

Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

6 - 2009
Paraît 10 fois par an

Droit civil

Cour d'appel
11 Février 2009

Droit civil – Copropriété – Dommages causés aux copropriétaires par un vice de construction du bâtiment ou un défaut d'entretien des parties communes – Responsabilité du syndicat des copropriétaires – Responsabilité sans faute (oui)

Le syndicat des copropriétaires fait valoir qu'il aurait tout entrepris en vue d'éviter toute détérioration de parties privatives du fait d'une inétanchéité ou d'un défaut généralement quelconque aux parties communes.

Bien qu'il ne soit pas l'auteur des constructions ni leur propriétaire, le syndicat est responsable des dommages causés aux copropriétaires comme aux tiers par un vice de construction du bâtiment ou un défaut d'entretien des parties communes, en vertu de l'article 11 du texte coordonné du 21 janvier 1988 de la loi modifiée du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis, quitte à appeler en garantie les auteurs des travaux. Le syndicat devra donc répondre des moisissures à l'intérieur des appartements provoquées par le mauvais état des parties communes (Cass. 3^e civ., 30 juin 1996, RD imm. juin 1996, p. 276) et du défaut d'étanchéité de la toiture (CA Aix-en-Provence, 21 mars 1991, JurisData n° 1991-044429; CA Pau, 19 sept. 2005, JurisData n° 2005-290447), de même que des désordres causés par un vice de construction ayant affecté l'immeuble dès l'origine (CA Aix-en-Provence, 22 mars 2007, JurisData n° 2007-337267).

La responsabilité du syndicat est indépendante de toute notion de faute de sa part. Il suffit à la victime d'apporter la preuve que le dommage dont elle se plaint est

imputable à un défaut de conception ou d'entretien d'une partie commune ou d'un élément d'équipement collectif ou au fait des installations dont le syndicat doit répondre en sa qualité de gardien au sens de l'article 1384 du Code civil (Cass. 3^e civ., 14 janv. 1999, JurisData n° 1999-020061, Loyers et copr. 1999, comm. 167; CA Toulouse, 8 nov. 2004, JurisData n° 2004-266760) dès lors que la cause exacte du dommage est clairement établie (Cass. 3^e civ., 20 juill. 1996, Inf. rap. copr. févr. 1998, p. 10).

Conformément aux principes généraux en matière de responsabilité civile, le syndicat ne pourrait y échapper qu'en apportant la preuve soit de l'absence d'un lien de causalité entre l'état de l'immeuble et le préjudice invoqué, soit de l'existence d'un cas de force majeure ou d'une faute de la victime qui y serait assimilable (Cass. 3^e civ., 14 déc. 2004, Administrer, Avril 2005, p. 36). Il appartient toutefois à la victime d'établir l'existence d'un lien de causalité entre l'état de l'immeuble et le préjudice invoqué (CA Paris, 2 juin 2003, JurisData n° 2003-220358).

Ainsi, ne constitue pas une cause exonératoire susceptible d'exonérer le syndicat ni le fait que le vice de la construction ne soit pas de son fait, ni le fait qu'il n'aurait jamais failli à ses obligations de surveillance et d'entretien, et, plus généralement, qu'aucune faute ne pourrait lui être reprochée à quelque titre que ce soit (CA Paris, 23^e ch., 30 janv. 1991, JurisData n° 1991-020035; CA Paris, 23^e ch., 6 février 1998, JurisData n° 1998-020298).

La responsabilité du syndicat existe et peut être engagée, quand bien même les dommages ne sont dus ni au fait ni à la faute du syndicat. Ce dernier est responsable des désordres causés à l'appartement de l'un des copropriétaires affecté par des désordres le



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 et Alex ENGEL (membres) – Emmanuel SERVAIS (secrétaire)

rendant impropre à sa destination causés du fait des fautes d'exécution des constructeurs, ainsi que du trouble de jouissance qui en résulte pour lui (CA Versailles, 6 janv. 1995, JurisData n° 1995-041717; CA Paris, 4 mai

2000, JurisData n° 2000-114070).

Cour d'appel – 11.02.2009 – 1^{re} Chambre – Arrêt civil – N° 31470 du rôle

Cour d'appel
4 Mars 2009

Cession d'un contrat d'agence immobilière – Contrat *intuitu personae* (non) – Cession de contrat libre (oui)

La substitution d'un tiers dans un contrat ne constitue par ailleurs pas une cession de créance et n'emporte pas obligation d'accomplir les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil (Cass fr., 3^e, 27 novembre 1990), ce d'autant moins qu'en l'espèce la cession n'a pas porté sur une créance, mais sur un contrat d'entremise. La cession a entraîné en l'occurrence une substitution de contractant par une convention entre le cédant et le cessionnaire, à laquelle le cédé est demeuré totalement étranger. Il n'y a au demeurant pas donné son consentement exprès. Un tel mécanisme juridique constitue une cession de contrat qui peut se définir comme étant l'acte ayant pour objet le remplacement d'une partie par un tiers dans un rapport contractuel. La cession de contrat transmet donc au tiers la qualité de contractant, avec tous les droits et toutes les obligations qui y sont attachés. Elle est plus vaste qu'une cession de créance, une cession de contrat pouvant englober une cession de créance.

Sans préciser autrement pourquoi ils ont précisément chargé l'agent immobilier F, les intimés soutiennent que la cession intervenue serait nulle sinon inopposable à leur égard en considération du contrat *intuitu personae* que serait le contrat d'agence. Il est aujourd'hui admis en jurisprudence qu'un contrat *intuitu personae* peut faire l'objet d'une cession, sous condition que la cession ait été soumise à l'agrément du cocontractant (Cass 1^{re} civ., 6 juin 2000, Bull civ. 2000 I, n° 173, Cass comm. 2 juillet 2002, Bull civ. 2002 IV, n° 113). Un contrat *intuitu personae* est celui qui est conclu en considération de la personne du cocontractant. S'il est vrai que le mandat, en raison de la représentation qu'il engendre, est

un contrat où la confiance entre les parties est particulièrement grande et que sa qualification de contrat *intuitu personae* ne fait pas de doute, la considération de la personne est plus ou moins atténuée dans d'autres conventions telles que le contrat d'entreprise, surtout si, comme en l'espèce, il s'agit d'un contrat à durée limitée où les prestations de l'agent, qui n'est doté d'aucun pouvoir de représentation de son client, dépendent moins de ses qualifications personnelles que de la demande du marché. Sauf circonstances spéciales de nature à personnaliser le rapport contractuel, non invoquées, un contrat d'agent immobilier n'est donc pas un contrat *intuitu personae* (Cass. 3^e, 20 mars 1996, n° 94-10.759), mais un contrat de la vie économique destiné à chercher un amateur pour un bien déterminé, contrat dans lequel la personne de l'intermédiaire ne constitue pas un critère déterminant, mais plutôt effacé en présence des considérations économiques.

Si un contrat conclu *intuitu personae* ne peut être transmis qu'avec l'accord du cédé ou du moins sans avertissement ou avis préalable (Paris, 3 novembre 1994, Defrénois n° 36145-106), la cession d'un contrat non basé sur la considération de la personne du cocontractant est libre, sauf si elle était exclue lors de la négociation du contrat initial.

En l'occurrence toutefois, le caractère ou non de *intuitus personae* ne joue pas un rôle déterminant en vue de la solution du litige. L'analyse des faits démontre en effet que les consorts BC, bien qu'ayant déclaré ne pas accepter la cession de contrat intervenue, ont signé deux compromis de vente négociés par le cessionnaire A, dénotant ainsi implicitement, mais nécessairement leur volonté tacite d'accepter le nouvel intermédiaire et d'agréer et de ratifier la cession dont ils n'étaient informés qu'après son accomplissement. Ils ont certes fait insérer dans les compromis que leur reconnaissance de leur obligation de payer la commission d'agence ne vaudrait pas reconnaissance de la cession intervenue. Or,

cette clause ne vise que leur crainte de devoir payer deux fois, une fois l'agence D et une seconde fois l'agence A, comme le démontre la clause suivante du contrat par laquelle ils demandent à être tenus quittes et indemnes pour le cas où un paiement leur serait réclamé par l'agence D. Dès lors que le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers lorsqu'il y a consenti en traitant avec le cessionnaire (Defrénois, n° 37237-69), il en est ainsi a

fortiori pour le cas d'un contrat non soumis à la considération d'une personne déterminée.

La cession de contrat est donc régulière et opposable aux consorts BC.

Cour d'appel – 04.03.2009 – 1^{re} Chambre – Arrêt civil – N° 32277 du rôle

Observation: Cet arrêt est également publié au *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2010, p. 61, avec une note du Pr David Hiez.

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
6 Mars 2009**

Droit des contrats – Conditions de validité du contrat – Erreur sur les qualités essentielles de la personne – Obligation de se renseigner – Légèreté ou négligence excessives – Erreur inexcusable (oui)

Pour ce qui est de la demande en annulation du contrat pour erreur, il y a lieu de se référer à l'article 1110 du Code civil qui dispose que l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

L'erreur sur la personne est une cause de nullité du contrat si l'on a attribué à une personne des qualités qu'elle n'avait pas. Il faut bien évidemment qu'il s'agisse d'une erreur sur les qualités essentielles, susceptibles d'avoir déterminé le consentement, ce qui s'apprécie en fonction tant de la nature du contrat que de la psychologie individuelle de celui qui s'est mépris. Il y a lieu de relever que le contrat est maintenu lorsque l'erreur procède d'une légèreté ou d'une négligence excessives, qui la rendent inexcusable. Ce caractère est apprécié *in concreto*, c'est-à-dire en fonction des capacités personnelles de l'intéressé,

notamment de sa compétence professionnelle. Il existe aussi une obligation de se renseigner, qui pèse, avec une intensité variable, sur tout contractant, et qui fixe une limite à la sanction de l'erreur sur la substance (voir: Flour et Aubert, Les obligations, L'acte juridique, nos 200 et 204).

En l'espèce, il résulte de la convention litigieuse du 20 juin 2007 que le demandeur déclare être spécialisé dans la gestion de la mise en œuvre des projets industriels et l'objet du contrat en question (voir article 1^{er}) est de définir les conditions de collaboration entre les parties et ce dans le cadre de la mise à disposition de facilités de financement d'un montant de 26.000.000,- EUR.

X. est donc un habitué en matière d'investissements et s'il avait attaché une si grande importance à la question de savoir si la société Y dispose d'un agrément auprès de la CSSF, il aurait facilement pu le vérifier avant la conclusion du contrat. En effet, une simple consultation du site internet de la CSSF aurait été suffisante pour fournir la réponse.

Au vu des activités professionnelles du demandeur, l'erreur invoquée est inexcusable, de sorte que la demande en annulation du contrat du 20 juin 2007 pour erreur n'est pas fondée.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 06.03.2009 – 2^e Chambre – Jugement commercial II n° 317/09 – N° 118100 du rôle

Droit commercial – Distinction entre contrat d'entreprise et contrat de vente – Caractéristiques d'un contrat d'entreprise – Participation active du client dans la fabrication – Obligation de l'entrepreneur – Obligation de résultat atténuée – Obligation de moyen renforcée – Faute présumée – Exonération par la preuve de l'absence de faute – Devoir de conseil envers le client – Opposabilité des conditions générales – Conditions – Acceptation expresse ou relations d'affaires continues

Afin de déterminer les responsabilités des parties par rapport au défaut de conception apparu, il convient d'analyser par quel type de contrat les parties étaient liées: contrat d'entreprise ou contrat de vente.

A cet égard, la défenderesse soutient qu'elle a conclu avec la partie adverse un contrat d'entreprise. Elle prétend en effet que la société A. a mis en commande la production d'une pelle ressemblant à celle de type Danemark et qu'elle a dessiné les plans et esquisses pour permettre la fabrication de l'engin devant répondre aux spécifications souhaitées, qu'elle a donné des instructions précises et est même venue vérifier dans les ateliers de construction l'évolution des travaux, sans jamais remettre en cause la forme arrondie du fond du godet, son poids propre ou sa largeur. La société A. pour sa part conteste partiellement ces affirmations et plaide que s'il est bien vrai qu'elle souhaitait acquérir un godet de déversement présentant les mêmes caractéristiques qu'un godet Danemark et lui ressemblant, elle ne s'est à aucun moment préoccupée de sa conception, laissant au professionnel l'entière responsabilité de la fabrication. Elle ne conteste pas qu'il y ait eu plusieurs réunions sur le chantier, ni qu'elle ait remis à la société B., sinon à C., des croquis dessinés de main libre, mais elle conteste que ces plans étaient destinés et/ou aient pu être utilisés tels quels pour la fabrication du godet.

Le tribunal retient de ces plaidoiries que le godet de déversement litigieux ne répond pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par le fabricant, mais porte sur un travail spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers exprimés par le client et qu'il est dès lors à qualifier de contrat d'entreprise.

La société A. requiert la résolution de ce contrat sur base de l'article 1184 du Code civil. Tout contrat peut en effet être résolu au cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement. Elle reproche à la partie adverse de ne pas avoir livré un godet, dans sa nature, conforme à la chose convenue, le godet livré ne présentant pas les qualités attendues et s'avérant être impropre à l'usage auquel il était destiné.

Dans ce contrat d'entreprise, compte tenu de la participation active du client dans la fabrication de la pelle, l'obligation à charge de l'entrepreneur est à qualifier d'obligation de résultat atténuée ou d'obligation de moyen renforcée, de régime consistant à présumer la faute et à permettre une libération par la preuve de l'absence de faute.

Dans ce contexte, la société B. plaide qu'elle n'a commis aucune faute alors qu'elle s'en est tenue aux plans et instructions remis par la société demanderesse. Pareille attitude, à la supposer avérée, ne serait cependant pas susceptible de la décharger puisque, professionnelle en la matière, elle était tenue d'un devoir de conseil à l'égard de son client profane, ce devoir l'obligeant également à informer le client sur les doutes et craintes qu'elle avait en rapport avec l'efficacité de la pelle que le client lui demandait de construire et, le cas échéant, à refuser de la construire.

(...)

Il ressort de l'article 10 des conditions générales de la société C., lesquelles figurent au verso de la facture adressée par C. à la société B., que le Amtsgericht de la ville de Idar-Oberstein a seul compétence pour connaître de tout différend né de l'exécution du contrat.

La société C. n'ayant pas établi l'existence de relations d'affaires continues entre elle et la demanderesse en intervention, elle n'a pas démontré que cette dernière a adhéré aux termes des conditions générales qui ne sont partant pas opposables à la société B.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 12.03.2009 – 6^e Chambre – Jugement commercial VI n° 399/2009 – Nos 107903 et 117270 du rôle

Vente d'une maison d'habitation – Pollution des sous-sols au gasoil – Responsabilité – Loi du 17 juin 1994 sur la prévention et la gestion des déchets

La loi du 17 juin 1994 sur la prévention et la gestion des déchets a pour objet la transposition en droit national de la directive du Conseil 91/156/CEE du 18 mars 1991, qui avait d'abord pour objectif l'introduction d'une terminologie et d'une définition communes des déchets, ensuite la valorisation et l'élimination des déchets. La loi a été adaptée au fur et à mesure aux diverses directives modificatives et abrogatoires intervenues depuis lors. Le législateur de 1994 ne s'est toutefois pas borné à la seule transposition, mais a, au contraire, opté pour une nouvelle loi générale régissant la gestion des déchets. Cette loi, allant plus loin que la directive européenne, a introduit, outre le principe du pollueur-payeur, des dispositions pénales et surtout la notion de responsabilité sans faute. Cette responsabilité qui est une responsabilité objective, s'applique quelles que soient les relations – quasi-délictuelles ou contractuelles – des parties entre parties. Elle évite ainsi de rechercher l'auteur fautif, pour retenir comme responsable, abstraction faite de toute faute personnelle dans son chef, celui qui exerce un pouvoir ou un contrôle sur une personne ou une chose. La responsabilité est ainsi retenue à charge de celui qui tire profit d'une activité qui engendre un certain risque de dommage ou qui est la source des risques. La loi de 1994 prévoit la responsabilité sans faute dans ses articles 29 à 33 après avoir dans son article 15 mis le coût de l'élimination des déchets à charge du pollueur-payeur. La loi de 1994 et la directive du Conseil 91/156/CEE s'appliquent à toute substance ou tout objet dont le détenteur se défait ou a l'obligation de se défaire en vertu des dispositions nationales, à part les exceptions prévues par l'article 2 de la loi. Ainsi l'article 3 définit les déchets par toute substance ou tout objet (matières accidentellement déversées, perdues) qui relève des catégories figurant à l'annexe 1 de la présente loi et, d'une manière générale, tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon ou dont il a l'obligation de se défaire (telles les matières accidentellement déversées, perdues ou ayant

subi tout autre incident, y compris toute autre matière, équipement etc. contaminées par suite de l'incident en question; matières, substances ou produits contaminés provenant d'activités de remise en état de terrains). La loi s'applique donc bien à la terre contaminée et polluée par l'infiltration de mazout. Le «producteur» de la pollution est, selon l'article 3,m), toute personne physique ou morale dont l'activité a produit des déchets (producteur initial), tandis que par «détenteur» il faut comprendre le producteur des déchets ou la personne physique ou morale qui a les déchets en possession. Le terme «activité» doit s'entendre dans un sens large englobant non seulement une activité industrielle ou professionnelle, mais toute activité généralement quelconque tel le stockage de fuel en vue du chauffage de l'immeuble privé. Selon l'article 15 de la loi, le coût de l'élimination des déchets doit être supporté par le détenteur qui remet les déchets au ramasseur autorisé et/ou les détenteurs antérieurs ou le producteur du produit générateur de déchets. L'article 29 introduit le principe de la responsabilité sans faute en stipulant que le producteur des déchets est responsable du dommage causé par ces déchets indépendamment d'une faute de sa part, tandis que l'article 30 impose comme seules preuves à charge de la victime de prouver le dommage, l'existence des déchets et le lien de causalité entre les déchets et le dommage.

La loi de 1994, telle que modifiée, est donc bien applicable au litige soumis à la Cour. L'applicabilité de la loi et de la directive CEE dont elle est issue se trouve corroborée par un arrêt de la C.J.C.E. du 7 septembre 2004 dans l'affaire C-1/03 *Van de Walle, Laurent, Mersch c. Texaco et Région de Bruxelles-Capitale*, qui fait une interprétation large des termes de la directive et retient que le détenteur d'hydrocarbures qui se déversent accidentellement et qui polluent les terres et les eaux souterraines «se défait» de ces substances lesquelles sont à qualifier de déchets dangereux et qu'il en est de même du sol contaminé qui résulte d'un déversement accidentel d'hydrocarbures, ces derniers n'étant pas séparables des terres qu'ils ont polluées et ne pouvant être valorisés et éliminés que si ces terres font également l'objet des opérations nécessaires de décontamination. Selon l'arrêt encore, c'est

celui qui est en possession des hydrocarbures et qui les stocke pour ses besoins qui est à considérer à la fois comme possesseur et producteur de ces déchets.

Cour d'appel – 18.03.2009 – 1^{re} Chambre – Arrêt civil – N° 33302 du rôle

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
20 Mars 2009**

Vente d'un véhicule d'occasion – Vice de construction – Charge de la preuve – Obligation de dénoncer dans bref délais – Obligation du garagiste – Obligation de moyen avec présomption de faute – Entre obligation de résultat et obligation de moyen – Exonération en cas de preuve d'absence de faute – Charge de la preuve inversée au profit du demandeur

A l'appui de sa demande, A. fait exposer qu'il est propriétaire d'un véhicule d'occasion de marque Audi A8 qu'il a acheté au courant de l'année 2003 à B. et que depuis le mois de novembre 2002, le véhicule en question présente une fuite d'huile au niveau de la boîte de vitesses; que malgré diverses tentatives en vue de remédier à ce problème, effectuées par différents garages agréés de la marque Audi, celui-ci perdure à l'heure actuelle.

(...)

A. soutient que l'origine du problème affectant le véhicule peut être recherchée dans une défaillance mécanique originaire, qu'il s'agit dès lors d'un vice de fabrication qui doit être pris en charge par la société Audi AG.

Il recherche la responsabilité du constructeur sur base de l'article 1641 du Code civil et soutient qu'il est évident qu'il n'aurait jamais acquis ce véhicule s'il avait eu connaissance de ce défaut.

(...)

L'expert constate dès lors qu'il y a une fuite d'huile, mais il ne se prononce pas sur la cause exacte de cette défaillance d'étanchéité. Dans les circonstances données, il y a lieu de rappeler que la première fuite est apparue, selon le demandeur, en novembre 2002 tandis que la première mise en circulation du

véhicule remonte au 24 février 1997.

Il ne résulte dès lors pas du rapport d'expertise, ni d'un autre élément du dossier, que le véhicule Audi est affecté d'un vice de fabrication susceptible d'engager la responsabilité du constructeur.

A titre superfétatoire et pour être complet, il faut constater que A. n'établit pas non plus que ce vice, à le supposer établi, ait été dénoncé endéans un bref délai au vendeur initial et qu'une action ait été engagée endéans le délai d'un an à compter de la dénonciation et ce conformément aux dispositions de l'article 1648 du Code civil.

Il résulte de l'ensemble de ces développements que la demande dirigée par A. contre la société Audi AG n'est pas fondée.

(...)

A. reproche au Garage C. d'avoir mal exécuté les réparations au véhicule litigieux et recherche sa responsabilité sur base de l'article 1134 du Code civil.

(...)

Le Garage C. conteste l'existence d'un quelconque lien contractuel entre lui-même et A. du chef du sifflement à la boîte de vitesses et de la nouvelle fuite d'huile. Il soutient qu'à chaque fois qu'un contrat s'est formé entre parties, c'est-à-dire à chaque fois que le Garage C. est intervenu sur le véhicule (révision générale, pompe à injection et vidange), le résultat est atteint.

Il est constant en doctrine et en jurisprudence que «l'obligation de résultat» qui pèse sur le garagiste en ce qui concerne la réparation des véhicules de ses clients emporte à la fois présomption de faute et présomption de lien de causalité entre la faute et le dommage. L'obligation du garagiste-réparateur n'est ni vraiment de résultat puisqu'il peut s'exonérer en démontrant son absence de faute, ni vraiment de moyens puisque la charge de la

preuve est inversée au profit du demandeur. En réalité, l'obligation qui pèse sur le garagiste s'apparente à une obligation de moyens avec présomption de faute.

Le demandeur à l'action en responsabilité n'est cependant pas libéré de toute tâche probatoire. Il doit rapporter la preuve que l'intervention du garagiste portait sur l'élément défaillant à l'origine de la panne ou de l'accident invoqués. Il ne suffit dès lors pas d'établir que le garagiste a réalisé une intervention sur le véhicule, encore faut-il prouver l'imputabilité de cette intervention dans le dommage. La responsabilité du garagiste ne saurait être retenue lorsque la cause du dommage reste indéterminée (voir J.-Cl. Civil, Art. 1382 à 1386, fasc. 385: Garagiste, n° 21 et suivants, ainsi que les références jurisprudentielles y citées).

(...)

Force est de constater que l'expert ne se prononce pas sur la cause exacte du

dommage et il préconise tout simplement la même mesure de remise en état que celle d'ores et déjà effectuée par les divers garagistes étant intervenus sur le véhicule.

A défaut d'avoir établi la cause du sinistre, il est dès lors impossible de déterminer si la cause du dommage trouve son origine dans la défaillance d'un élément sur lequel le Garage C. est intervenu, une simple intervention sur le véhicule étant insuffisante pour établir l'imputabilité de cette intervention dans le dommage.

Il résulte des développements qui précèdent que A. n'a pas rapporté la preuve de l'intervention du Garage C. sur l'élément défaillant pour ce qui est du problème de la fuite d'huile.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 20.03.2009 – 2^e Chambre – Jugement commercial II n° 399/09 – N° 115578 du rôle

Droit commercial

Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
20 Mars 2009

Acte de commerce – Commerçant – Etat des personnes – Ordre public – Acte de commerce par nature – Liste limitative de l'article 2 du Code de commerce

L'article 1^{er} du Code de commerce dispose que «sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle».

Le fait que la qualité de commerçant relève de l'état des personnes et, partant, de l'ordre public, entraîne comme conséquence qu'il ne suffit pas de se déclarer commerçant pour le devenir. La circonstance que B. s'est attribué dans l'acte constitutif de la société C. la qualité de commerçant, ne suffit pas pour qu'on le traite comme tel. En effet, cette affirmation ne fait pas preuve par elle-même à défaut de tout autre élément la corroborant (voir en ce sens: Cloquet, Les Nouvelles, tome

IV, 3^e édition, n° 36).

Par ailleurs et indépendamment de la question de savoir si B. a posé un acte de commerce en passant la prétendue commande de travaux de rénovation de la menuiserie intérieure d'un restaurant, toujours est-il que le tribunal n'est saisi que d'une seule opération et que la partie demanderesse reste en défaut de prouver que le défendeur se livre à des actes de commerce et en fait sa profession habituelle.

Il résulte de ces développements que A. n'a pas rapporté la preuve de la qualité de commerçant dans le chef de B.

C'est dès lors à tort que la partie demanderesse se prévaut de l'article 632, 1^o du Code de commerce pour justifier la recevabilité de la demande.

Elle se prévaut des dispositions de l'article 632, 3^o et conclut que c'est la nature de l'opération qui est déterminante pour justifier l'introduction de la demande selon la

procédure sommaire. Elle soutient que la conclusion d'un contrat portant sur la rénovation de la menuiserie intérieure d'un restaurant constitue une opération de nature commerciale.

L'article 632, 3° en question dispose que les tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale connaîtront des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

L'article 2 du Code de commerce définit les actes de commerce et il y a lieu de relever que la conclusion d'un contrat d'entreprise n'y figure pas.

En l'espèce, le fait de passer une commande pour des travaux de rénovation d'un restaurant

ne constitue pas non plus un acte de commerce par accessoire, de tels actes demeurent en effet peu nombreux: il s'agit pour l'essentiel de la vente de fonds de commerce, de la «cession de contrôle» et de certaines sûretés (voir Encyclopédie Dalloz, commercial, v° Actes de commerce, n° 108).

La commande prétendûment passée par B. ne constitue dès lors pas un acte de commerce, de sorte que la demande n'a pas été valablement introduite selon la procédure sommaire.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 20.03.2009 – 2^e Chambre – Jugement commercial II n° 395/09 – N° 118637 du rôle

Cour d'appel
25 Mars 2009

(1) Droit de la concurrence – Débauchage du personnel d'un concurrent – Critère de la désorganisation – Critère insuffisant – Recherche d'une volonté de déstabiliser ou d'éliminer un concurrent

(2) Preuve – Message envoyé par téléphone portable – Mode de preuve (oui) – Procédé loyal (oui)

(1) Le débauchage de personnel devient un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale s'il s'accompagne d'agissements ayant pour effet de créer la confusion entre les établissements, de désorganiser les services d'un concurrent ou de surprendre des secrets de fabrique (Cour, 18.11.2000, *Pas. lux.*, t. 31, p. 415).

La société B. fait valoir que, selon la doctrine et la jurisprudence récentes, la désorganisation de l'entreprise ne rend pas à elle seule le débauchage irrégulier, étant donné que tout départ de salariés entraîne une certaine désorganisation, que le débauchage ne devient illicite que s'il procède de l'intention de nuire, ce que la société C. est en défaut d'établir.

Il est vrai que la seule désorganisation de l'entreprise ne peut automatiquement rendre

le débauchage illicite, mais celui-ci peut le devenir en raison des circonstances qui l'entourent, permettant de déceler une volonté de déstabiliser le concurrent, voire de l'éliminer du marché (Caluwé, Delcorde, Leurquin, *Les pratiques du commerce*, éd. 1973, t. II, n° 669; Fleur Longfils, note sous Mons, 5.7.2000, R.D.C.B. 2001, 256, n° 24). Tout est question d'appréciation des éléments de l'espèce en vue de déterminer si le débauchage est resté dans les limites permises par la libre concurrence économique ou s'il rentre dans le cadre des actes contraires aux usages honnêtes.

(2) L'appelante fait enfin valoir que c'est à tort que le premier juge s'est référé à l'arrêt de la Cour de Cassation française du 23 mai 2007 (Juris-Data 2007-038970) qui a retenu que «l'utilisation d'un SMS comme mode de preuve est un procédé loyal recevable, car son auteur ne peut ignorer que les messages sont enregistrés par l'appareil récepteur. Du fait d'une présomption de connaissance, la conservation du SMS étant une fonction automatique du téléphone, un SMS conservé peut être considéré comme un mode de preuve loyal et par conséquent recevable». Elle soutient que cette jurisprudence n'est pas applicable en l'espèce, étant donné que H. n'était plus employé de la société C. au moment où il aurait envoyé le SMS.

Il est question dans l'arrêt de l'enregistrement par l'appareil récepteur. L'affirmation avancée

à l'appui de ce reproche n'est donc pas pertinente.

De toute façon, la société B. reconnaît l'envoi du SMS litigieux, étant donné qu'en page 28 de sa note de plaidoiries elle reproche au premier juge d'avoir qualifié l'envoi de ce SMS d'incitation déloyale à quitter C., alors que H.

ne faisait rien d'autre que d'informer ses collaborateurs susceptibles de s'intéresser à son projet et de répondre à leurs questions.

Cour d'appel – 25.03.2009 – 4^e Chambre – Arrêt concurrence déloyale – N° 33896 du rôle

Droit des sociétés

Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
19 Février 2009

Liquidation de société – Jugement sur la base de l'article 203 LSC – Publication au Mémorial – Déclenchement du délai d'opposition (non) – Nécessité d'une signification (oui)

Si l'article 203(4) dispose que les jugements prononçant la dissolution d'une société sont publiés par extrait au Mémorial et que le tribunal peut en ordonner la publication dans des journaux publiés au Luxembourg et à l'étranger, cet article n'entend pas, contrairement à l'article 473 du Code de commerce, faire courir un quelconque délai d'opposition ou d'appel à partir de ces publications. Et, il n'y a pas lieu de déduire des formalités prévues pour l'introduction de la demande en liquidation judiciaire celles régissant la notification du jugement statuant sur cette demande.

L'opposition est dès lors régie par les règles ordinaires de la procédure en la matière (cf. Trib. Lux., 21 mai 1999, n° 222/92; Trib. Lux., 29 octobre 1995, n° 404/95; Trib. Lux., 5 décembre 2002, n° 874/2002; Trib. Lux., 22 novembre 2007, n° 1205/2007).

Aux termes de l'article 90 du Nouveau Code de procédure civile, le délai pour former opposition est de 15 jours à partir de la signification respectivement de la notification du jugement.

Il est constant en cause que le jugement entrepris n'a pas été notifié par la voie du greffe et qu'il n'a pas fait l'objet d'une signification par huissier de justice.

Et, tel qu'il a été précisé plus haut, l'article 203 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est muet quant au départ du délai d'opposition contre un jugement de liquidation d'une société, ne précisant pas que les publications qui sont prévues au Mémorial et dans les journaux équivalent à une notification du jugement, faisant courir le délai. Aucun autre texte de loi ne fonde par ailleurs une telle qualité de notification dans le chef de ces publications (cf. Cour d'appel, 11 décembre 1991, *M.P. c. Sàrl. Grant*, n° 13356 du rôle).

En conséquence, le jugement du 20 novembre 2008 n'ayant pas été valablement signifié ou notifié à la société X., et dans la mesure où il n'est pas établi que la société a eu connaissance du prédit jugement et de son exécution plus de quinze jours avant l'acte d'opposition, il y a lieu de dire que l'opposition est recevable comme ayant été présentée dans les formes et délai de la loi, la société étant, par ailleurs, dotée, d'après les pièces versées, d'un nouveau conseil d'administration.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 19.02.2009 – 6^e Chambre – Jugement commercial VI n° 239/2009 - N° 119034 du rôle

Droit administratif

Cour administrative
19 Février 2009

Plan d'aménagement particulier – Annulation par la Cour administrative – Effet rétroactif – Conséquence – Autorisation de construire délivrée antérieurement sur base de ce PAP annulé encourt également l'annulation

Le tribunal a retenu que s'il était vrai que dans le cadre du recours en annulation il était appelé à statuer à la date à laquelle le bourgmestre avait délivré l'autorisation critiquée, soit au 27 juillet 2007, et qu'à cette date, le PAP litigieux se trouvait approuvé de la part du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, il n'en restait pas moins qu'eu égard à l'annulation de la décision d'approbation ministérielle en question à travers l'arrêt de la Cour administrative du 10 juillet 2008, celle-ci avait rétroactivement disparu de l'ordonnement juridique et que le tribunal était tenu d'en tenir compte, la décision ministérielle d'approbation étant juridiquement réputée n'avoir jamais existé, encore qu'elle eût matériellement existé au moment de la décision déferée du bourgmestre. Suivant le tribunal, l'autorisation déferée, consistant dans sa substance en la constatation officielle par l'autorité compétente de la conformité du projet de construction à la réglementation administrative d'urbanisme applicable, constituée en l'espèce du PAP dont l'approbation ministérielle a été annulée, doit par conséquent être considérée comme ayant été juridiquement délivrée sans base habilitante et matériellement comme étant dépourvue d'objet réalisable, de sorte à encourir l'annulation.

(...)

Cour administrative
12 Mars 2009

Retrait administratif du permis de conduire – Nécessité d'une infraction au Code de la route (non) – Obligation pour le ministre d'agir dans un délai raisonnable (oui) – Double sanction (non)

L'annulation est l'opération consistant à mettre à néant avec effet rétroactif, *ex tunc*, en l'occurrence un acte administratif.

Le recours administratif aboutit, s'il est déclaré fondé, à retirer, avec effet rétroactif et sans remplacement direct, l'acte administratif annulé de l'ordonnement juridique.

Si le juge de l'annulation se place au jour où l'autorité administrative a pris la décision attaquée et statue suivant la situation de droit et de fait entrevue à ce jour-là, il y a lieu de distinguer, pour les éléments de l'ordonnement juridique, dont plus particulièrement les actes administratifs, suivant qu'ils sont définitifs ou qu'ils restent soumis à condition, à recours, à délai de recours ou à un autre facteur susceptible d'influer sur leur existence juridique.

A la date du 27 juillet 2007 à laquelle le bourgmestre a statué, la décision ministérielle d'approbation du 25 avril 2007 était chargée du recours en annulation de A. introduit le 3 juillet 2007 et signifié à la commune de B. le 6 juillet suivant.

Le fait que la décision d'approbation ministérielle fut soumise à un recours en annulation, et partant susceptible d'être annulée rétroactivement, est inhérent au système des recours juridictionnels ouverts à l'encontre des actes administratifs et ne saurait dès lors être valablement invoqué pour sous-tendre une atteinte à la sécurité juridique.

Cour administrative – 19.02.2009 – N° 24960C du rôle

La compétence du ministre de retirer ou de limiter l'usage des permis de conduire, contrairement au retrait des points d'un permis de conduire, n'est ni directement liée à la commission d'une infraction ou à la condamnation pour une infraction au Code de la route, ni directement fonction de ces

dernières et aucun délai dans lequel le ministre est tenu d'agir n'est légalement imposé.

S'il est vrai que, même quand aucun délai n'est formellement imposé par un texte, l'action de l'administration doit néanmoins rester prévisible, ce qui implique que l'administration est tenue, à peine d'illégalité, d'exercer ses compétences dans un délai raisonnable, il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, la procédure (enquête, avis et décision ministérielle) appert avoir été entamée et menée avec la célérité requise, les premiers juges relevant à bon escient sous ce rapport que le ministre a sollicité l'avis du Procureur général d'Etat dès le 17 août 2007, c'est-à-dire quelques mois seulement après le jugement prévisé du 28 février 2007 prononçant une interdiction de conduire de neuf mois, excepté les trajets professionnels, à l'encontre de Monsieur X. et que l'arrêté restreignant l'usage de son permis de conduire est intervenu dans le mois suivant

réception de l'avis de la commission spéciale des permis de conduire du 13 mars 2008, de sorte que le reproche que le ministre n'aurait pas agi dans un délai raisonnable laisse d'être fondé.

La Cour ne saurait pas non plus suivre le moyen de réformation du jugement fondé sur une prétendue double sanction illégale, étant donné que le raisonnement afférent de l'appelant table sur la prémisse de base erronée de ce que, par nature, un retrait d'un permis de conduire constituerait la sanction d'un comportement répréhensible, alors que la vocation principale de pareille mesure est d'assurer la protection des intérêts des usagers de la route, le respect de cet aspect étant patent en l'espèce au regard des considérations ci-avant développées.

Cour administrative - 12.03.2009 - N° 25204C du rôle

Droit fiscal

Cour administrative
12 Février 2009

(1) Distribution cachée de dividendes - Preuve - Conditions - Allocation d'un avantage sans contrepartie - Relation particulière entre sociétés - Impôt sur le revenu des collectivités

(2) Pertes subies à l'étranger - Déductibilité (non) - Détermination d'une base d'imposition fictive incluant ces pertes dans le but de déterminer le taux d'imposition applicable

(1) L'article 164 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, ci-après dénommée «LIR», dispose comme suit:

«(1) Pour déterminer le revenu imposable, il est indifférent que le revenu soit distribué ou non aux ayants droit.

(2) Sont à considérer comme distribution dans le sens de l'alinéa qui précède, les distributions de quelque nature qu'elles

soient, faites à des porteurs d'actions, de parts bénéficiaires ou de fondateurs, de parts de jouissance ou de tous autres titres, y compris les obligations à revenu variable donnant droit à une participation au bénéfice annuel ou au bénéfice de liquidation.

(3) Les distributions cachées de bénéfices sont à comprendre dans le revenu imposable. Il y a distribution cachée de bénéfices notamment si un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société ou d'une association dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité».

Les distributions cachées de bénéfices visées par l'article 164(3) LIR existent si un associé ou un actionnaire reçoit directement ou indirectement d'une société des avantages qui s'analysent pour cette dernière en un emploi de revenus sans contrepartie effective et que l'associé ou actionnaire n'aurait pas pu obtenir en l'absence de ce lien. La situation concernée

est celle où un gestionnaire prudent et avisé n'aurait pas accordé un avantage similaire à un tiers.

Aux termes de l'article 59 de la loi précitée du 21 juin 1999, «la preuve des faits déclenchant l'obligation fiscale appartient à l'administration, la preuve des faits libérant de l'obligation fiscale ou réduisant la cote d'impôt appartient au contribuable».

La charge de la preuve de l'existence d'une distribution cachée de bénéfices repose donc en premier lieu sur le bureau d'imposition. Celui-ci doit en effet procéder à un examen impartial et objectif des déclarations du contribuable et relever des éléments qui lui paraissent douteux et qui pourraient indiquer l'existence de distributions cachées de bénéfices. Ainsi, c'est essentiellement lorsque le bureau d'imposition peut faire état d'un faisceau de circonstances qui rendent une telle distribution probable et qui n'ont pas été éclairées ou documentées par le contribuable que le prédit bureau peut mettre en cause la réalité économique des opérations et supposer une diminution indue des bénéfices de l'entreprise sans avoir à la justifier exactement. Il y a alors renversement de la charge de la preuve, le contribuable devant prouver qu'il n'y a pas diminution de bénéfice ou que celle-ci est économiquement justifiée, et non seulement motivée par des relations particulières entre deux entités liées (Cour adm., 1^{er} février 2000, n° 11318C, Pas. adm. 2008, v° Impôts, n° 270).

Relativement à la première condition de l'allocation d'un avantage sans contrepartie effective et équivalente, le bureau d'imposition avait sollicité, à travers son courrier prévisé du 2 décembre 2005, le détail des comptes «honoraires maîtrise d'œuvre» (123.539,13 €), «honoraires conseil» (62.900 €) et «autres honoraires» (46.752 €) du grand-livre ensemble les pièces justificatives afférentes.

En annexe au courrier de sa fiduciaire du 9 décembre 2005, l'appelante a fait soumettre au bureau d'imposition, relativement à ces trois comptes, les factures afférentes. Tandis que quatre factures de la société ... S.A. ont été soumises comme pièces à la base des écritures du compte «honoraires maîtrise d'œuvre» (123.539,13 €), les documents relatifs aux comptes «honoraires conseil»

(62.900 €) et «autres honoraires» (46.752 €) seuls litigieux, versés en tant que pièces à l'appui de ces dépenses sont les suivants:

- facture de la société ... S.A. du 29 juillet 2004 d'un montant de 15.000 € HT du chef de «honoraires de conseil et d'assistance de la société concernant les modalités d'ouverture d'un compte bancaire auprès de ... A.G. à..., Suisse, et ayant donné lieu aux Conseils d'Administration des 13/05/04, 24/06/04 et 29/07/04»,
- facture de la société ... S.A. du 15 novembre 2004 d'un montant de 44.350 € TTC du chef de l'«exécution du mandat pour conseil et assistance générale et spécifique, pour ce qui concerne plus particulièrement l'augmentation de capital de la société ... S.A. pour un montant de 1.100.000,00 €, incluant Notaire, Société Fiduciaire, Cabinet Comptable ainsi que toutes autres interventions extérieures nécessaires dans le cadre dudit mandat général; honoraires établis sur une base forfaitaire de 44.350 €, toutes charges et taxes comprises»,
- facture de la société ... S.A. du 1^{er} décembre 2004 d'un montant de 3.550 € du chef de «regularización de nuestros honorarios por el asesoramiento y las gestiones realizadas por cuenta de vuestra compañía durante el año 2003, sea el importe total siguiente»,
- facture de la société ... S.A. du 1^{er} décembre 2003 d'un montant de 22.500 € HT, extournée des comptes de l'année 2003 et comptabilisée au titre de l'exercice 2004, du chef de «conseils en gestion pour l'année 2004»,
- facture de la société ... S.A. du 1^{er} décembre 2003 d'un montant de 3.000 € HT, extournée des comptes de l'année 2003 et comptabilisée au titre de l'exercice 2004, du chef de «honoraires d'assistance fiscale et de mise à disposition d'un représentant fiscal chargé des relations avec l'Administration fiscale au Luxembourg et à l'étranger pour la période du 01/01/04 au 31/12/04»,
- facture de la société ... S.A. du 15 décembre 2004 d'un montant de 21.252 € TTC du chef de «débours extraordinaires pour l'année 2004, tels que courriers, communications, apostilles, publications diverses et certificats, ainsi que, et plus

spécialement, le suivi des remboursements de TVA auprès de l'administration fiscale française, le suivi des comptes auprès de ... AG et le suivi de la construction et de la location de la villa ... à ... (France), le tout sur une base forfaitaire de 21.252,00 €, toutes charges comprises».

Il se dégage de l'analyse de ces descriptifs des prestations à la base des honoraires facturés par lesdites sociétés que ces prestations se recoupent, en apparence du moins, partiellement avec les prestations à la base des quatre factures de la société ... S.A. comptabilisées au compte «honoraires maîtrise d'œuvre», notamment en ce qui concerne la récupération de TVA auprès des autorités françaises, le suivi de la construction et de la location de la villa à ... et en général la gestion, le conseil et l'assistance durant l'exercice 2004.

En outre, force est de relever que ces factures comportent des mentions renseignant que la société ... S.A. a son siège à Luxembourg, ..., et qu'elle est inscrite au registre de commerce de Luxembourg, tandis que la société ... S.A. a son siège social au Panama, mais dispose d'une adresse de correspondance au Luxembourg qui est en fait la même boîte postale à Luxembourg qui sert également d'adresse de correspondance à la société ... S.A.

Eu égard au montant global de ces factures, de leur import par rapport à la totalité des charges d'exploitation et du patrimoine de la société ..., du dédoublement apparent de certaines prestations facturées, de la facturation des prestations par deux sociétés même en présence d'une seule personne physique de contact et finalement des particularités ci-avant relevées des deux sociétés, il y a lieu d'admettre que l'examen de la déclaration d'impôt de la société ... et les mesures d'instruction subséquentes du bureau d'imposition ont permis de dégager des éléments suffisants pour justifier un doute circonstancié quant à la réalité des prestations prétendument reçues par la société ... en contre-partie de ses paiements d'honoraires et, par voie de conséquence, quant à l'existence éventuelle d'un avantage indu accordé au bénéficiaire économique des sociétés ... S.A. et ... S.A.

Conformément aux principes ci-avant énoncés, la charge de la preuve se trouve renversée par ces éléments et il incombe dès lors à la société ... de prouver l'absence de diminution de bénéfice induite par la réalité et l'équivalence des contre-parties par elle reçues.

Or, force est de constater que la société ... n'a soumis ni au bureau d'imposition, ni au tribunal, ni enfin à la Cour un quelconque document qui établirait même partiellement la réalité des différentes prestations de services effectuées par les sociétés ... S.A. et ... S.A. à son bénéfice et ce alors même que certaines des prestations visées dans les factures susvisées se matérialisent nécessairement par des documents susceptibles d'étayer la réalité du travail accompli. En outre, l'appelante déclare dans son mémoire en réplique qu'elle «ne peut que renvoyer aux libellés des factures litigieuses» et admet ainsi nécessairement l'absence de documents qu'elle pourrait soumettre en cause à l'appui de sa thèse de l'effectivité des prestations litigieuses.

S'il est vrai que l'appelante a formulé dans son mémoire en réplique une offre de preuve consistant à entendre comme témoin Monsieur ... qui aurait effectué à l'époque les prestations en cause pour compte des sociétés ... S.A. et ... S.A., il n'en reste pas moins qu'une offre de preuve doit servir à corroborer des éléments soumis en cause par la partie qui la propose et jugés insuffisants pour prouver à eux seuls le fait en question, mais ne peut pas servir à pallier la carence de la partie à établir le fait par elle allégué (cf. article 351 du Nouveau Code de procédure civile). Il s'ensuit que l'offre de preuve soumise par l'appelante doit être écartée.

Il découle de ces éléments qu'en présence du faisceau d'indices dégagé en cause et du défaut par l'appelante d'avoir utilement prouvé le contraire, il y a lieu d'admettre que la première condition d'une distribution cachée de bénéfices, à savoir l'existence d'avantages indus fournis par l'appelante aux sociétés ... S.A. et ... S.A. ou à leurs bénéficiaires économiques, doit être considérée comme vérifiée en l'espèce.

Quant à la seconde condition de l'existence d'une relation particulière entre ces trois sociétés, la Cour relève qu'il se dégage du

courrier prévisé du bureau d'imposition du 8 mars 2006 que celui-ci avait demandé à la société ... de lui fournir les identités et adresses de ses propres bénéficiaires économiques et de ceux de la société ... SA, détentrice de 14.999 actions de la société ... Quant aux sociétés ... S.A. et ... S.A., le bureau d'imposition avait requis, outre l'indication des identités et adresses des bénéficiaires économiques de ces sociétés, la production de leurs statuts sociaux, ainsi que des détails sur les activités réelles de ces sociétés. De même, il avait demandé les noms et adresses des personnes de la société ... S.A. avec lesquelles la société ... était en contact et la raison d'être de la structure de cette société.

Au vœu du § 171 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, dite «Abgabenordnung», en abrégé «AO», il incombe au contribuable de fournir la preuve de l'exactitude de ses déclarations. Ledit paragraphe précise encore que «wo seine Angaben zu Zweifel Anlass geben, hat er sie zu ergänzen, den Sachverhalt aufzuklären und seine Behauptungen, soweit ihm dies nach den Umständen zugemutet werden kann, zu beweisen, zum Beispiel den Verbleib von Vermögen, das er früher besessen hat».

Tout en posant la règle que, sous ce rapport, la charge de la preuve incombe au contribuable, le législateur a en même temps tempéré cette exigence en précisant que la preuve des déclarations ne peut être exigée par le bureau d'imposition que dans la limite de ce qui est raisonnable (Trib. adm. 26 avril 1999, n° 10156 du rôle, confirmé sur ce point par Cour adm. 14 décembre 2000, n° 11320C du rôle, Pas. adm. 2008, v° Impôts, n° 399). Plus particulièrement, cette limitation du devoir de collaboration du contribuable implique qu'il ne saurait être obligé qu'à produire des documents dont on peut raisonnablement admettre qu'ils sont en sa possession ou du moins raisonnablement accessibles.

En l'espèce, le bureau d'imposition avait sollicité, à travers son courrier prévisé du 8 mars 2006, de la société ... au moins en partie des informations dont la réponse suppose l'accès à des documents internes d'autres sociétés sans lien apparent avec la société ..., de manière que celle-ci ne pouvait pas être supposée être en possession de ces

informations ou jouir d'un droit d'accès à ces mêmes informations. Si le bureau d'imposition pouvait légitimement demander à la société ... de lui fournir ces informations sur base de son devoir de coopération loyale pour le cas où elle serait en possession de ces informations, il n'était néanmoins pas admis à conclure, face au refus de la société ..., exprimé dans son courrier du 27 avril 2006 sur le fondement tant de l'absence d'obligation légale que de l'impossibilité de connaître les bénéficiaires économiques des différentes sociétés, à un défaut par la société ... de satisfaire à son devoir d'information et d'en tirer *de plano* des conséquences négatives en tenant pour établie l'existence de liens particuliers entre la société ... ou ses bénéficiaires économiques et les autres sociétés susvisées ou leurs bénéficiaires économiques respectifs.

C'est partant à tort que le bureau d'imposition a motivé, dans le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités déféré du 24 mai 2006, la requalification des honoraires litigieux à hauteur de 109.652 € en distributions cachées de bénéficiaires sur base du seul constat du «refus de communiquer les renseignements demandés dans [la] lettre du 8.3.2006» sans se fonder sur l'existence d'indices suffisants de liens particuliers entre toutes les sociétés en cause.

Cependant, la Cour est amenée à dégager des particularités de la cause un certain nombre d'indices qui, globalement considérés, font conclure à l'existence de liens tout à fait particuliers entre la société ... et ses deux prétendus prestataires de services, les sociétés ... S.A. et ... S.A. Ainsi, convient-il de relever en premier lieu une certaine ressemblance au niveau des dénominations de la société ... S.A., de la société ..., anciennement dénommée ... S.A. et la société ... S.A., dont il est difficile d'admettre le caractère fortuit. Ensuite, il y a lieu de rappeler le défaut de toute preuve de la réalité des prétendus services renseignés par les factures ci-avant visées et censés justifier les paiements des honoraires litigieux à hauteur de 109.652 € par la société ... dont l'actif investi consiste essentiellement en deux terrains et une construction au sud de la France. S'y ajoute que ces services auraient été prestés à la société ... par une seule personne physique pour compte de deux sociétés dont l'une, la société ... S.A., a son

siège au Luxembourg à la même adresse que la société ... et l'autre, la société ... S.A., au Panama, mais que ces trois sociétés disposent de la même adresse de correspondance constituée par la boîte postale d'une fiduciaire au Luxembourg.

En présence de pareils éléments laissant apparaître l'existence de liens particuliers entre toutes les sociétés en cause, il aurait appartenu à la société ... d'apporter des éléments de nature à élever cette apparence au lieu de se retrancher sans autre explication concrète derrière des structures sociétaires non transparentes.

Par voie de conséquence, en présence d'indices dans le sens de l'allocation d'un avantage particulier par la société ... et de l'existence de liens particuliers entre la société ... et les sociétés ... S.A. et ... S.A., la qualification des honoraires litigieux de 109.652 € comme distributions cachées de bénéfices n'a pas été utilement combattue par l'appelante, de manière qu'il y a lieu de confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a décidé que c'est à bon droit que le bureau d'imposition a estimé en l'espèce qu'une diminution indue du bénéfice était probable et a dès lors requalifié les montants payés par la société ... aux sociétés ... S.A. et ... S.A. en distribution cachée de bénéfice.

Il s'ensuit que l'appel n'est pas justifié quant à son premier volet.

(2) Aux termes de l'article 3 de la Convention suivant son libellé applicable à l'année d'imposition 2004, «les revenus des biens immobiliers et de leurs accessoires, y compris les bénéfices des exploitations agricoles et forestières, ne sont imposables que dans l'Etat où les biens sont situés. Cette disposition s'applique également aux bénéfices provenant de l'aliénation desdits biens».

Concernant la perception de l'impôt sur la fortune, l'article 20 de la Convention dispose que «l'impôt [sur la fortune] (si la fortune consiste en biens immobiliers et accessoires) ne peut être perçu que dans l'Etat contractant qui, en vertu des articles précédents, est autorisé à imposer le revenu qui provient de ces biens», de sorte que le droit de percevoir l'impôt sur la fortune en matière immobilière

revient à l'Etat à qui est attribué le pouvoir d'imposition pour l'impôt sur le revenu.

Cette disposition de l'article 3 attribue le droit d'imposition des revenus touchés dans le cadre de la possession de biens immobiliers à l'Etat du lieu de la situation du bien, sans avoir égard au bénéficiaire de ces revenus, l'article 3 de la Convention ne faisant pareillement pas cette distinction. Par voie de conséquence, le Luxembourg n'a pas de pouvoir d'imposition en ce qui concerne les revenus et la fortune liés à des immeubles sis en France, même si ces immeubles sont détenus par une société luxembourgeoise qui ne possède pas d'établissement stable en France (Trib. adm., 3 décembre 2001, n° 12831 du rôle, confirmé par Cour adm., 23 avril 2002, n° 14442C du rôle, Pas. adm. 2008, v° Impôts, n° 648).

D'un autre côté, la Convention, en décrétant dans son article 19, § 1^{er} l'exonération par le Luxembourg des revenus en provenance de biens immobiliers situés en France sous réserve de la faculté d'en tenir compte dans la fixation du taux d'un impôt progressif, ne doit pas être interprétée comme prohibant par là-même la prise en compte au Luxembourg de pertes subies par l'exploitation des biens immobiliers français.

A cet égard, il est admis que les conventions préventives de la double imposition ont pour seul but de restreindre les compétences d'imposition découlant du droit interne des Etats signataires, mais ne créent pas une nouvelle obligation fiscale et n'augmentent pas l'obligation fiscale posée par le droit interne (cf. Henri Dostert, La double imposition internationale en matière d'impôts sur le revenu et la fortune et les conventions tendant à l'éliminer, *Etudes Fiscales* nos 57/58, p. 9, n° 25). Elles ont ainsi exclusivement l'effet négatif de délimiter les compétences d'imposition originaires des Etats signataires instaurées par leurs droits internes respectifs au vu de la finalité affichée d'éliminer les doubles impositions sans fonder un nouveau droit d'imposition autonome (cf. Vogel, *DBA-Kommentar*, Verlag C.H. Beck, éd. 1996, Einl., Anm. 45b-s) et répondent ainsi au principe de non-aggravation (cf. Schaffner, *Droit fiscal international*, éd. Promoculture, n° 1.10, p. 26).

Par application de ces principes, il y a lieu d'admettre qu'en ordonnant dans le chef de l'Etat de résidence l'exonération sous réserve de progressivité d'un revenu déterminé réalisé dans l'Etat de source, une convention préventive de la double imposition entend seulement éviter que ce revenu soit imposé une seconde fois dans l'Etat de résidence, mais ne peut, sauf stipulation expresse contraire, pas être interprétée comme excluant la prise en compte dans l'Etat de résidence d'un revenu négatif réalisé dans l'Etat de source dès lors que le droit interne de l'Etat de résidence prévoit cette faculté pour tenir compte de la capacité contributive globale du contribuable conformément au principe retenu en droit interne de l'imposition du revenu global. Admettre le contraire reviendrait en effet à refuser un allègement de la charge fiscale découlant du droit interne, à augmenter en conséquence les bases d'imposition et à provoquer en fin de compte la fixation d'une cote d'impôt supérieure à celle découlant du droit national, solution qui se heurterait au principe de non-aggravation. Il peut encore être relevé à cet égard que le commentaire de la convention-modèle de l'OCDE reconnaît que le régime de la prise en compte des pertes étrangères diffère largement entre les Etats membres et que la solution retenue entre deux Etats dans une convention préventive de la double imposition signée entre eux devrait être fonction de leurs droits internes respectifs (cf. commentaire de la convention-modèle de l'OCDE, ad art. 23, n° 44). C'est encore au droit interne d'un Etat de prévoir le cas échéant un régime tendant à empêcher la double déduction d'une même perte à la fois dans l'Etat de résidence au moment de son constat et dans l'Etat de source par report sur un bénéfice ultérieur.

Il s'ensuit qu'une disposition conventionnelle tel l'article 19, § 1^{er} de la Convention doit être comprise comme imposant l'exclusion de la base imposable des seuls revenus positifs déjà imposés dans l'Etat de source et à exonérer par l'Etat de résidence et comme autorisant l'Etat de résidence à déterminer l'impôt sur le revenu au taux qui correspond au revenu mondial du contribuable visé en tenant compte, le cas échéant, des pertes indigènes ou étrangères par lui essuyées.

Pour fonder sa prétention de la prise en compte en droit interne de la perte par elle

subie en France en relation avec ses biens immobiliers y situés, l'appelante s'empare de l'article 168 LIR et affirme que cette disposition, en limitant les dépenses non déductibles à celles y énumérées, reconnaît le droit à la déduction des frais relatifs à son immeuble en France en l'absence de dispositions conventionnelles en sens contraire.

L'article 168 LIR dispose que «ne sont pas déductibles les dépenses suivantes:

1. les dépenses faites en vue de remplir des obligations imposées à la collectivité par ses statuts ou son pacte social;
2. l'impôt sur le revenu des collectivités, l'impôt sur la fortune et l'impôt commercial communal;
3. les rémunérations imposables en vertu du premier alinéa, numéro 2 de l'article 91;
4. les dépenses faites dans un but culturel, charitable ou d'intérêt général sans préjudice de la disposition prévue *sub* premier alinéa, numéro 3 de l'article 109».

L'argumentation de l'appelante méconnaît la portée et le sens de l'article 168 LIR qui exclut spécifiquement du droit à déduction les dépenses particulières aux collectivités visées aux points 1 à 4 de cette disposition qui se trouvent par ailleurs provoquées par l'entreprise, mais qui ne prétend pas à se prononcer par ailleurs sur la déductibilité d'autres dépenses, question qui se trouve régie par d'autres dispositions de la LIR. Il s'ensuit que le moyen de l'appelante relatif à un droit de déduction de sa perte d'origine française du bénéficiaire imposable et fondé plus particulièrement sur l'article 168 LIR laisse d'être fondé.

La question du traitement de pertes subies à l'étranger se trouve par contre régie par l'article 134(1) LIR, dans sa teneur applicable à l'année d'imposition 2004 et issue de sa modification par la loi du 21 décembre 2001 portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects, qui dispose comme suit:

«Lorsqu'un contribuable résident a des revenus exonérés, sous réserve d'une clause de progressivité prévue par une convention internationale contre les doubles impositions ou une autre convention interétatique, ces revenus sont néanmoins incorporés dans une

base imposable fictive pour déterminer le taux d'impôt global qui est applicable au revenu imposable ajusté au sens de l'article 126».

Avant sa modification par ladite loi du 21 décembre 2001, l'article 134 LIR a été interprété comme admettant la déduction de pertes subies à l'étranger par le contribuable du revenu imposable et comme aboutissant ainsi à la fixation d'une cote d'impôt résultant de l'application du barème de l'impôt sur le revenu ou du taux de l'impôt sur le revenu des collectivités à ce revenu imposable (Trib. adm., 19 janvier 2005, n° 17820 du rôle, confirmé par Cour adm., 10 août 2005, n° 19407C du rôle, Pas. adm. 2008, v° Impôts, n° 606).

Cependant, à travers la modification par ladite loi du 21 décembre 2001, au vu du fait que l'ancien libellé de l'article 134 LIR «a prêté dans le passé à maintes équivoques et controverses, notamment en ce qui concerne la question de savoir si les pertes étrangères exonérées peuvent être considérées, par le biais de l'application de la clause de progressivité négative, pour réduire la charge fiscale qui frappe les revenus non exonérés», le législateur a entendu introduire une «nouvelle conception de l'article 134 LIR» et «consacrer désormais l'application de la clause de progressivité négative à l'endroit des pertes étrangères exonérées». Conformément à cette finalité, «il y a lieu de déterminer le taux d'impôt global comme si les revenus étrangers exonérés avaient subi l'imposition dans le cadre du revenu mondial. Le taux d'impôt global qui résulte de cette imposition fictive

est appliqué ensuite à la base d'imposition des revenus taxables» (projet de loi portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects, *Doc. parl.*, n° 4855, Exposé des motifs, p. 16).

Il en découle qu'au vœu exprès du législateur, un revenu étranger exonéré soit positif soit négatif n'est plus à incorporer dans le revenu imposable, de manière qu'une perte ne peut plus être directement déduite du revenu imposable de source luxembourgeoise, mais rentre dans la détermination d'une base d'imposition fictive incluant lesdits revenus étrangers exonérés dans le seul but de déterminer le taux d'imposition applicable au revenu de source luxembourgeoise.

Par voie de conséquence, la prétention de l'appelante tendant à la déduction de son revenu imposable, de la perte par elle subie en relation avec ses immeubles sis en France se heurte en son principe au système de prise en compte d'un revenu étranger exonéré soit positif soit négatif instauré par l'article 134 LIR. La Cour est partant amenée à confirmer le tribunal dans sa conclusion que c'est à juste titre que le bureau d'imposition a réintégré le montant des pertes réalisées sur l'immeuble sis en France dans le montant du bénéfice commercial indiqué par la société ..., ces pertes ne pouvant pas être déduites au Luxembourg.

Cour administrative - 12.02.2009 - N° 24642C du rôle

Cour administrative
19 Février 2009

Taxation d'office - Réclamation auprès du directeur - Nécessité pour le directeur d'apprécier la situation patrimoniale effective (oui) - Preuve

En vertu du paragraphe 228 AO, les bulletins d'impôt peuvent faire l'objet d'une réclamation auprès du directeur, le paragraphe 244 AO prévoyant que l'instance de recours, c'est-à-dire en l'espèce le directeur, dispose en la matière des mêmes pouvoirs que les bureaux d'imposition pour la fixation de la cote d'impôt et le paragraphe 204, alinéa 1^{er} AO énonçant

que le bureau d'imposition doit «die steuerpflichtigen Fälle (...) erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse (...) ermitteln, die für die Steuerpflicht und die Bemessung der Steuer wesentlich sind (...)».

Il en découle que, saisi d'une réclamation contre un bulletin d'impôt établi par voie de taxation conformément au paragraphe 217 AO, le directeur ne saurait refuser un examen de la situation patrimoniale effective du contribuable dans la mesure où celui-ci lui rend l'exercice possible. La taxation n'est en effet pas une sanction à l'égard du contribuable négligent, mais un procédé de détermination des bases d'imposition

susceptible d'être appliqué même à l'égard de contribuables soigneux et diligents.

C'est donc à tort que le directeur a entendu opposer une fin de non-recevoir au contribuable qui s'est fait taxer par le bureau d'imposition et qui exerce devant lui une réclamation en lui demandant de réexaminer son imposition.

C'est encore à tort que l'Etat entend tirer du droit du contribuable, consacré par l'article 8, paragraphe 3, *sub* 1 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, de saisir le tribunal administratif d'un recours contentieux dès lors que le directeur a omis de statuer sur sa réclamation depuis plus de six mois, un droit corrélatif du directeur de s'abstenir discrétionnairement de statuer sur une réclamation contre un bulletin d'impôt. En réalité, la décision à prendre sur une réclamation ne constitue pas une faculté pour le directeur, mais une obligation et le droit conféré au contribuable de saisir le tribunal administratif en cas de silence n'a d'autre but et effet que de lui permettre de sortir du blocage dans lequel il se trouve, du fait du silence du directeur, en vue de parvenir à une imposition définitive.

S'il est bien vrai, comme l'affirme le directeur, que les contribuables ne doivent s'imputer qu'à eux-mêmes les conséquences éventuellement désavantageuses de la taxation, lorsque c'est par suite de leur propre comportement fautif qu'il a été nécessaire de recourir à cette mesure, ceci signifie seulement que dès lors qu'il ressort des circonstances de l'affaire que les résultats des taxations sont vraisemblables, les critiques dirigées contre ces mesures ne sont pas fondées (v. C.E., 11 avril 1962, n° 5742 du rôle), et non que le contribuable qui s'estime surtaxé ne puisse pas bénéficier du droit de réclamation contre un bulletin auquel il

reproche un résultat contraire aux vraisemblances ou dont il prouve le caractère erroné.

Au contraire, dans le cadre de l'examen de la situation réelle – «*tatsächliche Verhältnisse*» – le directeur, qui dispose du pouvoir d'une modification de l'imposition en défaveur du contribuable, doit donc appliquer les mêmes soins que le bureau d'imposition pour la détermination des bases d'imposition et de la cote d'impôt.

Pour la détermination des bases d'imposition, le directeur dispose encore des mêmes droits et obligations que le bureau d'imposition en ce qui concerne l'appréciation des preuves et les moyens d'investigation pour s'assurer d'une détermination juste des revenus du contribuable.

(...)

Dans le cadre de la preuve à rapporter ainsi, ses déclarations ne bénéficient d'aucune présomption de véracité. Plus particulièrement, dans la mesure où le paragraphe 208, alinéa 1^{er} AO, qui instaure la présomption de véracité au fond en faveur d'une comptabilité reconnue régulière en la forme, s'insère dans les dispositions relatives à la procédure d'établissement de l'impôt, cette présomption ne saurait être invoquée qu'au bénéfice d'une comptabilité remise à l'appui d'une déclaration d'impôt devant le bureau d'imposition, mais non pas en faveur d'une comptabilité soumise dans le cadre d'une réclamation, laquelle ne constitue qu'un simple moyen de preuve ne bénéficiant d'aucune présomption de véracité (Trib. adm., 12 février 2003, Pas. adm. 2008, V° Impôts, n° 380).

Cour administrative - 19.02.2009 - N° 24907C du rôle

Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
3 Février 2009

Appel – Irrégularité de l'acte d'appel quant à la dénomination de l'appelant – Vice de forme (oui)

Les époux X.-Y. demandent à la Cour de déclarer l'appel de la société N. qui a changé sa dénomination en S. irrecevable, faute d'avoir employé la nouvelle dénomination dans son acte d'appel.

Il résulte d'une publication au Mémorial C, n° 507 du 9 mars 2009 que la société N. a

changé son nom en celui de «S. Sàrl.».

Comme cette publication est postérieure à la date à laquelle la société N. a interjeté appel, la partie appelante a, à juste titre, relevé appel sous son ancienne dénomination. De toute façon, une irrégularité de l'acte d'appel due au fait que la dénomination aurait été erronée est seulement de forme et n'a pas fait grief aux époux X.-Y. qui n'ont subi aucune atteinte aux droits de leur défense.

Cour d'appel – 03.02.2009 – 1^{re} Chambre – Arrêt civil – Numéro 34629 du rôle

Cour de cassation
12 Février 2009

(1) Fin de non-recevoir du défaut d'intérêt – Fin de non-recevoir pouvant être soulevée en tout état de cause

(2) Intérêt à agir – Appréciation au jour de l'introduction de la demande ou de l'appel – Prise en compte de circonstances postérieures (non)

(1) La fin de non-recevoir du défaut d'intérêt peut être soulevée en tout état de cause.

En disant que la fin de non-recevoir du défaut d'intérêt pouvait être opposée pour la première fois en instance d'appel, les juges du fond n'ont pas violé l'article 592 du Nouveau

Code de procédure civile.

(2) Vu le principe général du droit «Pas d'intérêt pas d'action» fondé sur les articles 50 et 578 du Nouveau Code de procédure civile;

L'intérêt d'une partie au succès ou au rejet d'une prétention s'apprécie en principe au jour de l'introduction de la demande ou de l'appel.

En retenant un défaut d'intérêt à agir dans le chef de l'appelante sur base de circonstances postérieures à l'introduction de l'appel de celle-ci, les juges du fond ont violé le principe général du droit susvisé.

Cour de cassation – 12.02.2009 – N° 10/09 – N° 2594 du registre

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
13 Février 2009

Péremption d'instance en matière commerciale – Demande par requête d'avoué à avoué (non) – Demande en péremption par voie d'assignation (oui)

Le mandataire du curateur de la faillite de la société A. soulève la nullité de l'assignation du 14 octobre 2008 au motif que la demande en péremption d'instance aurait dû être introduite par requête d'avoué à avoué et ce

conformément aux dispositions de l'article 543 du Nouveau Code de procédure civile.

Cet argument est à rejeter alors qu'en matière commerciale, la demande en péremption ne peut se former que par voie d'assignation.

La prescription de l'article 543 du Nouveau Code de procédure civile prévoyant l'introduction de la demande en péremption par voie de requête d'avoué à avoué est exceptionnelle et ne joue dès lors qu'à condition qu'il y ait constitution d'avocat à la Cour, dans le chef des parties à l'instance,

objet de la péremption d'instance.

La prescription ne joue pas lorsque les parties peuvent – ce qui est le cas en matière commerciale – se faire représenter légalement à l'instance par un avocat, qui n'exerce pas le ministère d'avoué (voir Cour d'appel, 4^e Ch., 7 juillet 2004, n° 28449 du rôle ainsi que les

références y citées).

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 13.02.2009 – 2^e Chambre – Jugement commercial II n° 213/09 – Nos 93163 et 118045 du rôle

Cour d'appel
26 Février 2009

Procédure d'appel – Signification d'un jugement à l'étranger – Application du règlement (CE) n° 1384/2000 – Date de signification du jugement – Date à laquelle la signification a été réalisée conformément à la législation de l'Etat membre requis – Nécessité d'une remise effective de l'acte à son destinataire (oui)

Il résulte des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que, suivant certificat de notification délivré le 8 novembre 2007 aux mandataires des parties respectives, le jugement déféré avait été notifié à l'appelant et à l'intimé, le 23 mars 2005.

Par courrier du 5 mars 2008, le greffier du tribunal du travail de Luxembourg a informé Maître X., mandataire de l'appelant M., que l'envoi recommandé à l'adresse de l'appelant a été mis au courrier en date du jeudi, 24 mars 2005, et ne peut donc être réceptionné qu'après cette date.

Le pli recommandé a été reçu par son destinataire, suivant une mention écrite sur l'enveloppe par ce dernier, le 31 mars 2008 à 12.30 heures. Cependant l'avis de réception n'a pas été rempli par le facteur de l'Etat membre requis et n'a pas été retourné à l'expéditeur de l'Etat membre d'origine.

L'article 156, paragraphe premier du Nouveau Code de procédure civile énonce que «à l'égard des personnes domiciliées ou résidant à l'étranger, la signification est faite dans les formes de transmission convenues entre le Luxembourg et le pays du domicile ou de la résidence du destinataire».

La notification du jugement du 16 mars 2005 avait dès lors été faite en application du

règlement (CE) n° 1384/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, entré en vigueur le 31 mai 2001.

L'article 9 dudit règlement dispose que:

«1. Sans préjudice de l'article 8 (cas du refus de réception de l'acte), la date de la signification ou de la notification d'un acte effectué en application de l'article 7 est celle à laquelle l'acte a été signifié ou notifié conformément à la législation de l'Etat membre requis.

2. Toutefois, lorsqu'un acte doit être signifié ou notifié dans un délai déterminé dans le cadre d'une procédure à introduire ou en cours dans l'Etat membre d'origine, la date à prendre en considération à l'égard du requérant est celle fixée par la législation de cet Etat membre».

La signification d'un jugement du tribunal du travail n'étant pas à effectuer dans un délai déterminé, l'alinéa premier de l'article 9 est applicable.

L'Etat membre requis est l'Etat dont les autorités compétentes reçoivent les actes judiciaires et extrajudiciaires en provenance d'un autre Etat membre communautaire (Etat d'origine) aux fins de notification ou de signification. En l'occurrence, l'Etat membre requis est la France.

En application des articles 651, 665 et 667 du Nouveau Code de procédure civile français, la notification d'un acte est faite en principe par la remise effective à son destinataire contre émargement ou récépissé.

Or, s'il résulte des pièces versées que la lettre recommandée avec accusé de réception avait

été postée le 24 mars 2005, la date de la remise effective par voie postale du pli à M. n'est cependant pas établie à défaut d'un récépissé dûment rempli et retourné à l'expéditeur.

A défaut d'une signification conforme à l'article 667 du Nouveau Code de procédure civile français, le délai d'appel de 40 jours, augmenté de 15 jours conformément aux articles 167 et 573 du Nouveau Code de procédure civile, n'avait pas commencé à courir et n'était donc pas expiré au moment de la signification de l'acte d'appel, le 24 mai 2005.

C'est partant à tort que l'intimé invoque l'article 156, paragraphe 2 du Nouveau Code de procédure civile disposant que la signification est réputée faite le jour de la remise de la copie de l'acte à l'autorité compétente ou le jour de la remise à la poste, ou, en général, le jour où toute autre procédure de signification à l'étranger a été engagée, cette disposition étant écartée par le droit communautaire (C.A. 29 mai 2002, n° du rôle 26122).

Cour d'appel – 26.02.2009 – 8^e Chambre – Appel en matière de droit du travail – N° 32791 du rôle

Cour d'appel
18 Mars 2009

(1) Partie mise en intervention – Possibilité de soulever la nullité de l'assignation principale pour libellé obscur (non)

(2) Appel incident d'intimé à intimé – Recevabilité (non)

(3) Transaction en cours d'instance entre le demandeur principal et le défendeur principal – Opposabilité à la partie mise en intervention (non)

B. a fait assigner l'Etat pour l'entendre condamner à lui payer ce montant à titre de dommages et intérêts en application de l'article 32, alinéa 5, de la loi modifiée du 16 avril 1979 portant statut général des fonctionnaires de l'Etat et, subsidiairement, de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1988 sur la responsabilité de l'Etat et des collectivités publiques.

Au cas où une obligation d'indemnisation de l'Etat à l'égard de son fonctionnaire fût retenue, l'Etat avait offert de fixer le montant des dommages et intérêts forfaitairement à 10.000 €. Le demandeur avait accepté cette offre.

L'Etat a, de son côté, mis la Sàrl. A. en intervention afin d'entendre condamner celle-ci à le tenir quitte et indemne de toute condamnation pouvant intervenir à son encontre.

(1) L'appelante A. est irrecevable à soulever la nullité de l'assignation du 2 juillet 2004, dirigée par B. contre l'Etat au motif qu'elle ne satisferait pas aux exigences de l'article 154, alinéa 1^{er}(1) du Nouveau Code de procédure civile, à savoir qu'elle n'indiquerait pas à suffisance l'objet de la demande.

La question de savoir si l'assignation expose de façon suffisamment explicite l'objet de la demande en justice pour permettre à la partie défenderesse de faire valoir ses moyens de défense doit être appréciée par celle-ci, à savoir en l'espèce l'Etat.

A., en tant que partie mise en intervention par l'Etat, ne pourrait que critiquer la validité de l'assignation en intervention du 7 juin 2006 et encore seulement *in limine litis*. Or, A. n'a pas soulevé cette exception en première instance, mais a conclu au fond suivant ses premières conclusions du 26 février 2007.

L'exception de nullité de l'assignation du 2 juillet 2004 est partant à rejeter.

(2) L'Etat, partie intimée, a relevé appel incident du jugement entrepris par conclusions notifiées le 11 août 2008 en ce qu'il a déclaré fondée la demande principale de B. contre l'Etat et a condamné celui-ci à payer au demandeur les montants de 13.473,03 € en principal et 2.000 € à titre d'indemnité de procédure. L'Etat soutient notamment que le tribunal aurait à tort ignoré l'arrangement transactionnel intervenu en cours d'instance entre lui et B.

Comme le tribunal n'a pas fait droit aux conclusions prises par l'Etat à l'encontre de B., l'Etat a intérêt pour entreprendre le jugement. La circonstance que le tribunal ait fait intégralement droit à la demande récursoire contre A. n'a pas comme effet d'effacer l'intérêt de l'Etat d'appeler du jugement du 31 janvier 2008.

L'appel incident de l'Etat est interjeté d'intimé à intimé.

L'Etat soutient que l'appel principal interjeté par A. contre le jugement du 31 janvier 2008 porterait tant sur les dispositions statuant sur la demande principale que sur celles toisant la demande récursoire et que la Cour serait saisie, par l'effet dévolutif de cet appel général, de l'ensemble du litige; que l'appel incident serait partant recevable

En principe, l'appel incident d'intimé à intimé est prohibé par l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile, à moins que les objets des appels principal et incident soient indivisiblement liés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce étant donné qu'il n'existe pas d'impossibilité matérielle d'exécuter des décisions éventuellement contraires rendues sur les demandes opposant, d'une part, B. et l'Etat et, d'autre part, celui-ci et A.

En outre, la circonstance que B. et l'Etat aient conclu l'un contre l'autre en première instance en se rejetant mutuellement la responsabilité du préjudice accru à B., n'a pas pour effet d'ouvrir à l'Etat le droit d'intimer incidemment B.

La déclaration de l'appelante principale dans les motifs de l'acte d'appel qu'elle entreprend le jugement aussi en ce qu'il a fait droit à la demande principale de B. contre l'Etat n'a pas d'incidence sur la recevabilité de l'appel incident. Il y a lieu de préciser à cet égard que la Sàrl A. ne fait valoir aucun moyen à l'encontre de la condamnation de l'Etat en application de l'article 32, alinéa 5, de la loi modifiée du 16 avril 1979 portant statut général des fonctionnaires de l'Etat. L'appelante critique cependant le jugement entrepris, et ce à juste titre, en ce qu'il a statué *ultra petita* au mépris de l'arrangement conclu subsidiairement entre B. et l'Etat quant au montant de l'indemnisation.

L'appel incident d'intimé à intimé formé par l'Etat suivant conclusions notifiées le 11 août 2008 est par conséquent irrecevable.

En principe, dans les instances qui réunissent plusieurs parties demandereses ou défenderesses, l'appel relevé par une partie n'a d'effet qu'à l'égard de celle-ci et ne profite pas aux autres nonobstant l'identité d'intérêt ou l'usage de moyens communs.

Il n'en est autrement qu'en cas d'indivisibilité, de solidarité et en matière de garantie. Dans ces hypothèses, l'appel interjeté valablement par une des parties dans le délai légal profite aux autres parties en ce sens qu'il conserve leur droit d'appel, de sorte que chacun des coïntéressés peut encore relever appel bien qu'il soit personnellement forclos à appeler.

Cependant, cette dérogation au principe de l'effet personnel de l'appel ne dispense pas la partie intéressée d'interjeter appel même après l'expiration du délai légal.

(3) Suivant l'article 32 précité, alinéa 6, l'Etat, tenu d'indemniser son fonctionnaire pour le dommage qu'il a subi en raison de sa qualité ou de ses fonctions, est subrogé dans les droits de celui-ci.

L'Etat peut donc se prévaloir des actions et droits contractuels dont le subrogeant aurait pu se prévaloir à l'encontre de son débiteur. Vice versa, l'Etat peut se voir opposer par le débiteur les moyens et exceptions tenant à la créance transmise que celui-ci aurait pu invoquer à l'encontre du subrogeant pour se libérer en tout ou en partie.

Suivant conclusions notifiées en première instance le 20 juin 2006, l'Etat avait offert une indemnité forfaitaire de 10.000 € à son fonctionnaire à titre satisfaisant au cas où une obligation d'indemnisation à charge de l'Etat était retenue en vertu de l'article 32, alinéa 5, de la loi modifiée du 16 avril 1979.

Dans ses conclusions en réponse, notifiées le 26 juin 2006, l'intimé avait accepté cette offre.

Eu égard à la transaction ainsi conclue entre parties quant au montant de l'indemnité, c'est à tort que le tribunal a condamné l'Etat au paiement du montant principal de

13.473,03 €.

La transaction intervenue entre l'Etat et son fonctionnaire quant au montant de l'indemnité n'est pas opposable à A. qui est une partie tierce par rapport à cet arrangement. Celle-ci peut partant contester tant le principe que le montant de la demande récursoire de l'Etat. Elle pourrait néanmoins se prévaloir de la

situation juridique créée par le susdit arrangement transactionnel dans l'hypothèse où sa responsabilité était retenue pour voir limiter la demande récursoire de l'Etat au montant maximum 10.000 €.

Cour d'appel – 18.03.2009 – 1^{re} Chambre – Arrêt civil – N° 33442 du rôle

Droit de la preuve

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
6 Février 2009**

Facture acceptée – Revente du matériel livré

Il résulte des pièces versées que les contestations de la part de la société X. quant à la qualité des produits livrés n'ont été émises qu'après qu'elle a revendu le matériel à son client, la société Y.

Le fait que le client a disposé de la marchandise facturée a été souvent retenu comme une preuve de son acceptation de la facture. Ce fait doit être interprété comme un accord du client au sujet de l'existence du contrat affirmé par la facture et au sujet de la conformité de la fourniture facturée. Si le client a disposé des marchandises sans avoir élevé des protestations au sujet du prix ou d'autres conditions de la facture, son acceptation de la facture résultera plus de son silence que de la disposition des marchandises, ce dernier élément ne faisant

renforcer le premier. Celui qui modifie l'état d'une chose qui lui a été fournie ou restituée de même que celui qui s'en défait, sans avoir pris les précautions pour en faire constater contradictoirement les défauts éventuels contre le fournisseur, s'estime satisfait de la chose, en dépit de ces défauts (A. Cloquet, «La facture», Ed. Larcier 1959, n° 438).

En l'espèce, la partie appelante a disposé de la marchandise livrée en la revendant à son client, qui en a modifié l'état, sans que l'appelante n'émette la moindre protestation quant à la conformité de la marchandise.

La revente des choses fournies pourrait signifier sinon une renonciation aux protestations, du moins l'abandon du moyen d'en prouver le bien fondé, si les protestations ont porté sur la qualité (A. Cloquet, «La facture», Ed. Larcier 1959, n° 626).

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 06.02.2009 – 2^e Chambre – Jugement commercial II n° 82/09 – N° 106469 du rôle

**Cour d'appel
11 Février 2009**

Serment litisdécisoire – Appréciation par le juge des termes du serment déféré (oui) – Possibilité pour la personne appelée à prêter le serment de fournir des explications (oui)

Aux termes de l'article 1358 du Code civil, le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et l'article 1360 du même Code ajoute qu'il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve

de la demande.

Le serment proposé est par conséquent recevable en principe étant donné qu'il porte sur un fait pertinent pour la solution du litige.

Il appartient cependant aux juges d'apprécier le serment et d'en élaguer tout ce qui, rédigé dans une forme plus ou moins captieuse, aurait pour but de gêner la conscience de la personne à laquelle il est déféré, sans contribuer à une manifestation plus exacte de la vérité, ni à la meilleure solution du litige.

Par ailleurs, la partie appelée à prêter un serment litisdécisoire est en droit de fournir des explications avant la prestation du serment, à condition toutefois qu'elle n'inflige aucun grief à son adversaire en modifiant par sa déclaration la portée ou les termes du

serment.

Cour d'appel – 11.02.2009 – 7^e Chambre – Arrêt civil – N° 32820 du rôle

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg
12 Février 2009**

Facture acceptée – Contestation sur la date d'expédition – Obligation de protester à la réception de la facture (oui) – Paiement d'acomptes faisant présumer l'acceptation (oui) – Protestations adressées à un intermédiaire

Si la charge de la preuve de l'envoi de la facture et de la réception de celle-ci par le destinataire incombe au fournisseur, celui-ci peut apporter cette preuve par tous moyens de droit, y compris la présomption (cf. Eric Dirix et Gabriël-Luc Ballon, *La facture*, Kluwer, n° 47).

(...)

Il est de principe qu'il existe une obligation morale de protester de la part du commerçant contre lequel est dirigé une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part (cf. Cour, 26 mai 2004, n° 27.727 du rôle; Cour, 16 juin 2004, n° 27.752 du rôle).

(...)

Par ailleurs, le client a l'obligation de protester au reçu de la facture si elle indique une date inexacte. En effet, à défaut de protestation, les factures sont présumées reçues à leur date (cf. A. Cloquet, *La facture*, nos 578, 579 et 583).

La société A. n'ayant pas à la réception des divers rappels lui adressés par la demanderesse au courant des mois d'août et septembre contesté avoir reçu les factures, il y a lieu de présumer qu'elles lui sont parvenues à la date y indiquée. Par ailleurs, l'adresse de facturation étant correcte, il n'est pas crédible que les neuf factures actuellement réclamées par la demanderesse ne soient pas parvenues à destination.

La réception des factures litigieuses par la société A. aux dates y portées est dès lors à suffisance de droit établie par les éléments de la cause et il convient dès lors de retenir comme dates d'envoi et de réception celles indiquées dans l'assignation introductive d'instance.

Conformément à l'article 109 du Code de Commerce, la preuve des achats et ventes entre commerçants se fait notamment au moyen d'une facture acceptée. Cette acceptation peut être expresse ou tacite.

Ce texte a une portée générale et s'applique non seulement aux ventes commerciales mais à tous les autres contrats revêtant un caractère commercial tels que les contrats relatifs à des prestations de service.

En effet, les exigences de sécurité et de rapidité dans les relations commerciales impliquent que soit réduit au minimum, entre commerçants, le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques. C'est pourquoi l'acceptation de la teneur de la correspondance commerciale par le silence du destinataire des lettres est admise (cf. A. Cloquet, *La facture*, nos 444 et 445).

Ainsi, le commerçant qui n'est pas d'accord au sujet de la facture de son cocontractant, doit prendre l'initiative d'émettre des protestations précises valant négation de la dette affirmée endéans un bref délai à partir de la réception de la facture (voir e.a. Cour IV chambre, 12 juillet 1995, n° 16844 du rôle).

L'obligation de protester existe quelle que soit la partie de la facture que le client conteste, l'existence même du contrat, les conditions du marché, la date de la facture, l'identité entre les choses fournies et les choses facturées, ou bien la conformité de la fourniture avec les

qualités promises (cf. A. Cloquet, La facture, n° 446 et suiv.).

Un silence prolongé bien au-delà du temps nécessaire pour prendre connaissance de la facture, pour contrôler ses mentions et les fournitures ou services auxquels elle se rapporte, constitue une acceptation tacite de cette facture.

(...)

Il est de règle que les protestations doivent être adressées au fournisseur ou à son mandataire, de simples agents ou préposés n'ont pas comme tels les pouvoirs nécessaires pour accepter des protestations (cf. A. Cloquet,

n° 564).

(...)

Le paiement d'acomptes sur des factures, fait sans réserves, comme en l'espèce, constitue également une présomption simple d'acceptation des factures de la demanderesse (cf. Cour, 7 janvier 2004, n° 26937 du rôle).

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 12.02.2009 – 6^e Chambre – Jugement commercial VI n° 184/2009 – N° 113391 du rôle

Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
9 Février 2009

Droit du travail – Protection du salarié – Candidat aux élections professionnelles – Date de départ – Affichage (oui) – Candidature prématurée – Absence de protection

L'article 3(1) du règlement grand-ducal modifié du 21 septembre 1979 concernant les opérations électorales pour la désignation des délégués du personnel dispose que «un mois au moins avant les élections, le chef de l'établissement ou son délégué doit faire connaître par voie d'affichage aux travailleurs de l'établissement la date et le lieu des élections».

L'affichage, qui constitue la date d'ouverture du scrutin, a eu lieu en l'occurrence, d'après les explications de l'intimée non autrement contestées, le 10 octobre 2008.

En application de l'article 3(2) dudit règlement, le chef de l'établissement est tenu de déposer les listes alphabétiques visées à l'article 2 à l'inspection des intéressés, ce qui a été fait le 17 octobre 2008.

Concernant la présentation des candidatures, l'article 4(4) énonce que les listes ou les candidatures isolées doivent être remises au

chef de l'établissement ou à son délégué au plus tard le quinzième jour de calendrier précédant celui de l'ouverture du scrutin à 6.00 heures du soir. Passé ce délai, les candidatures ne sont plus recevables, soit en l'occurrence, le 27 octobre 2008.

S'il est certes vrai que le délai de forclusion ainsi retenu pour la présentation des candidatures est directement conditionné par la date d'ouverture du scrutin, laquelle est portée à la connaissance des travailleurs de l'établissement par la voie de l'affichage prévu à l'article 3(1) du susdit règlement grand-ducal, il n'en demeure pas moins qu'aucune disposition explicite ne fixe une date de départ pour le dépôt des candidatures qui serait également à observer sous peine d'irrecevabilité.

Il résulte cependant de l'agencement des différents articles du règlement grand-ducal précité, en ce qu'il reflète le déroulement des opérations électorales dans le temps, que c'est l'affichage qui marque le commencement des opérations électorales en ce qu'il contient les informations indispensables permettant de déterminer notamment le délai du dépôt des listes de candidat et que partant le dépôt d'une liste de candidats, concevable par essence non pas abstraitement, mais *in concreto* par rapport à des élections déterminées, n'est pas valable avant le début

des opérations électorales proprement dites.

En raison des considérations qui précèdent, la Cour est amenée à constater que la candidature de A., déposée le 6 octobre aux élections des délégués du personnel fixées au 12 novembre 2008, n'était pas valable et les dispositions protectrices aux licenciements des candidats aux fonctions de membres des délégations dès la présentation des candidatures et pendant une durée de 3 mois prévues aux articles L. 415-11 et L. 415-12 du Code du travail n'étaient partant pas

opposables à la partie appelante dès le 6 octobre 2008. L'examen de la régularité de la signification de la liste par voie d'huissier devient dès lors superfétatoire.

Il en est de même de l'analyse de la régularité du licenciement sur le fondement de l'article L. 121-6 du Code du travail.

Cour d'appel – 8^e Chambre (Président) – 09.02.2009

Cour d'appel
5 Mars 2009

(1) Clause de non-concurrence – Salaire de l'employé ne dépassant pas un niveau déterminé par règlement grand-ducal – Prise en compte d'une aide au réemploi (non)

(2) Obligation de loyauté et de bonne foi – Notion

(1) Aux termes de l'article L. 125-8(3) du Code du travail: «La clause de non-concurrence est réputée non écrite lorsque... le salaire ou le traitement annuel qui lui (au salarié) est versé au moment de son départ de l'entreprise ne dépasse pas un niveau déterminé par règlement grand-ducal».

A titre liminaire il convient de confirmer les juges du premier degré en ce qu'ils ont retenu que le règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 portant en son article 6 fixation du seuil visé par l'ancien article 41 de la loi du 24 mai 1989 (l'actuel article L. 125-8(3) du Code du travail, n'a pas été abrogé par la loi du 31 juillet 2006 portant introduction d'un Code du travail, ledit règlement n'ayant pas été expressément abrogé par l'article 2 de la nouvelle loi et figurant actuellement au tome II du Code du travail annoté par Marc Feyereisen avec la mention qu'il est susceptible de viser l'article L. 125-8 du Code.

Suivant l'argumentation de la partie appelante, pour calculer le niveau fixé par l'article 6 du règlement grand-ducal en question, il faudrait cumuler le salaire versé par la société anonyme A. S.A. avec

l'indemnité de réemploi dont bénéficiait B.

Dès lors que l'article 14 du règlement grand-ducal du 31 juillet 1995 portant modification du règlement grand-ducal du 17 juin 1994 fixant les modalités et conditions d'attribution d'une aide au réemploi dispose qu'«une aide au réemploi peut être attribuée par le fonds pour l'emploi au salarié faisant l'objet d'un licenciement pour un motif économique...à condition qu'il accepte d'être reclassé dans un emploi comportant un niveau de rémunération inférieur à sa rémunération antérieure», il ne saurait être tenu compte de cette aide, qui n'est pas à charge de l'employeur et sur les conditions d'attribution de laquelle il n'a aucune influence, dans le calcul du plafond visé par l'article L.125-8, (3) du Code du travail.

(2) Même en l'absence de toute clause de non-concurrence, le principe général qui exige que les contrats s'exécutent de bonne foi interdit au salarié de poser des actes de concurrence à l'employeur en cours d'exécution de son contrat de travail.

C'est à bon droit que les juges du premier degré ont retenu que cette obligation de loyauté et de fidélité n'interdit pas au salarié, tant qu'il est encore dans les liens contractuels, de préparer une activité future que l'employeur peut considérer comme concurrente, en l'espèce la création de sa propre société, à condition cependant qu'il ne commence cette activité qu'après la rupture de son contrat de travail, la projection d'une activité concurrente étant compatible avec l'obligation de non-concurrence pendant l'existence du contrat de travail et ne revêtant pas le caractère de faute dans le chef du

salarié (en ce sens : Cour d'appel, 17 mars 2005, n° du rôle 28925).

C'est à juste titre que les juges du premier degré ont retenu que le fait d'embaucher un ancien collègue de travail de la société anonyme A. S.A., en l'occurrence G., ne fait pas présumer par elle-même l'existence d'un acte de concurrence déloyale, alors surtout qu'il n'est même pas soutenu par la société anonyme A. S.A. qu'il aurait débauché ce salarié et que G justifie sa démission dans sa lettre du 27 décembre 2004 par le contexte professionnel déstabilisant de non-communication et d'ordres contradictoires ainsi que par l'absence de toute perspective de carrière après 3 années de travail au sein

d'A.

Le fait de présenter en date du 21 février 2005, soit après la cessation des relations de travail avec la société anonyme A. S.A., une offre à F. n'est pas à lui seul suffisant pour faire présumer que durant la relation de travail déjà, B. ait essayé de débaucher cette société comme cliente de sa future E. S.à r.l.

Cour d'appel – 5.03.2009 – 8^e Chambre – Appel en matière de droit du travail – N° 31937 du rôle

Droit pénal et procédure pénale

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
12 Février 2009

**(1) Infraction de faux – Eléments constitutifs
– Conditions**

**(2) Dénonciation calomnieuse et diffamatoire
– Eléments constitutifs**

**(3) Calomnie – Imputations méchantes –
Exigence de publicité**

(1) L'infraction de faux telle que libellée à l'article 196 du Code pénal suppose la réunion de quatre éléments constitutifs:

- une altération de la vérité,
- une écriture prévue par la loi,
- une intention frauduleuse ou une intention de nuire, et
- un préjudice ou une possibilité de préjudice.

Il faut une altération de la vérité, qui peut être matérielle ou intellectuelle, le faux intellectuel se caractérisant par le fait que le mensonge atteint le contenu de l'écrit et non le support. Le procédé le plus évident de la réalisation du faux intellectuel consiste à porter des déclarations mensongères sur l'écrit (Répertoire pénal DALLOZ, Faux, p. 9).

Il suffit pour constituer un faux qu'un écrit ait été dressé; il n'est pas nécessaire que la faussaire l'ait écrit de sa propre main; celui qui fait écrire le faux est l'auteur. Faire une fausse déclaration à un officier public chargé de la recevoir est un des cas les plus fréquents de faux intellectuel (Garraud, tome IV, n° 1371, jugé dans le même sens Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le 14 juillet 1988, n° 1322/88 et 7 mai 1991, n° 856/91).

(...)

Pour que l'infraction de faux soit constituée, il faut que les écritures, publiques ou privées, soient de nature à produire des effets juridiques, c'est-à-dire qu'elles puissent, par l'usage en vue duquel elles ont été rédigées, porter préjudice aux tiers et entraîner des conséquences à leur égard, et que la collectivité puisse les considérer comme véridiques en raison de leur contenu ou de leur forme (Cass., 9 février 1982, Pas., 1982, I, 721).

Il suffit que cet écrit puisse, dans une mesure quelconque, faire preuve du fait qui y est constaté ou déclaré (Cour de cass. belge, 22.03.1954, Pas. b., 1954, tome I, p. 640; CSJ, 16.03.1978, Pas. lux., t. 24, p. 41).

Pour que l'infraction de faux soit donnée, il

faut que l'auteur ait eu l'intention de commettre l'infraction.

Il faut non seulement que le prévenu ait agi en sachant qu'il a altéré la vérité, mais il faut également qu'il ait eu connaissance que cette altération de la vérité était susceptible de porter préjudice à un intérêt public ou privé. Le dol spécial résulte de la fin, du but, du dessein que s'est fixé l'agent du crime ou du délit (Nouvelles de droit pénal, T II, n° 1606).

En matière de faux intellectuel, la volonté de falsifier et la conscience d'altérer la vérité ne pourront pas être déduites de l'acte lui-même. Il s'agira en effet d'établir que le prévenu avait conscience de la fausseté de ses déclarations (Répertoire pénal Dalloz, Faux, p. 14).

Finalement, l'article 196 du Code pénal exige que l'altération de la vérité soit de nature à causer un préjudice.

Il n'y a faux punissable qu'autant que la pièce contrefaite ou altérée est susceptible d'occasionner à autrui un préjudice actuel ou éventuel (Répertoire pénal Dalloz, Faux, p. 10). En matière de faux en écriture publique, le préjudice découle de la nature même de l'acte en cause en ce qu'elle porte atteinte à des intérêts généraux de la société, le premier étant la foi que tous les citoyens doivent pouvoir conserver dans les écritures faites par les dépositaires de l'autorité publique (C.A. Nancy, 18 novembre 2004, Juris-Data n° 2004-283703).

Nonobstant le fait que de fausses déclarations faites dans un procès-verbal de police préjudicie considérablement à la foi que le public peut avoir dans un tel acte, il s'y ajoute, en l'espèce, que les fausses déclarations faites par X. ont également eu des conséquences gravement préjudiciables dans le chef de A. et B., à savoir qu'une instruction judiciaire a été ouverte à leur rencontre.

(2) Le délit de dénonciation calomnieuse prévu à l'article 445 du Code pénal est constitué s'il y a une dénonciation:

- 1) spontanée,
- 2) méchante,
- 3) d'un fait faux,
- 4) adressé par écrit,
- 5) à une autorité,

6) contre une personne déterminée.

Pour qu'une dénonciation soit déclarée calomnieuse, il est nécessaire qu'elle ait été le résultat d'une volonté libre et spontanée de la part de son auteur (Cass fr., 29 juin 1838, S. 1839, I, 694).

Savoir si une dénonciation a un caractère spontané est une question de fait que le juge apprécie et constate souverainement en tenant compte de chaque élément de la cause envisagé séparément et dans leurs rapports réciproques (Bruxelles, 22 juin 1910, Rev. Dr. Pén. 1910, 987).

Lorsque le dénonciateur écrit, de son propre mouvement, la lettre de dénonciation qu'il envoie à l'autorité ou lorsque, de son propre mouvement, il se présente devant l'autorité pour faire acter sa dénonciation, sans y être sollicité par personne, il est évident que sa dénonciation est spontanée (Les Nouvelles, Crimes et délits contre les personnes, n° 7453).

Il s'ensuit que dès que l'intéressé a pris l'initiative pour faire connaître à l'autorité compétente le fait qu'il prétend délictueux, la dénonciation peut être dite spontanée. Il en est ainsi de l'individu qui porte plainte entre les mains de la police ou du parquet ou qui met en mouvement l'action publique en se constituant partie civile (Merle et Vitu, Droit Pénal Spécial, T I, p. 395).

(...)

Pour être punissable, la dénonciation calomnieuse doit avoir été faite méchamment, c'est-à-dire avec l'intention de nuire. L'intention méchante ne se présume pas mais elle sera souvent considérée comme établie si la fausseté du fait dénoncé est démontré (Les Nouvelles précitées, nos 7460 et 7361).

En l'espèce, X. a elle-même avoué que les déclarations faites à la police les 13 et 19 septembre 2005 et qui ont donné lieu à la rédaction du rapport n°... du SREC d'Esch-sur-Alzette étaient fausses.

Le Tribunal note cependant que X. n'a pas fait des aveux spontanés. Ce n'est que lorsque les policiers du SREC d'Esch-sur-Alzette confrontent X. le 14 octobre 2005 aux

incohérences dans son récit qu'elle se décide d'avouer.

L'intention méchante est dès lors constituée alors que X. savait que les faits qu'elle dénonçait étaient faux.

X. est en aveu devant la police, le 14 octobre 2005, et également devant le Tribunal, lors de l'audience du 28 janvier 2009, que les faits relatés dans le rapport n°... précité sont faux.

La plainte déposée par X. a été consignée par écrit dans le rapport n°... du SREC d'Esch-sur-Alzette de sorte que cette condition est également remplie en l'espèce.

La plainte ayant été déposée entre les mains d'une autorité, en l'espèce, les officiers de police du SREC d'Esch-sur-Alzette, cette condition est également donnée.

La plainte a également été dirigée contre des personnes déterminées, à savoir A. et B.

Il s'ensuit que tous les éléments constitutifs de la dénonciation calomnieuse prévue à l'article 445 du Code pénal sont donnés en l'espèce.

(3) Le Ministère Public reproche encore à X. d'avoir commis dans les mêmes circonstances de temps et de lieu un délit de calomnie au sens de l'article 444 du Code pénal.

Pour qu'il y ait calomnie, il faut que l'imputation ait connu une publicité provoquée par son auteur et selon un des modes limitativement énumérés par l'article 444 du Code pénal.

En l'espèce, les modes de publicité envisageables sont ceux soit de l'alinéa 1^{er} de l'article 444, à savoir les imputations faites dans un lieu public, soit de l'alinéa 2 de l'article 444, à savoir les imputations faites en présence de plusieurs individus, dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y assembler ou de le fréquenter.

La publicité requise par l'article 444 du Code pénal est une publicité réelle, effective et immédiate; elle implique non seulement la présence du public, mais aussi et principalement la communication au public (Luxembourg, 18 janvier 2005, n° 198/2005).

La notion de lieu public au sens de l'article 444, alinéa 1^{er} du Code pénal suppose que le lieu concerné soit accessible et ouvert à tous. Or, le tribunal constate que même si le Centre d'Intervention d'Esch-sur-Alzette est un lieu auquel la population a accès, il n'en reste pas moins que cet accès est limité et que les bureaux du Centre d'Intervention ne sont pas accessibles et ouverts au public. Ce ne sont pas non plus des locaux où le public peut se rassembler ou qu'il peut fréquenter.

En l'espèce, X. a fait les imputations méchantes dirigées contre A. dans les bureaux de la police grand-ducale du Centre d'Intervention d'Esch-sur-Alzette lors du dépôt de sa plainte à des policiers en fonction.

Ces déclarations n'étaient donc ni entendues par le public, ni même destinées au public, de sorte que la publicité requise par l'article 444 du Code pénal n'est pas donnée.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
12.02.2009 – 18^e Chambre – Jugement n°
560/2009 – Not. 513/06CD, 22800/05CD,
21070/05CD

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
12 Février 2009

Modes de comparution devant le tribunal correctionnel – Possibilité pour le tribunal d'ordonner la comparution du prévenu en personne

Le mandataire de la prévenue demanda à ce que l'affaire soit retenue et déclara représenter la prévenue X.

L'article 185(1) du Code d'Instruction criminelle, tel que modifié par une loi du 27 juin 2008, donne au prévenu le choix de

comparaître ou de ne pas comparaître et de faire présenter ses moyens de défense.

En effet, «désormais, le prévenu peut décider librement de ne pas comparaître en personne devant les tribunaux correctionnels ou devant la chambre criminelle, tant en première instance qu'en appel, mais de faire exposer ses moyens de défense par un avocat qu'il aura mandaté à cet effet» (Projet de loi n° 5597¹, Avis du Conseil d'Etat du 13 février 2007, page 3).

L'article 185(4) du Code d'instruction criminelle confère toutefois au Tribunal la possibilité d'ordonner, par voie de jugement, la comparution en personne.

Etant donné que le principe veut toutefois que le prévenu peut choisir entre les différents modes de comparution, l'injonction par le Tribunal de se présenter en personne doit se limiter à des «situations exceptionnelles» (Projet de loi n° 5597¹, Avis du Conseil d'Etat du 13 février 2007, page 3).

Pour mesurer la peine à prononcer, le Tribunal tient notamment compte de la gravité objective des faits, donc du trouble qui a effectivement été causé à l'ordre public.

Néanmoins, dans notre droit pénal prévaut également le principe de la personnalisation de la peine. La mission du juge, dont le rôle consiste à prononcer une peine juste, consiste entre autres à dégager du dossier répressif et des débats à l'audience la culpabilité du prévenu, qui est largement fonction de sa personnalité.

S'il est vrai que des éléments du dossier répressif, les plaidoiries de l'avocat et les pièces qu'il peut être amené à verser, permettront au Tribunal de cerner en partie la personnalité du prévenu, il n'en reste pas

moins que la présence physique du prévenu à l'audience permet aux magistrats de se faire une opinion plus réelle et concrète de la personnalité de l'individu qu'ils seront le cas échéant amenés à condamner à des peines pénales.

Ainsi notamment, les plaidoiries d'un avocat ne permettront pas d'apprécier l'honnêteté de regrets qui sont exprimés ou le degré de sincérité de la compréhension gagnée par le prévenu.

Mais surtout, en l'espèce, les plaidoiries de l'avocat ne permettront pas au magistrat d'apprécier la perception que la prévenue, qui a d'ailleurs contesté lors de son audition par les agents verbalisateurs les infractions qui lui sont reprochées, a eu des faits.

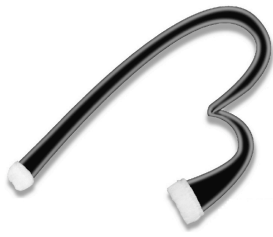
Les faits qui sont mis à charge de la prévenue ont eu des suites dommageables très importantes et qui, s'ils devaient s'avérer vrais, font conclure à une légèreté blâmable.

La conclusion à laquelle appellent les faits reprochés par le ministère public pourrait par contre se voir nuancée en tenant compte de la personnalité de la prévenue.

Si l'avocat mandataire se limitait simplement à «présenter les moyens de défense», comme l'article 185(1) du Code d'instruction criminelle l'autorise à faire, aucune lumière concrète ne pourra être jetée sur la véritable personnalité de la prévenue.

Au regard des éléments qui précèdent, il existe des circonstances exceptionnelles requérant la comparution en personne du prévenu à l'audience.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 12.02.2009 – 18^e Chambre – Jugement correctionnel n° 553/2009



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.