



Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

2 - 2009
Paraît 10 fois par an

Droit civil

Cour d'appel
19 Mars 2008

Droit de la construction – Immeuble en copropriété – Réception tacite par la nomination d'un syndic (non) – Réception tacite de l'ensemble de l'immeuble par la réception de différents appartements par les copropriétaires individuels (non) – Application du bref délai de l'article 1648 du Code civil en matière de vente en état futur d'achèvement (non)

La société appelante critique d'abord les juges de première instance pour ne pas avoir accueilli son moyen tiré de la forclusion à agir dans le chef du syndicat des copropriétaires de la Résidence. Elle allègue que «les propriétaires ont habité l'immeuble litigieux dès 1999, puisque la constitution du syndic date du 26 novembre 1999, de sorte que la demande est tardive au sens de l'article 1648 du Code civil».

La partie intimée conclut au rejet de ce moyen, renvoie à la motivation de la décision de première instance et insiste sur le fait qu'il n'y aurait jamais eu de réception de l'ouvrage de sorte qu'elle serait en droit d'agir pendant trente ans.

La partie appelante reste en défaut de démontrer la réception invoquée de la construction. Le seul fait qu'il puisse y avoir eu nomination d'un syndic à la date du 26 novembre 1999 est trop équivoque pour impliquer une prise de possession valant

réception tacite de l'ouvrage. La pièce intitulée «Convention réception» et relative d'ailleurs à la seule réception par X. et Y. de l'appartement par eux acheté dans cette résidence ne saurait, abstraction faite de son contenu équivoque, étayer les affirmations de la société à responsabilité limitée A. quant à une réception de l'ouvrage dans son intégralité, pourtant nécessaire en l'espèce. Cette observation s'ajoute à la considération que la pièce afférente figure uniquement dans la chemise contenant la procédure de la société à responsabilité limitée A. remise à la Cour d'appel lors de la prise en délibéré de l'affaire.

Par ailleurs, le bref délai de l'article 1648 du Code civil serait inapplicable en l'occurrence, même à admettre qu'il y ait eu réception de l'ouvrage.

Il est en effet évident – et les développements afférents des juges de première instance n'ont d'ailleurs été ni contestés ni contredits –, qu'il y a eu, pour la construction de l'immeuble à caractère résidentiel visé, conclusion de contrats de vente en l'état futur d'achèvement et que la partie intimée se plaint de troubles dont elle attribue l'origine au constructeur.

L'article 1648 du Code civil ne concerne cependant pas les vices cachés nés à l'occasion d'un contrat de vente en l'état futur d'achèvement.

Cour d'appel – 19.03.2008 – 2^e Chambre – Arrêt civil – N° 32072 du rôle



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

Comité de rédaction: Marc THEWES, Pierre REUTER, Albert MORO, Pierre SCHLEIMER, Claudine ERPELDING, Steve JACOBY, Pierre BEISSEL, Anne LAMBE, Steve HELMINGER, Marc ELVINGER et Alex ENGEL (membres) – Emmanuel SERVAIS (secrétaire)

Cour d'appel
16 Avril 2008

**Compromis de vente – Clause résolutoire –
Défaut d'informer le vendeur de l'obtention du
prêt – Sans conséquence à défaut de
stipulation contractuelle contraire**

Les appelants font valoir que A. avait un délai de 8 semaines jusqu'au 4 décembre 2002 pour obtenir un crédit auprès de la [banque]. Or, elle ne les aurait à aucun moment tenus au courant de ses démarches et comme ils seraient restés sans nouvelle dans le délai convenu, ils auraient vendu l'immeuble à un tiers en date du 10 janvier 2003. Ils auraient dû considérer, compte tenu de ce silence prolongé, que le compromis aurait été nul et non avenu.

(...)

A. soutient avoir rempli cette condition étant donné que le prêt aurait été accordé définitivement en date du 15 novembre. Elle n'aurait pas eu besoin d'en avertir les époux B., le compromis ne mettant pas pareille obligation à sa charge.

(...)

Les parties ont prévu dans leur compromis de vente du 9 octobre 2002 que «le présent contrat est nul

- Si la [banque] n'accorde pas un crédit à l'acquéreur endéans les 8 semaines,
- Si la commune de (...) refuse la construction d'un immeuble de 10 appartements,
- Si la commune n'autorise pas la partie acquéreuse de déplacer le canal de façon à construire un bâtiment d'une largeur de 21 mètres.

Toutefois la partie acquéreuse se réserve le droit de renoncer aux clauses suspensives des points 2 et 3».

(...)

En effet, un tel devoir d'information n'a pas été mis à charge de l'intimée dans le compromis et l'obligation de loyauté à laquelle tout contractant est soumis aurait dû les inciter à s'informer auprès d'A. avant de contracter avec un tiers.

Cour d'appel – 16.04.2008 – 7^e Chambre –
Arrêt civil – N° 31998 du rôle

Droit patrimonial

Cour de Cassation
20 Mars 2008

**Régimes matrimoniaux – Epoux séparés de
biens – Dépenses faites dans l'intérêt d'un
bien indivisaire – Application des règles de
l'indivision (non) – Contribution aux charges
du mariage (oui)**

L'article 214 du Code civil diffère de l'article

815-13 du même Code en ce que les dépenses faites dans l'intérêt d'un bien indivisaire entre époux séparés de biens rangent parmi la contribution aux charges du mariage en proportion des facultés respectives et ne sont ainsi pas susceptibles de prise en compte au sens des règles du partage.

Cour de Cassation – 20.03.2008 – Arrêt civil
n° 15/08 – N° 2488 du registre

Divorce et séparation de corps

Cour d'appel
26 Novembre 2008

Liquidation de la communauté – Compétence – Tribunal d'arrondissement ayant prononcé le divorce (non)

Faisant valoir que son épouse divorcée A. aurait récupéré de l'administration des contributions la somme de 1.672,22 € relative à l'impôt sur le revenu de l'exercice de l'année 2001, année lors de laquelle les parties vivaient encore ensemble, B. saisit le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour se voir allouer la moitié en argumentant que ladite créance aurait trait à la liquidation de la communauté de biens ayant existé entre époux suite à la dissolution de leur mariage. Les parties ont été divorcées par consentement mutuel, le 17 octobre 2002.

(...)

La question qui se pose est donc celle de savoir, si, nonobstant le montant de la demande qui est du ressort du Tribunal de paix, le Tribunal d'arrondissement est compétent en raison du fait qu'il s'agit d'un point de liquidation de la communauté de biens d'époux divorcés, point qui en l'occurrence n'avait pas été prévu par la convention de divorce par consentement mutuel.

En l'occurrence, le divorce des parties a été prononcé sur le fondement de l'article 1775 du Code civil portugais.

(...)

En cas de divorce pour faute, aucune disposition légale n'impose à la juridiction saisie de la demande en divorce de statuer sur la liquidation dès lors qu'il est loisible à des époux divorcés de rester en indivision. Cette indivision sera réglée en droit luxembourgeois non pas par les dispositions relatives à la communauté – la communauté est dissoute au vœu de l'article 1441 du Code civil par le divorce – mais par les articles 815 et ss.

Peu importe donc qu'il s'agisse d'un divorce par consentement mutuel ou d'un divorce pour faute, le Tribunal ne statuera pas, sauf demande des parties, sur la liquidation. Il en suit que la liquidation n'est pas nécessairement liée au prononcé du divorce, ni qu'elle devra se faire par les juges ayant connu du divorce.

(...)

Il en suit qu'en cas de demande de liquidation après le prononcé du divorce, les parties procéderont par nouvelle assignation qui sera portée soit devant le Tribunal de paix, soit devant le Tribunal d'arrondissement, le montant de la demande, partant la valeur du litige, déterminant la compétence de la juridiction saisie.

Cour d'appel – 26.11.2008 – 1^{re} Chambre – Arrêt civil – N° 33018 du rôle

Droit du bail

Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
10 Octobre 2008

Obligation de délivrance du bailleur – Résidence pour personnes âgées – Services accessoires – Accessoires de la chose donnée en location (oui) – Possibilités d'exonération du bailleur (oui) – Incidence du retard de délivrance – Manquement justifiant la

résiliation du bail par le locataire (non) – Allocation de dommages et intérêts équivalant au prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation

Conformément à l'article 1719, 1° du Code civil, le bailleur est obligé de délivrer au preneur la chose louée.

La délivrance comprend, outre l'objet principal,

l'ensemble des accessoires stipulés au contrat de bail.

Aux termes du contrat de bail conclu entre parties, il est stipulé que: «Die Residenz Seniors X. ist vom Konzept her eine Wohngemeinschaft die exklusiv auf ältere Menschen ausgerichtet wurde. Aus diesem Grund wird sie von Menschen über 55 Jahre bewohnt. Sie bietet diesen u.a. ein Restaurant, einen Waschsalon, Gemeinschaftsraum, sowie aus Sicherheitsgründen einen Pförtner und eine Direktorin, die sich beide um das Wohlbefinden der Bewohner bemühen und für deren Unterhaltung durch ein reichhaltiges Freizeitangebot sorgen».

Contrairement aux conclusions de A., cette clause fait partie intégrante du contrat de bail et lie dès lors le bailleur. Il est, en effet, indifférent que cette clause figure en début du contrat de bail ou sous la rubrique «Gegenstand», ce d'autant plus qu'il est encore stipulé que «Die Miete trägt diesen Gegebenheiten Rechnung».

Il s'ensuit que A. est personnellement tenue à la délivrance de l'ensemble des services accessoires stipulés.

Il est, en conséquence, encore indifférent de savoir si les services en question sont en pratique assurés par le bailleur ou par un tiers, s'ils ont réellement été utilisés par la locataire ou encore que sa lettre de résiliation n'en fait pas état.

Il résulte d'une note du conseil d'administration de la résidence X. du 1^{er} janvier 2008 que le restaurant ne fonctionne que depuis le 11 juin 2007.

Il résulte encore d'une note adressée le 2 mai 2007 aux pensionnaires de la résidence X. ainsi que des déclarations concordantes des parties, qu'en début de bail, le service buanderie n'a pas été opérationnel, et de l'attestation testimoniale versée par B., que la salle de réunion n'était pas encore aménagée.

Il s'ensuit que A. a failli à son obligation de délivrance telle que stipulée au contrat de bail.

(...)

L'obligation de délivrance imposée au bailleur

par la loi n'étant pas de l'essence du contrat de louage, le bailleur peut s'en exonérer par des clauses expresses.

L'exonération du bailleur peut résulter également de la volonté tacite, mais certaine des parties (cf. Les Nouvelles, Le louage de choses, Larcier, 2000, n° 578).

En l'espèce, il n'est pas contesté que B. ait visité les lieux avant de s'engager. Il n'en reste pas moins que lors de la signature du bail, la clause précitée relative aux services accessoires a été maintenue et que le bail a été signé près d'un mois et demi avant la date de prise d'effet, de sorte qu'aucune volonté certaine de dispenser A. de son obligation de délivrance des services accessoires, en voie de finition, ne saurait être retenue dans le chef de B.

(...)

Conformément aux conclusions de B., la faute du bailleur, qui omet de délivrer au moment convenu, implique, par elle-même, la responsabilité du débiteur et la mise en demeure de plein droit (cf. Les Nouvelles, *op. cit.*, n° 585).

Le retard mis à délivrer le bien au preneur peut être sanctionné par la résolution du bail, avec dommages et intérêts, ou simplement par la réparation du préjudice causé, suivant le cas (*ibidem*).

Si le retard n'est pas important, ou n'est pas de nature à causer au preneur un préjudice considérable, le juge peut se borner à allouer des dommages et intérêts et refuser de prononcer la résolution (*ibidem*).

Il est constant que le restaurant a fonctionné dix jours après la prise d'effet du bail, que B. dispose d'une machine à laver et d'un sèche-linge propres, et surtout qu'elle a accepté de prendre en location un appartement dans la même résidence, partant doté uniquement des mêmes services, une quinzaine de jours après la résiliation du bail avec A., de sorte qu'elle n'établit pas l'existence d'un préjudice considérable du fait de la non-délivrance ou de la délivrance tardive des services accessoires proposés de nature à justifier une résiliation anticipative du bail.

La résiliation unilatérale du contrat de bail par B. le 6 juillet 2007 est dès lors fautive.

En vertu de l'article 1760 du Code civil, en cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la rélocation.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 10.10.2008 – 3^e Chambre – Jugement bail à loyer n° 204/2008 – N° 115937 du rôle

Justice de paix de Luxembourg
17 Novembre 2008

Bail d'habitation – Résiliation du bail pour besoin personnel – Demande de prolongation du délai de résiliation – Nécessité de démarches utiles et étendues en vue de la recherche d'un nouveau logement (Appréciation)

Les acquéreurs s'opposent à la demande en prolongation du délai en soutenant que les locataires n'ont pas fait de démarches utiles et nécessaires en vue de la recherche d'un nouveau logement.

En l'espèce, les locataires se limitent à verser

un certificat de la Ville de Luxembourg pour démontrer qu'ils sont inscrits auprès du service logement de la Ville en vue de l'obtention d'un logement social. Ce certificat date du 23 mai 2008 (ndlr. le bail a été résilié le 28 avril avec effet au 28 octobre 2008). Or le fait de s'être inscrits auprès d'un seul service social sans avoir fait d'autres démarches pendant des mois pour trouver un nouveau logement n'est pas de nature à remplir la condition posée par la loi, à savoir d'avoir fait des démarches utiles et étendues en vue d'un nouveau logement.

Justice de paix de Luxembourg – 17.11.2008 – Jugement bail à loyer – Rép. fisc. n° 3744/08

Droit commercial

Cour d'appel
14 Novembre 2007

Concurrence déloyale – Parasitisme – Reprise systématique par un journal des annonces familiales insérées dans un autre journal – Acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale (oui)

Est défini comme parasitisme économique l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de son savoir-faire, fruit d'un effort intellectuel et d'investissements.

Le critère déterminant du parasitisme économique est une reprise plagiaire se nourrissant de la substance et de la forme de l'œuvre de la victime, ce qui revient à s'immiscer dans son sillage.

Le parasitisme économique se matérialise par l'imitation des idées ou du travail d'autrui sans

rien dépenser.

De tels agissements permettent à l'entreprise parasite de faire l'économie de frais financiers et intellectuels pour la commercialisation de ses produits.

Le parasitisme implique donc la volonté de se placer dans le sillage de la renommée d'autrui et de profiter des retombées de celle-ci.

Il permet d'assurer la protection de celui qui ne peut pas se prévaloir d'un droit privatif.

S'approprier sans dépenses le travail et les investissements d'autrui constitue un acte qui fausse le jeu normal du marché, rompt l'équilibre entre les divers intervenants et provoque ainsi un trouble commercial (J.-Cl., Philippe le TOURNEAU, Notion de parasitisme, Régime juridique, fasc. nos 227 à 228 et les nombreuses références y citées; Philippe le TOURNEAU, Le parasitisme dans tous ses états, D. 1993, Chronique, p. 310; Aurélie du

CREST, La publicité comparative, Semaine Juridique, II, 10163).

Un tel acte est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

(...)

Même si la société A. ne rédige pas elle-même les annonces familiales et même si les éléments de celles-ci lui sont fournis par les annonceurs, il n'en demeure pas moins qu'elle a fait œuvre en mettant en place une publication, au taux de pénétration élevé, capable d'attirer un nombre important d'annonces familiales, et renommée pour ses pages d'annonces familiales.

Il va sans dire que cette œuvre, qui est une œuvre de longue haleine, n'a pas pu se faire et ne peut actuellement se faire sans d'importants efforts intellectuels et financiers.

Le parasitisme économique n'exige pas de copiage servile de l'œuvre de la victime. Il y a parasitisme du moment que transparait clairement chez celui qui parasite l'origine de l'œuvre parasitée. Le parasitisme peut donc s'opérer non seulement par copiage servile, mais aussi par simple copiage, par imitation, par plagiat et par reprise, comme en l'espèce, de données essentielles.

Il est exact, comme l'explique la société A., que la publicité légale des actes de l'état civil ne permet pas à la société B. d'avoir à sa disposition les données nécessaires pour étoffer ses annonces familiales.

La possibilité pour la société B. de publier dans un délai socialement utile un nombre important d'annonces familiales ne s'explique que par l'existence des annonces familiales du journal [édité par la société A.].

(...)

Parce que l'importance qu'une partie du lectorat d'un journal attache aux annonces familiales n'a pas pu échapper à la société B., il ne peut faire de doute que la société B., en étoffant ses maigres annonces familiales à l'aide des annonces familiales du journal édité par la société A., a essentiellement visé à

drainer une partie du lectorat du journal (...), notamment celle exclusivement ou principalement intéressée par les annonces familiales.

Il est sans intérêt de savoir que la société B. a procédé à des investissements, voire à des investissements importants en ce qui concerne son service des annonces familiales. Force est en effet de constater que la société B. reprend les données essentielles du journal concurrent sans bourse délier pour ces données.

Il ressort des développements qui précèdent que la société B., en reprenant, sans bourse délier, les données essentielles des annonces familiales, importantes en nombre, du journal de la société A., a voulu se placer dans le sillage de la renommée de la société A., connue et appréciée pour ses pages d'annonces familiales, et a voulu profiter des retombées de cette renommée.

Ce faisant, la société B. a, par un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, tenté d'enlever à la société A. une partie de sa clientèle.

Un tel acte constitue un acte de concurrence déloyale.

Il convient de constater que la société B., pour justifier sa façon d'agir, ne peut pas se prévaloir de la défense du droit à l'information.

En effet, l'information a été faite par les annonceurs eux-mêmes, ceux-ci sont en premier lieu juges de l'étendue de la publicité qu'ils entendent donner à des informations qui relèvent de la vie privée et le droit à l'information ne peut être assuré par le recours à des actes contraires à des actes honnêtes en matière commerciale.

Cour d'appel – 14.11.2007 – 4^e Chambre – Arrêt concurrence déloyale – N° 32297 du rôle

Remarque: Le pourvoi en cassation dirigé contre cet arrêt a été déclaré non fondé par un arrêt de la Cour de cassation du 15.1.2009, n° 2/09, n° 2580 du registre.

Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
9 Octobre 2008

Contrat stipulé résiliable à tout moment sous condition du respect d'un préavis – Résiliation pouvant être abusive en dépit du respect du préavis – Prise en compte des circonstances entourant la rupture du contrat

Selon les termes du contrat, il est résiliable à tout moment sous condition qu'un préavis de 3 mois soit respecté. (...)

Si le respect du délai de préavis prévu au contrat met en principe le résiliant à l'abri de toute critique, il ne lui assure cependant pas immunité et les tribunaux peuvent prendre en compte les circonstances qui entourent la rupture pour relever un abus, même en cas de respect du préavis.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 9.10.2008 – 6^e Chambre – Jugement commercial VI N° 940/08 – N° 112710 du rôle

Droit des sociétés

Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
24 Octobre 2008

Responsabilité de l'administrateur de sociétés sur la base de l'article 1382 du Code civil – Faute détachable des fonctions de dirigeant

Le fait que les administrateurs soient soumis, du fait de leurs fonctions, à des responsabilités particulières, ne les soustrait pas à l'application de l'article 1382 du Code civil qui oblige toute personne, qui par sa faute cause un dommage à autrui, à réparer ce dommage.

Les administrateurs commettent une faute «aquilienne» lorsqu'ils ont un comportement que n'aurait pas eu un chef d'entreprise normalement prudent et diligent.

La catégorie des fautes aquilienes est extrêmement large puisqu'on y trouve tous les comportements fautifs qui, sans constituer une violation du code des sociétés ou des statuts, dépassent la notion de «simple faute de gestion».

Le principe reste toutefois que la responsabilité aquilienne des administrateurs ne peut être engagée que si leur comportement peut être jugé fautif, indépendamment de leur position de mandataires de la société: ils ne sont donc responsables à l'égard des tiers des fautes commises dans la gestion de la société que dans la mesure où un commerçant pourrait être jugé fautif s'il agissait de la sorte dans la gestion de ses propres affaires (cf.

Responsabilité des dirigeants de sociétés, 2^e édition, Larcier 2004, p. 121 et suivantes).

De même, la doctrine française retient que l'immunité dont bénéficie le dirigeant à l'égard des tiers trouve sa limite dans la notion de faute détachable, séparable des fonctions de dirigeant.

Elle recouvre les hypothèses dans lesquelles le dirigeant a agi en dehors du cadre normal de ses attributions: l'acte du dirigeant ne peut dès lors être rattaché à l'activité de la société.

Par un arrêt du 20 mai 2003, la Cour de Cassation française a indiqué que la faute détachable ou séparable des fonctions «est une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales» (Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, D. 2003.2623, note B. Dondero ; JCP. Ed. E., 2003, n° 1398).

En l'espèce, bien que la société A. recherche la responsabilité personnelle de B., elle n'invoque à l'appui de sa demande que des actes commis par cette dernière en sa qualité d'administrateur de la société C. et reste ainsi en défaut de rapporter la preuve de fautes d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales exercées par la partie défenderesse.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 24.10.2008 – 2^e Chambre – Jugement commercial II N° 1309/08 – Nos 84529 et 106650 du rôle

Droit administratif

Cour administrative
11 Novembre 2008

(1) Sanctions disciplinaires administratives – Article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) – Notions de «contestations sur des droits et obligations de caractère civil» et d'«accusation en matière pénale» ayant une signification autonome – Exclusion de principe des litiges administratifs concernant les agents exerçant des prérogatives de puissance publique – Absence de prérogatives de puissance publique dans le chef d'un agent affecté au tri postal – Révocation de l'agent constituant une sanction affectant son patrimoine et partant son droit civil de propriété – Applicabilité de l'article 6 de la CEDH (oui)

(2) Appréciation du délai raisonnable – Point de départ: notification des reproches déclenchant la procédure disciplinaire – Nécessité d'attendre la fin de la procédure pénale en cas d'aveux de l'agent (non)

(3) Conséquence du dépassement du délai raisonnable – Abaissement de la sanction disciplinaire

(1) Concernant l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950 et approuvée par une loi du 29 août 1953, relatif au droit à un procès équitable, à la matière administrative dont relève le droit de la fonction publique et plus particulièrement la matière des sanctions disciplinaires administratives, les «contestations sur les droits et obligations de caractère civil» et le «bien-fondé de toute accusation en matière pénale» ne correspondent pas aux distinctions nationales entre droit privé et droit public ou encore entre droit civil, pénal et administratif, mais revêtent une signification autonome. Dans le contentieux de la fonction publique, seuls sont exceptés de l'applicabilité de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention comme relevant exclusivement de la sphère du droit administratif les litiges concernant les agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration

publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques (v. Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre 8 décembre 1999, *Pellegrin*, Rec. 1999-VIII, paragraphe 66).

L'exercice de fonctions dans un centre de tri postal n'implique pas la participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique. S'il est bien vrai que le secret des lettres est garanti par la Constitution et que sa violation est sanctionnée par la loi pénale, le service postal ne constitue pas un service public relevant d'un monopole étatique dès lors qu'il se trouve en partie confié à des entreprises du secteur privé.

Il s'ensuit que les litiges relatifs à la discipline des agents de l'Entreprise des P&T ne sont pas *a priori* exclus de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il reste à examiner si, concrètement en l'espèce, le juge administratif est appelé à trancher une contestation sur les droits et obligations de caractère civil ou le bien-fondé d'une accusation en matière pénale.

Dans la mesure où la sanction disciplinaire de la révocation, qui fait perdre à l'agent son emploi et le prive de ses droits à la pension, a un effet sur le patrimoine de l'agent, il affecte le droit civil de la propriété. Le litige qui aboutit à la peine disciplinaire de la révocation relève partant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(2) Concernant la problématique du délai raisonnable, il est bien vrai qu'en matière civile, ce délai commence en principe à courir à partir de la saisine de la juridiction appelée à trancher le litige entre deux parties. Encore que des poursuites disciplinaires dans la fonction publique ne constituent pas une accusation en matière pénale en ce qu'en cette matière, la procédure disciplinaire ne saurait aboutir à une peine privative de liberté ou similaire, cette procédure se rapproche pourtant de la procédure pénale de sorte que

le point de départ du délai à examiner n'est pas constitué par l'introduction du recours juridictionnel contre la décision disciplinaire administrative, mais par la notification du reproche qui déclenche la procédure disciplinaire susceptible d'aboutir à une sanction.

Pour l'appréciation de la durée du délai raisonnable, il faut donc prendre en compte la durée qui s'est écoulée entre la date de notification des reproches qui a déclenché la procédure disciplinaire et la décision juridictionnelle définitive statuant sur le recours introduit contre la sanction disciplinaire prononcée.

(...)

La Cour rejoint le tribunal en ce qu'il a retenu que s'il peut paraître prudent d'attendre l'issue d'une affaire pénale parallèle, portant sur les mêmes faits, tel n'est plus le cas lorsque les faits susceptibles d'être sanctionnés de manière disciplinaire sont avérés de manière incontestable. Or, en l'espèce, devant les aveux de Monsieur X., l'entreprise des P&T aurait pu continuer la procédure disciplinaire sans attendre le résultat de l'instruction pénale, de sorte que le délai entre le début de l'instruction pénale, le 2 juillet 2003, clôturée deux mois plus tard, et le prononcé de la sanction disciplinaire le 29 juin 2006, soit presque trois ans après le début de l'instruction qui s'est essentiellement

caractérisée par des aveux de l'agent, témoigne d'un dépassement du délai raisonnable.

(3) C'est à bon droit que l'appelant critique la position du tribunal administratif qui, après avoir retenu le dépassement du délai raisonnable, n'en a tiré aucune conséquence concrète, et estime que les désagréments qu'il a éprouvés par ce dépassement doivent être compensés par un allègement de la peine prononcée contre lui.

La Cour entend suivre la jurisprudence constante des juridictions judiciaires en la matière qui décident que le dépassement considérable du délai raisonnable doit entraîner un allègement des peines (v. Cour d'appel, chambre criminelle, 28 mai 2008, n° 15/2008).

Pour la fixation de la sanction disciplinaire à appliquer à A., il y a lieu de tenir compte du dépassement du délai raisonnable par l'abaissement de la sanction disciplinaire d'un degré suivant la gradation des sanctions disciplinaires telles qu'elles se dégagent de l'article 47 de la loi modifiée du 16 avril 1979, précitée, de sorte qu'il y a lieu de prononcer la sanction disciplinaire de la mise à la retraite d'office de A.

Cour administrative - 11.11.2008 - N° 24324C du rôle

Cour administrative
11 Novembre 2008

**Procédure administrative contentieuse -
Procédure d'appel - Simple référence aux
conclusions de première instance - Prise en
compte par la Cour administrative (non)**

Relativement à la question des moyens dont la Cour est amenée à prendre connaissance, il y a lieu de retenir que, tout comme la Cour n'est pas amenée à prendre position par rapport aux moyens qui ne figurent pas dans la requête d'appel, elle ne sera pas tenue de répondre aux conclusions de première instance auxquelles se réfèrent simplement les conclusions d'appel (cf. Encyclopédie Dalloz, V° Appel, n° 653), de même que la

juridiction saisie n'est pas non plus tenue de répondre aux conclusions de première instance auxquelles se réfèrent simplement les mémoires en instance d'appel subséquents (cf. Cour adm., 28 juin 2005, n° 19533C, Pas. adm. 2006, V° Procédure contentieuse, n° 570, p. 774; Cour adm., 6 avril 2006, n° 20736C; Cour adm., 11 mai 2006, n° 20937C; Cour adm., 28 février 2008, n° 23349C).

L'appel étant nécessairement dirigé contre un jugement, les conclusions de première instance prises à l'encontre de la décision administrative déférée au fond ne sauraient valoir *ipso facto* et *ipso jure*, par référence, comme moyens d'appel, étant donné que par essence elles ne sont pas formulées par

rapport au jugement de première instance non encore intervenu au moment où elles ont été prises (Cour adm., 6 avril 2006; 11 mai 2006; 28 février 2008, précités).

Il s'ensuit que dans l'analyse des moyens, la Cour ne sera point amenée à tenir compte des moyens de première instance simplement repris par référence dans un mémoire d'appel,

dans la mesure où ils ne sont pas articulés par rapport au jugement dont appel et ne tendent point à en obtenir la réformation, sinon, le cas échéant, l'annulation.

Cour administrative - 11.11.2008 - N° 24169C du rôle

Cour administrative
20 Novembre 2008

(1) Fonction publique - Maladie du fonctionnaire - Obligation d'informer d'urgence son supérieur hiérarchique ou son remplaçant - Régularité de l'information d'un collègue de travail (non)

(2) Maladie dont la guérison ne nécessite ni sortie en plein air, ni consultation d'un médecin ou traitement médical ou hospitalier - Autorisation de s'absenter du domicile (non) - Sanction disciplinaire (oui)

(1) Au fond, A. reproche aux premiers juges de s'être livrés à une interprétation trop restrictive de l'article 17, alinéa 1^{er} du règlement grand-ducal modifié du 22 août 1985 fixant le régime des congés des fonctionnaires et employés de l'Etat, aux termes duquel l'agent empêché d'exercer ses fonctions par suite de maladie ou d'accident doit en informer d'urgence son supérieur hiérarchique et solliciter un congé pour raisons de santé. Il expose que ce congé est accordé sans production d'un certificat médical pour une période de trois jours de service consécutifs au plus.

(...)

Il souligne qu'il avait réussi le premier jour de sa maladie à joindre un collègue de travail auquel il avait demandé d'informer son supérieur hiérarchique de son empêchement, ce que ce collègue aurait effectivement fait. Il estime que cette démarche satisfait aux exigences légales, de sorte que ce serait à tort qu'il lui est reproché de ne pas avoir informé à temps son supérieur hiérarchique de son incapacité de travail.

C'est pourtant à raison et pour des motifs que

la Cour adopte que le tribunal a retenu qu'en cas d'incapacité de travail, le fonctionnaire doit en informer son supérieur hiérarchique et solliciter un congé pour raisons de santé. Si ce dernier est absent ou empêché, le fonctionnaire ne saurait s'adresser à un collègue de travail de son choix pour l'informer de sa maladie sans par ailleurs requérir l'autorisation de s'absenter, mais la compétence en revient dès lors au remplaçant du supérieur hiérarchique. C'est à tort, dans ce contexte, que l'appelant se réfère à des pratiques dans différentes administrations devant l'instruction formelle du directeur de l'administration des Contributions qui souligne que tout agent absent de son service a le devoir d'en informer obligatoirement son supérieur hiérarchique ou le remplaçant de ce dernier. S'il est vrai que, dans des circonstances d'accident ou de gravité exceptionnelle de la maladie du fonctionnaire, celui-ci peut se trouver dans l'impossibilité matérielle d'avertir son supérieur hiérarchique de son incapacité de travail ou d'entreprendre les démarches appropriées au cas où il ne peut pas joindre son supérieur hiérarchique, en revanche, en cas de maladie n'entraînant pas un tel empêchement, le fonctionnaire se trouvant en incapacité de travail doit activement essayer, par de telles démarches, de joindre son supérieur hiérarchique ou son remplaçant. En l'espèce, il ne se dégage d'aucun élément du dossier que Monsieur A. se soit trouvé dans une telle situation exceptionnelle. Au contraire, au vu de ce qu'il lui était possible de se rendre à l'étranger pour y passer quelques jours récréatifs, sa maladie n'était pas d'une gravité telle qu'elle le dispensait de tenter avec succès de joindre son supérieur hiérarchique.

(2) A. reproche encore aux premiers juges d'avoir estimé que le certificat médical qu'il produisit ne renseignait pas sur un mal dont la

guérison exigeait respectivement la sortie en plein air et quelques jours «en villégiature en Autriche». Il fait exposer qu'il était traité pour des troubles dépressifs et que le certificat qu'il avait produit l'avait autorisé à s'absenter de son domicile pour "changer d'air" et offre en preuve par témoin que lors de la consultation chez son médecin traitant, celui-ci lui avait conseillé de s'oxygéner et de prendre des vacances.

Aux termes de l'article 23 du règlement grand-ducal modifié du 22 août 1985, précité, l'agent mis en congé pour raisons de santé ne s'absentera de son domicile s'il est atteint d'un mal dont la guérison n'exige ni sortie en plein air, ni consultation d'un médecin ou traitement médical ou hospitalier et en vertu de l'article 24, alinéa 1^{er} du même règlement grand-ducal, l'agent qui est convaincu d'avoir enfreint cette disposition s'expose à une peine disciplinaire.

Il se dégage des pièces versées que le certificat médical ayant servi de base au congé de maladie de A. renseigne uniquement que celui-ci était malade, que les sorties étaient autorisées et que la maladie ne nécessitait pas d'hospitalisation, sans mentionner aucune

nécessité thérapeutique justifiant un séjour en montagne. Il se dégage par ailleurs d'un certificat émis le 18 avril 2007 par l'auteur du certificat médical que celui-ci, loin de lui prescrire un séjour thérapeutique en montagne, se bornait à lui conseiller, «à l'issue» de son arrêt de travail, «d'envisager un éventuel changement d'environnement». A. ne saurait tirer de ces écrits un quelconque droit de s'absenter, pendant son congé de maladie, pour se rendre en montagne, le contraire s'en dégageant en effet, le médecin lui ayant conseillé d'envisager un tel déplacement à une époque ultérieure.

Eu égard à cette déclaration sans équivoque du médecin traitant, il y a lieu de rejeter l'offre de preuve par l'audition du même médecin tendant à établir le contraire.

Le jugement est partant également à confirmer en ce qu'il a retenu une faute disciplinaire dans le chef de A. du fait que pendant son congé de maladie, il a passé des vacances en Autriche.

Cour administrative - 20.11.2008 - N° 24430 C du rôle

Droit des médias

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
19 Novembre 2008**

Liberté d'expression et d'information des organes de presse - Droit à la réputation des personnes mises en cause - Balance entre intérêt public, contribution au débat d'intérêt général et protection de la vie privée - Office du juge du fond

Il peut certes y avoir un conflit d'intérêt entre d'un côté la protection de la liberté d'expression et d'information et d'un autre côté celle du droit à la réputation des personnes mises en cause. Il s'agit évidemment de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des organes de presse dans la mesure où le premier devoir d'un journaliste consiste à ne publier que des informations dont il a vérifié l'exactitude afin

de garantir donc un juste équilibre entre le respect dû à autrui et le droit légitime d'information du public; partant il s'agit de trouver un juste équilibre entre la protection de la vie privée, les droits de la personne atteinte par la plume du journaliste et de la liberté d'expression en mettant l'accent sur la nécessité que la publication d'informations, de documents ou de photos dans la presse serve l'intérêt public et apporte une contribution au débat d'intérêt général.

Il ne faut cependant pas perdre de vue non plus que l'exercice de la liberté d'expression et de communication constitue un des fondements essentiels d'une société démocratique et partant le rôle que la presse joue dans une société démocratique est non négligeable. Si la presse ne doit certes pas franchir certaines limites, notamment quant aux droits d'autrui, il lui incombe de

communiquer dans le respect de ses devoirs et responsabilités des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. Donc l'appréciation de l'existence de l'élément intentionnel, c'est-à-dire du dol spécial, est du domaine exclusif du juge du fond dont la marge d'appréciation se trouve ainsi circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de «chien de garde», tout en rappelant que quiconque, y compris un journaliste, exerçant sa liberté d'expression, assume des «devoirs et responsabilités» dont

l'étendue dépend de la situation, du contenu et du procédé technique utilisé.

Il appartient donc en définitive au juge d'arbitrer le conflit entre le droit à l'information et, en l'occurrence, ce «droit» à la dignité dans chaque cas lui soumis.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 19.11.2008 – 13^e Chambre – Jugement n° 3301/2008

Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
12 Mars 2008

Procédure d'appel – Demandes initiales présentées contre deux défendeurs et sur le fondement de causes distinctes – Jugement tranchant le principal de la demande dirigée contre un des défendeurs et instituant une mesure d'instruction en ce qui concerne la demande présentée contre le second – Appel du deuxième défendeur irrecevable

A. conclut à l'irrecevabilité de l'appel interjeté par l'administration communale de B., motif pris de ce que le jugement n'est pas appellable au sens de l'article 579, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, ne tranchant aucune partie du principal pour ce qui concerne la demande dirigée par C. à l'encontre de l'administration communale.

Les articles 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile sont libellés comme suit:

«Art. 579. Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal.

Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance.»

«Art. 580. Les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi.»

Le jugement du 31 mai 2006 tranche en son dispositif le principal de la demande dirigée par C. contre A.

Pour ce qui concerne la demande dirigée par C. contre B., le dispositif du jugement du 31 mai 2006 ne tranche aucune partie du principal, se limitant à instituer, avant tout autre progrès en cause, une mesure d'instruction.

D'une part, pour l'application des articles 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile, il n'y a pas lieu de tenir compte des motifs du jugement, ni des dispositions qui ne sont pas contenues au dispositif du jugement.

L'élément de décision définitive devant trancher une partie du principal doit être formulé de manière formelle et explicite au dispositif du jugement.

D'autre part, l'applicabilité de l'article 579, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile présuppose que la partie du principal qui est tranchée – en tout ou en partie – et la mesure d'instruction ou la mesure provisoire qui est ordonnée aient trait à une même demande.

C'est à tort que B. soutient que le principal

vidé et la mesure d'instruction ordonnée par le jugement du 31 mai 2006 concernant une même demande.

En effet, les demandes dirigées, comme en l'espèce, par un même demandeur, soit C., contre deux défendeurs différents constituent des demandes séparées, dont chacune a ses cause et partie défenderesse distinctes.

Par conséquent, le jugement du 31 mai 2006, qui déboute le demandeur C. de la demande qu'il dirige contre A. et qui ordonne une mesure d'instruction dans le cadre de la demande que C. dirige contre B., ne peut faire l'objet d'un appel de la part de cette dernière (cf. Thierry HOSCHEIT, La recevabilité des appels immédiats dirigés contre les «jugements intermédiaires», n° 43, dans Bulletin du Cercle François Laurent 2001, Bulletin IV; C.A. 12 mai 1998, numéro 18953 du rôle).

Cour d'appel – 12.03.2008 – 7^e Chambre – Arrêt civil – N° 31848 du rôle

Note: L'arrêt rapporté permet utilement de rappeler quelques notions de base de recevabilité de l'appel et de la stratégie du contentieux.

En l'espèce, un cycliste avait été victime d'une chute, ce qui donna lieu à une série de trois exploits d'assignation: par un premier exploit, la victime assigne en responsabilité la commune sur le territoire de laquelle la chute a eu lieu (son organisme de sécurité sociale est mis en cause); par un deuxième exploit, la commune met en intervention son assureur en responsabilité civile pour se voir tenir quitte et indemne de toute condamnation; par un troisième exploit finalement, la victime assigne encore l'Etat en responsabilité.

En l'état de ces actes et des conclusions subséquentes, le tribunal d'arrondissement rend un jugement au terme duquel l'action de la victime contre l'Etat est rejetée, tandis que des enquêtes sont ordonnées, avant tout autre progrès en cause, à la demande de la commune, dans le cadre de l'action de la victime dirigée contre la commune. Les développements de l'arrêt permettent de retenir que ces enquêtes sont destinées à permettre à la commune de s'exonérer par la preuve de la force majeure ou de la faute de la victime d'une présomption de responsabilité pesant sur elle.

La commune interjette appel contre ce jugement en intimant la victime, l'organisme de sécurité sociale, son propre assureur et l'Etat. Ce dernier

soulève l'irrecevabilité de l'appel pour violation des articles 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile qui prohibent les appels immédiats contre les jugements qui ne tranchent rien au principal.

a) Par un raisonnement qui nous paraît sous ce rapport tout à fait cohérent et logique, la Cour d'appel accueille ce moyen en affirmant qu'il doit être examiné séparément pour chaque demande introduite et en retenant, après avoir décortiqué les liens d'instance qui existaient en 1^{re} instance, qu'il existait essentiellement deux demandes, à savoir celle dirigée par la victime contre la commune et celle dirigée par la victime contre l'Etat. Or, s'il est évident que la demande dirigée par la victime contre l'Etat est tranchée au fond (par le rejet de toutes prétentions) et aurait été appellable, il est tout aussi évident que la demande dirigée par la victime contre la commune, n'étant sous aucun rapport tranchée au fond (les enquêtes sont ordonnées «avant tout autre progrès en cause») et se bornant à ordonner une mesure d'instruction, n'est donc pas appellable.

b) La configuration des liens d'instance donne cependant lieu à d'autres remarques encore:

- en principe, l'appel n'est ouvert qu'à l'égard des parties contre lesquelles l'appelant avait conclu en 1^{re} instance. Or, à aucun moment, la commune ne semble avoir conclu à l'encontre de l'Etat ou de son propre assureur. Son appel aurait donc pu être déclaré irrecevable également sur cette base;
- en principe, l'appel n'est ouvert que pour autant que l'appelant soit lésé par la décision de 1^{re} instance. Or, la commune ne semble en rien affectée dans ses droits, ni par rapport à la victime, ni par rapport à l'Etat, par le jugement ordonnant «avant tout autre progrès en cause» des enquêtes. Son appel aurait donc aussi pu être déclaré irrecevable sur cette base;
- en principe, les parties au litige ne peuvent soulever que les moyens de défense qui leur sont propres. Or, l'Etat a invoqué les articles 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile en se référant expressément au fait que le jugement de 1^{re} instance ne tranche rien au principal dans le litige entre la victime et la commune. Le moyen soulevé par l'Etat, étranger à son propre lien d'instance, aurait donc pu être déclaré irrecevable dans son chef. Faut-il y voir une consécration du caractère d'ordre public de la prohibition des appels immédiats en dehors des prévisions des articles cités?

c) Au-delà de ces aspects de pure procédure,

l'espèce rapportée permet de jeter un regard sur la stratégie du contentieux en relevant la distinction qu'il faut faire entre une attitude purement passive, telle que celle adoptée en l'espèce par la commune qui s'est bornée à se défendre contre la demande qui était dirigée contre elle en invoquant des causes d'exonération (d'après les termes de l'arrêt, le cas de force majeure et la faute de la victime, à l'exclusion de la faute d'un tiers), et une attitude active, qui aurait consisté en l'espèce à diriger une action en garantie contre l'Etat en créant de la sorte un lien d'instance également entre les deux parties défenderesses au principal. Si, dans une telle constellation, le tribunal avait écarté tout partage de responsabilités entre la commune et l'Etat en raison de l'absence de toute responsabilité dans le chef de ce dernier, la commune aurait eu toutes les cartes en main pour faire vérifier le fond de cette question par la Cour d'appel. En l'état actuel du dossier, la commune doit se borner à faire valoir dans ses relations avec la victime ses moyens d'exonération.

d) Dans cette constellation, il n'y a pas de risque de contrariété de jugements qui devrait conduire à déclarer l'appel de la commune recevable pour pouvoir maintenir l'Etat en tant que partie dans les suites de la procédure.

Dans la mesure où les moyens d'exonération sont limités au cas de force majeure et à la faute de la victime, à l'exclusion de la faute d'un tiers, *i.e.* plus précisément de l'Etat, il n'y a en effet pas de risque de contrariété de jugement entre celui intervenu, écartant toute responsabilité de l'Etat, et celui à intervenir qui admettrait le cas échéant une cause exonératoire extérieure à la sphère de l'Etat.

Si la commune devait amplifier ses moyens exonérateurs pour les faire porter également sur la faute du tiers, il n'y aurait pas pour autant risque de contrariété de jugement justifiant la recevabilité de l'appel: soit le jugement à intervenir rejette toute idée de faute exonératoire de l'Etat, auquel cas la décision serait conforme au 1^{er} jugement ayant écarté la responsabilité de l'Etat; soit le jugement à intervenir accueille le moyen exonérateur tiré de la faute de l'Etat, auquel cas il y aurait effectivement une légère contradiction entre les deux décisions, mais d'une part elle ne nuirait pas à la commune (mais seulement à la victime, qui peut cependant déjà actuellement faire vérifier la question de la responsabilité de l'Etat par la Cour d'appel), et d'autre part ne conduirait pas à une impossibilité d'exécution simultanée des deux décisions à défaut d'indivisibilité du litige. – *Thierry Hoscheit*

Cour d'appel
26 Novembre 2008

Autorité absolue des décisions pénales au civil – Autorité envers les parties et envers les tiers (oui)

Si les décisions civiles n'ont qu'une autorité relative, limitée aux rapports entre les parties à l'instance, les décisions pénales jouissent d'une autorité absolue envers les tiers comme entre les parties pour tout ce qui a été nécessairement et certainement décidé par le juge pénal, soit quant à l'existence du fait qui forme la base commune de l'action pénale et de l'action civile, soit quant à la participation du prévenu (ou de l'accusé) au même fait.

C'est pourquoi, l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'aux constatations certaines et nécessaires, autrement dit aux motifs qui sont le «soutien indispensable de la décision». Tel étant le cas en l'espèce pour ce qui est de l'existence des faits et de la constatation que l'appelant en était l'auteur, la décision criminelle s'impose à la juridiction civile.

C'est en conséquence à bon escient et pour des motifs que la Cour d'appel entérine que les premiers juges ont déclaré fondée la demande en divorce de B.

Cour d'appel – 26.11.2008 – 1^{re} Chambre – Arrêt civil – N° 33265 du rôle

Mesures urgentes et provisoires

Cour d'appel
27 Février 2008

Référé probatoire – Nécessité, pour le demandeur, de justifier d'un motif légitime – Exigence d'une articulation de faits plausibles et caractérisés

Les appelants concluent qu'il serait «un fait que la [banque] a engagé sa responsabilité en attribuant ce montant à des personnes n'y ayant pas droit en vertu du testament rédigé le 4 août 2001 par Monsieur B.». Ils ajoutent qu'ils désirent connaître la destinée du portefeuille confié à la banque avant d'engager une action en responsabilité contre celle-ci. Il s'agirait ainsi d'établir avant tout autre procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige.

[La banque] dénie toute responsabilité et conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Le demandeur doit, pour prospérer sur base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile, justifier d'un motif légitime à

sa demande, qui doit tendre à la conservation ou à l'établissement de faits en vue d'un litige déterminable mais ultérieur (Vuitton et Vuitton, Les Référés, n° 532).

Les faits fondant le futur litige envisageable doivent être suffisamment plausibles et caractérisés pour justifier l'intervention du juge. Cette exigence, en effet, permet 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, en effet, 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 loyales (*ibid.* n°572).

Cour d'appel – 27.02.2008 – 7^e Chambre – Arrêt référé – N° 32154 du rôle

Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
20 Novembre 2008

Notion de contrat de travail – Convention de cession de titres prévoyant le paiement d'un salaire jusqu'au terme projeté du contrat de travail – Garantie du paiement des salaires par hypothèques – Paiement aux héritiers du salaire en cas de décès du cédant garanti par une assurance décès – Absence de contrepartie pour travail fourni – Inexistence d'un contrat de travail

Conformément à l'article L. 4(5) du Code du travail, le salarié peut établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens de preuve, quelle que soit la valeur du litige.

Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son

activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération.

Le fait que A. a perçu un salaire jusqu'au mois de janvier 2007 par la société n'établit pas, à lui seul, qu'il était lié à cette dernière par un contrat de travail. La Cour note à cet effet que le salarié était tenu de régler lui-même les cotisations sociales, l'employeur se bornant, contrairement à ses obligations légales, de ne retenir du salaire brut que les impôts directs redus.

La convention de cession de titres prévoit que le salaire serait de 3.000 € nets versé au salarié jusqu'au 31.12.2012, terme projeté du contrat de travail non signé par la suite. D'après l'article 2 de ladite convention, le paiement du salaire jusqu'au terme prévu

devait être garanti par des hypothèques à inscrire sur un immeuble appartenant à un des cessionnaires ainsi que sur tous les immeubles appartenant aux deux sociétés cédées par l'appelant. Il était encore de convention expresse «qu'en cas de décès du cédant avant le terme du contrat, une assurance décès couvrira le solde des salaires à payer, c'est-à-dire 3.000 € fois le nombre de mois à courir jusqu'au 31.12.2012». Il ressort enfin dudit article 2 que A. bénéficierait d'une voiture de fonctions d'une valeur neuve de 40.000 €, mais qu'en cas de décès de ce dernier avant terme et avant la mise à disposition dudit véhicule, la somme versée par l'assurance aux héritiers serait augmentée de 40.000 € indexés.

Le contrat de travail cessant avec le décès du salarié, plus aucune obligation de rémunération ne pèse en principe sur l'employeur. Les modalités telles que figurant dans la convention de cession – qui éclairent

la Cour sur l'intention des parties et la portée de l'obligation du futur employeur de verser un salaire à son futur employé – établissent qu'au-delà du prix de vente des actions cédées et effectivement réglé par la suite, les parties ont entendu en outre rémunérer le cédant par le biais d'un salaire garanti sur une période de sept années, cette rémunération ne constituant rien d'autre que le paiement d'une partie du prix de vente des parts sociales et ne constituait partant pas la contre-partie d'un travail effectué par l'appelant au profit de la société.

(...)

Il s'ensuit que l'appelant n'a pas établi avoir été lié à la société X. par contrat de travail (...).

Cour d'appel – 20.11.2008 – 8^e Chambre – Appel en matière de droit du travail – N° 33406 du rôle

Droit pénal et procédure pénale

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
12 Août 2008**

Prescription de l'action publique – Crime décriminalisé – Prescription par 10 ans – Actes interruptifs de l'action publique

Les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle disposent que la durée de la prescription de l'action publique d'un délit de nature à être puni correctionnellement est de trois années révolues.

L'article 640-1 du même Code précise que si un fait qualifié crime est, par application de circonstances atténuantes, reconnu de nature à être puni de peines correctionnelles, la prescription de l'action publique est celle applicable à un crime, partant celle de dix années.

(...)

Les vols au préjudice de A. et de B. reprochés au prévenu et la tentative de vol commise à l'aide de fausses clés constituent des délits

respectivement sont punis de peines correctionnelles et sont, en application des dispositions de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, soumis à la prescription triennale.

Il convient de relever que la loi du 15 janvier 2001, entrée en vigueur le 12 février 2001, insérant un nouvel article 640-1 au Code d'instruction criminelle, dispose qu'un crime décriminalisé par application de circonstances atténuantes reste soumis à la prescription décennale.

Les crimes reprochés au prévenu, bien que décriminalisés, restent soumis, en application des dispositions de l'article 640-1 du Code d'instruction criminelle, à la prescription décennale.

Il y a partant lieu d'examiner uniquement si la prescription de l'action publique a été interrompue en ce qui concerne les faits punis de peines correctionnelles.

L'interruption de la prescription de l'action publique ne peut résulter que d'un acte

d'instruction ou de poursuite qui, émanant d'une autorité qualifiée à cet effet, est en outre régulier en la forme.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
12.08.2008 – Chambre de vacation –
Jugement correctionnel n° 2614/2008

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
8 Octobre 2008**

**Circulation en état d'ivresse – Loi du 18
septembre 2007 – Maintien en vigueur d'un
règlement pris sous l'empire d'une loi
antérieure (oui) – Conditions**

X. fait plaider que la loi du 18 septembre 2007 [modifiant entre autres la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques], qu'il qualifie d'anticonstitutionnelle, ne lui serait pas applicable.

Il fait valoir que l'article XVII de cette loi a remplacé le paragraphe 7 [point 1] de l'article 12 [de la loi précitée du 14 février 1955] comme suit:

«1. Un règlement grand-ducal fixera les critères techniques à remplir par les appareils servant à l'examen sommaire de l'haleine et les appareils destinés à déterminer le taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré ainsi que les conditions d'homologation de ces appareils.

Il arrêtera de même les types d'appareil homologués tant pour l'examen sommaire de l'haleine que pour la détermination du taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, les conditions d'utilisation, de contrôle et de vérification de ces appareils ainsi que la procédure d'homologation de ces appareils. Le ministre des Transports dresse et tient à jour une liste des appareils homologués».

Comme aucun règlement grand-ducal n'a été pris pour fixer les critères techniques à remplir par les appareils destinés à l'examen sommaire de l'haleine et des appareils destinés à déterminer le taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, ni par ailleurs les conditions d'homologation de ces appareils et qu'aucun arrêté n'a été pris pour fixer les types d'appareils homologués, les conditions d'utilisation de contrôle et de vérification, ainsi que leur procédure d'homologation, le taux

d'alcoolémie supérieur à 0,55 mg/l d'air expiré ne serait pas établi de manière légale dans le chef de X.

Depuis le 1^{er} octobre 2007, le règlement antérieur n'existerait plus alors qu'il n'aurait plus de base légale.

Eu égard au caractère illégal du contrôle de l'alcoolémie de X., la preuve obtenue devrait être rejetée des débats.

L'ancien paragraphe 7 de l'article 12 disposait depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 1992 et jusqu'au 1^{er} octobre 2007 ce qui suit:

«1. Un règlement grand-ducal fixera les critères techniques à remplir par les appareils servant à l'examen sommaire de l'haleine et les appareils destinés à déterminer le taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré ainsi que les conditions d'homologation de ces appareils.

Les types d'appareils homologués, tant pour l'examen sommaire de l'haleine que pour la détermination du taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, ainsi que les conditions d'utilisation, de contrôle et de vérification de ces appareils seront arrêtés par règlement ministériel. La procédure d'homologation de ces appareils est arrêtée par règlement ministériel. Le ministre des Transports dresse et tient à jour une liste des appareils homologués».

Il y a lieu de relever que l'article 88 de l'arrêté grand ducal modifié du 23 novembre 1955 contient les dispositions relatives aux critères techniques et conditions d'homologation de l'appareil servant à l'examen sommaire de l'haleine et de l'appareil destiné à déterminer le taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré.

Cet article, qui n'a pas été modifié par la loi du 18 septembre 2007, reste applicable.

Par ailleurs, il est admis qu'un règlement légalement pris survit à la loi dont il procède en cas d'abrogation de celle-ci, dès lors qu'il

trouve, comme en l'espèce, un support suffisant dans la législation postérieure qui témoigne de la volonté persistante du législateur à régir selon des options similaires la matière dans le cadre de laquelle est intervenu le règlement en question et que le règlement n'est pas inconciliable avec les dispositions de la nouvelle loi.

Au vu des développements ci-dessus, il y a lieu de conclure que les appareils destinés à l'examen sommaire de l'haleine et ceux destinés à déterminer le taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, qui avaient été valablement homologués sous l'empire de

l'article 12, §7 avant le 1^{er} octobre 2007, peuvent continuer à être utilisés à ces fins jusqu'à la promulgation du règlement prévu par l'article XVII de la loi du 18 septembre 2007.

Le moyen soulevé par X. tendant à voir rejeter des débats le résultat de l'alcotest du 30 janvier 2008 est à rejeter.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
08.10.2008 – 16^e Chambre – Jugement n°
2875/2008

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
9 Octobre 2008**

Conducteur endommageant un véhicule au stationnement – Véhicules très rapprochés – Conducteur étant sorti du véhicule mais déclarant n'avoir pas vu de dommage – Pas de délit de fuite, le conducteur ayant laissé son véhicule sur place

Le Parquet reproche au prévenu X., en date du 8 mai 2007 vers 16.00 heures, à Luxembourg, rue Notre-Dame, principalement d'avoir commis un délit de fuite, subsidiairement étant impliqué dans un accident, de ne pas s'être arrêté pour en constater les conséquences et plus subsidiairement, étant impliqué dans un accident qui n'a provoqué que des dommages matériels, de ne pas avoir laissé ses coordonnées, la partie lésée n'étant pas sur place, ainsi que d'avoir transgressé plusieurs prescriptions énoncées à l'arrêté grand-ducal du 23 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques.

Il résulte des dépositions faites par le témoin A. à l'audience qu'elle roulait le 8 mai 2007 vers 16.00 dans la rue Notre-Dame lorsque le conducteur d'un véhicule de la marque Jaguar qui la précédait a brusquement freiné devant elle et a commencé une manœuvre de stationnement sans mettre au préalable son clignotant. Elle a ensuite vu que le conducteur de ladite voiture a, en se garant, tamponné aussi bien la voiture qui était garée devant lui que celle qui se trouvait derrière lui. Lors de ces deux accrochages, elle a même entendu un grand

bruit et a vu vibrer les deux voitures tamponnées.

X. conteste le délit de fuite lui reproché au motif que l'élément intentionnel ferait défaut. Il ne conteste pas avoir touché en date du 8 mai 2007, rue Notre-Dame, au moment d'une manœuvre de stationnement, le véhicule garé derrière lui, mais fait valoir qu'après s'être garé, il serait descendu de son véhicule pour constater d'éventuels dégâts. Il aurait constaté que les deux véhicules étaient pare-choc contre pare-choc, mais ayant vu qu'aucun des deux véhicules n'avait subi de dommage, il aurait quitté les lieux pour se rendre à son rendez-vous. Il n'aurait à aucun moment eu l'intention de prendre la fuite pour échapper aux constatations utiles.

L'infraction de délit de fuite prévue à l'article 9 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques requiert la réunion des conditions suivantes:

- 1) l'implication dans un accident de la circulation, imputable ou non au concerné,
- 2) la connaissance du sinistre,
- 3) la fuite pour échapper aux constatations utiles.

Le but de la répression du délit de fuite est d'assurer l'identification de l'auteur de l'accident et de permettre de procéder à toutes les constatations utiles sur le véhicule qui l'a occasionné.

Le délit de fuite est une infraction instantanée. Il est consommé dès que le conducteur, qui sait

que son véhicule vient de causer ou occasionner un accident, quitte les lieux de celui-ci pour échapper aux constatations utiles (G. Schuind, Traité pratique de droit criminel, p. 644).

Le conducteur de la voiture qui était garée derrière celle du prévenu a déclaré lors de son audition par la police que l'avant de son véhicule avait été légèrement endommagé, dommages qui ont d'ailleurs pu être constatés sur place par les agents de police.

X. a déclaré qu'il est sorti de son véhicule pour constater l'existence éventuelle de dégâts et qu'il n'en a pas vus.

Il résulte du dossier répressif que les deux véhicules concernés se trouvaient pare-choc contre pare-choc, ce qui expliquerait pourquoi le prévenu n'a pas pu se rendre compte des dégâts au véhicule qu'il venait de tamponner.

Le Tribunal relève également que le témoin A. a déclaré avoir entendu deux grands bruits et avoir vu vibrer les deux véhicules tamponnés.

Au vu de ces éléments, le prévenu devait savoir qu'il venait de causer un accident et avoir conscience des conséquences dommageables de son agissement.

S'il n'est pas contesté que le prévenu a quitté les lieux pour se rendre à son rendez-vous, toujours est-il qu'il n'a pas déplacé son véhicule

après avoir tamponné les deux véhicules et que son véhicule était encore sur les lieux lorsque le conducteur du véhicule stationné derrière lui est venu récupérer sa voiture.

Il résulte encore du dossier répressif que le conducteur du véhicule accidenté a mis deux agents de police qui passaient dans la rue Notre-Dame au courant de la situation.

Il a alors attendu un jour et a déposé plainte alors que le prévenu n'a pas réagi au message qu'il lui a laissé sur le pare-brise arrière de son véhicule, lui demandant de le contacter au plus vite.

Le prévenu a déclaré ne pas avoir trouvé de message sur son véhicule.

Le Tribunal est d'avis que l'élément intentionnel du délit de fuite fait défaut en l'espèce, toute idée de fuite n'étant pas établie dans le chef de X.

En effet, il ne saurait être reproché au prévenu d'avoir pris la fuite pour échapper aux constatations utiles dès lors qu'il a laissé son véhicule sur place.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
09.10.2008 – 18^e Chambre – Jugement n°
2856/2008

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
16 Octobre 2008**

**Preuve au moyen d'un enregistrement vidéo –
Caméras installées par l'employeur du
prévenu – Absence d'autorisation de la
Commission nationale pour la protection des
données – Preuve néanmoins admissible
sous certaines conditions – Personnel de
l'entreprise non informé de la présence de la
caméra de surveillance – Atteinte au droit à
un procès équitable (oui) – Preuve
inadmissible**

Suite à la plainte avec constitution de partie civile de la société A. en date du 29 mai 2007, à laquelle était annexée une copie des enregistrements vidéo, une instruction fut ouverte.

A l'audience du 25 septembre 2008, la défense a soulevé, avant tout moyen au fond, un moyen de nullité tiré de l'illégalité de la preuve à la base de la poursuite pénale.

(...)

Il est établi et non autrement contesté que l'employeur B. n'était pas en possession de l'autorisation requise par la loi pour pouvoir installer une caméra de surveillance sur le lieu de travail de ses employés afin de découvrir l'auteur des vols présumés.

Les enregistrements vidéo réalisés de A. sont partant des preuves illicites.

Cependant, la Cour de cassation a retenu dans un arrêt n° 57/2007 du 22 novembre 2007 que «le juge ne peut écarter une preuve obtenue illicitement que si le respect de certaines

conditions de forme est prescrit à peine de nullité, si l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve ou si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. Il appartient néanmoins au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement en tenant compte des éléments de la cause prise dans son ensemble y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise».

En l'espèce, les trois critères retenus par la Cour de Cassation pour écarter une preuve illégale s'analysent comme suit:

(1) Aucune disposition de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ne prohibe, sous peine de nullité, l'utilisation, au titre de la preuve en matière pénale, de données obtenues à l'aide d'un traitement non autorisé selon les prescrits de la loi de 2002 (Cour d'appel, arrêt n° 106/08 V du 26 février 2008).

(2) La crédibilité de la preuve quant à elle relève plutôt de l'appréciation au fond de la valeur probante du moyen de preuve mais non pas de son admissibilité (Cour d'appel, arrêt n° 106/08 V du 26 février 2008).

(3) L'admissibilité d'une preuve illégale doit partant essentiellement être analysée au regard du critère à un procès équitable.

A ce sujet, le tribunal déduit d'un arrêt n° 106/08 V rendu par la Cour d'appel le 26 février 2008 que l'usage en justice des enregistrements réalisés à l'aide de caméras vidéo installées en l'absence d'une autorisation de la Commission nationale pour la protection des données est admissible pour autant que les conditions posées par la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel se trouvent réunies et que les éléments de la cause soient tels qu'ils n'enfreignent pas les droits de la défense.

Aux termes de l'article 11 de la loi du 2 août 2002, nouvel article L. 261-1 du Code du travail, le traitement des données à caractère personnel

à des fins de surveillance sur le lieu de travail peut être mis en œuvre, conformément à l'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, par l'employeur s'il en est le responsable.

Un tel traitement n'est possible que s'il est nécessaire notamment pour les besoins de protection des biens de l'entreprise.

L'article 11 prévoit également que sont informés préalablement par l'employeur:

- la personne concernée, ainsi que
- pour les personnes tombant sous l'empire de la législation sur le contrat de droit privé: le comité mixte ou, à défaut, la délégation du personnel ou, à défaut encore, l'Inspection du travail et des mines,
- pour les personnes tombant sous l'empire d'un régime statutaire: les organismes de représentation du personnel tels que prévus par les lois et règlements afférents.

En l'espèce, le tribunal constate que, d'une part, les conditions de l'article 11 de la loi du 2 août 2002 n'ont pas été respectées, puisque les salariés n'ont pas été informés de l'installation d'une caméra de surveillance et que, d'autre part, la caméra de surveillance a été utilisée par l'employeur dans le seul but de chercher activement l'auteur d'une infraction précise, partant pour une finalité non admise par la loi sur la protection des données, fait réprimé pénalement par l'article 14 de la loi du 2 août 2002. Il s'y ajoute que la police n'a pas saisi l'original de l'enregistrement litigieux mais n'a reçu de l'employeur qu'une copie de certains extraits de l'enregistrement vidéo.

Le Tribunal estime qu'admettre en l'espèce l'enregistrement litigieux comme moyen de preuve constituerait une atteinte au droit du prévenu à un procès équitable.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 16.10.2008 – 18^e Chambre – Jugement n° 2925/2008

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
27 Octobre 2008**

**Protection des données à caractère personnel
– Installation de caméras de surveillance –
Nécessité d'une autorisation préalable (oui) –
Infraction continue (oui)**

Le Ministère Public reproche à X. d'avoir, entre juin 2007 et le 8 janvier 2008, au cimetière de Luxembourg-Merl, en infraction aux articles 10, 11 et 14 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, sans autorisation préalable de la Commission nationale pour la protection des données, installé un système de surveillance par caméras à l'intérieur et aux abords du bâtiment administratif du cimetière de Luxembourg-Merl abritant les morgues, avec la circonstance que les données résultant de la surveillance ont fait l'objet d'un enregistrement.

(...)

L'infraction libellée à charge du prévenu est une infraction continue, consistant dans un fait contraire à la loi, qui se prolonge dans le temps.

Il y a lieu de noter que les caméras de surveillance ont été mises en place en juin 2007, après une phase d'essai en avril 2007, soit sous l'empire de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel telle qu'elle avait été modifiée par la

loi du 31 juillet 2006 et ensuite par la loi du 22 décembre 2006.

Les caméras ont été utilisées à des fins d'enregistrement après la modification de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel par la loi du 27 juillet 2007.

L'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, tant avant sa dernière modification qu'après celle-ci, prévoit que la Commission nationale pour la protection des données doit donner son autorisation préalable en cas de traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance en dehors des locaux d'habitation, dans un lieu accessible ou non au public et sur les lieux de travail.

Il résulte des éléments du dossier répressif, notamment des perquisitions et des auditions ainsi que des aveux du prévenu que, depuis fin juin 2007 jusqu'au 8 janvier 2008, des enregistrements ont été effectués à l'intérieur et aux abords du bâtiment administratif du cimetière de Luxembourg-Merl, abritant les morgues mais constituant aussi un lieu de travail, sans que la Commission nationale pour la protection des données n'eût donné son autorisation préalable.

L'infraction libellée à charge du prévenu est partant établie.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
27.10.2008 – 16^e Chambre – Jugement n°
3055/2008

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
30 Octobre 2008**

(1) Citation à prévenu rédigée en langue française – Violation alléguée des droits de la défense (non)

(2) Défaut d'indication des griefs reprochés au prévenu – Citation faisant référence à l'ordonnance de renvoi – Nullité de la citation (non)

(3) Refus du Parquet de citer à l'audience des témoins indiqués par la défense – Violation des droits de la défense (non)

(4) Fellation pratiquée par le prévenu sur la victime – Acte de pénétration sexuelle constitutif d'un viol (non) – Attentat à la pudeur (oui)

(1) [Le prévenu allègue la violation du droit à un procès équitable] en raison d'une ordonnance de renvoi et d'une citation à prévenu rédigées en langue française.

La loi du 24 février 1984 sur le régime des langues en matière judiciaire, et plus particulièrement son article 3, prévoit qu'en matière judiciaire, il peut être fait usage des langues française, allemande ou luxembourgeoise. Les autorités juridictionnelles ont partant la liberté dans le choix de l'une des trois langues officielles du Grand-Duché de Luxembourg et aucune disposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne prévoit l'obligation de traduire tous les actes de procédure rédigés dans une de ces trois langues. Outre l'absence d'une obligation légale, il y a lieu de remarquer que ni le prévenu lui-même, ni de surcroît son conseil, n'ont fait état, à aucun instant durant toute l'instruction judiciaire, ni surtout lors du mémoire adressé à la Chambre du Conseil, d'une difficulté dans le chef du prévenu de comprendre les actes rédigés en langue française.

Rien de plus légitime d'admettre que le prévenu, de nationalité luxembourgeoise, maîtrise les trois langues officielles du pays et, dans ce contexte, c'est à juste titre que le Tribunal correctionnel (25 janvier 2007 n° 333/2007 confirmé par Arrêt n° 496/07 X de la Cour d'Appel du 31 octobre 2007) a décidé: «l'Etat, déjà très sollicité par de nombreuses obligations positives qui s'imposent à lui, n'est pas tenu de tout savoir *a priori* concernant les capacités linguistiques des accusés (La défense du droit à un procès équitable, Ed. Nemesi, 1999, p. 108 et s.)».

De surplus, le prévenu n'a, à aucun moment, soufflé mot d'une impossibilité d'assurer convenablement sa défense; au contraire, sur demande du Tribunal, il a déclaré à l'audience avoir pris connaissance de la citation à prévenu, d'en avoir compris le contenu et il s'est défendu en pleine connaissance de cause.

Il s'ensuit que le moyen est à rejeter.

(2) [Le prévenu soulève encore] la nullité de la citation à prévenu au motif d'un libellé obscur, [affirmant que] la citation telle qu'elle serait conçue n'énoncerait pas avec précision les griefs reprochés au prévenu.

Il y a lieu de rappeler qu'en matière pénale, lorsque les poursuites diligentées contre un

prévenu ont fait l'objet d'une information judiciaire, il appartient à la juridiction d'instruction de première, et selon les cas, de deuxième instance, de décider de leur sort.

Au cas où, comme en l'espèce, la juridiction d'instruction décide de renvoyer le prévenu devant une juridiction de jugement, c'est cette décision qui saisit la juridiction du fond des faits que cette dernière sera appelée à juger. Dans ce cas, la citation à prévenu donnée par le Ministère Public, loin de constituer l'acte d'accusation saisissant le juge du fond, ne constitue pour le prévenu qu'une invitation à comparaître à une date, à une heure, en un endroit précis et devant une juridiction déterminée par l'ordonnance ou par l'arrêt de renvoi, étant évident que cette citation doit faire clairement et expressément référence à l'affaire qui sera débattue à la date, à l'heure et à l'endroit indiqués.

Il est de toute évidence fait droit à cette dernière obligation lorsque le Ministère Public, comme en l'espèce, annexe à la citation l'intégralité de la décision de renvoi. Cette décision de renvoi étant à la fois l'œuvre de la juridiction d'instruction et l'acte d'accusation qui saisit la juridiction de jugement et, tel que déjà exposé ci-dessus, le prévenu savait, avec précision, de quels faits il aurait à répondre, et était en mesure de préparer sa défense en conséquence.

Il s'ensuit que le moyen est à rejeter comme non fondé.

(3) [Le prévenu affirme encore qu'il y aurait eu une] violation des droits de la défense tirée du fait que le Parquet avait refusé de citer à l'audience les témoins à décharge indiqués par la défense.

De prime abord, il y a lieu de noter qu'à aucun moment durant l'instruction diligentée par le juge d'instruction, la défense n'a signalé au juge d'instruction l'existence d'un ou de plusieurs témoins apparemment «à décharge» et encore moins a adressé une demande au juge d'instruction pour faire entendre telle ou telle personne en qualité de témoin.

Ce n'est que le 25 septembre 2008 que la défense a demandé au Parquet de convoquer six personnes «qui viendront témoigner des faits ou de la moralité de mon mandant». Par

lettre du 26 septembre 2008, le Parquet a informé la défense de sa décision de ne pas procéder à la convocation des personnes en question. Par ailleurs, aucune obligation légale n'impose au Parquet de citer les témoins sollicités par la défense, dont des témoins de moralité, d'autant plus qu'il est prévu que le prévenu peut procéder à la convocation des personnes qu'il souhaite faire entendre en qualité de témoin.

En l'espèce, sur les 6 personnes appelées par la défense, toutes ont été entendues à l'audience, sauf le témoin n° 6 auquel la défense a renoncé.

(...)

Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation des droits de la défense, de sorte que le moyen est à rejeter.

(4) Le fait visé par le Parquet consiste dans la fellation pratiquée par X. sur B. Aussi bien le prévenu, dans son aveu initial rétracté par la suite, que la victime relatent un acte des plus bref «*eemol eran eemol eraus*».

L'article 375, alinéa 2 du Code pénal définit le viol comme étant «*tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis*».¹

Il y a lieu de déterminer si, au vu des faits actuellement soumis à l'appréciation du Tribunal, l'élément matériel d'un acte de pénétration sexuelle est donné. Cet élément, à la lecture du texte, n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime.

Les décisions rendues jusqu'à l'heure actuelle par la Chambre criminelle retenaient la solution du viol pour les fellations réciproques (cf. notamment *M.P. / K.* n°1975/2001), position consacrée aussi le 28 novembre 2001 par la Cour de Cassation française (Jurisdata n° 2001-012582).

En l'espèce, l'hypothèse soumise actuellement à l'appréciation du Tribunal est différente dans la mesure où il n'y a qu'un acte de fellation effectué par l'auteur sur sa victime. En recherchant la portée exacte de la notion

d'acte de pénétration sexuelle, il ne faut pas perdre de vue le principe fondamental que la loi pénale est d'interprétation stricte, même si, d'un point de vue qualitatif, un acte de même nature risque donc d'être diversement qualifié selon qu'il est commis par ou sur l'auteur ou la victime.

Ainsi, la Cour de Cassation française a décidé (Cass. crim., 22 août 2001), et notre texte s'inspire du texte français, que «*la personne contrainte d'effectuer une fellation est victime d'un viol car elle subit une pénétration mais la victime qui subit une fellation n'est pas victime d'un viol puisque son corps n'est pas pénétré mais l'acte s'analyse en un acte impudique, directement exercé sur une personne du même sexe, sans qu'elle y ait consenti et qui ne constitue pas une pénétration de sa personne*».

Dans un souci d'interprétation stricte de la loi, et à la lecture de notre texte, pareille interprétation de la Cour de Cassation française s'impose. Il s'ensuit que l'acte décrit ne constitue pas un viol au sens de la loi faute d'élément matériel caractérisé.

La juridiction du fond a non seulement le droit, mais encore l'obligation de donner au fait dont elle se trouve saisie la qualification correcte, à condition de ne pas changer la nature du fait.

L'attentat à la pudeur se définit comme étant tout acte impudique intentionnel qui ne constitue pas le crime de viol, et qui est exercé directement sur une personne ou à l'aide d'une personne de l'un ou de l'autre sexe, sans le consentement valable de celle-ci.

L'infraction requiert donc pour sa constitution une action physique, un acte matériel contraire aux mœurs, d'une certaine gravité, accompli sur une personne ou à l'aide d'une personne déterminée, le sexe tant de l'auteur de l'infraction que celui de la personne, victime de celle-ci, étant indifférent. L'infraction requiert encore, pour sa constitution, une intention coupable dans le chef de l'auteur qui a dû vouloir commettre l'acte tel qu'il est caractérisé par la loi pénale, le mobile qui a poussé l'auteur à le commettre étant cependant juridiquement indifférent. Enfin, par application de l'article 374 du Code pénal, l'attentat existe dès qu'il y a commencement d'exécution, et qui revient à

dire, d'une part, que la tentative de cette infraction ne se conçoit pas et, d'autre part, qu'un désistement volontaire de l'auteur après un commencement d'exécution est inopérant pour empêcher la réalisation de l'infraction.

En l'espèce, le fait que le prévenu, après avoir rabaissé le maillot de bain du garçon, a touché son sexe dénudé et l'a pris dans sa bouche constitue un attentat à la pudeur.

Il en est de même des gestes de masturbation décrits par le mineur.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 30.10.2008 – 13^e Chambre – Jugement correctionnel n° 3068/2008

- 1 En réalité, la définition du viol résulte de l'article 375, al. 1^{er} du Code pénal. L'alinéa 2 du même article répute «viol commis en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis».

Droit international privé

Cour d'appel
12 Mars 2008

Procuration écrite passée à l'étranger – Apostille suivant la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 – Nécessité de revêtir la forme d'un acte authentique (non) – Apparence d'une authentification régulière (oui)

C'est à tort que les juges de première instance ont été d'avis que la banque aurait dû exiger un exequatur de la procuration litigieuse.

En effet, une procuration écrite passée à l'étranger, pour faire foi, n'a pas besoin de revêtir la forme d'un acte authentique, et si elle est néanmoins constatée dans un tel acte,

point n'est besoin de la soumettre à la procédure de l'exequatur, étant donné qu'elle ne range pas dans les actes donnant droit à une exécution forcée.

La procuration en question a présenté l'apparence d'une authentification régulière pour avoir été rédigée sur du papier notarial, apostillée (suivant la Convention de La Haye du 5 octobre 1961), tamponnée par le sceau du notaire instrumentaire, certifiée par un autre notaire la munissant du sceau de légalisation.

Cour d'appel – 12.03.2008 – 2^e Chambre – Arrêt civil – N° 27036 du rôle



Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

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

Pour obtenir le texte complet d'une décision publiée sous forme de résumé, il suffit d'adresser un e-mail à l'adresse jurisprudence@jeunebarreau.lu ou à l'adresse jurisprudence@barreau.lu, en y incluant la description de la décision demandée (p.ex. Cour d'appel, 27 juin 2007, n° 34725 du rôle).

Pour des raisons de protection des données, seules les demandes émanant d'adresses e-mail «barreau.lu» sont prises en considération et les décisions seront uniquement expédiées vers des adresses du domaine «barreau.lu».

Par ailleurs, les confrères et les consœurs sont invités à ne pas diffuser les décisions à des tierces personnes sans les anonymiser au préalable. La Conférence du Jeune Barreau se réserve en outre le droit de ne pas diffuser les textes complets de certaines décisions, comme par exemple les arrêts de la Chambre du conseil et les décisions impliquant des mineurs.

Il est précisé que l'envoi des textes intégraux des décisions est actuellement gratuit. Toutefois, la Conférence du Jeune Barreau doit se réserver le droit de réclamer, en cas de besoin, une participation aux frais.

Les anciens numéros du *Bulletin d'information sur la jurisprudence* peuvent être téléchargés sur le site www.barreau.lu.

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

Le comité de rédaction du *Bulletin* se compose de

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

Secrétariat du comité de rédaction: M. Emmanuel SERVAIS

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