



Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

05/2016
25 juillet 2017

SOMMAIRE

Cour de cassation, 19 décembre 2013	81
Action sur base de la responsabilité civile d'un salarié contre son employeur (ayant la qualité de commerçant) – Délai de prescription de 10 ans (oui)	
Cour d'appel, 7^e chambre, 27 novembre 2013	82
Ordonnance conditionnelle de paiement rendue exécutoire – Appel dirigé contre l'ordonnance conditionnelle de paiement et non contre le titre exécutoire – Recevabilité (non)	
Cour d'appel, 4^e chambre, 4 décembre 2013	83
Droit de la construction – Obligation de conseil des professionnels de la construction – Problème d'humidité résiduelle – Charge de la preuve du conseil donné	
Cour d'appel, 4^e chambre, 4 décembre 2013	84
Faillite – Ebranlement du crédit – Conditions – Nécessité d'une cessation de paiement généralisée (non)	
Cour d'appel, 3^e chambre, 26 juin 2014	85
Licenciement avec effet immédiat – Délai légal d'un mois pour invoquer la faute grave – Point de départ – Connaissance par l'employeur des agissements fautifs du salarié – Faits remontant à plus d'un mois – Faits prétendument commis de l'aval des supérieurs hiérarchiques représentant la société (l'employeur) – Forclusion dans le chef de l'employeur pour invoquer lesdits faits (non)	
Cour d'appel, 8^e chambre, 26 février 2015	86
Salarié qualifié – Expérience professionnelle de 10 ans – Calcul – Périodes d'inactivité (congé de maladie, congé légal de récréation, congés prénatal et postnatal, congé parental)	
Cour d'appel, 4^e chambre, 1 avril 2015	89
Société ne disposant pas de liquidités pour faire face à son passif mais étant propriétaire d'immeubles à l'étranger – Société en état de faillite (oui)	
Cour d'appel, 8^e chambre, 7 mai 2015	91
Licenciement avec préavis – Dispense de prester le préavis – Dispense soumise à la condition pour le salarié de prendre l'intégralité de son congé pendant la période de préavis – Obligation de l'employeur au paiement des jours de congé non pris (non)	
Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Chambre criminelle, 1 avril 2015	92
(1) Prise d'otages – Article 442-1 du Code pénal – Eléments constitutifs – – (2) Association de malfaiteurs – Article 322 du Code pénal – Eléments constitutifs	
Cour administrative, 15 janvier 2015	97
Sanctions administratives – Règle "non bis in idem" – Médecin – Décision du Conseil supérieur de discipline et arrêt de la Cour d'appel (affaire pénale) antérieurs suivis d'une décision ministérielle de suspension – Annulation de la décision administrative (oui)	



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

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



Droit civil

Cour de cassation

19 décembre 2013

Action sur base de la responsabilité civile d'un salarié contre son employeur (ayant la qualité de commerçant) – Délai de prescription de 10 ans (oui)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par jugement du 10 janvier 2011 le tribunal du travail de Luxembourg avait déclaré prescrite la demande de X.) tendant à la condamnation de la société anonyme SOC1.) à lui payer des dommages et intérêts pour sa non-affiliation auprès du Centre commun de la sécurité sociale pendant les années 1981 à 1987 ; que sur appel, la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 2262 du Code civil et de l'article 189 du Code de Commerce,

en ce que la décision attaquée a appliqué au litige en cause la prescription décennale telle que prévue par l'article 189 du Code de commerce,

aux motifs que cet article englobe << toutes les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants, la Cour Constitutionnelle ayant par ailleurs dans son arrêt du 30 mars 2007 (...) jugé non contraire à l'article 10bis de la Constitution ledit article qui soumet à une prescription plus courte les actions de salariés au service d'un commerçant par rapport à celles des salariés au service d'un non-commerçant qui relève de la prescription trentenaire >> ,

alors que cet article du Code de commerce, en soumettant à la prescription décennale << les obligations nées à l'occasion de leur commerce >>, ne vise nullement une action civile en responsabilité contre l'employeur prenant directement naissance dans le contrat de travail ayant lié les parties telle que l'action diligentée par X.) contre la SOC1.) ayant débouché sur l'arrêt attaqué ;

de telle sorte que l'arrêt doit être censuré pour violation de la loi » ;

Mais attendu que l'article 189 du Code de commerce ne distingue pas selon le caractère civil ou commercial des obligations qu'il vise ;

que le moyen n'est dès lors pas fondé ;

(Cour de cassation – 19 décembre 2013 – N°: 78/13)

Référence du BIJ: 2016/05-CASS 12180



Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
27 novembre 2013

Ordonnance conditionnelle de paiement rendue exécutoire – Appel dirigé contre l'ordonnance conditionnelle de paiement et non contre le titre exécutoire – Recevabilité (non)

A. a interjeté appel contre l'ordonnance conditionnelle de paiement du 25 janvier 2013 et demande par réformation de cette ordonnance que B. soit déboutée de sa demande.

A l'audience du 5 novembre 2013, la partie appelante, sans indiquer de motif légitime, ne s'est pas présentée, de sorte que conformément à l'article 75 du Nouveau Code de procédure civile, il y a lieu de statuer contradictoirement à son égard.

A cette audience la partie intimée a soulevé notamment et à juste titre l'irrecevabilité de l'appel alors qu'il est dirigé contre l'ordonnance conditionnelle de paiement du 25 janvier 2013, au lieu d'être dirigée contre le titre exécutoire du 4 mars 2013. En effet l'appel dirigé contre l'ordonnance de paiement du 25 janvier 2013 est à déclarer irrecevable, l'ordonnance conditionnelle de paiement ne pouvant faire l'objet que d'un contredit au regard des articles 924 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

(Cour d'appel – 7^e chambre – 27 novembre 2013 – Rôle: 39734)

Référence du BIJ: 2016/05-CL 07 12115



Droit civil

Cour d'appel
4 décembre 2013

Droit de la construction – Obligation de conseil des professionnels de la construction – Problème d'humidité résiduelle – Charge de la preuve du conseil donné

La Cour tient à rappeler que « quelle que soit la qualification du contrat, tout professionnel de la construction, est tenu, avant la réception, d'une obligation de conseil et de résultat envers le maître de l'ouvrage » (Cour de Cassation française, 3^e chambre civile, 27 janvier 2010, Bull. civ. III, n° 22).

Contrairement à l'affirmation de la société A, il n'incombe pas au maître de l'ouvrage de rapporter la preuve qu'il n'a pas été averti par le maître d'œuvre des risques prévisibles pour celui-ci, que comportait l'exécution des travaux. Il appartient au constructeur auquel on oppose un manquement à son obligation de conseil de démontrer qu'il a rempli son devoir de conseil (Cass. 3^e civ., 4 mai 1976, Bull. civ. 1976, III, n° 184).

(...)

La Cour constate que contrairement à l'argumentation de la société appelante, dans la mesure où l'appelante n'a pas établi avoir, avant la réception des travaux de construction, informé les intimés des mesures à prendre afin d'accélérer le séchage des éléments constructifs, évitant ainsi l'apparition de moisissures, elle ne saurait se prévaloir de l'acceptation délibéré d'un risque dans leur chef.

En outre, face aux contestations des parties intimées et au vu du manquement par la société A à son obligation de conseil, la preuve d'une faute dans le chef des époux B-C en relation causale avec les désordres constatés par l'expert M laisse également d'être établie.

(Cour d'appel – 4^e chambre – 4 décembre 2013 – Rôle: 38513)

Référence du BIJ: 2016/05-CL 04 12221



Procédures collectives

Cour d'appel
4 décembre 2013

Faillite – Ebranlement du crédit – Conditions – Nécessité d'une cessation de paiement généralisée (non)

La cessation de paiement est le fait matériel du commerçant qui, n'honorant plus ses dettes exigibles et liquides, a arrêté son mouvement de caisse.

Il n'est toutefois pas nécessaire que la cessation de paiement soit généralisée. Ainsi le commerçant qui omet de payer une dette importante peut être mis en faillite. En l'espèce la Cour se doit de constater que la société A n'a entre autres plus payé les cotisations sociales pour un montant important de quelque 80.000 euros, ainsi que les impôts sur salaire (62.306,26 euros). Le Centre commun de la Sécurité sociale avait d'ailleurs entamé la procédure d'exécution en faisant signifier un commandement de payer à la société faillie.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que la cessation de paiement est indépendante de l'éventuelle suffisance de l'actif pouvant résulter de la valeur d'immeubles ou de créances à recouvrer (Les Nouvelles, Droit commercial, tome IV, Les concordats et la faillite, n^{os} 203 et 207), étant constaté par ailleurs en l'espèce qu'il n'existe pas d'immeuble et de créances substantielles qui ont pu être récupérées à part la créance B mentionnée ci-dessus.

L'ébranlement de crédit provient de l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes, respectivement du refus des créanciers d'accorder des délais de paiement.

(Cour d'appel – 4^e chambre – 4 décembre 2013 – Rôle: 40250)

Référence du BIJ: 2016/05-CL 04 12225



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel

26 juin 2014

Licenciement avec effet immédiat – Délai légal d'un mois pour invoquer la faute grave – Point de départ – Connaissance par l'employeur des agissements fautifs du salarié – Faits remontant à plus d'un mois – Faits prétendument commis de l'aval des supérieurs hiérarchiques représentant la société (l'employeur) – Forclusion dans le chef de l'employeur pour invoquer lesdits faits (non)

En l'espèce, et au vu de l'argumentation de l'appelant consistant à dire qu'il a agi de l'accord de ses supérieurs hiérarchiques qui auraient avalisé, voire même orchestré les pratiques et agissements fautifs lui reprochés, il se pose la question de savoir si la connaissance dans le chef des supérieurs hiérarchiques des agissements fautifs d'A peut opérer connaissance dans le chef de la société B.

Lorsque les personnes physiques, par l'intermédiaire desquelles s'opère normalement la mise en connaissance de la société, sont elles-mêmes frauduleusement impliquées dans les fautes du salarié, elles n'ont plus, ayant des intérêts opposés à ceux de la société, qualité pour déclencher la connaissance dans le chef de la société et faire courir le délai de forclusion d'un mois.

G aurait-il été impliqué frauduleusement dans les agissements d'A, sa connaissance resterait sans incidence.

G n'aurait-il pas été impliqué dans les agissements d'A, la connaissance de la société B n'aurait, au vu du caractère très technique des pièces versées et la multiplicité des faits en cause, s'opérer par l'intermédiaire de G que par un examen minutieux et approfondi des ventes sur les différents sites de vente.

Il y a partant lieu d'admettre que ce n'est que par un vaste audit réalisé par (la société mère du groupe) dans ses différentes filiales à Luxembourg que la société B a pu avoir une connaissance effective des agissements de son ancien directeur ventes sociétés, même si, à partir de la fin de janvier 2009, elle avait déjà commencé à lui demander de cesser la pratique des commandes fictives.

(Cour d'appel – 3^e chambre – 26 juin 2014 – Rôle: 36549)

Référence du BIJ: 2016/05-CL 03 12455



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
26 février 2015

Salarié qualifié – Expérience professionnelle de 10 ans – Calcul – Périodes d'inactivité (congé de maladie, congé légal de récréation, congés prénatal et postnatal, congé parental)

A.) soutient qu'en application de l'article L. 222-4 du code du travail, elle aurait droit, à partir du 1^{er} janvier 2010 au salaire social minimum qualifié en raison d'une pratique professionnelle de dix années acquises dans la profession de serveuse et elle réclame de ce chef des arriérés de salaire.

(...)

Comme l'employeur a l'obligation légale de payer au salarié une rémunération qui ne peut en aucun cas être inférieure au salaire minimum prescrit par la loi au regard de l'activité professionnelle exercée et de l'âge, de la formation et de l'expérience professionnelle du salarié, il doit déterminer la situation du salarié afin de connaître le taux minimal de la rémunération due.

Au cas où l'activité pour laquelle le salarié est engagé sera rémunérée par le salaire social minimum, l'employeur doit partant examiner si le salarié dispose d'un certificat de formation professionnelle ou d'une pratique professionnelle et, le cas échéant, quelle en est la durée.

L'employeur satisfait à cette obligation notamment en examinant si le curriculum vitae ou d'autres documents présentés par le salarié contiennent des informations pertinentes quant à la formation et à l'expérience professionnelle par rapport à l'activité à exercer.

A.) affirme qu'en vue de l'embauche elle aurait remis à la SOC1.) son curriculum vitae qui renseignait ses différents emplois antérieurs ce que la SOC1.) conteste.

Dès lors que l'employeur a l'obligation légale de payer le salaire social minimum et qu'il n'est pas établi que la SOC1.) ait demandé, lors de l'embauche, à A.) des renseignements par rapport à une éventuelle formation respectivement expérience professionnelle antérieure et que celle-ci ait omis d'en faire état, la Cour retient qu'il y a lieu de tenir compte du parcours professionnel de A.) avant son entrée en service auprès de la SOC1.) et il y a lieu de vérifier s'il en résulte une pratique professionnelle de serveuse de dix années.

(...)

La SOC1.) s'oppose cependant à ce qu'il soit tenu compte de l'ensemble de la période durant laquelle elle était en ses propres services au motif que pour pouvoir acquérir une pratique professionnelle, il faudrait prêter un travail effectif. Il ne devrait dès lors pas être tenu compte des périodes durant lesquelles la salariée était en congé de maladie, congé récréatif, congé de maternité et congé parental.

(...)

A.) s'oppose cependant à ce qu'il ne soit pas tenu compte des périodes en question dans le calcul des dix années de pratique professionnelle en renvoyant à diverses dispositions légales aux termes desquelles les absences pour cause de maladie, congé légal, congé de maternité ou congé parental ne constitueraient pas des périodes d'inactivité et seraient assimilées à des journées de travail effectif.



Afin de départager les parties, il convient de se référer à l'esprit de la loi.

Le paragraphe (3) de l'article L. 222-4 du code du travail permet aux salariés non titulaires d'un certificat reconnaissant officiellement leurs capacités professionnelles dans un domaine déterminé de bénéficier du salaire social minimum qualifié à condition d'établir avoir travaillé dans le domaine concerné pendant dix années.

Le législateur admet donc qu'après avoir travaillé pendant dix années dans le même métier, le salarié a acquis, du fait de la pratique professionnelle, des capacités professionnelles équivalentes à celui qui a appris la profession par un enseignement ou une formation.

S'il s'agit d'un travail effectif sur le terrain, l'article en question ne saurait cependant être interprété en ce sens que le salarié doit rapporter la preuve d'avoir travaillé pendant exactement 10 années x 365 jours x 8760 heures dans la profession concernée.

(...)

La loi obligeant le salarié de prendre ses congés et lui interdisant d'en faire abandon, le fait de prendre ses congés ne saurait dès lors lui être préjudiciable au regard de l'article L. 222-4. (3) du code du travail de sorte qu'il n'y a pas lieu d'exclure du calcul des dix années de pratique professionnelle les jours durant lesquels A.) était en congé légal de récréation.

(...)

Sous peine de créer une discrimination fondée sur le sexe, ce qui est interdit aux termes de l'article L. 241-1 (1) du code du travail, la durée des congés prénatal et postnatal ne doit pas pour autant être exclue du calcul des dix années de pratique professionnelle.

Il en va différemment du congé parental qui peut être à plein temps durant six mois ou à temps partiel durant douze mois.

Selon le listing de la SOC1.), A.) était absente pour cause de congé parental durant six mois. Il en suit qu'elle a pris un congé parental à plein temps.

Aux termes de l'article L. 234-48 (1) du code du travail, le contrat de travail est suspendu intégralement pendant la durée du congé parental à plein temps.

Il en suit que pendant cette période, le salarié ne peut légalement acquérir une pratique professionnelle de sorte qu'il y a lieu de faire abstraction, dans le calcul des dix années de pratique professionnelle, des six mois durant lesquels A.) était en congé parental.

(...)

Restent alors les absences pour cause de maladie.

Il est vrai que de nombreuses dispositions du code du travail assimilent les absences pour cause de maladie à des journées de travail effectif notamment au regard des dispositions sur le congé légal de récréation ou en vue de la détermination de l'ancienneté d'un salarié.

Il ne faut cependant pas oublier que si l'article L. 222-4 (3) permet aux salariés non titulaires d'un certificat reconnaissant officiellement leurs capacités professionnelles dans un domaine déterminé de bénéficier du salaire social minimum qualifié à condition d'établir avoir travaillé dans le domaine concerné pendant dix années, c'est parce que le législateur admet qu'après avoir travaillé pendant dix années dans le même métier, le salarié a acquis, du fait de la pratique professionnelle, des



capacités professionnelles équivalentes à celui qui a appris la profession par un enseignement ou une formation.

Or, pour acquérir une pratique professionnelle, il faut prester du travail.

(...)

La Cour juge que 70 jours de maladie au total sur une période s'étendant sur huit années entières ne sont pas de nature à empêcher un salarié d'acquérir une pratique professionnelle.

Il n'y a dès lors pas lieu de déduire ces absences dans le calcul des dix années de pratique professionnelle.

(Cour d'appel – 8^e chambre – 26 février 2015 – Rôle: 40118)

Référence du BIJ: 2016/05-CL 08 12795

Procédures d'insolvabilité

Cour d'appel
1^{er} avril 2015

Société ne disposant pas de liquidités pour faire face à son passif mais étant propriétaire d'immeubles à l'étranger – Société en état de faillite (oui)

Soutenant disposer sur le territoire français d'un important patrimoine immobilier, soit directement, soit par le biais de sociétés dont elle est propriétaire, ainsi qu'une créance « virtuelle » au titre d'un procès introduit à l'encontre d'une société C pour un montant de près de 900.000 €, actuellement pendant en appel, l'appelante conclut, par réformation, à voir dire que les conditions de la mise en faillite n'étaient pas réunies dans son chef au moment du prononcé de la faillite et à voir prononcer le rabatement de la faillite prononcée le 30 mai 2014.

Elle conclut en outre à voir déclarer commun l'arrêt à intervenir à Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et sollicite une indemnité de procédure de 2.000 €.

L'ETAT conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Le curateur expose que la société A n'a aucune activité propre au Luxembourg, son activité consistant en la détention d'immeubles en France. Ces immeubles seraient pour l'essentiel en cours de construction, voire de rénovation et ne généreraient aucun revenu. L'immeuble sis à (...) a fait l'objet d'une saisie pénale suivant ordonnance de saisie pénale immobilière rendue par un vice-président chargé de l'Instruction au tribunal de grande instance de (...) (France) du 11 juin 2014. (pièce 4 de Maître B). L'appelante ne disposerait pas de liquidités et le passif déclaré, admis et exigible serait de 686.652,37 €, dont la créance des Contributions Directes, admise au passif chirographaire pour la somme de 554.679,87 et au passif privilégié pour 17.108,50 €. En outre l'existence d'un actif immobilier serait sans relevance dans la mesure où il n'a pas été réalisé et n'a pas permis à ce jour le paiement des dettes de la société.

La société A serait par conséquent en état de cessation des paiements et son crédit serait ébranlé. Le curateur s'oppose par conséquent au rabatement de la faillite et conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Le représentant du Ministère Public conclut également à la confirmation de la décision entreprise. La société A ne disposerait pas de liquidités afin d'apurer ses dettes, la créance invoquée par l'appelante ne serait qu'une créance hypothétique et l'actif immobilier ne serait pas à prendre en considération aux fins d'examiner la solvabilité de l'appelante. Celle-ci serait en état de cessation des paiements et son crédit serait ébranlé.

Selon l'article 437 alinéa 1^{er} du Code de commerce, tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite.

La situation de la cessation des paiements s'analyse au jour du jugement déclaratif de faillite (Luxembourg 11 janvier 1967, Pas. 20, p. 361).

La cessation des paiements est l'impossibilité dans laquelle se trouve un débiteur de faire face à ses engagements.

Suivant les explications fournies par le curateur, la créance de l'ETAT, admise au passif chirographaire pour la somme de 554.679,87 € et au passif privilégié pour le montant de 17.108,50 € n'a pas été apurée. Cette créance, qui n'est pas contestée par la société A, est



antérieure au prononcé de la faillite et a été certaine, liquide et exigible au 30 mai 2014. Il en est de même de la créance du Pôle de recouvrement de la DRESG (France), d'un import de 114.864 €, reduite à titre de TVA pour l'année 2009, de majorations et d'intérêts de retard.

Le fait que la société A est propriétaire de divers immeubles est sans importance dès lors que la cessation des paiements est une réalité indépendante de l'état de fortune du débiteur et qu'il importe peu que l'actif soit le cas échéant supérieur au passif (Les Nouvelles, Droit commercial, Les concordats et la faillite, tome IV, n° 203).

(Cour d'appel – 4^e chambre – 1^{er} avril 2015 – Rôle: 41511 - 41512)

Référence du BIJ: 2016/05-CL 04 12836



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel

7 mai 2015

Licenciement avec préavis – Dispense de prêter le préavis – Dispense soumise à la condition pour le salarié de prendre l'intégralité de son congé pendant la période de préavis – Obligation de l'employeur au paiement des jours de congé non pris (non)

Le tribunal du travail a retenu qu'il est de principe que le salarié ne saurait être tenu de prendre son congé pendant la dispense de préavis et qu'il appartient à l'employeur de prouver que son salarié a été d'accord à prendre son congé pendant la dispense de préavis. Il a décidé que « Cependant, étant donné que la dispense de travail était soumise à la condition que le requérant prenne ses congés pendant son préavis, le tribunal de ce siège estime que le requérant aurait dû prendre position par rapport à la proposition de la partie défenderesse et qu'il aurait dû prêter le préavis en cas de désaccord quant à la prise de son congé durant le préavis. (...) Pour pouvoir bénéficier d'une indemnité compensatoire pour congé non pris, le requérant aurait partant dû en l'espèce prêter son préavis. »

(...)

Il expose avoir été aux services de la société SOC1.) en qualité de technicien depuis le 17 mars 2003. Par lettre recommandée du 28 juillet 2011, il a été licencié avec un préavis courant du 1^{er} août 2011 au 30 novembre 2011, le courrier mentionnant « pendant la durée du préavis, vous êtes dispensé de toute prestation de travail, mais dans l'obligation d'y inclure votre congé restant ». Il fait valoir qu'il a contesté l'obligation de prendre les jours de congé restants par courriers recommandés des 2 décembre 2011 et 6 février 2012, 7 mai 2012 et 25 octobre 2012. Il soutient qu'il appartiendrait à l'employeur de prouver l'accord du salarié de prendre le congé pendant la dispense de travail, alors qu'il ne peut pas y être obligé. Il souligne qu'il n'aurait jamais été d'accord à prendre son congé durant la période de dispense de travail.

(...)

C'est à bon droit que le tribunal du travail a déclaré non fondée la demande de A.) en obtention d'une indemnité pour congé non pris.

D'après l'article L. 233-18 du Code du travail il est interdit au salarié de faire abandon du congé auquel il a droit, fût-ce même contre une indemnisation compensatoire, sauf accord des parties de remplacer le congé par une indemnité de compensation en cas de cessation de la relation de travail conformément aux dispositions de l'article L. 233-12, alinéa 3.

Comme il résulte clairement du libellé de la lettre de licenciement que l'employeur a soumis la dispense de travail à la condition pour le salarié de prendre l'intégralité de son congé pendant la période de préavis, il n'y a, en l'espèce, pas eu accord des parties de remplacer le congé par une indemnité de compensation.

Le salarié en ne se présentant pas à son lieu de travail pendant la période de préavis du 1^{er} août au 30 novembre 2011 a accepté de répartir la période de préavis en période de congé et en période de dispense de travail et il ne saurait prétendre à une indemnité compensatoire pour congé non pris.

(Cour d'appel – 8^e chambre – 7 mai 2015 – Rôle: 40864)

Référence du BIJ: 2016/05-CL 08 12899



Droit pénal et procédure pénale

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

1^{er} avril 2015

(1) Prise d'otages – Article 442-1 du Code pénal – Eléments constitutifs

(2) Association de malfaiteurs – Article 322 du Code pénal – Eléments constitutifs

(1) Aux termes de l'article 442-1 du Code pénal, "sera puni de la réclusion de 15 à 20 ans celui qui aura enlevé, arrêté, détenu ou séquestré ou fait enlever, arrêter, détenir ou séquestrer une personne, quel que soit son âge, soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit, soit pour faire répondre la personne enlevée, arrêtée, détenue ou séquestrée de l'exécution d'un ordre ou d'une condition.

Toutefois la peine sera celle de la réclusion de 10 à 15 ans si la personne enlevée, arrêtée, détenue ou séquestrée pour répondre de l'exécution d'un ordre ou d'une condition est libérée volontairement avant le cinquième jour accompli depuis celui de l'enlèvement, de l'arrestation, de la détention ou de la séquestration sans que l'ordre ou la condition ait été exécuté.

La peine sera celle de la réclusion à vie, si l'enlèvement, l'arrestation, la détention ou la séquestration a été suivi de la mort de la personne enlevée, arrêtée, détenue ou séquestrée."

Il résulte des travaux parlementaires préliminaires à la loi du 29 novembre 1982 relative à la prise d'otages que dans le cadre de l'élaboration de sa loi, le législateur luxembourgeois s'est inspiré de la loi française du 9 juillet 1971 relative aux prises d'otages et aux enlèvements de mineurs.

Nonobstant le fait que l'exposé des motifs du projet de loi mentionne expressément que le champ d'application de l'article relatif à la prise d'otages vise notamment l'arrestation ou l'enlèvement d'une personne dans le but de préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, comme par exemple l'arrestation d'une personne lors d'un hold-up, il y a encore lieu de puiser dans la doctrine française afin de connaître aussi bien les conditions d'application précises, que la portée exacte de ce texte de loi. Il y a lieu de relever que le texte français de base en la matière date du 8 juin 1970,- loi dite anti-casseurs-, ce texte réprimant les actes d'arrestation, de détention et de séquestration arbitraires, et que la loi du 9 juillet 1971 a eu pour objet l'aggravation de la répression dans le cas où il y a prise d'otages dans l'un des buts visés par la loi, ces buts étant par ailleurs identiques à ceux prévus par le législateur luxembourgeois.

a) Les notions d'enlèvement, d'arrestation, de détention et de séquestration

La doctrine française soumet l'application du texte de loi du 8 juin 1970 qui a pour objet de réprimer l'arrestation, la détention et la séquestration de personnes quelconques hors les cas où la loi l'ordonne ce texte à l'accomplissement des trois conditions suivantes, à savoir:

- un acte matériel d'arrestation, de détention ou de séquestration,
- l'illégalité de cette atteinte à la liberté individuelle,
- l'intention criminelle de l'agent.

1) Un acte matériel d'enlèvement, d'arrestation, de détention ou de séquestration.

L'arrestation consiste dans l'appréhension au corps d'un individu de telle sorte qu'il se trouve privé d'aller et venir à son gré (cf. GARCON, art.341 à 344, n°5; VOULIN, par M.-L. RASSAT, n° 208).



(...)

Quant à la détention et la séquestration, la doctrine dit qu'elles impliquent également une privation de liberté pendant un certain laps de temps.

Le droit belge consacre la même approche : « L'arrestation est la situation où une personne se voit perdre la liberté d'aller et de venir à la suite de l'intervention d'une autorité ou d'un tiers. Pourquoi'il y ait prise d'otages, il est requis, bien entendu, que l'arrestation soit illégale. Le seul fait de l'arrestation suffit sans qu'il soit exigé que la privation de liberté se prolonge dans le temps ; il s'agit ici d'une infraction instantanée.

La détention est quant à elle, la privation de liberté d'une personne qui perdure dans le temps : il s'agit de la situation où une personne est maintenue en un lieu déterminé en telle sorte que eu égard aux circonstances de fait, celle-ci se trouve dans l'impossibilité de se libérer ou de faire appel à des secours.

Bien entendu, à l'instar de l'arrestation, la détention doit être illégale. Il s'agit d'une infraction continue » (Larcier, Les infractins, vol.2, Les infractions contre les personnes p.72 et 73).

Le texte de loi du 9 juillet 1971 a pour objet une aggravation des peines prévues par l'article 341 du Code pénal français dans le cas où la personne arrêtée, détenue ou séquestrée l'a été comme otage soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs ou complices d'une crime ou délit, soit, en un lieu secret, pour répondre de l'exécution d'un ordre ou d'une condition.

Il est évident que la loi française, à l'opposé du texte luxembourgeois, est nettement plus restrictive dans ce domaine étant donné qu'elle soumet l'application de ce texte à une véritable prise d'otages - les actes d'arrestation, de détention ou de séquestration devant constituer une prise d'otages-, le texte luxembourgeois quant à lui, visant alternativement l'enlèvement, l'arrestation, la détention ou la séquestration. Néanmoins l'étude de ce texte, par le biais de la doctrine française, est importante étant donné que les buts alternatifs, visés par la loi, dans lesquels les actes arbitraires privatifs de liberté sont faits, au vu de la loi, sont identiques. Dès lors les conditions d'application du texte français s'appliquent également pour le texte luxembourgeois.

Pour l'application du texte français, la doctrine exige tout d'abord une corrélation étroite entre la prise d'otages et un crime ou un délit, la circonstance aggravante ne pouvant pas être retenue lorsque la prise d'otages a lieu pour préparer ou faciliter un fait non délictueux. A l'opposé, tout crime ou délit en corrélation avec une prise d'otages entraîne l'application de la circonstance aggravante. Mais la circonstance aggravante suppose en tout cas un véritable lien de connexité entre la prise d'otages et le crime ou le délit.

Par analogie, pour l'application du texte luxembourgeois, il faut une corrélation étroite entre les faits d'enlèvement, de détention ou de séquestration d'une part, et la commission d'un crime ou d'un délit, d'autre part.

Il faut ensuite pour le cas où il y a prise d'otages en vue de préparer ou de faciliter la commission d'un crime ou d'un délit qu'elle soit antérieure ou au plus tard concomitante à la consommation du crime ou du délit. En revanche dans le cas où il y a prise d'otages en vue d'assurer la fuite des malfaiteurs ou d'en assurer leur impunité, celle-ci peut se réaliser à tout moment, même longtemps après la commission de l'infraction.



2) L'illégalité de l'arrestation, de la détention et de la séquestration

C'est l'application du principe général que les arrestations, et les détentions ne peuvent être ordonnées et exécutées que par les représentants de l'autorité publique et qu'en règle générale, mise à part les exceptions limitativement prévues par la loi, comme par exemple la possibilité d'appréhension par toute personne de l'auteur d'un crime ou d'un délit flagrant, nul particulier n'a le droit d'arrêter de détenir ou de séquestrer un individu quelconque.

En l'espèce, l'illégalité des agissements du prévenu ne pouvant être mise en doute, elle n'a pas à être discutée autrement.

3) L'intention criminelle de l'agent

Conformément aux principes généraux du droit, le mobile n'écarte pas l'intention criminelle qui existe dès que l'auteur d'une arrestation, d'une détention ou d'une séquestration a agi en connaissance de cause, peu importe les raisons qui l'ont déterminé à le faire.

L'intention résulte de la conscience de l'auteur d'un des actes prévus par la loi de priver sans droit, respectivement sans raison légitime une personne de sa liberté d'aller et venir.

b) L'élément moral: le but des actes d'arrestation, d'enlèvement, de détention ou de séquestration

L'article 442-1 du Code pénal se distingue de l'article 434 du même Code en ce sens que la Loi érige en crime le fait d'une privation de liberté si la personne arrêtée, enlevée, détenue ou séquestrée l'a été soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit, soit pour répondre de l'exécution d'un ordre ou d'une condition.

Il faut une corrélation étroite, un véritable lien de connexité, entre la privation de liberté et le but poursuivi par les auteurs, que ce but soit la perpétration d'un crime ou d'un délit, le souci d'assurer leur fuite ou leur impunité en raison d'un crime ou d'un délit, ou enfin leur intention de faire répondre la personne privée de sa liberté de l'exécution d'un ordre ou d'une condition.

Cet élément se retrouve sans l'ombre d'un doute dans les faits qui nous occupent, la séquestration des personnes présentes n'ayant été réalisée 1) qu'en vue de commettre le crime de vol aggravé et 2) en vue d'assurer la fuite des auteurs du braquage.

L'article 442-1 sanctionne le crime commis à l'égard de la victime directe d'une prise d'otage, à savoir sa privation de liberté perpétrée avec l'un des buts visés par la Loi, et non le crime d'extorsion (de fonds par exemple) commis à l'égard d'un tiers. Il s'ensuit d'une part que l'article 442-1 doit trouver application dès que cette privation de liberté, commise dans l'un des buts visés par la Loi, est réalisée dans les faits, et d'autre part que le crime est consommé indépendamment de la formulation d'un ordre ou d'une condition à l'égard d'un tiers, pourvu que la privation de liberté ait été commise dans un des buts visés par la Loi.

(2) Suivant l'article 322 du Code pénal relatif à l'association formée dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés, cette infraction comporte les éléments constitutifs suivants:

- il doit y avoir une association, ce qui veut dire que des liens doivent exister entre les divers membres,
- il faut de plus une organisation, ce qui implique une certaine permanence,
- l'association doit avoir été formée dans le but d'attenter aux personnes et/ou aux propriétés (cf. Marchal et Jaspar, Droit criminel, Traité théorique et pratique, Les infractions du code pénal, tome 3, p. 12 ss).



Il faut que l'association ait une existence réelle, que ses différents membres, rattachés entre eux par des liens non équivoques, forment un corps capable de fonctionner au moment propice (Nypels et Servais, tome II, p. 348, n° 2).

En ce qui concerne le nombre des malfaiteurs associés, il est de droit que le concours de deux personnes suffit (Rép. Dalloz, sub Association criminelle, n° 31 ; Garçon, Code pénal annoté, tome, II, p. 931, n° 12). Selon Marchal et Jaspar, il faut qu'une bande comprenne au moins trois personnes (App. Bruxelles, 20 mai 1976, Pas. 1977, II, p. 88 et Cour de cassation italienne du 13 février 1970, Giur. Ital., 1971, II, p. 160, selon laquelle il ne peut y avoir entre deux personnes que des actes de participation, cité par Marchal et Jaspar, Droit criminel, précité).

Il est aussi évident que l'identité de certains membres peut rester ignorée, alors que leur existence est certaine. Il n'est pas exigé de poursuivre tous les associés en même temps.

La nature du lien qui relie les associés peut varier dans le temps (membres fondateurs, nouvelles recrues). Certains liens peuvent être épisodiques, voire provisoires (Cass.fr. 11 juin 1970, Dall.pér. 1970, somm.p. 177, Bull.crim. 1970, n° 199, Revue sc.crim., 1971, p.108 à 110).

Pour éviter l'étroitesse d'une énumération trop précise, le législateur refuse d'indiquer les caractéristiques générales de l'organisation des bandes. Il abandonne l'appréciation des circonstances éminemment variables à la « conscience éclairée des juges » et se borne à exiger une association réelle et organisée, c'est-à-dire l'existence de liens entre les membres.

Ces liens ne peuvent être équivoques et le fait de l'association comme sa permanence, doit être constaté en termes exprès par le juge du fond.

Une pareille association est constituée par l'existence d'un groupement de personnes réunies en organisation préétablie, dotée d'une résolution bien arrêtée, prête à être mise à exécution, voire traduite et concrétisée dans les faits. Les critères d'une pareille organisation peuvent consister dans l'existence d'une hiérarchie, la distribution préalable des rôles, la répartition anticipative du butin, existence de lieux de rendez-vous, l'organisation de cachettes et de dépôts. Aucun de ces critères ne peut cependant être considéré comme essentiel (cf. Rigaux et Trousse, Les crimes et les délits du code pénal, t. 5, p. 13 ss).

Ainsi, par exemple, les concepts d'association ou d'organisation n'impliquent pas en eux-mêmes une idée de hiérarchie. L'association peut être organisée sans qu'il n'y ait d'hiérarchie et l'absence d'une telle hiérarchie est même une caractéristique des associations modernes de malfaiteurs.

Il importe d'ailleurs peu que celui qui participe à une telle organisation ait connaissance de l'ensemble de cette activité délictueuse. Il suffit que le prévenu ait consenti à aider volontairement le groupement dont il connaissait en général le caractère délictueux et qu'il ait ainsi favorisé l'action (cf. Jurisclasseur pénal, v° Association de malfaiteurs, article 265-268).

Pour jouer son rôle dans l'association, le prévenu n'a d'ailleurs pas besoin de connaître toutes les personnes de l'association et il serait inutile et même dangereux pour celles-ci de donner, par exemple, à des membres subalternes ou exerçant des fonctions précises, mais limitées, des détails supplémentaires sur la structure et l'organisation de l'association, vu le risque de les voir dévoiler en cas d'arrestation et de mettre ainsi en péril les dirigeants de l'association.

Le cloisonnement entre les membres d'une pareille association de malfaiteurs, qui ne connaissent normalement que ceux des autres membres dont le contact est indispensable, est très souvent pratiqué à titre de mesure de sécurité contre le travail d'investigation des enquêteurs et constitue une autre caractéristique des associations modernes de malfaiteurs.



Le code d'instruction criminelle adopte le système de la libre appréciation de la preuve par le juge, qui forme sa conviction librement sans être tenu par telle preuve plutôt que par telle autre. Il interroge sa conscience et décide en fonction de son intime conviction (Franchimont, Manuel de procédure pénale, p. 764).

Il est de jurisprudence constante que le juge répressif apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde son intime conviction (Cass. Belge, 31.12.1985, I, 549).

La preuve sera, elle, rapportée suivant les divers moyens admis en matière pénale, notamment par aveux, témoignages, écrits ou même présomptions.

Dans la plupart des cas d'ailleurs, l'accord entre les membres de l'association est tacite et ne se démontre en fait que par ses conséquences.

En pratique l'entente des malfaiteurs se déduira, à partir de leurs antécédents communs (condamnations, détentions) et de leurs habitudes, surtout de prises de contact, de leur réunion, des véhicules utilisés en commun, de la persistance de leur rassemblement (p. ex. débits de boissons fréquentés, cf. Cass.crim.30 mai 1988, Bull.crim.n°232.) et surtout des actes préparatoires auxquels ils se sont consacrés (Rép. pén. Dalloz, v° Association de malfaiteurs, n°46).

Il faut toutefois observer que dans le cadre des présentes poursuites, il n'a pas été clairement établi si un pareil groupe susceptible de constituer une association de malfaiteurs existe vraiment en France et qu'un ensemble de personnes opère selon un modus operandi identique ou similaire dans d'autres pays, sans que les auteurs des différents crimes commis dans de nombreux pays soient effectivement intégrés dans une association de malfaiteurs remplissant les critères dégagés ci-avant.

Il n'a pas été établi davantage que cette association aurait une existence réelle, que ses différents membres, rattachés entre eux par des liens non équivoques, forment un corps capable de fonctionner au moment propice, ni surtout que le prévenu X.) soit un de ces membres.

Si la concertation du prévenu avec l'autre individu pour le braquage du 25 juin 2012 a été spécialement mentionnée ci-avant, il n'a cependant pas pu être établi que cette entente aurait dépassé l'entente normalement rencontrée dans la corréité de plusieurs auteurs et qu'au moment des faits, le prévenu aurait agi dans le cadre, sous les directions, pour le bénéfice ou avec l'assistance d'une association de malfaiteurs telle qu'elle est prévue par les articles 322 et suivants du Code pénal.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – Chambre criminelle – 1^{er} avril 2015 – Rôle: 17385/12/CD – N°: 19/2015)

Référence du BIJ: 2016/05-TL CRIM 12996



Droit administratif

Cour administrative

15 janvier 2015

Sanctions administratives – Règle "non bis in idem" – Médecin – Décision du Conseil supérieur de discipline et arrêt de la Cour d'appel (affaire pénale) antérieurs suivis d'une décision ministérielle de suspension – Annulation de la décision administrative (oui)

La Cour ne saurait suivre la lecture ni du tribunal ni du délégué du gouvernement. Il y a lieu, en effet, d'avoir égard, en l'espèce, non seulement aux sanctions prononcées respectivement par le ministre et le Conseil supérieur de discipline, mais également par le juge répressif, en l'occurrence la chambre correctionnelle de la Cour d'appel. Chacun de ces trois organes était saisi des mêmes faits – à savoir celui d'avoir géré son cabinet médical comme un commerce, celui d'avoir demandé à son personnel de l'assister en prestant des actes réservés par la loi aux infirmiers ou aux assistants techniques médicaux et celui d'avoir commis des faux et d'en avoir fait usage au préjudice de la Caisse nationale de santé – et chacun avait le pouvoir de prononcer à l'encontre de l'appelant la sanction de l'interdiction temporaire de l'exercice de l'art de guérir.

Tant la Cour d'appel que le Conseil supérieur de discipline ont expressément, à partir des faits dont ils étaient saisis, quitte à ce que l'appréciation de la matérialité et de la gravité de ces faits diffère d'une juridiction à l'autre, estimé qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la sanction de la privation effective du droit d'exercer l'art de guérir à l'encontre de Monsieur X.

Il y a lieu de souligner, pour le surplus, que la finalité des sanctions comminées tant par la loi du 29 avril 1983 que par le Code de déontologie médicale est à la fois punitive et protectrice des droits des tiers, le but des textes en question étant de protéger à la fois la moralité et l'honorabilité des professions médicales dans leur ensemble et la santé des patients. La Cour ne saurait suivre le raisonnement du tribunal consistant à voir dans la décision ministérielle du 5 avril 2013 une mesure de sécurité de la profession et la protection des patients plutôt qu'une sanction, et dans celle du Conseil supérieur de discipline avant tout une sanction. En effet, d'une part, l'on ne saurait affirmer que la nature de la décision ministérielle n'est, à l'évidence, pas disciplinaire mais répond à des considérations tenant à la sécurité de la profession et à la protection des clients, car même à admettre que ces objectifs soient prépondérants dans la prise de la mesure de suspension par le ministre, il s'agit en toute hypothèse d'une sanction, disciplinaire par ailleurs. D'autre part, le tribunal qualifie la décision du Conseil supérieur de discipline de sanction en se fondant sur ce que ledit Conseil avait à tort estimé, vu les conclusions contraires de la Cour d'appel, que Monsieur ... n'avait pas transformé son cabinet en agence immobilière; or, une telle appréciation erronée des faits ne saurait exercer une influence sur la nature de la sanction disciplinaire prise. Si le Conseil supérieur de la discipline a sanctionné l'intéressé, elle l'a fait à des fins punitives, il est vrai, mais pas exclusivement, mais également dans l'intérêt de protection de la profession et des patients. Il y a lieu de mentionner, dans ce contexte, qu'il a retenu à sa charge, entre autres, l'infraction à l'article 27 du Code de déontologie médicale qui interdit d'employer pour des actes médicaux du personnel non qualifié à cet effet.

L'appelant ayant été condamné pénalement et disciplinairement par deux décisions définitives par des juridictions saisies des mêmes faits que le ministre et ayant eu, chacune, le pouvoir de prononcer à l'encontre du médecin concerné une suspension du droit d'exercer sa profession dans un but à la fois de sanction et de prévention, la décision ministérielle du 5 juillet 2013 viole l'article 4 du Protocole n° 7, paragraphe 1^{er}, de la CEDH.

Il y a partant lieu, par réformation du jugement entrepris, d'annuler la décision ministérielle du 5 avril 2013 portant à l'encontre de l'appelant suspension, pour une période de trois années à partir



du 22 avril 2013, de l'autorisation d'exercer la profession de médecin spécialiste en dermatovénérologie lui délivrée le 19 décembre 1994.

(Cour administrative – 15 janvier 2015 – Rôle: 35052C)

Référence du BIJ: 2016/05-CA 12798

Observations : Cet arrêt est également publié au *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2015, p. 121. Dans une autre affaire, la Cour a depuis lors admis que le ministre pouvait prononcer une suspension à l'encontre d'un médecin condamné pénalement dès lors que celui-ci n'avait pas fait l'objet de poursuites disciplinaires. La Cour explique dans ce second arrêt que « c'est avant tout la circonstance qu'il [le médecin] avait fait l'objet de deux sanctions disciplinaires distinctes de la part du ministre et du Conseil supérieur de discipline pour les mêmes faits qui a amené la Cour à retenir une violation du principe non bis in idem » dans son arrêt du 15 janvier 2015 » (Cour administrative., 26 mai 2016, 37318C, *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2017, p. 15).