer cette compensation, il déclarera que les créances réciproques n'ont jamais été éteintes par compensation.

Le fait pour une partie de ne pas procéder, dans la déclaration de créance qu'elle dépose à la faillite de l'autre partie, à la compensation entre sa créance et les dettes qu'elle a vis-à-vis du failli, vaut renonciation à cette compensation²⁸.

²⁶ Trib. Luxembourg, 7 mars 2003, n° 77652

²⁷ Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Dr. et Banque, 2000, n° 30, p. 71 et note J.P. KILL ; Pas., 31, p. 129

Cour d'appel, 1 octobre 1963, Pas., 19, p. 209

²⁸ Trib. Luxembourg, 8 mars 1996, Bull. Droit et Banque, 1999, n° 28, p. 50 note A. MAY

Il a aussi été décidé qu'en prévoyant une clause de compensation conventionnelle entre les différents comptes ouverts au nom d'une même personne, les parties avaient reconnu l'individualité et la spécificité des comptes et avaient donc exclu la possibilité de se prévaloir de la compensation légale²⁹.

Cette dernière décision ne nous paraît pas à l'abri de toute critique. Si les parties prévoient que les soldes des différents comptes peuvent se compenser, elles ont effectivement entendu exclure l'existence d'une unicité de compte. Elles ont reconnu l'individualité des différents comptes ouverts au nom du client. Mais le fait que les créances (résultant des soldes des comptes) soient bien distinctes l'une de l'autre ne fait pas obstacle à leur compensation légale. Si ces créances distinctes sont réciproques, certaines, liquides et exigibles et que ces conditions sont réunies avant la faillite, la compensation légale sort ses effets, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes (article 1293 du Code civil), et donc également si ces dettes n'ont aucun lien entre elles. On ne peut d'ailleurs raisonnablement pas, sans violer la foi due aux actes écrits (articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil), déduire d'une clause prévoyant que les soldes des comptes se compensent, que les parties ont entendu renoncer à la compensation légale entre ces soldes.

Une telle renonciation à la compensation ne peut néanmoins pas nuire aux tiers, qui peuvent considérer que, à leur égard, la compensation a eu lieu et que la renonciation n'aura d'effet qu'entre les parties. Il n'en ira autrement que si le débiteur qui a payé ignorait légitimement qu'il disposait d'une créance contre son créancier (article 1299 du Code civil).

²⁹ Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Dr. et Banque, 2000, n° 30, p. 71 et note J.P. KILL ; Pas., 31, p. 129

CHAPITRE II. LA COMPENSATION CONVENTIONNELLE ET LA COMPENSATION JUDICIAIRE

550. Lorsque deux personnes sont réciproquement créancière l'un de l'autre, sans que les conditions de la compensation légale soient réunies, elles peuvent valablement convenir d'éteindre leurs engagements par compensation. Un créancier peut ainsi accepter de compenser sa créance avec une créance non encore exigible ou non liquide de son cocontractant¹.

Le tribunal a eu à connaître d'une espèce dans laquelle une compensation conventionnelle tripartite était invoquée. En l'espèce, une société prestataire faisait valoir qu'elle avait réalisé des travaux de blindage pour une autre sur un chantier et avait émis à ce titre trois factures. Malgré divers rappels, la société n'a pas honoré cette créance et le prestataire avait donc assigné son client en paiement. Dans le cadre de ce litige, la société cliente prétendait que, en raison des difficultés financières notoires d'une troisième société, elles avaient toutes trois conclu un « accord de compensation tripartite » en vertu duquel les « parties étaient en relation de compte courant » et la société prestataire avait accepté de payer la dette de la troisième société en difficulté. Elle affirmait que sa dette à l'égard du prestataire avait été éteinte dans le cadre de cet accord de compensation tripartite, ce que le prestataire contestait. Le tribunal a constaté qu'il ressortait des pièces et explications fournies par les deux parties que la manière de procéder (réalisation d'un décompte à une date déterminée, inscription sur chacune des factures ou soldes de factures avec lesquelles elles sont compensées), comme le principe même d'une opération de « compensation tripartite », nécessitaient un accord spécial et distinct de chacune des parties impliquées afin de la réaliser. En effet, une compensation légale ne se concevant qu'entre deux parties ayant des créances réciproques, fongibles, exigibles et liquides, une « opération de compensation tripartite » est nécessairement conventionnelle. La compensation étant un double

¹ Cour d'appel, 16 octobre 1956, Pas., 17, p. 21.

payement abrégé, une telle « opération compensatoire à trois » n'est possible que si les trois parties en cause ont des créances à faire valoir, la première contre la deuxième, la deuxième contre la troisième et la troisième contre la première, les trois parties décidant alors qu'au lieu de faire tourner une somme donnée de la première à la deuxième, de la deuxième à la troisième et de la troisième à la première, elles décidaient de « compenser » ces créances respectives à concurrence de la plus faible, afin de limiter les besoins en liquidités et de faire disparaître intégralement l'une ou l'autre des trois créances en cause. Le tribunal a constaté que, pour les créances et dettes ultérieures, la preuve d'une telle convention, ou d'un tel lien entre les créances et les dettes, n'était pas rapporté. Or, il était nécessaire de connaître les relations de créance entre les trois parties afin de pouvoir procéder à une « compensation tripartite » entre elles. Il n'était, en effet, pas concevable d'effectuer une « opération de compensation tripartite » de manière générale, automatique et continue « en compte courant » et de permettre à l'une des trois parties de « compenser » sa créance envers l'un de ses partenaires avec sa dette envers l'autre, sans connaître et arrêter l'état d'endettement entre ces deux partenaires. La convention de compensation invoquée n'était donc pas établie².

551. Il est admis que la compensation conventionnelle reste possible en cas de faillite ou d'une autre procédure d'insolvabilité, si les deux dettes étaient certaines, liquides et exigibles avant le jugement déclaratif³ ou lorsque les dettes réciproques sont unies par un lien de connexité⁴.

On relèvera que la Cour a jugé à cet égard que lorsque le créancier ne pouvait pas se prévaloir de la compensation légale, mais usait d'une compensation conventionnelle, et que cette compensation ne s'opérait pas automatiquement mais que le créancier devait manifester son intention d'user de l'option qui lui était consentie, la compensation entre différents comptes opérée après la survenance de la faillite tombe sous l'application de l'article 445 du Code de commerce⁵.

Une compensation va également pouvoir être opérée malgré le fait qu'une des parties est en insolvabilité, lorsque le contrat conclu entre le débiteur et le créancier comprend une clause de compensation conventionnelle et que les actifs concernés par la convention sont des créances ou des

² Trib. Luxembourg, 13 décembre 2007, n° 106542, BJJ, 2008, p. 184

³ Trib. Luxembourg, 27 juin 2008, n° 113347 et 114406, BJJ, 2008, p. 136 ; Trib. Luxembourg, 7 mars 2003, n° 77652.

⁴ Cour d'appel, 29 novembre 2000, n° 23760

⁵ Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Dr. et Banque, 2000, n° 30, p. 71 et note J.P. KILL ; Pas., 31, p. 129

instruments financiers. Ces clauses sont valables et opposables aux tiers, aux curateurs et aux autres organes similaires, et produisent effet nonobstant l'engagement ou la poursuite d'une mesure d'assainissement ou d'une procédure de liquidation, indépendamment du moment où ces clauses ont été convenues ou exécutées et nonobstant toute saisie civile, pénale ou judiciaire ou confiscation pénale ainsi que toute cession ou autre aliénation alléguée des droits concernés ou concernant lesdits droits (article 19 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière).

Les conventions de netting permettent également aux parties de se prévaloir de la compensation, nonobstant le fait qu'une des parties est en insolvabilité. Une convention de netting est une convention, ou un règlement conventionnel, auxquels adhèrent des opérateurs et qui ont pour objet de d'assurer le règlement de dettes et de créances résultant de transactions réalisées par ces opérateurs sur des instruments financiers. Les compensations réalisées en exécution de ces conventions de netting sont valables, quelles que soient les dates d'exigibilité, leurs objets ou les monnaies dans lesquelles elles sont libellées, à condition qu'elles résultent d'opérations qui font l'objet de la convention de netting (article 18 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière).

552. Deux types de clauses, qui sont généralement reprises dans les conditions générales des banques, mettent en oeuvre le mécanisme de compensation conventionnelle.

Lorsque le banquier ouvre plusieurs comptes à son client, chaque compte a en principe une existence propre et indépendante⁶. Il s'agit cependant d'une présomption qui peut être renversée et notamment par le comportement ou la volonté des parties.

Les parties peuvent d'abord décider qu'il n'existe entre elles qu'un seul compte courant unique. Les différents comptes ouverts ne sont alors que des sous-comptes de ce compte unique.

Les parties conviennent ainsi d'une convention d'unicité de compte. Il s'agit d'une formule de centralisation d'articles, d'écritures se rapportant à des opérations diverses, qui met en oeuvre l'idée d'une connexité et celle-ci, en établissant un lien étroit entre certaines créances et certaines dettes, entraîne la compensation automatique. La légalité de pareille clause est admise. Vu le caractère consensuel de cette convention, les parties peuvent s'engager comme bon leur semble et donc aménager librement le champ d'application de leur convention d'unicité de comptes, les stipulations les

⁶ Cour d'appel, 2 février 2005, n° 27943, BJJ, 2006, p. 161.

plus diverses étant concevables et admises, même si les différents comptes sont soumis à des régimes particuliers, si leur nature est différente (ex.: compte courant et compte de dépôt ou comptes en devises différentes) ou s'ils sont soumis à des modalités spécifiques de fonctionnement (ex.: calcul des intérêts) et même s'ils font l'objet de conventions isolées de garanties (ex.: sûretés).

La conséquence essentielle d'une clause d'unicité de compte est que le solde à prendre en considération à chaque instant sera la somme algébrique de divers comptes fusionnés. Cette automaticité est l'élément caractéristique de la convention d'unicité de compte. Les clauses d'unicité de compte peuvent valablement stipuler que les garanties liées à une opération, ou un compte particulier, couvriront l'ensemble du solde global. La clause d'unicité de compte fait présumer que les différents comptes bancaires, ouverts à une même personne, ne sont que des rubriques d'un compte courant unique. La présomption est cependant simple. Pour qu'une clause d'unicité de compte soit valable et opposable aux tiers, il faut cependant que la volonté commune des parties de s'engager dans une convention qui doit présenter les caractères d'un compte courant soit indiscutable. Il n'y a en effet pas d'unité de comptes sans que le comportement des parties, ou les stipulations particulières qu'elles ont souscrites, soient en harmonie avec leur intention affirmée. En d'autres termes, le banquier et son client doivent respecter la logique de leur accord⁷.

Le banquier qui déclare au passif de la faillite de son client les découverts des différents comptes ouverts au nom de son client et non un seul solde débiteur d'un seul compte unique, ne respecte pas la logique de l'unicité de compte et ne peut donc pas se prévaloir de l'unicité des comptes⁸.

De même, lorsque l'établissement d'une solde unique pour les comptes courants, compte visa et compte crédit personnel, n'a été opéré que plusieurs jours après la faillite du client, et que la banque ne s'est pas prévaluée de l'unicité de compte pendant plusieurs mois, a toujours établi des extraits séparés pour les trois comptes et a prévu une date de clôture différente pour le compte visa, il a été jugé que la banque avait renoncé à se prévaloir de la convention d'unicité de compte⁹.

⁷ Cour d'appel, 2 février 2005, n° 27943, BJJ, 2006, p. 161 ; Cour d'appel, 29 novembre 2000, n° 23760 ; Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Droit et Banque, 2000, n° 30, p. 71 et note J.P. KILL ; Pas. 31, p. 129 ; J.P. Luxembourg, 12 juillet 2000, n° 3330/2000

⁸ Cour d'appel, 2 février 2005, n° 27943, BJJ, 2006, p. 161 ; Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Droit et Banque, 2000, n° 30, p. 71 et note J.P. KILL ; Pas. 31, p. 129

⁹ J.P. Luxembourg, 12 juillet 2000, n° 3330/2000

Lorsque l'application de l'unicité de compte aboutirait au résultat que, nonobstant le terme convenu, il y aurait –au cas où le crédit d'un compte serait supérieur au débit d'un autre compte – remboursement immédiat d'un crédit d'équipement, le banquier ne peut pas prétendre que l'unicité de compte concerne le compte particulier dans lequel le crédit d'équipement est logé¹⁰.

La clause d'unicité de compte est opposable aux tiers et notamment au curateur/liquidateur ou aux autres créanciers en cas de procédure d'insolvabilité du débiteur ou en cas de saisie du compte du client par un créancier. La jurisprudence l'admet depuis longtemps, et l'article 19 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière l'a confirmé depuis.

Il en ira autrement si le fait de placer les relations contractuelles des parties dans ce lien d'unicité procède d'un montage frauduleux, notamment pour favoriser artificiellement le banquier en cas de cessation de paiement du client¹¹.

553. Les parties peuvent convenir que les différents comptes du client restent distincts, mais qu'une fois clôturés, les soldes de ces comptes se compensent. Nous sommes en présence d'une clause de compensation de compte.

La clause de compensation de compte est une convention par laquelle les parties conviennent que les soldes des différents comptes distincts ouverts au nom du client pourront être compensés.

Il s'agit en fait d'une clause de compensation conventionnelle.

Le fait que cette clause de compensation soit précédée d'une clause d'unicité de compte, et que ces clauses sont antinomiques, n'empêche pas la banque de se prévaloir, à titre alternatif, soit de l'une, soit de l'autre¹².

La légalité de cette clause est reconnue et la décision du banquier de procéder à la compensation sera alors opposable à tous et notamment au curateur du débiteur en faillite ou un créancier du client qui procéderait à une saisie-arrêt (article 19 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière).

554. Lorsque, dans un litige soumis au juge, le défendeur fait valoir qu'il dispose également d'une créance contre le demandeur, le juge peut,

¹⁰ Cour d'appel, 29 novembre 2000, n° 23760

¹¹ Cour d'appel, 2 février 2005, n° 27943, BJJ, 2006, p. 161 ; Cour d'appel, 29 novembre 2000, n° 23760 ; Cour d'appel, 17 mars 1999, Bull. Droit et Banque, 2000, n° 30, p. 71 et note J.P. KILL ; Pas. 31, p. 129 ; J.P. Luxembourg, 12 juillet 2000, n° 3330/2000

¹² Cour d'appel, 2 février 2005, n° 27943, BJJ, 2006, p. 161.

par son jugement, remplir les conditions de la compensation légale qui n'étaient pas remplies avant la décision.

La compensation est alors judiciaire et sera donc prononcée par le juge.

En présence d'une dette non liquide, le juge peut ainsi, s'il constate que celle-ci peut être rapidement et aisément liquidée, surseoir momentanément à statuer en attendant sa liquidation et la possibilité de procéder à la compensation¹³.

Le juge ne va néanmoins pas pouvoir forcer une compensation en dehors des conditions prévues par la loi pour la compensation légale¹⁴.

¹³ Cour d'appel, 29 janvier 1980, Pas. 25, p. 17.

¹⁴ Cour d'appel, 22 mai 2008, n° 32893, BII, 2008, p. 142

TITRE 5

La confusion

555. Lorsque les qualités de créancier et de débiteur d'une obligation se trouvent réunies sur la tête de la même personne, il y a confusion de droit qui éteint l'obligation, nul ne pouvant être son propre débiteur.

La confusion est régie par les articles 1300 et 1301 du Code civil.

Pour que l'on soit en présence d'une confusion il faut que les qualités de créancier et de débiteur soient réunies dans le chef de la même personne agissant en même qualité. Il faut également que la créance et la dette soient la même.

Une telle confusion peut trouver sa source dans différentes institutions juridiques. Il peut y avoir confusion par héritage, ou lorsque le locataire achète l'immeuble loué, ou en cas de fusion par absorption d'une société commerciale par une autre.

La confusion est une cause d'extinction d'une obligation, et sa survenance va donc éteindre l'obligation concernée¹.

Les sûretés qui garantissent la dette vont également être éteintes à la suite de la confusion (article 1301 du Code civil).

Dans certains cas, la confusion ne va néanmoins pas éteindre complètement la dette.

C'est ainsi que lorsque l'obligation dont confusion incombait à plusieurs débiteurs solidaires, elle libère le débiteur sur la tête duquel elle se réalise, mais ne libère par les autres codébiteurs solidaires qui vont devoir payer au créancier leur part contributive (sous déduction de la part de la dette du débiteur libéré donc - article 1301 du Code civil).

De plus, lorsque la créance est représentée par un titre et que le débiteur acquiert ce titre, il ne se fait pas de confusion de plein droit. Il est loisible au débiteur de conserver le titre jusqu'à l'échéance finale ou jusqu'à ce qu'il décide soit d'éteindre la créance par confusion, soit d'aliéner le titre. Pendant que le débiteur possède le titre, tous les droits afférents au titre sont suspendus (article 1300 (2) du Code civil).

556. Des textes de loi spéciaux organisent des formes particulières de confusion.

C'est ainsi qu'un usufruit, un droit d'usage ou un droit d'habitation s'éteignent par la réunion sur la tête de son titulaire de la qualité de propriétaire (articles 617 et 625 du Code civil).

¹ Cour d'appel, 16 juillet 1935, Pas. 13, p. 526

Il a été jugé que pour que le droit d'habitation s'éteigne par confusion, il faut que la réunion des deux qualités porte sur la même chose. Il n'en est pas ainsi lorsque le titulaire du droit est nu-proprétaire d'une part indivise d'une maison et bénéficiaire d'un droit d'habitation grevant des pièces déterminées du même immeuble².

Les articles 49-2 à 49-5 et 49-8 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoient également le régime juridique applicable au rachat par une société anonyme de ses propres actions.

Sans entrer dans le détail de cette législation complexe, on retiendra qu'une société anonyme peut, sous certaines conditions, racheter ses propres actions. La société va alors cumuler les qualités de société et d'actionnaire de la société, créant ainsi une confusion.

Les actions ainsi acquises ne sont pas pour autant annulées mais les droits extrapatrimoniaux qui y sont liés vont être suspendus, les actions détenues par la société ne voteront pas aux assemblées et seront ignorées pour le calcul des quorums et des majorités.

Les droits patrimoniaux liés à ces actions seront également suspendus pendant tout le temps de la détention par la société de ses actions, l'organe de gestion pouvant décider d'annuler le droit au dividende des actions détenues ou suspendre ce droit et laisser le coupon attaché au titre, afin de permettre à un futur acheteur de les exercer.

La société devra également maintenir une réserve indisponible à hauteur du coût d'achat des actions pendant tout le temps de la détention de ses propres actions³.

² Cass, 20 novembre 2003, Pas., 32, p. 438.

³ A. STEICHEN, « Précis de droit des sociétés », 3^{ème} éd. (2011), éd. St Paul, 2011, p.687 et s., n° 792 à 797 ; J.P. WINANDY, « Manuel du droit des sociétés », 2^{ème} éd. (2011), éd. Legitec, p. 487 à 490.

TITRE 6

La prescription extinctive

557. Le champ d'application de la matière de la prescription est vaste, et nombre de textes de lois particuliers prévoient et/ou organisent des prescriptions libératoires.

Nous limiterons notre analyse au régime général de droit commun de la prescription extinctive en matière civile et commerciale.

Nous nous pencherons également sur la prescription des dettes périodiques visées par l'article 2277 du Code civil et sur les présomptions de paiement prévues par les articles 2272 et 2274 du Code civil.

CHAPITRE I. PRINCIPES

558. La prescription extinctive est le mode d'extinction d'un droit réel ou d'un droit de créance qui résulte de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps.

La prescription extinctive joue pour tous les droits patrimoniaux, qu'ils soient réels, de créance, ou même les droits intellectuels. Seul le droit réel de propriété ne s'éteint pas par prescription extinctive.

La prescription extinctive ne va pas non plus provoquer l'extinction des droits qui sont hors commerce (article 2226 du Code civil), tels le droit au nom ou l'action en nullité d'un mariage pour bigamie.

La loi applicable à la prescription est la loi de la créance dont l'extinction est invoquée, et cela même si la prescription d'une créance étrangère est invoquée devant le juge luxembourgeois. Dans une espèce, les défendeurs faisaient valoir que la prescription commerciale de l'article 189 du Code de commerce était une « loi de police » que le juge luxembourgeois devait appliquer lorsqu'il était saisi du litige. Elles soutenaient qu'en raison des liens étroits qui unissent l'article 189 du code de commerce avec les articles 16, alinéa 2 et 10 du Code de commerce et le droit comptable luxembourgeois, cette disposition constituait une loi d'application immédiate, faisant obstacle au conflit des lois et donc à l'éventuelle mise en œuvre d'une loi étrangère. La Cour a confirmé que les dispositions du livre II du Code de commerce réglementant les obligations des commerçants de tenir des livres de commerce et imposant un délai de conservation de dix ans de certains documents et informations, sont d'application territoriale et sont considérées comme des règles de police. Mais la libération, après dix ans, de cette obligation de conservation des documents comptables ne participe plus de la règle de police. La prescription décennale de l'article 189 du Code de commerce déroge en matière commerciale à la prescription de droit commun fixée à trente ans par l'article 2262 du Code civil. Mais en l'absence de disposition spécifique lui consacrée par le code de commerce, sa mise en œuvre doit être appréciée suivant les règles établies en matière de prescription de droit commun par les dispositions des

articles 2219 et suivants du Code civil. Or, d'après l'article 2220 du code civil, on peut renoncer à la prescription acquise et l'article 2223 du Code civil interdit au juge de suppléer d'office le moyen de la prescription. Ces dispositions ne sont pas compatibles avec un caractère de loi de police attribué à l'article 189 du Code de commerce¹.

559. Le délai de la prescription extinctive va, en règle, commencer à courir à partir du jour où l'action en justice pour reconnaître ce droit est née. L'action naît en principe le jour où l'obligation est devenue exigible et doit être exécutée par le débiteur².

Une obligation contractuelle doit s'exécuter au jour de l'entrée en vigueur du contrat. Si l'exécution du contrat est suspendue par un terme ou une condition, la prescription ne commencera à courir qu'au jour de la réalisation de l'événement (article 2257 du Code civil).

Le délai de prescription de l'action en responsabilité contractuelle commence à courir du jour où l'obligation inexécutée peut être mise à exécution par une action en justice. Le délai de prescription de l'action en responsabilité quasi-délictuelle commence à courir à partir de la date de naissance du dommage, ou plus précisément de sa révélation à la victime³.

Il a ainsi été jugé que le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contre le banquier pour avoir fautivement clôturé le compte et ne pas avoir informé les titulaires du compte de cette clôture, est le jour où le compte a été clôturé⁴.

Le point de départ de la prescription de l'action en restitution des avoirs déposés par le client sur son compte en banque est également le jour où le compte a été clôturé⁵.

La prescription de l'action en responsabilité contractuelle contre le banquier pour violation par celui-ci de son secret professionnel, est la date à laquelle le client s'est fait adresser un avis d'imposition/redressement et d'amendes en raisons d'avoirs à l'étranger. En effet, c'est au plus tôt à cette date que le client a été informé que des données relativement à son

¹ Cour d'appel, 13 octobre 2010, n° 32035, Pas., 35, p. 270 ; JTL, 2012, p. 54 ; BJJ, 2011, p. 38

² Trib. Luxembourg, 29 octobre 2010, n° 103438 ; Trib. Luxembourg, 16 octobre 2007, n° 106221, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 283 ; Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 64778 et 67313, BJJ, 2005, p. 195

³ G. RAWARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques », 2^{ème} éd., Pasicrisie, 2006, p.914-915, n° 1237

⁴ Cour d'appel, 29 avril 2009, Pas., 34, p. 468 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 23 qui confirme Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 64778 et 67313, BJJ, 2005, p. 195

⁵ Trib. Luxembourg, 22 mars 2009, JTL, 2009, p. 152

compte luxembourgeois avaient été divulguées aux autorités fiscales et que le dommage s'est produit⁶.

La prescription de l'action en remboursement d'un crédit bancaire commence à courir à partir du le jour où l'obligation peut être mise à exécution par une action en justice, respectivement à la date de la dénonciation du prêt litigieux⁷.

L'action de la victime d'un accident contre le tiers responsable prend naissance le jour de l'accident et la prescription de cette action commence à courir à partir de cette date⁸.

560. Il revient au débiteur qui se prétend libéré de son obligation par la prescription de prouver que celle-ci est acquise, et donc également de prouver son point de départ et qu'elle a commencé à courir (article 1315 al. 2 du Code civil). Le point de départ du délai de prescription est un fait juridique qui peut être prouvé librement.

Néanmoins, en ce qui concerne la prescription commerciale visée à l'article 189 du Code de commerce, la réduction du délai de prescription à 10 ans pour les obligations nées du commerce des commerçants est le corolaire de l'article 16 du Code de commerce, qui limite le délai de conservation des livres de commerce à 10 ans. On ne peut donc pas exiger du commerçant de conserver ses archives au-delà de ce délai de 10 ans, rien que pour pouvoir invoquer la prescription. La preuve de la prescription à rapporter par le commerçant est donc allégée. La Cour a ainsi autorisé une banque à prouver qu'elle avait clôturé le compte de son client non-commerçant, 16 années auparavant, à l'aide de ses propres livres de commerce en considérant que, dans le cas d'espèce, il n'y avait aucun élément pouvant jeter le moindre doute sur la sincérité des inscriptions faites dans ces registres⁹.

La prescription ne constitue pas une exception de nullité, qui doit être opposée par le défendeur in limine litis conformément à l'article 264 du Nouveau Code de Procédure Civile. La prescription peut être opposée en tout état de cause, même pour la première fois en instance d'appel (article 2224 du Code civil)¹⁰.

⁶ Trib. Luxembourg, 29 octobre 2010, n° 103438

⁷ Trib. Luxembourg, 16 octobre 2007, n° 106221, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 283

⁸ Cour d'appel, 17 février 2005, n° 27924, BJJ, 2005, p. 160

⁹ Cour d'appel, 29 avril 2009, Pas., 34, p. 468 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 23 qui confirme Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 64778 et 67313, BJJ, 2005, p. 195

¹⁰ Cour d'appel, 17 mars 2005, n° 28031, BUJ, 2006, p. 119 ; Trib. Luxembourg, 10 mai 2006, n° 92659, 93659, 93798, BJJ, 2006, p. 240

561. En application de l'adage « *contra non valentem agere non currit praescriptio* », la prescription ne va pas commencer à courir lorsque le demandeur se trouve dans l'impossibilité d'agir, et cela par suite d'un empêchement quelconque résultant de la loi, d'une force majeure ou d'une ignorance légitime.

Pour pouvoir invoquer l'adage, le créancier doit se trouver dans l'impossibilité absolue de défendre son droit. N'étant qu'une déclinaison de la force majeure, l'adage reçoit un champ d'application parfaitement général. L'impossibilité peut être non seulement matérielle mais aussi morale. Elle peut résulter d'un obstacle quelconque issu des circonstances, et doit seulement ne pas être imputable à la personne contre qui court la prescription. La charge de la preuve de l'impossibilité d'agir incombe au créancier qui invoque la suspension. Il doit démontrer l'existence d'une véritable impossibilité

La prescription ne va alors commencer à courir que du jour où cette impossibilité a cessé.

La jurisprudence considère que cette suspension de la prescription va à l'encontre du but de celle-ci, c'est-à-dire l'instauration d'une sécurité juridique par l'écoulement du temps, et les cas où la prescription est suspendue, prolongeant la durée de situations incertaines et entraînant des contestations portant sur des faits anciens et difficiles à connaître et à apprécier, sont à restreindre¹¹.

En pratique force est de constater que les cas dans lesquels les Cours et tribunaux ont accepté d'appliquer cet adage sont fort rares.

La Cour d'appel en avait fait une application dans une espèce dans laquelle un assureur, dont l'assuré avait été impliqué dans un accident de la circulation, avait indemnisé le tiers également impliqué dans l'accident. L'assuré avait néanmoins contesté être responsable de l'accident, il avait assigné le tiers impliqué et son employeur, afin d'être indemnisé du dommage qu'il avait subi dans le cadre de cette accident et avait eu gain de cause. L'assureur avait alors assigné le tiers indemnisé en remboursement, et invoquait pour ce faire le paiement de l'indu. Le tiers opposait notamment à cette demande la prescription commerciale et la Cour avait fait droit à cette demande. En ce qui concerne le point de départ de cette prescription, la Cour d'appel avait jugé que c'était à raison que l'assureur invoquait le principe *contra non valentem agere non currit praescriptio*, qui fait de l'impossibilité d'agir un cas de suspension de la prescription

¹¹ Trib. Luxembourg, 10 mai 2006, n° 92659, 93659, 93798, BJJ, 2006, p. 240

qui joue avant même que la prescription n'ait commencé à courir, de sorte que la fin de l'impossibilité d'agir marquait en pratique le point de départ du délai de prescription. En l'occurrence, la Cour avait considéré que l'impossibilité d'agir trouvait sa cause aussi bien dans la convention que dans la loi, aucun paiement de l'indu n'ayant été établi jusqu'à l'arrêt de la Cour d'appel qui avait fait droit à la demande de l'assuré contre le tiers impliqué dans l'accident. La suspension de la prescription devait être admise toutes les fois que le créancier pouvait raisonnablement ignorer le fait qui donnait naissance à son action. Quant au point de départ de la prescription de l'action en répétition de l'indu, il était précisé que cette action ne pouvait être utilement engagée qu'à compter de la date où le paiement était devenu indu, et donc à partir de l'arrêt qui avait révélé le paiement indu, qui avait fait naître le droit en répétition de l'indu et qui dès lors constituait le point de départ de la prescription décennale. Cet arrêt de la Cour d'appel a néanmoins été cassé sur ce point par la Cour de Cassation. Celle-ci précise que c'est le paiement qui est le fait générateur de la créance indue et qui fait naître le droit à la répétition. Le délai de prescription de l'action en répétition de l'indu commençait donc à courir au jour du paiement effectué par le solvens dans les mains de l'accipiens¹².

Dans une autre espèce, les héritiers du client décédé d'une banque se prévalaient de cet adage pour justifier qu'il n'avait pas agi, pendant 16 années, contre la banque pour obtenir la restitution des avoirs du défunt. Ils avaient néanmoins reconnu avoir été informés de l'existence du compte au décès de leur parent. La Cour en a donc déduit que ces héritiers auraient pu s'enquérir de la situation du compte et solliciter du banquier la remise des avoirs se trouvant sur celui-ci. Ils ne pouvaient donc pas prétendre avoir été dans l'impossibilité d'agir, et partant se prévaloir de l'adage « *contra non valentem agere non currit praescriptio* ». La Cour a également jugé que les héritiers ne pouvaient pas reprocher à la banque de ne pas les avoir informés de la clôture du compte, dans la mesure où il n'était pas établi que la banque connaissait l'identité exacte des plaignants¹³.

Dans une autre affaire, le client avait assigné son banquier afin d'obtenir la restitution des avoirs qu'il avait déposés sur son compte. Le banquier lui opposait la prescription commerciale. Le client lui opposait que le délai de la prescription n'avait pas commencé à courir étant donné qu'il n'avait pas

¹² Cour d'appel, 11 mars 2009, JTL, 2009, p. 88 ; Pas. 34, p.447 cassé par Cass., 2 février 2012, JTL, 2012, p. 77.

¹³ Cour d'appel, 29 avril 2009, Pas., 34, p. 468 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 23 ; qui confirme Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 64778 et 67313, BJJ, 2005, p. 195

connaissance de la situation de son compte et notamment pas de la clôture par la banque de celui-ci. Le tribunal a rejeté cet argument, en considérant que le fait que le client ait donné l'ordre à la banque de conserver à son siège le courrier le concernant, ne saurait lui servir de prétexte à une éventuelle ignorance des opérations effectuées en son nom¹⁴.

Un société avait été constituée pour détenir un immeuble en France et avait confié sa gestion administrative, comptable et fiscale à un professionnel. Celui-ci n'avait pas fait les déclarations prévues par le code général des impôts au fisc français et la société avait été condamnée à payer au fisc certains montants à la suite de cette carence. La société avait alors assigné le professionnel en responsabilité. Le professionnel lui opposait la prescription de son action. La société faisait valoir que la prescription n'avait pas commencé à courir car elle n'avait pas été informée des carences du professionnel et qu'elle était dans l'impossibilité d'agir en responsabilité à son encontre. La Cour a rejeté cet argument. Elle a d'abord jugé qu'une personne prudente et diligente devait s'enquérir elle-même de l'accomplissement des formalités. Comme la société aurait pu vaincre son ignorance, elle ne pouvait pas considérer avoir été dans l'impossibilité absolue d'agir. De plus, la société avait reçu, avant la fin de l'expiration du délai de prescription de la part du professionnel, l'ensemble des échanges de correspondances avec les administrations fiscales françaises. Or, l'application de l'adage est écarté lorsque le titulaire de l'action disposait encore, au moment où l'empêchement a pris fin, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription¹⁵.

Il a encore été décidé que le souci de ne pas troubler le mariage du prétendu père ne constituait pas une impossibilité morale d'agir, permettant à l'enfant d'intenter une action en reconnaissance de paternité au-delà des délais de deux années prévus à l'article 340-4 du Code civil. Une interprétation en sens contraire reviendrait à rendre ces délais prévus par la loi inopérant et compromettrait toute sécurité juridique en permettant l'exercice d'actions en recherche de paternité des décennies après la majorité de l'intéressé¹⁶.

562. La prescription se compte par jour (et non par heure) (article 2260 du Code civil). Le jour où la prescription prend cours (dies a quo), n'entre pas en compte dans le calcul du délai. La prescription est acquise lorsque le dernier jour du délai (dies a quem) est accompli (article 2261 du Code

¹⁴ Trib. Luxembourg, 22 mars 2009, JTL, 2009, p. 152

¹⁵ Cour d'appel, 10 novembre 2010, n° 34955, BJJ, 2011, p. 40

¹⁶ Cour d'appel, 19 octobre 2011, Pas., 35, p. 655

civil), soit dès le lendemain du dernier jour du délai. Les dimanches et jours fériés entrent en compte et la prescription sera donc acquise, sans report, même si le dies a quem tombe un dimanche.

Les délais se comptent d'après le calendrier grégorien, les mois et années se comptant de date à date. Si le mois a quem contient moins de jours que le mois a quo, la prescription sera néanmoins acquise à la fin du dernier jour de ce mois.

563. Le délai de droit commun de la prescription extinctive civile est de 30 ans (article 2262 du Code civil). Ce délai va courir même si le débiteur de l'obligation prescrite est de mauvaise foi.

Dans une affaire, un acheteur avait assigné son vendeur afin de l'entendre lui garantir des vices apparents de l'immeuble. Comme les vices n'avaient été dénoncés au vendeur que lors de la visite des lieux effectuée par l'expert, soit en dehors du délai d'un mois dont question à l'article 1642-1 du Code civil et aussi en dehors d'un délai raisonnable après la prise de possession de l'immeuble par l'acheteur, le vendeur faisait valoir que l'acheteur était forclo du droit de se prévaloir des vices en question. La Cour a rejeté cette exception. Elle a rappelé que le législateur luxembourgeois avait omis de maintenir la disposition qui se trouvait, avant la réforme de 1987, à l'article 1648 du Code civil, à savoir qu'en présence de vices apparents l'action de l'acquéreur devait être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur pouvait être déchargé. Comme le délai d'action pour vices apparents n'était plus enfermé dans un laps de temps rigide, l'acheteur pouvait les soulever pendant trente ans, sauf décharge expresse donnée au vendeur, ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁷.

La Cour d'appel a eu à connaître d'une affaire dans laquelle une personne avait assigné sa sœur pour entendre déclarer la nullité d'un acte de cession d'usufruit. En l'espèce, le demandeur n'avait pas signé l'acte mais y avait été représenté par sa sœur sur base d'un pouvoir qui était annexé à l'acte. La Cour a considéré que la sœur ne pouvait pas représenter les parties cédantes lors de l'authentification de la convention devant notaire et que l'irrégularité invoquée était telle que la convention de cession d'usufruit n'avait pas pu se former. Une telle action en absence totale de consentement à un acte se prescrit par 30 ans, et l'article 1304 du Code civil édictant une prescription quinquennale pour toute action en nullité ou rescision ne s'appliquait pas à cette situation¹⁸.

¹⁷ Cour d'appel, 28 mai 2008, n° 32269, BJL, 2009, p. 48

¹⁸ Cour d'appel, 22 novembre 2006, n° 29961, BJL, 2007, p. 41

Dans une espèce soumise à la Cour, des héritiers avaient assigné en justice un autre héritier afin d'entendre annuler la vente d'un immeuble intervenue entre leurs parents communs et ce dernier. Les demandeurs fondaient leur demande sur la vileté du prix de la vente, en arguant du fait que le défendeur n'avait pas payé le prix repris dans l'acte pour l'achat du bien. La Cour a rappelé que la vente consentie sans prix sérieux est affecté d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel du contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun¹⁹.

En règle, lorsque la loi édicte une prescription abrégée et que les parties cherchent à déterminer la prescription applicable, il faut déterminer la nature de la créance en question et non la cause du préjudice du créancier impayé (c'est-à-dire la cause du non-paiement). Ce principe connaît une exception. La preuve d'une faute intentionnelle ou dolosive du débiteur est de nature à faire échec à la prescription instituée en sa faveur et impose le retour à la prescription générale de l'article 2262 du Code civil à titre de sanction²⁰.

La jurisprudence a également considéré que la prescription de droit commun était applicable à toute une série de situations qui n'entraient pas dans le strict champ d'application de la courte prescription de l'article 2277 du Code civil (voyez infra point 578).

564. Les obligations nées à l'occasion du commerce des commerçants se prescrivent par 10 ans, si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes (article 189 du Code de commerce).

La prescription commerciale est une disposition générale qui s'applique à toutes les obligations « nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants ». Elle est applicable à tous les actes mixtes, quelle que soit la partie qui l'invoque. Pour que la prescription commerciale trouve à s'appliquer, il suffit en conséquence qu'une des parties au rapport d'obligation soit commerçante, quelle que soit sa position débitrice ou créancière, et que l'obligation soit née à l'occasion de son commerce. Elle s'applique donc également aux obligations d'un non-commerçant envers un commerçant. Le champ d'application de ladite disposition n'est pas limité aux seules actions tendant à l'exécution forcée d'obligations commerciales, mais la prescription décennale s'applique à toutes les actions en responsabilité contractuelle, de même qu'aux actions tendant à engager la responsabilité délictuelle²¹.

¹⁹ Cour d'appel, 4 février 2009, Pas., 34, p. 421

²⁰ Cour d'appel, 4 juillet 2007, n° 31811, BJJ, 2007, p. 190

²¹ Notamment Cour d'appel, 29 avril 2009, Pas., 34, p. 468 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 23 qui confirme Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 64778 et 67313, BJJ, 2005, p. 195 ;

La prescription décennale de l'article 189 du Code de commerce est une prescription de « droit commun », à l'instar de la prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil. Elle remplace en fait la prescription trentenaire du Code civil pour les obligations tombant dans son champ d'application.

Comme la prescription trentenaire, la prescription décennale va également courir en faveur du débiteur de mauvaise foi²².

Sa mise en œuvre doit également être appréciée suivant les règles établies en matière de prescription de droit commun par les dispositions des articles 2219 et suivants du Code civil²³.

Dans une espèce, les héritiers du client d'une banque avaient assigné celle-ci afin de mettre sa responsabilité en cause pour avoir clôturé le compte ouvert par leur parent, et cela en violation d'une instruction donnée par le notaire ayant liquidé la succession et sans les en avoir informés. La Cour a jugé que la prescription commerciale s'appliquait à cette demande, la clôture par une banque du compte de son client est un acte né à l'occasion du commerce de la banque. Le compte ayant été clôturé en 1982, l'action en responsabilité intentée par les héritiers en 1998 a donc été déclarée prescrite²⁴.

Il a, de même, été jugé que la prescription commerciale s'appliquait à l'action en restitution des avoirs déposés sur son compte en banque que le client intente contre son banquier, dans la mesure où, dans le cadre de l'obligation litigieuse, une partie est commerçante et que cette obligation de restitution des avoirs déposés est née à l'occasion du commerce de la banque²⁵.

Le tribunal a également jugé que l'action en remboursement d'un crédit en compte courant qu'un banquier avait octroyé à un particulier, se prescrivait par 10 ans en application de la prescription commerciale, étant donné qu'un tel crédit est un acte mixte, respectivement un acte résultant d'une relation commerciale entre un commerçant et un non-commerçant²⁶.

Cour d'appel, 11 mars 2009, JTL, 2009, p. 88 ; Pas. 34, p.447 cassé sur un autre point par Cass., 2 février 2012, JTL, 2012, p. 77 ; Trib. Luxembourg, 10 mai 2006, n° 92659, 93659, 93798, BJJ, 2006, p. 240

²² Cour d'appel, 29 avril 2009, Pas., 34, p. 468 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 23 ; qui confirme Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 64778 et 67313, BJJ, 2005, p. 195

²³ Cour d'appel, 13 octobre 2010, n° 32035, Pas., 35, p. 270 ; JTL, 2012, p. 54 ; BJJ, 2011, p. 38

²⁴ Cour d'appel, 29 avril 2009, Pas., 34, p. 468 ; Bull. Dr. et Banque, 2010, n° 46, p. 23 qui confirme Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, n° 64778 et 67313, BJJ, 2005, p. 195

²⁵ Trib. Luxembourg, 22 mars 2009, JTL, 2009, p. 152

²⁶ Trib. Luxembourg, 16 octobre 2007, n° 106221, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 283

L'action en responsabilité contractuelle intentée par le client contre son banquier, pour violation par celui-ci de son secret professionnel, est également soumise à la prescription commerciale²⁷.

Dans une espèce, un assureur dont l'assuré avait été impliqué dans un accident de la circulation, avait indemnisé le tiers également impliqué dans l'accident. Il s'était ensuite avéré que son assuré n'était pas responsable de l'accident. L'assureur avait alors assigné le tiers indemnisé en remboursement, et invoquait pour ce faire le paiement de l'indu. Le tiers opposait notamment à cette demande la prescription commerciale. La Cour fit droit à cette demande. Elle releva d'abord que la prescription triennale prévue par la loi sur le contrat d'assurance ne s'appliquait pas lorsque l'assureur agit en répétition de sommes versées à la victime. Dans le cas d'espèce, le caractère indu ne résultait pas de la stipulation de la police d'assurance, mais trouvait sa justification dans l'inexistence de la dette au sens des articles 1376 et 1377 du Code civil. L'action ne dérivant dès lors pas du contrat d'assurance, elle n'était pas soumise à la prescription triennale mais relevait du droit commun. Selon le droit commun, la prescription trentenaire est applicable au quasi-contrat, sauf lorsque celui-ci intervient à l'occasion du commerce d'un commerçant. Même si en matière d'assurance, l'action en répétition de l'indu ne « dérive » pas véritablement du contrat, il est difficile de ne pas reconnaître que l'obligation de restitution quasi contractuelle est née à l'occasion du commerce. La compagnie d'assurance, comme le tiers bénéficiaire, étaient des sociétés commerciales et la dette et la créance dont s'agit étaient de nature commerciale. Elles étaient nées à l'occasion du commerce de chacune des parties pour le tiers à la suite d'un accident de la circulation dans lequel était impliqué un de ses salariés et pour la compagnie d'assurances dans le cadre de son objet social. La prescription applicable étaient donc bien, en principe, la prescription décennale²⁸.

Dans une autre affaire, une société avait licencié un salarié et les parties étaient opposées quant au paiement de différentes indemnités au salarié. Pour ce qui concerne l'indemnité de départ, la Cour a constaté que la société était une société commerciale et il découlait clairement des éléments de la cause qu'elle avait, pour l'exercice de son commerce, conclu un contrat de travail avec le salarié. La Cour a donc jugé qu'il s'agissait d'un acte mixte, civil pour le salarié et commercial pour la société. La créance litigieuse était issue dudit contrat de travail et avait un caractère

²⁷ Trib. Luxembourg, 29 octobre 2010, n° 103438

²⁸ Cour d'appel, 11 mars 2009, JTL, 2009, p. 88 ; Pas. 34, p.447 cassé sur un autre point par Cass., 2 février 2012, JTL, 2012, p. 77.

commercial pour la société. Il n'y avait donc aucune raison d'exclure ces relations de travail de la prescription commerciale, et la prescription commerciale a donc été jugée applicable à la créance du salarié²⁹.

565. Ces délais de prescription trentenaire ou décennale de droit commun vont également parfois trouver à s'appliquer, même lorsque la situation concernée entre dans le champ d'application d'une prescription plus courte (et qui doit, par hypothèse, réunir certaines conditions particulières postposant son point de départ). On doit en effet considérer que les prescriptions abrégées sont enfermées dans le délai de prescription de droit commun et ne vont donc jouer que si l'action concernée n'a pas été préalablement éteinte par le délai décennal ou trentenaire de droit commun.

566. Par l'effet de la prescription, l'obligation concernée va être éteinte et le créancier ne pourra plus en exiger le paiement, perdant du même coup l'action en justice liée à son droit.

Les prescriptions de droit commun édictées par l'article 2262 du Code civil ou l'article 189 du Code de commerce ont un caractère extinctif entraînant la libération définitive et sans condition du débiteur³⁰.

Dans différentes espèces, l'Etat avait omis de payer des salaires ou indemnités à certains de ses employés. Ceux-ci s'en étaient aperçus tardivement, soit plus de 5 ans après les faits. Ils avaient alors intenté une action mettant en cause la responsabilité de l'Etat sur base de l'article 1 de la loi du 1 septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques. Les juridictions ont débouté les demandeurs, en retenant que le véritable objet de la demande était le recouvrement des arriérés de traitement éteints par la prescription de l'article 2277 du Code civil. Or on ne saurait admettre qu'on puisse « contourner » la prescription quinquennale par un recours indemnitaire. En effet, admettre qu'une obligation légale qui est légalement éteinte, puisse donner lieu à un préjudice réparable qui soit exactement identique au montant de la dette éteinte, reviendrait à déjouer la finalité essentielle de la prescription quinquennale qui est de libérer le débiteur de manière définitive, quel que soit son état ou sa qualité. Ainsi, du moment que la créance de salaire est éteinte par l'effet de la prescription spéciale, le créancier ne peut pas la faire revivre

²⁹ Cour d'appel, 17 Mars 2005, n° 28031, BJL 2005, p. 119

³⁰ Trib. Luxembourg, 10 mai 2006, n° 92659, 93659, 93798, BJL, 2006, p. 240, également Cour d'appel, 16 mars 2011, n° 34895, BJL, 2011, p. 13 qui précise que la prescription est un mode de libération de la dette. Dans certaines décisions, le tribunal a considéré, à tort selon nous, que la prescription éteignait moins l'obligation elle-même que la faculté d'en demander la sanction en justice, Trib. Luxembourg, 22 mars 2009, JTL, 2009, p. 152 ; Trib. Luxembourg, 16 octobre 2007, n° 106221, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 283

en réclamant le paiement de la même créance sous forme de dommages et intérêts soumis à la prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil. Comme il est facile de rattacher le non-paiement de créances périodiques à quelque négligence ou faute du débiteur, le recouvrement des créances prescrites par le truchement d'une demande en dommages et intérêts permettrait d'écarter systématiquement la prescription spéciale de l'article 2277 du Code civil en faveur de la prescription générale de l'article 2262 du Code civil, alors même que la prescription abrégée a pour objet de déroger à la prescription trentenaire³¹.

567. La prescription n'est pas d'ordre public et le juge ne peut donc pas la soulever d'office (article 2223 du Code civil). Le débiteur peut également renoncer à la prescription, une fois que celle-ci est acquise (article 2220 du Code civil)³².

Cette renonciation peut être expresse ou tacite, mais doit dans ce dernier cas être certaine (article 2221 du Code civil) et ne peut pas porter atteinte aux droits acquis des tiers qui peuvent s'en prévaloir nonobstant la renonciation (article 2225 du Code civil).

Il est néanmoins interdit aux parties de renoncer à l'avance à la prescription (article 2220 du Code civil).

Dans une affaire, une partie s'était adressée à un notaire afin d'acheter à l'autre la parcelle litigieuse pour la somme de 1.000 LUF. Cette vente avait été conseillée par le notaire qui avait reconnu qu'une erreur s'était glissée dans son acte de vente, en ce sens que la parcelle n'était pas comprise dans la vente. Avant cette proposition, cette partie avait utilisé pendant des années, l'immeuble en question et se considérait comme propriétaire de celui-ci. Dans le litige qui opposait les parties, la Cour a rappelé que l'article 2220 du Code civil interdit de renoncer d'avance à une prescription qui n'a pas encore commencé à courir. En revanche, la renonciation à une prescription acquise est permise. La renonciation peut être tacite. La renonciation tacite résulte d'actes volontaires du possesseur, accomplis après l'écoulement du délai, qui impliquent sans équivoque son intention de ne pas invoquer le moyen tiré de la prescription. Les tribunaux disposent dans ce contexte d'un pouvoir souverain d'appréciation. En l'espèce, la Cour a jugé que la proposition faite par le demandeur d'acquérir la parcelle de

³¹ Cass., 20 mars 2008, Pas., 34, p. 475 qui casse sur ce point Cour d'appel, 25 janvier 2007, n° 30509, BJJ, 2007, p. 185 ; Cour d'appel, 16 mars 2011, n° 34895, BJJ, 2011, p. 13 ; Cour d'appel, 4 juillet 2007, n° 31811, BJJ, 2007, p. 190

³² Cour d'appel, 13 octobre 2010, n° 32035, Pas., 35, p. 270 ; JTL, 2012, p. 54 ; BJJ, 2011, p. 38 ; J.P. Luxembourg, 6 juillet 2005, BJJ, 2005, p. 180

terrain, proposition faite sur conseil du notaire, ne prouvait pas que celui-ci aurait renoncé implicitement à se prévaloir de la prescription (acquisitive) qui courait d'après lui depuis de nombreuses années³³

Il est pareillement interdit pour les parties de déclarer un droit imprescriptible. Les parties ne peuvent pas non plus contractuellement prolonger les délais légaux de prescription.

Par contre, les parties peuvent conventionnellement abrégé les délais de prescription sauf si cette abréviation des délais aboutit à compromettre la possibilité pour le créancier d'exercer ses droits en justice³⁴.

Une telle clause de prescription abrégée doit être soigneusement libellée. La jurisprudence a en effet parfois jugé que constituait une clause limitative de responsabilité, la clause des conditions générales qui soumettait la responsabilité de la banque, qui a préétabli les conditions générales, à la condition d'une réclamation intervenue dans les délais imposés dans la mesure où ces articles sont conçus pour conférer à l'absence d'objection du client dans le délai un effet de validation des opérations visées³⁵.

³³ Cour d'appel, 12 décembre 2007, n° 31663, BJJ, 2008, p. 25

³⁴ Cass., 17 décembre 2009, Pas. 35, p. 123

³⁵ Trib. Luxembourg, 29 mai 2008, n° 99282, Bull. Dr. et Banque, 2009, n° 44, p. 61

CHAPITRE II. L'INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION

568. L'interruption de la prescription découle soit de l'exercice du droit par son titulaire, soit de la reconnaissance de ce droit par celui qui prescrit (articles 2242 à 2249 du Code civil).

L'interruption de la prescription va à l'encontre du but assigné par la loi à la prescription, c'est-à-dire l'instauration d'une sécurité juridique par l'écoulement du temps. Les cas où la prescription est reculée, prolongeant la durée de situations incertaines et entraînant des contestations portant sur des faits anciens et difficiles à connaître et à apprécier, sont donc à restreindre très limitativement¹.

569. Il y a d'abord interruption de la prescription lorsque le créancier lance citation en justice à l'encontre du débiteur (article 2244 du Code civil), même si c'est devant un juge incompétent (article 2246 du Code civil).

Il y a « citation en justice » au sens de la loi, lorsque le créancier va intenter une action contre le débiteur qui prescrit pour faire reconnaître son droit, dans les formes prévues par la loi à cet effet. Devant la diversification des modes d'introduction de l'instance, ce n'est pas seulement l'assignation en justice qui interrompt la prescription, mais tout acte signifié renfermant une prétention incompatible avec la prescription commencée².

La citation en conciliation devant le juge de paix interrompt la prescription à sa date, si elle est suivie d'une citation en justice dans les délais légaux (article 2245 du Code civil). Par contre, les actes introductifs d'instance qui ne tendent pas à faire reconnaître un droit, comme les demandes de désignation d'un expert, n'interrompent pas la prescription.

La Cour a eu à connaître d'un cas dans lequel l'administration de l'enregistrement avait fait signifier une requête à un justiciable, dans laquelle elle précisait qu'elle n'acceptait pas le montant de la valeur déclarée des biens recueillis par un héritier dans une succession, qu'elle lui réclamait des droits

¹ Trib. Luxembourg, 10 mai 2006, n° 92659, 93659, 93798, BJL, 2006, p. 240

² Cour d'appel, 28 septembre 2006, Pas., 33, p. 281

de succession et que, dans le but d'établir une exacte et juste perception de ces droits, il y avait lieu d'instituer l'expertise légalement prévue. En effet, en cas d'évaluation jugée incorrecte d'un bien, dans un acte notarié donnant lieu à une perception insuffisante de droits d'enregistrement, l'Etat dispose d'un délai de deux ans pour faire valoir ses droits afférents (article 61 de la loi du 22 frimaire an VII). Il dispose également d'un même délai de 2 ans pour intenter la procédure d'expertise spéciale prévue pour fixer la valeur des biens visés (article 17 de la loi du 22 frimaire an VII). La Cour a jugé que les deux procédures sont intimement liées, la dernière étant nécessaire pour permettre à l'Etat de vérifier s'il a des prétentions à émettre et de les chiffrer. Son exercice manifeste clairement les intentions de l'Etat et a vocation à interrompre la prescription biennale de l'action en paiement. La Cour a alors décidé que si le seul dépôt d'une telle requête par l'Administration n'avait pas d'effet interruptif de la prescription, il en allait autrement en cas de signification de celle-ci qui a valablement interrompu le délai de prescription de la demande en paiement faite par l'Administration³.

Dans une espèce, une banque avait octroyé un crédit à un particulier. En 1992, la banque avait dénoncé la convention. Une assignation en référé provision avait été introduite devant le juge des référés en 1998 et la banque avait finalement assigné le débiteur au fond en 2006. Devant le juge du fond, le client opposait la prescription commerciale à la demande de remboursement du banquier. Selon la banque, la prescription avait été valablement interrompue par l'introduction de la procédure de référé en 1998 tendant à la condamnation du client à l'apurement des prêts. Elle invoquait à cet effet l'article 2244 du Code civil selon lequel une citation en justice signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forme l'interruption civile. Le tribunal a accueilli ce raisonnement. Il a considéré qu'une assignation en référé qui tend à obtenir une provision constitue une action en justice interruptive de prescription⁴.

Lorsque la demande en référé provision est introduite par requête, la prescription est interrompue à la date de la notification de l'ordonnance par le greffe au débiteur (article 923 du Nouveau Code de Procédure Civile).

³ Cour d'appel, 14 février 2007, n° 30691, BJJ, 2007, p. 68 ; Cour d'appel, 28 septembre 2006, Pas., 33, p. 281

⁴ Trib. Luxembourg, 16 octobre 2007, n° 106221, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 283, également Cour d'appel, 11 mars 1998, Pas., 30, p. 449.

Il a également été jugé que la prescription d'une créance était interrompue par l'effet de la déclaration de créance faite au passif de la faillite du débiteur et acceptée par le curateur⁵.

Il n'y aura, par contre, pas interruption de la prescription si l'acte introductif d'instance est nul pour vice de forme, si le créancier se désiste de son instance ou s'il y a péremption de l'instance (article 2247 du Code civil). Il n'y aura également pas interruption de la prescription si la demande du créancier est rejetée (article 2247 du Code civil), comme ce sera par exemple le cas si le juge des référés déboute le créancier de sa demande en provision car la créance n'est pas incontestable.

570. Le principe suivant lequel la prescription est interrompue par la citation en justice a également pour effet que les créances et autres droits reconnus dans une décision de justice (qu'il s'agisse d'une décision prononcée par un tribunal de l'ordre judiciaire, de l'ordre administratif ou d'une décision arbitrale) vont se prescrire dans le délai de droit commun à partir du prononcé de cette décision.

Il en va également ainsi pour les créances qui se prescrivent par des courts délais de prescription (comme par exemple les dettes périodiques ou celles des avocats ou des vendeurs de marchandises ... voyez infra points 580 et s.). En effet, même si la plupart des décisions de justice n'ont qu'un effet déclaratif de droits (et non un effet constitutif, dans la mesure où elles ne font que déclarer les droits existants des parties et ne créent pas un droit nouveau), on doit considérer que ces droits reconnus en justice sont des droits intégrés dans un nouveau titre dont l'exécution se prescrira conformément au droit commun (l'article 2274 al. 2 du Code civil exprime d'ailleurs ce principe d'interposition de la prescription lorsque la créance est reprise dans un titre qui la reconnaît).

La Cour l'a confirmé dans une espèce relative au paiement d'arrérages d'une pension alimentaire. Elle a ainsi jugé que lorsque le bénéficiaire des aliments obtient la condamnation du débiteur au paiement d'une somme déterminée d'arrérages, l'action tendant à l'exécution de cette condamnation est soumise, non pas à la prescription quinquennale, bien que l'exécution poursuivie porte sur une somme qui se compose originellement d'arrérages, mais à la prescription trentenaire qui s'applique à l'exécution des décisions judiciaires⁶.

⁵ Trib. Luxembourg, 30 mars 2001, n° 49302

⁶ Cour d'appel, 21 avril 2004, n° 28017, BJJ, 2004, p. 152

Le délai de prescription de ce droit reconnu par une décision de justice va varier en fonction de la nature civile ou commerciale du droit. Si le droit reconnu par la décision de justice est une obligation née à l'occasion du commerce des commerçants (au sens de l'article 189 du Code de commerce), l'exécution de cette décision sera prescrite par 10 années. Dans tous les autres cas, elle sera prescrite par 30 ans.

571. Il y aura également interruption de la prescription lorsque le créancier fait signifier un commandement ou une saisie au débiteur (article 2244 du Code civil).

Il y a commandement au sens de la loi lorsque le créancier fait signifier par huissier de justice au débiteur un titre exécutoire, tel un jugement, un acte notarié, une contrainte La simple sommation de payer faite par huissier ne vallant pas commandement.

La prescription extinctive est aussi interrompue par la reconnaissance par le débiteur de sa dette (article 2248 du Code civil). Cette reconnaissance peut être expresse ou tacite, et résulter ainsi d'un paiement partiel ou d'une demande de délais de paiement.

Dans une espèce, un syndicat avait adressée à un employeur une demande de régulariser la situation du salarié et de lui payer des soldes de salaires dus sur base de la convention collective. L'employeur avait, par l'intermédiaire de sa Fédération et dans un courriel, demandé la fixation d'une entrevue « devant servir à clarifier certains points restants et à établir la convention transactionnelle entre parties devant mettre fin à l'amicable audit problème ». Le salarié prétendait que l'employeur avait ainsi reconnu le principe de sa dette envers lui, ce qui avait interrompu la prescription. La Cour a rejeté cette prétention et a retenu que le courriel ne portait pas la reconnaissance du droit du salarié et n'avait donc pas eu pour effet d'interrompre la prescription triennale, qui avait été uniquement interrompue par l'action en justice lancée postérieurement, de sorte que la demande du salarié était prescrite pour une partie des arriérés de salaire⁷.

Les parties peuvent également conventionnellement prévoir que d'autres actes, tel l'envoi d'une simple lettre, interrompent (ou suspendent) la prescription de l'obligation convenue.

572. Lorsque la prescription est interrompue, le temps déjà écoulé avant l'interruption est privé d'effet. La prescription recommence alors à courir ab initio et pour la même durée, et cela à partir du lendemain du jour ou

⁷ Cour d'appel, 16 juin 2011, n° 35921, BJJ, 2012, p. 25

l'acte interruptif a cessé ses effets (clôture de l'instance pour la citation, lendemain de l'acte pour la reconnaissance ...) ⁸.

Le régime de droit commun relatif à la prescription veut que lorsqu'une citation en justice interrompt la prescription en vertu de l'article 2244 du Code civil, cette interruption se prolonge pendant tout le cours de l'instance et jusqu'à la clôture de la contestation judiciaire du droit sur lequel se fonde l'action. L'interruption de la prescription est continue. L'interruption de la prescription par l'effet d'une citation en justice ou d'une assignation se prolonge donc pendant toute la durée de l'instance quelque longue qu'elle soit et quelque courte que soit la prescription. Ce ne sera qu'au moment où le résultat de l'action sera définitivement acquis, soit par un jugement définitif d'accueil ou de rejet de la demande, soit encore par un désistement accepté ou une péremption prononcée, qu'il sera possible de décider définitivement du sort de la prescription ⁹.

573. L'interruption de la prescription est relative. Seules les personnes qui étaient parties à l'acte interruptif vont être concernées par l'interruption de la prescription.

Il a ainsi été jugé que pour interrompre valablement le délai de prescription, la citation en justice doit être signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire. Tel n'est pas le cas lorsque l'assignation a été signifiée à un tiers qui n'est pas solidairement tenu avec le débiteur ¹⁰.

Il a également été décidé que seule la reconnaissance que le débiteur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt la prescription. Lorsque le courrier invoqué par le salarié, comme valant reconnaissance de la dette de l'employeur, a été rédigé par la Fédération qui avait reçu mandat de l'employeur pour le représenter dans les négociations avec le salarié, la Fédération ne se substitue en rien au débiteur qui reste la société employeuse et son courrier ne peut en aucun cas interrompre la prescription ¹¹.

Par exception à ce principe, l'interruption opérée contre le débiteur s'impose à la caution (article 2250 du Code civil) et l'interruption opérée contre un débiteur solidaire peut être opposée aux autres débiteurs solidaires, comme l'interruption émanant d'un acte d'un créancier solidaire va

⁸ Cour d'appel, 28 septembre 2006, Pas., 33, p. 281

⁹ Trib. Luxembourg, 16 octobre 2007, n° 106221, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 283, également Cour d'appel, 11 mars 1998, Pas., 30, p. 449.

¹⁰ Trib. Luxembourg, 7 février 1997, n° 45369, Bull. AIDA, 2001, n° 6, p. 96

¹¹ Cour d'appel, 16 juin 2011, n° 35921, BJJ, 2012, p. 25

bénéficiaire aux autres créanciers solidaires (articles 2249 al. 1 du Code civil).

Cette exception ne joue cependant pas lorsque l'acte interruptif a été fait par ou contre un héritier (sauf, encore, pour les obligations indivisibles) (article 2249 al. 2 du Code civil).

Il a ainsi été jugé que l'interruption de la prescription par l'effet de la déclaration de créance faite à la faillite du débiteur et acceptée par le curateur, sort également ses effets à l'égard de la caution solidaire du débiteur¹².

¹² Trib. Luxembourg, 30 mars 2001, n° 49302

CHAPITRE III. LA SUSPENSION DE LA PRESCRIPTION

574. La loi prévoit également des cas de suspension de la prescription, dans lesquels le décompte du délai de prescription va être provisoirement arrêté (articles 2251 à 2259 du Code civil). L'idée sur laquelle repose ces causes de suspension est qu'il est injuste de prescrire contre quelqu'un qui est dans l'impossibilité d'agir.

La prescription est d'abord suspendue au profit des mineurs non émancipés et des interdits, sauf les actions en paiement prévues aux articles 2271 à 2277 du Code civil qui doivent être poursuivies par leur représentant légal dans les 6 mois à 5 ans prévus (articles 2252 et 2278 du Code civil).

La prescription est aussi suspendue entre époux (article 2253 du Code civil), et cela pour toutes actions, en ce compris par exemple un demande en nullité du contrat de mariage.

La prescription est encore suspendue au profit de l'héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire pour les créances qu'il a à l'encontre de la succession (article 2258 du Code civil).

La Cour a eu l'occasion d'appliquer ce principe dans une espèce dans laquelle un des époux était débiteur de la communauté qui était en voie de partage. Il est en effet de règle que chaque cohéritier fait rapport à la masse des sommes dont il est débiteur (article 829 du Code civil). Ce principe s'applique également en cas de partage de la communauté entre époux (article 1476 du Code civil). L'indivisaire débiteur, qui a donc droit au rapport de sa dette, peut s'opposer au paiement immédiat de cette dette, et des intérêts qui courent sur celle-ci, en attendant de se la voir attribuer par les opérations de partage. En contrepartie, la prescription de cette dette et de ses intérêts se trouve suspendue¹.

La jurisprudence considère également que l'adage « *contra non valentem agere non currit praescriptio* » permet au juge de considérer que la pres-

¹ Cour d'appel, 9 novembre 2011, n° 36775, cité au JurisNews – Droit civil & Procédure civile, 2012/1, p. 2.

cription est suspendue lorsque le demandeur se trouve dans l'impossibilité d'agir, et cela après que le délai de prescription ait commencé à courir (supra point 561).

Le tribunal a eu à connaître d'une affaire dans laquelle cet adage avait été invoqué, afin d'obtenir que la prescription commerciale invoquée soit suspendue. Le tribunal a rappelé que la suspension d'une prescription peut se produire à l'insu du bénéficiaire de celle-ci, puisque l'empêchement qui la provoque réside, par hypothèse, en la personne de son adversaire. La suspension de la prescription n'est donc à accorder, sauf les exceptions établies par la loi, qu'en considération de la situation particulière de la personne concernée, dans un but d'équité, dans le cas où l'impossibilité d'agir trouve sa source dans un événement de force majeure. Il appartient à la partie à laquelle la prescription est opposée d'établir son impossibilité d'agir dans les délais impartis. En l'occurrence, la demanderesse faisait état de l'ignorance de ses droits avant l'éclatement de l'affaire « X » et du fait qu'elle n'aurait pas pu agir avant la décision du Bundesgerichtshof. Le tribunal a refusé de considérer qu'il puisse y avoir suspension de la prescription pour de tels motifs. L'institution de la prescription serait tout à fait inutile si le demandeur pouvait toujours excuser son inaction par l'ignorance de son droit ou des faits qui le menaçaient. Le défaut de connaissance d'une situation donnée n'est une cause de suspension qu'à la condition d'être légitime et raisonnable. Le fait qu'une action était pendante en Allemagne ne l'empêchait pas de faire valoir ses droits à l'encontre d'une banque luxembourgeoise et d'invoquer au profit de celle-ci un enrichissement sans cause. Son action, intentée plus de 15 ans après la date du paiement, a donc été jugée prescrite².

La suspension de la prescription marque un temps d'arrêt dans l'écoulement du délai de prescription. Le temps écoulé avant l'événement à l'origine de la suspension n'est pas perdu, et la prescription reprendra son cours, là où elle avait été interrompu et lorsque la cause de suspension aura disparu³.

La suspension de la prescription est strictement relative et ne va bénéficier qu'au créancier ou au débiteur concerné, et cela même si la créance ou la dette sont solidaires.

² Trib. Luxembourg, 10 mai 2006, n° 92659, 93659, 93798, BJL, 2006, p. 240

³ Cour d'appel, 28 septembre 2006, Pas., 33, p. 281

CHAPITRE IV. LA PRESCRIPTION DES DETTES PÉRIODIQUES

575. Les actions en paiement de toute créance périodique payable par année ou à des termes plus courts, des arriérés des rentes, des pensions alimentaires ou des loyers, indemnités d'occupation et autres charges locatives, ainsi que des intérêts, se prescrivent par cinq ans. Les actions en paiement des rémunérations dues aux salariés se prescrivent par trois ans (article 2277 du Code civil).

Le législateur a entendu éviter que des dettes périodiques normalement payées par des revenus ne s'accumulent de manière excessive.

Pour tomber dans le champ d'application de ces courtes prescriptions, il faut que l'obligation en cause soit périodique, que le rythme de cette période soit régulier et que son montant soit déterminable au moment de son échéance, sans devoir donc être déterminé à l'avance.

576. L'article 2277 du Code civil édicte une prescription de trois ans pour actions en paiement des rémunérations de toute nature dues aux salariés. Pour savoir quelle prescription est applicable, il faut déterminer la nature de la créance en question et non la cause du préjudice du créancier impayé, c'est-à-dire la cause du non-paiement. Lorsque la créance du demandeur est une créance de salaires, sa demande en paiement est prescrite par trois ans en application de l'article 2277 du Code civil, et cela même si le défaut de paiement est dû à une faute, à une négligence ou encore à quelque dysfonctionnement du débiteur.¹

L'indemnité compensatrice de préavis est, en raison de son caractère salarial, soumise à la prescription triennale de l'article 2277 du Code civil, et cela nonobstant la nature de dommages-intérêts inhérente à pareille indemnité. Par contre, l'indemnité de départ étant une indemnité réparatrice ne présentant aucun caractère de périodicité et n'étant pas la

¹ Cour d'appel, 4 juillet 2007, n° 31811, BJJ, 2007, p. 190

contrepartie d'un travail fourni, la prescription triennale de l'article 2277 du Code civil ne s'y applique pas².

La prescription des traitements des fonctionnaires est, quant à elle, quinquennale³.

577. La prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil, s'applique à tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts. Les intérêts échus des emprunts bancaires se prescrivent ainsi par cinq années⁴. Pour que la prescription quinquennale trouve à s'appliquer, il faut que ces intérêts soient échus périodiquement par le passé et soient non payés. Cette prescription ne concerne pas les intérêts moratoires à courir⁵.

On considère aussi généralement que la prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil s'applique aux dividendes versés par les sociétés commerciales⁶.

Les arrérages des pensions alimentaires se prescrivent également par cinq ans. Cette disposition ne fait aucune distinction entre les obligations alimentaires découlant d'une convention et les obligations résultant d'une décision judiciaire. Dans une espèce, la Cour était saisie d'une demande tendant au recouvrement des arrérages d'une pension alimentaire fixée par le président du tribunal statuant en référé conformément à l'article 267bis et par le tribunal prononçant le divorce. La Cour a constaté que l'appelant avait réclamé les arrérages des pensions alimentaires par conclusions notifiées le 25 septembre 1991 et ensuite par conclusions notifiées le 12 septembre 2001. Elle a donc jugé que la demande en paiement des arrérages des pensions alimentaires était prescrite⁷.

578. Elle ne s'applique par contre pas aux dettes périodiques qui ont été capitalisées, par l'application de l'article 1154 du Code civil ou dans une reconnaissance de dette⁸.

La jurisprudence considère ainsi que la courte prescription des dettes périodiques n'est pas d'application en ce qui concerne le compte courant.

² Cour d'appel 17 Mars 2005, n° 28031 BJJ 2005, p. 119

³ Cour d'appel, 16 mars 2011, n° 34895, BJJ, 2011, p. 13

⁴ Cour d'appel, 11 juillet 2007, n° 29732, BJJ, 2007, p. 148

⁵ Cour d'appel, 31 janvier 2001, n° 23298, BJJ, 2004, p. 7

⁶ D. JAUGEY, « Distribution des dividendes : droits et recours des associés », ACE, 2010, n° 4, p.

7

⁷ Cour d'appel, 21 avril 2004, n° 28017, BJJ, 2004, p. 152

⁸ Sur le principe de la substitution de la prescription trentenaire à la prescription quinquennale en cas de reconnaissance de dette constituant un titre juridique nouveau opérant novation voyez Cour d'appel, 17 octobre 1979, Pas. 24, p. 402

Dans ce cas, il n'est pas possible de distinguer dans les soldes successifs provisoires, obtenus par les arrêtés trimestriels, les montants qui correspondent à des « intérêts » et ceux qui constituent du « capital ». Toutes les créances et dettes qui entrent dans le compte courant perdent leur individualité et sont fondues dans le solde, d'où l'on ne saurait extraire les intérêts produits par le compte durant son fonctionnement. La prescription quinquennale est donc inapplicable à ces intérêts. Le solde débiteur du compte courant se prescrit par le délai de prescription de droit commun⁹.

Dans une espèce, une banque avait accordé plusieurs prêts en compte courant à un client. La banque avait ensuite dénoncé les conventions de crédit et assigné celui-ci devant les tribunaux. Le client s'opposait à la demande en soulevant d'abord la prescription de l'action de la banque en se basant sur l'article 2277 du Code civil. Le tribunal a rejeté cette exception. Il a fait valoir que les droits de créance d'un capital payable périodiquement sont exclus du domaine d'application de l'article 2277 du Code civil. En effet, la jurisprudence a progressivement défini la notion de « créance à caractère périodique » en précisant, qu'outre la périodicité des paiements, l'application de la prescription édictée supposait, d'une part, le caractère déterminé des prestations périodiques, et d'autre part le caractère indéterminé de l'ensemble des prestations périodiques. Le texte est par contre inapplicable dès lors que l'ensemble des prestations périodiques prend l'aspect d'une somme déterminée, que ce caractère déterminé existe dès la naissance de la créance ou qu'il apparaisse ultérieurement, en raison de la survenance d'un événement conduisant à procéder au calcul de l'ensemble des prestations périodiques¹⁰.

La prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil, qui s'applique aux loyers et aux fermages, ne s'applique pas à l'indemnité d'occupation. Celle-ci n'est pas assimilable à un loyer, de sorte que le régime de la prescription est sans application à une indemnité globale accordée du chef d'occupation illicite d'un immeuble, quel que soit le mode de calcul de cette indemnité. En effet, l'indemnité pour occupation sans droit ni titre n'est pas empreinte d'un caractère de renouvellement ou de périodicité, même lorsque le calcul de cette indemnité se fonde sur le montant du loyer¹¹.

⁹ Cour d'appel, 11 juillet 2007, n° 29732, BJL, 2007, p. 148 ; Trib. Luxembourg, 16 octobre 2007, n° 106221, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 283

¹⁰ Trib. Luxembourg, 16 octobre 2007, n° 106221, Dr. Banc. Fin. (B), 2009/V, p. 283

¹¹ Trib. Luxembourg, 7 décembre 2007, n° 111665, BJL, 2007, p. 71 ; Trib. Luxembourg, 26 octobre 2007, n° 109656, BJL, 2007, p. 6

L'action en répétition de l'indu de salaires, ou d'accessoires du salaire indûment payés par un employeur à son salarié, n'est pas soumise à la prescription abrégée des articles 2277 du Code civil, mais à la prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil. L'action en répétition des primes de ménage indûment payées relève du régime spécifique des quasi-contrats. L'action en répétition de l'indu n'est pas une action en paiement proprement dite, dès lors qu'elle ne se fonde sur aucune obligation préexistante, mais une action personnelle et autonome, sans lien avec les actions relevant du contrat en exécution duquel le paiement a eu lieu et est donc en principe soumise à la prescription trentenaire, sous peine de violer le principe d'interprétation restrictive d'un texte dérogatoire au droit commun¹².

La créance de l'employeur contre le tiers responsable de l'accident subi par son salarié, consistant dans l'indemnisation des salaires payés par suite d'accident sans contrepartie de travail n'est, eu égard à son caractère indemnitaire globale et à son absence de périodicité, pas soumise à la prescription abrégée de l'article 2277 du Code civil¹³.

579. Les autres principes applicables à la prescription de droit commun s'appliquent aux prescriptions abrégées de l'article 2277 du Code civil (point de départ, causes de suspension et d'interruption ...).

Par l'effet de la prescription, la dette périodique est éteinte et le débiteur est libéré de son paiement.

Contrairement aux prescriptions prévues par les articles 2271 et suivants du Code civil, les prescriptions abrégées de l'article 2277 du Code civil ne reposent pas sur une présomption de paiement, mais sont un mode de libération de la dette. Ces prescriptions produisent un effet sur l'action, identique à l'expiration d'un délai préfix, sanctionné par une fin de non-recevoir. L'aveu de non paiement de la dette n'empêche donc pas le débiteur de prescrire¹⁴.

Cet effet extinctif ne va s'appliquer qu'à la dette périodique, et non au droit générateur de ce paiement, comme la dette principale pour les intérêts où le droit à la pension alimentaire, qui se prescrivent par le délai de droit commun.

¹² Cour d'appel, 27 mai 2004, Pas. 33, p. 21 ; Pas. 32, p. 544

¹³ Cass, 4 mai 2006, Pas., 33, p. 227

¹⁴ Cour d'appel, 16 mars 2011, n° 34895, BJL, 2011, p. 13 ; Cour d'appel 10 juin 1998, Pas. 30, p. 487 ; Cour d'appel 28 avril 1993, Pas. 29, p. 240

CHAPITRE V. LES PRESCRIPTIONS - PRÉSUMPTIONS DE PAIEMENT

580. Les articles 2271 à 2273 du Code civil prévoient que la créance des enseignants particuliers pour leurs leçons se prescrivent par six mois (article 2271 du Code civil), celle des maîtres de pension pour le prix de la pension de leurs élèves et des autres maîtres pour le prix de l'apprentissage, par un an (article 2272 al. 2 du Code civil).

Les créances des hôteliers pour le logement, et des traiteurs pour les nourritures fournies, se prescrivent par six mois (article 2271 du Code civil).

Les créances des huissiers se prescrivent par un an (article 2272 al. 1 du Code civil), et celles des avocats par deux ans après la fin du procès ou de la conciliation, ou par cinq ans pour les affaires en cours (article 2273 du Code civil)¹.

Les actions des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands se prescrivent par un an (article 2272 al. 2 du Code civil). Cette prescription des actions des marchands est d'interprétation restrictive et n'est applicable qu'aux seules personnes qui par profession achètent pour revendre des marchandises, en particulier des objets de consommation journalière, tels les épiciers, bouchers, boulangers Elle n'est pas applicable aux industriels qui livrent les objets qu'ils fabriquent, ni aux artistes qui vendent leurs œuvres, ni aux entrepreneurs. Un réparateur d'automobiles n'est pas un tel « marchand » mais un entrepreneur, même lorsqu'il fournit de pièces de rechange².

Ces articles prévoient un régime particulier de prescription, fondé sur une présomption de paiement³. En effet, en 1804, il n'était pas d'usage dans ces professions de dresser un acte pour leurs engagements, ni une

¹ Aucun texte n'oblige les avocats d'établir leurs notes de frais et d'honoraires le lendemain du jugement d'une affaire. L'article 2273 du Code civil fixe le délai de prescription des honoraires à 2 ans à compter du jugement des procès de sorte que la note d'honoraires établie dans ce délai doit être considérée comme faite dans un délai raisonnable : J.P. Luxembourg, 6 juillet 2005, BJJ, 2005, p. 180

² J.P. Luxembourg, 27 septembre 1979, Pas. 24, p. 451

³ Cour d'appel, 16 mars 2011, n° 34895, BJJ, 2011, p. 13 ; Trib. Luxembourg, 21 décembre 2005, BJJ, 2005, p. 195

quittance pour prouver le paiement. Le législateur a alors instauré une présomption de paiement pour protéger le débiteur qui se voyait placé dans l'impossibilité de prouver qu'il avait payé.

Mais cette présomption n'a plus de raison d'être lorsqu'il existe un écrit constatant la créance. C'est ce que précise l'article 2274 al. 2 du Code civil lorsqu'il prévoit que ces prescriptions cessent de courir lorsqu'il y a eu « *compte arrêté, cédule ou obligation, ou citation en justice non périmée* », respectivement lorsque la créance est constatée par écrit⁴.

Dans ce cas, il y a un écrit accepté par le débiteur qui opère interversion de la prescription et l'obligation ne sera prescrite que moyennant l'écoulement des délais de droit commun⁵.

En l'absence d'un tel écrit, le créancier qui a agi après l'écoulement des délais prévus par le Code civil, pourra faire valoir sa créance si le débiteur reconnaît ne pas avoir payé celle-ci. L'aveu de non paiement de la dette empêche donc également le débiteur de prescrire⁶.

A défaut d'une telle reconnaissance, le créancier pourra encore déférer le serment à celui qui lui oppose la prescription sur la question de savoir si la chose a été réellement payée (article 2275 du Code civil.). Si celui-ci confirme avoir payé, il sera irréfragablement présumé avoir fait ce paiement et le créancier sera débouté de sa demande.

⁴ Le compte arrêté est la reconnaissance signée par le débiteur au bas d'un mémoire présenté le créancier, la cédule est une reconnaissance par acte sous seing privé, et l'obligation une reconnaissance par acte authentique

⁵ Cour d'appel, 17 octobre 1979, Pas. 24, p. 402

⁶ Cour d'appel 10 juin 1998 Pas. 30, p. 487

TITRE 7

Les déchéances

581. La déchéance est l'extinction d'un droit ou d'une prérogative, à titre de sanction d'un comportement, que ce soit par action ou inaction. Contrairement à la prescription, ce n'est donc pas l'écoulement du temps qui est à l'origine de la perte du droit, mais le comportement inapproprié du créancier de l'obligation.

En règle la déchéance est expressément prévue par la loi, même s'il n'existe pas un régime général organisé pour cette cause d'extinction des obligations.

C'est ainsi que le créancier d'un failli qui ne déclare pas sa créance au passif de la faillite dans le délai fixé dans le jugement déclaratif de faillite est déchu du droit de participer aux répartitions ordonnées avant sa déclaration (article 508 du Code de commerce). Il sera déchu du droit de faire admettre sa créance à la faillite, s'il n'a pas déclaré sa créance au plus tard lors de la clôture du procès-verbal de la séance à laquelle le curateur rend ses comptes.

L'usufruitier peut perdre son droit par déchéance en cas d'abus de jouissance, que cela soit en dégradant le fond ou en le laissant dépérir faute d'entretien (article 618 du Code civil).

Le débiteur sera déchu du terme de sa dette lorsqu'il a fait faillite ou est en déconfiture ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés conventionnelles qu'il avait accordées à son créancier (article 1188 du Code civil).

582. La caution est déchargée de ses obligations envers le créancier lorsque sa subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur (article 2037 du Code civil).

Cette disposition signifie que le créancier bénéficiaire doit préserver les intérêts de la caution. Le sort de la caution dépend dans une large mesure de l'attitude du créancier, dans la mesure où les droits de la caution consistent en un recours après paiement contre le débiteur. Il faut donc que le créancier ait préservé les droits que la caution pourra exercer à sa place. Si le créancier a négligé de conserver ses garanties, se satisfaisant du lien qui l'unit à la caution, celle-ci se trouve privée d'un recours utile. Aussi le créancier est-il sanctionné par la déchéance de son droit contre la caution.

La caution va pouvoir se prévaloir de la déchéance prévue à l'article 2037 Code Civil si le créancier, ou son mandataire, a omis d'accomplir les formalités nécessaires pour rendre efficace un acte de nantissement.

La déchéance n'est possible que si le droit préférentiel négligé a été constitué avant ou en même temps que le cautionnement, s'il avait été promis par le créancier ou si la caution pouvait, lors de son engagement, légitimement croire à sa constitution.

La caution peut ainsi prétendre à la déchéance si le principe suivant lequel le débiteur devait donner en gage au créancier des parts sociales pour garantir sa dette existait lors de la signature de l'engagement, et cela même si l'acte de gage en lui-même n'a été signé qu'un mois plus tard¹.

Pour que la déchéance soit prononcée, il faut que le créancier ait laissé perdre un droit préférentiel qu'il avait contre le débiteur, sur lequel la caution était en droit de compter, notamment par voie de subrogation. La caution doit indiquer quel droit, hypothèque ou privilège a été perdu, et ne peut se contenter de reprocher au bailleur-garanti d'être négligent dans la récupération de ses loyers².

La caution peut se prévaloir de la déchéance si c'est du fait positif ou du fait fautif du créancier que la subrogation dans les droits de celui-ci ne peut plus s'opérer en faveur de la caution. La caution ne pourra pas invoquer la déchéance si la perte du droit préférentiel est due à la faute du débiteur, rendant la subrogation dans les droits impossible.

La caution va pouvoir se prévaloir de la déchéance prévue à l'article 2037 Code Civil si le créancier a donné mainlevée d'un hypothèque ou d'une autre sûreté réelle inscrite, a réalisé une sûreté dans des conditions désastreuses ou a déchargé une autre caution ou un codébiteur. Il en va ainsi si le crédit-bailleur a repris le matériel donné en leasing au débiteur principal défaillant et a vendu ce matériel, sans préalablement donner à la caution la possibilité de prendre une décision et notamment de lever l'option d'achat à la place du crédit-preneur³.

La propriété réservée par le créancier est l'un de ses droits privilégiés, dans lesquels la caution est subrogée après paiement du créancier. Elle sera donc déchargée lorsque par la faute du créancier, la propriété réservée ne peut plus être revendiquée par la caution.

La caution ne bénéficiera pas d'une telle décharge du seul fait que le créancier n'a pas revendiqué la propriété du véhicule dont la propriété lui était réservée, avant de recourir contre la caution.

¹ Trib. Luxembourg, 19 juin 2003, n° 67755, 72344 et 76864

² Cour d'appel, 29 juillet 2002, Pas., 32, p. 291

³ Trib. Luxembourg, 3 juin 2002, n° 67309

En outre, même à supposer que la subrogation ne puisse plus se faire au profit de la caution, la décharge est exclue dans la mesure où il y a lieu de constater que la perte du droit préférentiel n'est pas exclusivement due à la faute du créancier, mais également à celle du débiteur principal qui avait été sommé de rendre le véhicule et n'y a pas donné suite⁴.

583. L'héritier qui se rend coupable de recel successoral est également déchu du bénéfice d'inventaire et de tout droit sur les avoirs recelés (article 792 du Code civil).

La Cour a eu à connaître de cas dans lesquels une telle déchéance était invoquée.

Pour la Cour, le recel successoral peut être défini comme étant le fait pour un successible de dissimuler ou de détourner des effets d'une succession, afin de se les approprier indument et de frustrer ainsi les autres ayant droit. Il s'agit d'une fraude destinée à rompre l'égalité du partage.

Il peut porter sur tous les éléments d'une succession qu'ils soient meubles ou immeubles. Le conjoint survivant, qui est appelé à la succession de son conjoint décédé, peut être considéré comme receleur de la succession.

Deux éléments sont nécessaires pour que soit constitué un recel successoral, un élément matériel et un élément moral. La preuve de ces éléments incombe à celui qui s'en prévaut. Ce n'est pas à celui contre lequel est dirigée une action en recel successoral à établir qu'il était dépourvu d'intention frauduleuse dès lors que la bonne foi est toujours présumée.

L'élément matériel du recel consiste en un détournement ou une dissimulation d'un bien ou d'une créance du défunt. Le recel successoral vise toutes les fraudes au moyen desquelles un héritier cherche, au détriment de ses cohéritiers, à rompre l'égalité du partage, soit qu'il divertisse des effets de la succession en se les appropriant indument, soit qu'il dissimule sa possession dans des circonstances où il serait, d'après la loi, tenu de la déclarer. D'une façon plus large, l'élément matériel du recel consiste en tout procédé tendant à frustrer les cohéritiers d'un bien de la succession. La preuve de l'élément matériel, comme pour tous les faits juridiques, est libre et peut être faite par tous les moyens mais, en définitive, elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Lorsqu'une héritière était bénéficiaire d'une procuration sur les comptes de sa mère décédée et qu'en vertu de cette procuration elle a effectué, quinze jours avant la mort de sa mère, des transferts à son propre compte, elle est tenue de le faire connaître dans le cadre de la succession, même

⁴ Cour d'appel, 22 novembre 2006, Pas., 33, p. 354

s'il s'agit d'une libéralité en sa faveur, parce que celle-ci doit être prise en considération pour déterminer la masse successorale. Le silence gardé par l'héritière à propos de ces transferts de fonds peut constituer l'élément matériel du recel successoral.

Pour qu'il y ait recel, l'élément matériel doit être complété par un élément moral, à savoir la volonté délibérée de l'héritier receleur de créer une inégalité à son profit aux dépens de ses cohéritiers. La mauvaise foi ou l'intention frauduleuse sont essentielles au recel. Le successible doit avoir voulu s'approprier un effet de la succession en faisant bon marché des droits des autres. La fraude suppose la dissimulation. Le successible agit nécessairement de façon clandestine pour ne pas s'exposer aux protestations et à la résistance de ses cohéritiers.

Dans le cas soumis à la Cour, l'intention frauduleuse de l'héritière ressortait incontestablement de la lettre qu'elle avait adressé à sa sœur et dans laquelle elle ne faisait aucune référence au transfert des fonds. Elle n'avait pas non plus réagi lorsque le mandataire de la sœur l'avait mise en demeure de rendre compte de sa gestion. Elle n'avait, en définitive, restitué les fonds prélevés que 6 mois après que les affaires de partage et de reddition de compte ont été portées devant les tribunaux. Il en découlait, pour la Cour, qu'elle avait gardé intentionnellement le silence depuis l'ouverture de la succession sur les transferts importants de fonds effectués une quinzaine de jours avant le décès de sa mère.

La jurisprudence considère également que toute répression du recel successoral est arrêtée si le receleur restitue spontanément, avant d'avoir été poursuivi, les objets qu'il a divertis ou recelés. Il est toutefois impératif que la restitution ait été spontanée et antérieure aux poursuites, car sinon elle est due seulement aux circonstances et ne manifeste nullement le regret du receleur quant à la mauvaise action qu'il a commise.

Le recel successoral est un délit civil sanctionné par une peine privée qui est une véritable punition imposée par la loi au receleur. Cette peine privée revêt d'ailleurs un double aspect : d'une part, l'héritier receleur se voit imposer la qualité d'acceptant pur et simple et, d'autre part, il est privé de tous ses droits dans les biens recelés⁵.

Il a par contre été décidé que la simulation n'était pas constitutive de recel, ni n'emportait présomption de recel à l'encontre du successible qui avait été gratifié par une libéralité déguisée, lequel ne peut être frappé des peines du recel que lorsqu'est rapportée la preuve de son intention frauduleuse.

⁵ Cour d'appel, 24 mars 2004, n° 26808, BJL, 2004, p.66 ; Cour d'appel, 20 février 2002, n° 25341, BJL, 2003, p. 2

La fraude de l'héritier, perpétrée avant l'ouverture de la succession par une connivence avec le défunt, n'entraîne l'application de la déchéance qu'autant qu'elle est complétée, après le décès, par le silence ou une dissimulation en vue de retenir les biens transmis, lesquels constituent, à compter du décès seulement, des « effets de la succession » au sens de l'article 792 du Code civil. Ce n'est qu'après le décès que le recel est réalisé⁶.

L'article 1477 du Code civil prévoit également un tel cas de déchéance, qui frappe celui des époux qui aurait diverti ou recelé quelques effets de la communauté lors du partage de celle-ci.

Le divertissement ou le recel sont définis comme une fraude au partage pour laquelle un des coindivisaires détourne sciemment, au préjudice des autres, une valeur de la communauté. Le recel de communauté suppose donc, de la part de l'un des intéressés, l'omission délibérée d'un ou de plusieurs effets de la communauté au moment de l'inventaire ou du partage, dans le but de se les approprier exclusivement en les soustrayant au partage et de rompre ainsi l'égalité de ce dernier au détriment des autres ayant-droit. La fraude disparaît lorsque, spontanément le receleur restitue les objets divertis avant la fin du partage et la découverte de la dissimulation.

Dans une affaire, un conjoint avait vendu le véhicule commun sans en parler à son épouse. Le conjoint avait ensuite payé spontanément la dette commune contractée pour financer l'acquisition du véhicule, pour un montant équivalent à la valeur du véhicule au moment de sa vente. L'épouse prétendait que le conjoint avait donc commis un recel d'un bien de la communauté. Elle n'avait néanmoins pas prouvé qu'elle avait découvert la dissimulation avant le remboursement par le conjoint du prix du véhicule, et a donc été déboutée de sa demande⁷.

Dans une autre espèce, un des conjoints prétendait que son époux ne lui aurait pas révélé l'existence d'une indemnité de départ, perçue lors de son départ à la retraite, et qu'il aurait également gardé le silence sur son plan d'épargne. Il a été débouté de sa demande, dans la mesure où il apparaissait du dossier que l'époux n'avait pas eu l'intention de soustraire ces valeurs au partage, dans la mesure où il y avait fait référence à plusieurs reprises avant tout litige⁸.

584. L'article 299 du Code civil prévoit également qu'en cas de divorce prononcé pour excès, sévices ou injures graves de la part d'un des de époux (au sens de l'article 229 du Code civil), l'époux contre lequel le

⁶ Cour d'appel, 15 juin 2006, n° 29801, BJJ, 2006, p. 233

⁷ Cour d'appel, 9 février 2000, Pas., 31, p. 295

⁸ Cour d'appel, 7 juillet 2010, Pas, 35, p. 241

divorce a été prononcé perdra les avantages matrimoniaux que l'autre époux lui avait faits.

La Cour a rappelé que l'avantage matrimonial visé par cet article est un bénéfice consenti par les époux dans leur contrat de mariage, à l'occasion d'un changement de celui-ci ou au jour de la liquidation de leur pacte matrimonial. C'est un enrichissement résultant du régime matrimonial fait au profit d'un époux par l'autre. Il s'agit notamment des avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle. Il s'agit non seulement des clauses spéciales telle la clause de partage inégal ou un préciput, mais aussi de l'adoption d'un régime conventionnel plus favorable que le régime légal à l'un des époux et notamment de l'adoption, tant au moment du mariage que postérieurement, du régime de la communauté universelle.

La déchéance suppose également qu'il soit prouvé que l'avantage consenti à l'époux coupable lui a été fourni sans contrepartie et avec une intention libérale, non en compensation de la contribution du mari aux charges du mariage ni de la participation de la femme aux mêmes charges dans des proportions supérieures à ses propres obligations.

La déchéance prévue par l'article 299 du Code civil a un caractère d'ordre public. On ne saurait, par contrat de mariage, ou depuis le mariage, déroger à ce texte légal

La Cour a jugé que tombait sous le coup de la déchéance, le contrat de mariage par lequel les parties avaient déclaré adopter le régime de la communauté légale avec cette spécificité que l'époux avait fait apport – pour être désormais commune aux deux époux – de la moitié indivise en pleine propriété de la maison d'habitation ainsi que de la moitié de la dette due à la banque. Le contrat prévoyait qu'en cas de dissolution du mariage du vivant des deux époux, la communauté sera partagée par moitié entre eux. Cette disposition constituait une dérogation à la déchéance de l'article 299 du Code civil car elle constituait une renonciation implicite et anticipée au droit légal de demander la déchéance des avantages consentis, par une organisation de liquidation de la communauté excluant le jeu de la déchéance. Cette clause du contrat a donc été déclarée nulle⁹.

585. Les parties à un contrat peuvent également prévoir des clauses de déchéances dans leur convention. Il s'agit en fait de conditions résolutoires, de clauses organisant l'exception d'inexécution ou d'autres clauses aux effets équivalents.

⁹ Cour d'appel, 2 juillet 2008, n° 32679 et 32956, BJJ, 2008, p. 211

Certaines lois particulières réglementent strictement le droit pour les parties d'organiser contractuellement la perte, par déchéance, des droits qu'ils retirent du contrat.

L'article 18 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance précise que le contrat ne peut prévoir la déchéance partielle ou totale du droit à la prestation d'assurance qu'en raison de l'inexécution d'une obligation déterminée imposée par le contrat et à la condition que le manquement soit en relation causale avec la survenance du sinistre¹⁰.

Dans une espèce, une personne avait subi des dégâts à son immeuble, à la suite de travaux réalisés sur le terrain voisin par un entrepreneur. Il avait alors assigné l'assureur responsabilité civile de l'entrepreneur. La compagnie d'assurance résistait à cette demande en faisant notamment valoir que le contrat d'assurance prévoyait que le preneur d'assurance s'obligeait, sous peine de déchéance, à dresser avant l'ouverture du chantier, un inventaire des constructions appartenant à des tiers et se trouvant aux abords du chantier. Or, un tel inventaire n'avait pas été dressé en l'espèce. La Cour a d'abord rappelé que la clause en litige ne limitait pas la responsabilité de l'assureur, mais instituait une déchéance c'est-à-dire une perte du droit à la garantie de l'assurance, et donc une sanction pour l'inobservation d'une obligation incombant au preneur d'assurance, obligation qui était destinée précisément à mettre en œuvre la garantie. La Cour a d'abord validé cette clause, rejetant l'argument du tiers suivant lequel le défaut d'inventaire ne saurait être d'aucune incidence en matière de preuve du sinistre, de sorte que l'assureur n'aurait subi aucun préjudice. L'assureur peut se prévaloir d'une clause de déchéance sans avoir à justifier d'un préjudice. Elle a ajouté que, s'agissant d'une déchéance qui trouvait sa cause dans un événement antérieur au sinistre, l'exception de déchéance était opposable à la victime¹¹.

Dans une autre affaire un assureur refusait de prendre en charge un sinistre, au motif qu'il tombait sous les exclusions de garantie édictées par les conditions générales et qui excluaient de la couverture les dommages « *normalement prévisibles eu égard aux règles de l'art* » et « *ceux causés par aggravation ou par répétition lorsque, en raison du comportement d'un assuré ayant constaté un premier dommage, ils deviennent normalement prévisibles et inéluctables* ». L'assuré faisait valoir que ces clauses n'étaient pas valables en raison de leur caractère d'imprécision et de généralité qui mettait en question l'objet même et la raison d'être d'une police d'assu-

¹⁰ Voyez R. BISENIUS, « L'assurance du particulier – assurances de dommage », T.1, éd Promoculture (2010), p. 59-60, n° 3.5.1.

¹¹ Cour d'appel, 18 décembre 2002, Pas., 32, p. 393

rances tous risques, au point d'offrir à l'assureur une porte de sortie et la possibilité de s'éclipser pratiquement à volonté, lorsque cela l'arrangeait, de son obligation d'indemnisation. La Cour a rejeté cette objection, en motivant sa décision par le fait que le professionnel connaît les règles de l'art de son métier et est de ce fait à même d'apprécier les dommages normalement prévisibles en cas de violation de ces règles. Une référence à des documents techniques ou des normes établies par des organismes compétents à caractère officiel, qui, de toute façon, sont censés connus par les professionnels, ne paraît donc pas être une précision indispensable. Il en est de même d'une énumération des règles de l'art dont le non-respect entraînerait l'exclusion, laquelle serait d'ailleurs toujours lacunaire¹².

Dans une troisième affaire un assuré avait fait l'objet d'un cambriolage. Son assureur vol refusait néanmoins de l'indemniser, en contestant l'étendue du vol dont l'assuré prétendait avoir été victime. Il faisait valoir qu'il y avait des contradictions entre les objets déclarés volés à la gendarmerie et ceux dont le remboursement était réclamé. La compagnie d'assurance fondait également son refus sur le fait que le contrat d'assurance prévoyait que le preneur d'assurance devait fournir à la compagnie tous renseignements utiles et toutes pièces justificatives et envoyer à la compagnie, dès que possible, tous documents relatifs au sinistre et notamment un état estimatif détaillé, certifié sincère et véritable des dommages et de la valeur des biens assurés. Le tribunal a considéré qu'il ne saurait être raisonnablement demandé à la victime d'un cambriolage d'énumérer avec précision, le jour de l'infraction, l'ensemble des objets volés. Il a ajouté néanmoins que l'assuré n'avait toujours pas informé, plus d'une année après le cambriolage, l'assureur des objets volés supplémentaires, de sorte qu'il était déchu de la garantie d'assurance pour ces objets¹³.

586. Un autre cas de déchéance se retrouve enfin dans le principe de cohérence, de « l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ».

En application de cette théorie, une exigence de cohérence des comportements s'impose à tous et fait interdiction à une personne de faire valoir un droit si celui-ci est incompatible avec un autre droit dont cette personne s'est prévaluée antérieurement. La personne qui agirait ainsi de façon incohérente est déchu de la possibilité de se prévaloir du droit incompatible avec son comportement antérieur¹⁴.

¹² Cour d'appel, 23 janvier 2002, n° 25224 et 252220, BJL, 2002, n° 45

¹³ Trib. Luxembourg, 21 mars 2002, n° 68352, Bull. AIDA, 2003, n° 8, p. 143

¹⁴ La Cour de Cassation de Belgique a condamné la théorie dite de la *rechtsverwerking*, qui considère qu'une personne peut être déchu de son droit, ou de la possibilité d'invoquer son droit, lorsqu'elle adopte un comportement inconciliable avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteur ou

La Cour de Cassation a appliqué ce principe dans différentes espèces, dans lesquelles le demandeur en cassation avait fait valoir un moyen qui contredisait les thèses qu'il avait soutenues devant le juge du fond.

La Cour a alors décidé que « *attendu qu'ayant soutenu et devant le magistrat de première instance et devant la Cour d'appel que le service entretenu par l'association (...) A constitue une activité commerciale, l'association (...) F et la société (...) T ne sont pas recevables à présenter devant la Cour de Cassation un moyen contraire à la thèse développée devant les juges du fond.* »¹⁵

Dans une autre espèce, la Cour motive son rejet du moyen du demandeur en précisant que « *attendu que la demanderesse en cassation, qui avait conclu en instance d'appel à la confirmation du jugement entrepris ayant rejeté le moyen portant sur l'obligation de la saisine préalable de la commission des loyers, n'est pas recevable, faute d'avoir soulevé devant la juridiction d'appel le moyen actuellement invoqué, à soutenir devant la Cour de cassation un moyen, fut il de pur droit et d'ordre public, incompatible avec la position qu'elle a adoptée devant les juges d'appel* »¹⁶.

Cette théorie avait également été invoquée devant la Cour d'appel dans une affaire où des clients reprochaient à leur banquier la violation du secret professionnel. Ils prétendaient que la banque ne pouvait, après leur avoir accordé « protection vis-à-vis du fisc », se contredire en leur faisant grief d'être en situation irrégulière vis-à-vis de ce fisc. En l'espèce, La Cour, sans rejeter l'existence de ce principe, a déclaré la demande non fondée sur cette base, en relevant qu'il n'était pas établi que la banque ait intégré ce mobile dans le contrat et qu'elle n'avait donc pas eu l'attitude contradictoire qui lui était reprochée¹⁷.

La jurisprudence a également considéré que la société commerciale qui estime que la ressemblance de la dénomination sociale d'une autre société peut induire en erreur, doit agir rapidement sous peine d'être déchue de son droit exclusif sur la dénomination qu'elle a choisie, et cela nonobstant le fait que la loi n'assortit le droit pour cette société de se plaindre d'aucune limitation (article 25.2 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). D'après cette jurisprudence, une inaction prolongée à partir du moment où la société a pris connaissance de l'existence de l'autre,

d'un tiers : Cass. B., 17 mai 1990, RCJB, 1990, p. 595. Sur cette théorie voyez P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T.3, éd Bruylant (2010), p. 2207 et s., n° 1616 et s.

¹⁵ Cass., 16 janvier 2003, n° 04/03, Pas., 34, p. 390

¹⁶ Cass., 9 juillet 2009, n° 48/09, Pas., 34, p. 394 ; G. CUNIBERTI, « L'interdiction de se contredire en procédure civile luxembourgeoise », Pas., 34, p. 383

¹⁷ Cour d'appel, 2 avril 2003, Pas., 32, p. 524 ; Bull. Dr. et Banque, 2003, n° 34, p. 52

est de nature à démontrer que le danger de confusion n'est pas réel ou qu'il a été bénévolement accepté¹⁸.

Dans une espèce, un banquier avait conseillé à son client d'investir dans des fonds d'investissement alternatifs. La valeur des parts de ces fonds s'est ensuite avérée nulle car les avoirs de ces fonds avaient été détournés par la société de Bernard Madoff. Dans le cadre du litige qui s'en suivit, le banquier se prévalait des informations et mise en garde reprises dans les documents mis à la disposition de ses clients. Le tribunal a fait valoir que, en ce qui concerne le contenu de l'obligation d'information et de conseil du banquier commercialisateur d'OPCVM, le professionnel doit rester cohérent dans la présentation de ses produits et doit se garder de diffuser des informations contradictoires. Il a ajouté que ce principe de cohérence a une double portée, dans le sens qu'un document publicitaire doit être cohérent en lui-même mais également avec les autres documents communiqués par le banquier à sa clientèle. Il n'est pas normal que le banquier délivre deux informations différentes, l'une objective, l'autre trop optimiste. La violation de cette obligation de cohérence a été, en l'espèce, qualifiée de faute grave de nature à engager la responsabilité du banquier¹⁹.

En application de cette théorie, nous pouvons considérer qu'il existe une exigence de cohérence des comportements respectueux des droits acquis des partenaires contractuels ou des tiers, qui s'impose à tout sujet de droit.

Une partie à un contrat ne peut pas prétendre une chose et son contraire, tentant de faire dire au contrat qui lie les parties ce qui lui convient en fonction de l'évolution de la situation des parties²⁰.

¹⁸ Cour d'appel, 11 janvier 2006, n° 29231, BJJ, 2006, p. 75.

¹⁹ Trib. Luxembourg, 19 octobre 2011, n° 126443, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 50, p. 90

²⁰ On retiendra, par exemple, cette espèce en France dans laquelle une Cour d'appel avait refusé de considérer comme fautif le fait qu'un assureur se soit, dans un premier temps, prévalu de la nature décennale de désordres afin d'exiger de son assuré le versement de primes majorées, pour, dans un second temps, contester devant les juges du fond la garantie correspondante et lui voir substituer une garantie moins onéreuse pour lui. Les juges du fond avaient motivé leur décision en retenant que l'attitude de la compagnie d'assurances ne constituait pas une atteinte au principe de cohérence et n'était pas révélatrice d'une faute, dès lors qu'il n'est pas répréhensible pour un assureur de contester en justice les conditions de mise en œuvre d'une des garanties offertes à l'assuré en s'en remettant à l'appréciation des juridictions sur la qualification de désordres, et alors par ailleurs que la fixation des primes conditionnant la prise en charge de ces derniers a nécessairement recueilli au préalable l'adhésion de l'assuré. Mais cela n'a pas convaincu la troisième chambre civile de la Cour de Cassation qui a cassé cet arrêt sur le fondement de l'obligation d'exécution de bonne foi : Cass. Civ. Fr., 28 janvier 2009, RTDCiv, 2009, p. 317.