

21.1.92

Audience publique du vingt-et-un janvier mil neuf cent quatre-vingt-douze.

Numéro 13 230 du rôle.

Composition:

Roger EVERLING, président de chambre,
Robert BENDUHN, premier conseiller,
Emile PENNING, premier conseiller,
Ernest BEVER, greffier.

A



- e n t r e -

B.) , salarié, demeurant à L- (...)
, 99, rue (...)
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de
justice Roland FUNK de Luxembourg du 20 mars 1991,
comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à
Luxembourg,

- e t -

M.) , ouvrier, demeurant à L- (...)
, 101, rue (...)
intimé aux fins du susdit exploit FUNK,
comparant par Maître Paul THEVES, avocat à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu les pièces de la procédure, notamment
1) un exploit d'assignation du ministère de l'huissier
de justice Roland FUNK de Luxembourg, signifié le 11
janvier 1991 à M.) et par lequel
B.) a fait donner assignation à
M.) à comparaître devant le président du
tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme
juge des référés, pour le faire condamner à payer au
demandeur la somme de 330.000.- francs à titre de
provision du chef d'une clause pénale stipulée dans une
convention transactionnelle signée entre parties, ladite
somme étant demandée avec les intérêts au taux légal à
partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde;
2) une ordonnance du juge des référés de Luxembourg,
rendue contradictoirement le 19 février 1991 entre
B.) et M.) et par
laquelle le juge des référés a déclaré la susdite
demande de B.) irrecevable comme étant

sérieusement contestable, les frais de l'instance ayant été mis à charge du demandeur;

3) un exploit FUNK du 20 mars 1991 par lequel
B.) a fait signifier et déclarer à
M.) qu'il relève appel "d'un jugement rendu
contradictoirement entre parties le 21 septembre 1989
par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg" et
par lequel il a en outre fait donner assignation à
M.) à comparaître devant la Cour d'appel, septième
chambre, siégeant en matière d'appel de référé, pour
voir déclarer ledit appel recevable et entièrement
fondé, pour voir réformer "l'ordonnance dont appel",
pour s'entendre condamner à payer à l'appelant la somme
de 330.000.- francs avec les intérêts légaux à partir du
11 janvier 1991 jusqu'à solde ainsi que pour s'entendre
condamner aux frais et dépens des deux instances;

Attendu que M.) a avant toute
défense au fond conclu à voir déclarer l'acte d'appel
susvisé nul pour la raison que l'appel qu'il contient
porte sur un jugement du 21 septembre 1989, tandis qu'il
n'existe ni jugement ni ordonnance rendus entre les
parties sous cette date;

Attendu qu'en vertu des dispositions combinées des
articles 61, 3^o et 470 du code de procédure civile,
l'acte d'appel doit contenir l'objet de la demande,
c'est-à-dire indiquer exactement la décision frappée
d'appel;

Attendu que si c'est ordinairement par l'indication
de la date de la décision attaquée et par l'indication
de la juridiction qui l'a rendue, qu'il est satisfait à
cette obligation, toujours est-il qu'aucune forme
sacramentelle n'est prescrite par la loi à cet égard, et
qu'un acte d'appel est valable, alors même qu'il ne
contient aucune des deux indications susvisées, ou qu'il
les contient mais de manière inexacte, lorsqu'il informe
autrement l'intimé de l'objet de l'appel, sans l'exposer
à un doute, ni à une erreur;

Attendu que si en l'espèce il est constant que l'acte
d'appel indique comme faisant l'objet de l'appel, un
jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du
21 septembre 1989, qui n'a jamais existé, toujours est-
il d'abord que cet acte reproduit le dispositif de la
décision dont est appel et que ce dispositif est celui
de l'ordonnance de référé rendue entre parties le 19
février 1991 et toujours est-il en outre que les
conclusions dudit acte d'appel tendent à la réformation
d'une ordonnance de référé pour voir condamner l'intimé
à payer à l'appelant la somme de 330.000.- francs du
chef d'une clause pénale contenue en une convention
transactionnelle intervenue entre parties et qu'il n'est
intervenu entre celles-ci qu'une seule ordonnance de
référé relativement à cette somme réclamée du chef de
ladite clause pénale, à savoir celle du 19 février 1991,
de sorte que force est de constater qu'il ne saurait

faire de doute que la décision dont il est dans ledit acte d'appel véritablement relevé appel est l'ordonnance de référé rendue entre parties le 19 février 1991 et ayant statué sur la demande en référé-provision formée par B.) contre M.) dans l'exploit d'assignation du 11 janvier 1991;

Attendu qu'il s'ensuit que l'acte d'appel du 20 mars 1991 est valable sous le rapport dont il s'agit et que le moyen de nullité proposé doit être écarté;

Attendu que ledit acte d'appel est aussi par ailleurs régulier en la forme; que d'autre part, l'appel qu'il contient, a été relevé dans le délai de la loi, l'ordonnance dont est appel n'ayant pas été signifiée à partie;

B.) Attendu qu'il s'ensuit que l'appel de est recevable;

Au fond:

Attendu qu'il résulte de l'ordonnance dont est appel que pour déclarer la demande de B.) irrecevable, le juge des référés - a constaté qu'il résultait d'une convention transactionnelle conclue entre parties que celles-ci étaient dans l'article premier de cette convention convenues de ce qui suit:

" Le sieur M.) , propriétaire de l'immeuble sis à (...), 101, rue (...), no cad. 1001.) et 1002.) effectuera à ses propres frais les travaux suivants:

- 1) enlèvement de la cheminée située à l'arrière de l'immeuble 101, rue (...),
- 2) enlèvement de toute la construction érigée illégalement derrière la maison 101, rue (...) à l'exception de la salle de bains de la maison M.) , correspondant à une hauteur de rangées de briques au-dessus de l'ancienne construction, située au 1er étage,
- 3) remise en état du mur du côté B.) moyennant l'apposition d'une façade.

Ces travaux doivent être achevés jusqu'au 15 novembre 1990 au plus tard sous peine d'une astreinte de 10.000.- francs par jour de retard constaté";

a considéré que le demandeur B.) se prévalait d'un constat dressé le 18 décembre 1990 par l'huissier de justice Marc GRASER de Luxembourg et duquel il résultait qu'à la date de ce constat, les travaux susvisés n'étaient même pas encore commencés par M.) , et qu'il soutenait que dans ces conditions, les conditions auxquelles étaient soumis le déclenchement de la clause pénale inscrite dans l'article premier de la convention susmentionnée étaient données, de sorte qu'il ne serait pas sérieusement contestable qu'il aurait droit en vertu de la clause pénale à la somme de 33 x 10.000 = 330.000.- francs;

- a considéré que le défendeur M.)

de son côté contestait que tous les travaux convenus n'aient pas encore été exécutés et qu'il affirmait que "deux des travaux" dont il s'agissait "avaient été faits";

a considéré encore que le défendeur "contestait le constat d'huissier dressé en cause et le montant de l'astreinte";

- a estimé qu'en présence de ces affirmations et contestations du défendeur, "la créance réclamée ne pouvait être d'ores et déjà allouée sans avoir recours à d'autres moyens d'investigation, telle une expertise ou une visite des lieux";

- en a déduit que la prétendue créance du demandeur était sérieusement contestable dans son existence, de sorte que la demande était à déclarer irrecevable, le juge des référés étant en matière de référé-provision le juge de l'évident et de l'incontestable;

Attendu que l'appelant B.) soutient à l'appui de son appel que, puisque que d'une part il se dégage du constat GRASER du 18 décembre 1990 qu'à la date de ce constat l'intimé n'avait encore exécuté aucun des travaux qu'il s'était cependant engagé dans l'article premier de la convention transactionnelle conclue entre parties à exécuter et achever avant le 15 novembre 1990 au plus tard, sous peine d'avoir à payer une somme de 10.000.- francs par jour de retard constaté, et que d'autre part ce constat d'huissier serait "un acte public dont le contenu est présumé exact jusqu'à preuve du contraire, établie par une décision coulée en force de chose jugée et émanant d'une juridiction répressive" et que cette preuve n'est cependant pas rapportée en l'espèce, il s'ensuivrait que la clause pénale inscrite dans l'article premier de la convention susmentionnée trouverait de toute évidence à s'appliquer, de sorte que ce serait à tort que le juge des référés a estimé que la créance invoquée par lui serait sérieusement contestable et qu'il a déclaré sa demande irrecevable;

que l'appelant demande en conséquence à la Cour de réformer l'ordonnance entreprise et de condamner l'intimé à lui payer à titre de provision la somme de 330.000.- francs avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice - 11 janvier 1991- jusqu'à solde;

Attendu que l'intimé conclut dans un ordre principal à voir déclarer l'appel non fondé;

qu'il soutient que la demande de l'appelant et demandeur originaire n'est pas justifiée, tous les travaux visés dans l'article premier de la convention transactionnelle signée entre parties ayant été exécutés;

qu'il fait valoir que le procès-verbal de constat dressé en cause par l'huissier de justice Marc GRASER de Luxembourg ne lui serait pas opposable, étant donné qu'il n'est pas contradictoire pour avoir été dressé en son absence et sans qu'il ait été appelé aux fins

d'assister à son établissement;

Que dans un ordre subsidiaire, c'est-à-dire au cas où il serait décidé que l'appelant a contre lui une créance en vertu de la clause pénale susvisée, l'intimé soutient qu'il faudrait décider que "le point de départ" des effets de cette clause pénale "ne peut pas être le 15 novembre 1990, mais seulement le 24 novembre 1990"; qu'à ce sujet, l'intimé fait valoir que la date du 15 novembre 1990 prévue dans la convention transactionnelle susmentionnée comme date limite pour l'achèvement des travaux visés dans l'article premier de ladite convention devrait être reportée de neuf jours du fait qu'un intervalle pareil sépare la date du 11 septembre 1990 à laquelle l'écrit constatant ladite convention, - après qu'il avait été rédigé par l'avocat de l'appelant et qu'il avait été ensuite signé par lui-même - fut envoyé par l'avocat de l'intimé à celui de l'appelant afin que ce dernier le fasse aussi signer par l'appelant et celle du 20 septembre 1990 à laquelle l'avocat de l'appelant retourna à celui de l'intimé ledit écrit après qu'il avait été signé par l'appelant;

Attendu qu'aux termes de l'article 807, alinéa 2, du code de procédure civile, le juge des référés peut accorder une provision au créancier dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable;

Attendu que par application de ces dispositions légales, il faut admettre que, si l'inexécution d'une obligation assortie d'une clause pénale est patente, le juge des référés peut allouer au créancier à titre de provision le montant de la peine prévue dans la clause pénale (cf. J-Cl. civil, art. 1146 à 1155, fasc. 22, no.101);

Attendu qu'en l'espèce il résulte d'une convention transactionnelle conclue entre parties que dans l'article premier de cette convention l'intimé s'était engagé envers l'appelant dans les termes suivants:

" Le sieur M.) , propriétaire de l'immeuble sis à (...), 101, rue (...) (...) effectuera à ses propres frais les travaux suivants:

- 1) enlèvement de la cheminée située à l'arrière de l'immeuble 101, rue (...),
- 2) enlèvement de toute la construction érigée illégalement derrière la maison 101, rue (...) à l'exception de la salle de bains de la maison M.) , correspondant à une hauteur de rangées de briques au-dessus de l'ancienne construction, située au premier étage,
- 3) remise en état du mur du côté B.) moyennant l'apposition d'une façade.

Ces travaux doivent être achevés jusqu'au 15 novembre 1990 au plus tard sous peine d'une astreinte de 10.000.- francs par jour de retard constaté";

Attendu que ces dernières stipulations contractuelles

contenues dans l'article premier de la convention susmentionnée constituent une clause pénale (cf. J-Cl. civil, art 1146 à 1155, fasc.22, nos 43, 44 et 45; R.P.D.B, vbo obligations, no 842);

Attendu que s'il résulte des pièces versées en cause que la convention transactionnelle conclue entre parties est, comme le fait valoir l'intimé, une convention conclue par correspondance, toujours est-il que cette circonstance n'a de relevance qu'en ce qui concerne la détermination de la date de la passation de la convention en question, mais qu'elle n'est pas susceptible d'avoir pour effet de faire reporter la date prévue dans ladite convention pour l'achèvement des travaux visés dans l'article premier de cette convention d'un nombre de jours égal à celui qui sépare la date du 11 septembre 1990 à laquelle l'écrit constatant ladite convention et alors signé seulement par l'intimé fut envoyé par l'avocat de ce dernier à celui de l'appelant afin qu'il le soumette à la signature de ce dernier et celle du 20 septembre 1990 à laquelle l'avocat de l'appelant retourna à celui de l'intimé ledit écrit après qu'il avait été signé par sa partie;

Attendu qu'il se dégage de tout ce qui précède qu'en vertu des dispositions inscrites dans l'article premier de la convention susvisée, l'intimé était tenu d'exécuter au profit de l'appelant les travaux visés dans l'article premier de ladite convention et qu'il était obligé d'achever ces travaux jusqu'au 15 novembre 1990 au plus tard, sous peine d'avoir à payer à l'appelant -en application de la clause pénale stipulée dans la partie finale dudit article premier- un montant de 10.000.- francs par jour de retard constaté dans l'achèvement des travaux en question;

Attendu qu'il résulte d'autre part d'un procès-verbal de constat dressé à la requête de l'appelant par l'huissier de justice Marc GRASER de Luxembourg en date du 18 décembre 1990 qu'à cette date, il n'avait pas encore été procédé par l'intimé à l'exécution d'aucun des travaux visés dans l'article premier de la convention susmentionnée;

Attendu que s'il appert il est vrai de ce procès-verbal de constat qu'il fut dressé en la seule présence de l'appelant et de son épouse, toujours est-il que c'est vainement que l'intimé se prévaut de ce qu'il n'était pas présent quand ledit procès-verbal de constat fut dressé et de ce qu'il n'avait pas non plus été appelé pour assister à son établissement et qu'il soutient que le procès-verbal de constat en question ne saurait de ce fait être invoqué contre lui;

Attendu qu'il résulte en effet des dispositions inscrites à l'article 9 de la loi du 19 mars 1971 portant organisation du service des huissiers de justice et libellées comme suit:

" Les huissiers de justice peuvent être commis par justice pour effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter; ils peuvent également procéder à des constatations de même nature à la requête de particuliers; dans l'un et l'autre cas, ces constatations font foi jusqu'à preuve du contraire"

que ces dispositions légales ne prescrivent pas que les procès-verbaux de constat qu'elles donnent pouvoir aux huissiers de justice de dresser soient établis contradictoirement, c'est-à-dire en présence de la personne tierce contre laquelle ils sont destinés à être invoqués ou cette personne dûment appelée;

Attendu qu'étant donné qu'en vertu des dispositions légales précitées les procès-verbaux de constat qu'elles visent font foi jusqu'à preuve du contraire, il en suit que le procès-verbal de constat dressé en l'espèce fait foi des constatations matérielles qu'il relate jusqu'à preuve du contraire;

Attendu que cette preuve, laquelle peut être faite par tous moyens de preuve, n'a cependant pas été rapportée par l'intimé, de sorte qu'il est patent qu'à la date du 18 décembre 1990 l'intimé n'avait encore commencé à exécuter aucun des travaux qu'il s'était néanmoins obligé dans l'article premier de la convention transactionnelle signée entre parties à exécuter et achever avant le 15 novembre 1990 au plus tard, sous peine d'avoir à payer à l'appelant un montant de 10.000.- francs par jour de retard constaté;

Attendu qu'il s'ensuit que la condition à laquelle est subordonné le déclenchement de la clause pénale stipulée dans l'article premier de la convention susmentionnée est à l'évidence donnée;

Attendu que le montant de la peine prévue dans cette clause pénale n'a point été critiqué par l'intimé;

Attendu d'autre part que le fait que le juge du fond a en vertu de l'article 1152 du code civil la faculté de réduire le montant de la clause susvisée ne suffit pas à rendre contestable la créance que l'appelant tient de ladite clause contre l'intimé (cf. J.Cl. civil art. 1146 à 1155, fasc. 22, no 101);

Attendu qu'il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'obligation de l'intimé au paiement de la somme qui lui est réclamée, paraît non sérieusement contestable, de sorte que par réformation de l'ordonnance entreprise, il y a lieu de déclarer la demande de l'appelant et demandeur originaire recevable et fondée;

Attendu que l'appel est dès lors fondé;

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel; au fond, le dit justifié et, réformant:

condamne M.) à payer à B.) à titre de provision la somme de TROIS CENT TRENTE MILLE FRANCS (330.000.-), avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde;

condamne l'intimé aux frais des deux instances.