

Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

1 · 2008
Paraît 10 fois par an

Chères consœurs,
Chers confrères,

Une civilisation sans mémoire n'a pas d'avenir, ou, comme l'exprime Aristote, «*savoir, c'est se souvenir*».

Une jurisprudence accessible est essentielle pour l'existence d'un Etat de droit, et garantit une qualité et une sécurité juridiques bénéfiques aussi bien pour la protection des droits du simple justiciable que pour les investisseurs et entreprises souhaitant s'implanter et se développer au Grand-Duché.

Assurer cet accès est l'un des objectifs du *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*, dont la philosophie consiste à créer un recueil objectif et neutre de la jurisprudence la plus actuelle et la plus significative, sans sélectivité exagérée.

Rappelons à cet endroit que l'initiative de la création du *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*, qui entre désormais dans sa septième année, est d'autant plus méritoire qu'elle émane non pas d'une maison d'édition ou d'un organisme commercial, mais d'un groupe de jeunes avocats, peut-être un peu idéalistes. Malgré la multiplication récente et bienvenue du nombre de publications commerciales, le *Bulletin* s'est non seulement maintenu, mais s'est développé de manière à occuper une place bien à part dans le paysage juridique luxembourgeois.

Nous nous situons dans une période de complexité législative accrue. Sans nécessairement endosser ce foisonnement législatif, force est de constater qu'un accroissement de la masse de législation, couplé à une augmentation de la population et de l'activité économique, entraîne de manière automatique une augmentation du travail des tribunaux, et donc de la masse de la jurisprudence. Le caractère indispensable d'une publication comme le *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*, faisant office de mémoire d'un système juridique, devient donc une évidence.

Un changement est intervenu cette année au niveau du comité de rédaction. Les aléas de la vie font que Corinne Lamesch s'oriente vers une nouvelle carrière juridique et quitte de ce fait notre comité, dont elle faisait partie depuis l'origine, en 2002. Qu'elle soit remerciée pour son engagement pour le *Bulletin* au fil des années!

Je tiens également à remercier notre secrétaire Emmanuel Servais qui, infatigablement, traque les erreurs de frappe, mais aussi occasionnellement de fond, qui se glissent dans le *Bulletin* et sans qui notre publication ne pourrait pas maintenir le niveau de qualité que nous avons atteint.

Enfin, le lecteur attentif ne manquera pas de remarquer la nouvelle maquette du *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*, qui se distingue par une police de caractères plus moderne et, nous l'espérons, mieux lisible.

Pierre Beissel
Président de la Conférence du Jeune Barreau



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

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

Droit civil

Cour d'appel

21 Novembre 2007

Copropriété – Pouvoir de représentation du syndic – Appel interjeté par un syndicat de copropriété – Autorisation accordée au syndic par l'assemblée des copropriétaires – Mandat comportant "une voie de recours judiciaire" – Recevabilité de l'appel (oui)

Les intimées concluent d'emblée à l'irrecevabilité de l'appel pour défaut d'autorisation d'agir en justice de l'assemblée des copropriétaires. Elles exposent dans ce contexte que l'autorisation donnée le 16 décembre 2006 ne visait que la première instance et n'aurait donc pas d'effet pour l'instance d'appel.

Le moyen laisse d'être fondé. Lors de l'assemblée générale des copropriétaires du 16 janvier 2007, les propriétaires présents ont

donné à l'unanimité tout pouvoir au syndic afin d'obtenir les plans et documents statiques du bâtiment, tout en précisant que le mandat en question comportait, si nécessaire, «une voie de recours judiciaire».

Cette formule n'est pas à prendre à la lettre et à limiter à l'exercice d'une seule action en justice, à savoir l'assignation en référé du 19 février 2007. En manifestant leur volonté d'obtenir les plans et documents statiques par tous les moyens et en donnant à cet effet pleins pouvoirs au syndic, les copropriétaires ont clairement fait comprendre que le recours à la justice ne se limitait pas à une seule action, mais englobait d'une façon générale toutes les actions, dont l'appel, propres à leur procurer le résultat souhaité.

Il suit des développements qui précèdent que l'appel est recevable.

Cour d'appel – 21.11.2007 – 7^e Chambre – Arrêt civil – N° 32489 du rôle

Cour d'appel

28 Novembre 2007

Expropriation pour cause d'utilité publique – Indemnisation – Moment à prendre en considération pour l'évaluation du bien à exproprier

Pour soutenir que l'indemnité due aux parties expropriées devrait être fixée compte tenu de la valeur du terrain à l'époque de l'expropriation, l'appelant se réfère à l'article 3, alinéa 2, de l'arrêté grand-ducal du 1^{er} septembre 1992 arrêtant la constitution par le Fonds pour le logement à coût modéré d'une zone de réserve aux lieux-dits «auf der Heid» et «beim Cents» à Luxembourg-Hamm, qui dispose que «Pour autant que de besoin les mêmes parcelles (que celles énumérées à l'article 2) seront expropriées conformément au titre III de la loi du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes». Il argumente que le renvoi au titre III de la loi du 16 août 1967 rendrait applicable l'article 12 de la susdite loi modifiée qui précise que « Pour le calcul de l'indemnité, la valeur des

biens à exproprier doit être prise en considération au moment de l'expiration du délai d'un mois prévu par l'article 10; le moment de cette prise en considération ne peut cependant précéder de plus de trois ans le jour de la requête en expropriation».

Ce moyen doit cependant être écarté étant donné que l'arrêté grand-ducal du 1^{er} septembre 1992 rend applicable seulement les dispositions du titre III. Or l'article 12 fait partie du titre I de la loi auquel l'arrêté grand-ducal du 1^{er} septembre 1992 ne se réfère pas.

En outre, même si la valeur du bien à exproprier devait être prise en considération à la date fixée par l'article 12 de la susdite loi, toujours serait-il que «c'est par contre au moment où le juge fixe l'indemnité définitive qu'il doit calculer la somme d'argent nécessaire à l'exproprié pour reconstituer son patrimoine. S'il considère que l'indemnité mise antérieurement à la disposition de l'exproprié n'était pas suffisante au moment où elle a été accordée, il doit, pour évaluer le montant supplémentaire à allouer, se placer au moment de sa décision et tenir compte, le cas

échéant, de la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie ou de la hausse du marché immobilier depuis le jour où l'indemnité a été fixée. En l'espèce les experts à nommer auront pour mission, pour le cas où l'indemnité estimée au jour prévu par l'article 12 de la loi du 16 août 1967 excédera l'indemnité provisionnelle payée aux intimés, d'évaluer cette indemnité supplémentaire à la date du dépôt de leur rapport» (Cour d'appel 9 juin 2004, n° 26298 du rôle¹; Cass. b., 20 septembre 1979, Pas. b. 1980, I, p. 69; Cass. b., 21 octobre 1983, Pas. b. 1984, I, p. 187; B. Pâques, L'expropriation pour cause d'utilité publique, nos 150 et s.).

L'article 16 de la Constitution exige que l'indemnité doit être «juste», c'est-à-dire qu'elle doit être complète. L'exproprié a donc droit à la réparation de toutes les suites dommageables de la dépossession qu'il subit au nom de l'intérêt public. Il a droit à la compensation de tout le dommage que l'expropriation lui cause, de telle manière que la privation de son bien n'entraîne aucune diminution de son patrimoine (L. Belva, G. Belva et A. Coenraets, L'expropriation pour cause d'utilité publique, éd. 1980, n° 499).

Le tribunal est à approuver pour avoir décidé que l'indemnité d'expropriation doit être fixée conformément au droit commun, c'est-à-dire en tenant compte de la nature et de l'état de l'immeuble au jour du transfert de la propriété, c'est-à-dire au jour du jugement qui ordonne l'expropriation, et en tenant compte de la valeur de l'immeuble au moment où l'indemnité est accordée.

L'appelant soutient encore que l'indemnité d'expropriation devrait être fixée en considération de la finalité d'utilité publique poursuivie par la procédure d'expropriation; qu'il devrait être fait abstraction de la hausse des prix sur le marché immobilier due à une spéculation effrénée qui n'était pas prévisible à la date de l'expropriation.

Ces considérations ne sont pas fondées. En effet, le principe de l'indemnisation intégrale, qui doit permettre aux parties expropriées de reconstituer leur patrimoine en remplaçant le bien perdu par un autre équivalent, oblige le juge de tenir compte de toutes les évolutions sur le

plan économique survenues depuis l'expropriation et notamment de la perte du pouvoir d'achat et de la hausse des prix de l'immobilier. En outre, le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques prohibe de priver les parties expropriées d'une indemnisation intégrale pour des motifs tirés de l'intérêt public de l'expropriation. Si l'intérêt public justifie l'expropriation, il ne saurait cependant en plus légitimer l'attribution d'une indemnisation incomplète.

La hausse des prix de l'immobilier depuis le jugement du 20 décembre 1993 consacrant l'expropriation et la durée de la procédure judiciaire ne sont pas imputables aux parties intimées. Si (l'expropriant) est obligé de verser une indemnité évaluée sur base des prix pratiqués sur le marché immobilier actuel pour une parcelle expropriée en 1993, c'est qu'il a omis de verser la juste indemnité préalablement à l'expropriation comme l'exigent l'article 16 de la Constitution et l'article 545 du Code civil.

La Cour d'appel relève que la Cour constitutionnelle, statuant sur la conformité à l'article 16 de la Constitution de certaines dispositions réglementant la procédure d'expropriation prévue par la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes, a retenu que « toute disposition légale permettant le transfert total ou partiel du droit de propriété avant le versement intégral de la juste indemnité est contraire à l'article 16 de la Constitution qui dispose que «Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique dans le cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité» (arrêts n° 34 et 35 du 12 mai 2006, Mémorial A, n° 96 du 31 mai 2006, p. 1800). Il y a lieu de constater qu'en l'espèce les parties expropriées n'ont à ce jour pas encore touché la «juste et préalable indemnité» que leur garantit l'article 16 de la Constitution bien que l'expropriation fût déjà opérée en 1993.

Cour d'appel – 28.11.2007 – 1^{re} Chambre – Arrêt civil – N° 31869 du rôle

¹ Cet arrêt est publié au *Bulletin* 2004, p. 200

Divorce et séparation de corps

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
12 Octobre 2007

Epouse autorisée à résider au domicile familial pendant la procédure de divorce – Bien propre du conjoint – Occupation sans droit ni titre après que le jugement prononçant a force de chose jugée (oui) – Epouse obligée au paiement d'une indemnité d'occupation (oui) – Créance de l'indivision post-communautaire (non)

Le jugement qui a prononcé le divorce entre parties est coulé en force de chose jugée à partir du 14 mars 2007. C'est dès lors à juste titre que le premier juge a retenu que l'autorisation de résider dans la maison litigieuse, accordée à A. par ordonnance du 24 février 2006, a pris fin à partir du 14 mars 2007 et qu'à partir de cette date, A. occupe sans droit la maison litigieuse.

Une indemnité d'occupation n'est pas due lorsque la jouissance d'un bien s'analyse en une modalité d'exécution de l'obligation de secours et d'assistance persistant entre les époux pendant la procédure de divorce ou en un élément du devoir de contribution aux frais d'entretien des enfants (cf. Cour, 11 juin 1997, n° 19919 du rôle).

Or l'obligation de secours et d'assistance entre époux, voire celle de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants, se traduit, après le divorce, par une créance alimentaire qui est évaluée en tenant

compte de la situation du créancier et des facultés respectives des parties.

(...)

A. fait encore valoir que l'indemnité d'occupation invoquée par B. constitue une créance post-communautaire et doit être traitée, ensemble le prêt sur la maison et le terrain, dans le cadre de la procédure de difficultés de liquidation. Comme la liquidation de la communauté n'aurait pas encore commencé, il y aurait lieu d'attendre, sinon de renvoyer l'affaire.

Le jugement de divorce devenu définitif remonte quant à ses effets entre époux en ce qui concerne leurs biens au jour de la demande. C'est à partir de cette date que l'indivision post-communautaire se substitue à la communauté.

Or, l'indivision qui succède à la communauté ne comprend pas les fruits et revenus des biens propres, étant donné que ces biens lui sont étrangers (cf. J.-Cl. Civil, Article 1467, fasc. 50, nos 8 et 17).

Il s'ensuit que l'indemnité d'occupation réclamée par B. de son bien propre ne constitue pas une créance de l'indivision post-communautaire et que le moyen tiré de la liquidation et du partage de la communauté n'est dès lors pas fondé.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
12.10.2007 – 3^e Chambre – Jugement bail à
loyer n° 144/2007 – N° 109744 du rôle

Cour d'appel
14 Novembre 2007

Procédure de référé divorce – Intervention volontaire de l'avocat des enfants – Désignation à l'initiative de l'un des parents par le Bâtonnier – Article 388-1 du Code civil – Absence de désignation judiciaire de l'avocat des enfants – Intervention volontaire irrecevable

Maître X. a fait une intervention volontaire dans la procédure d'appel en qualité d'avocat des enfants, désignée par la déléguée du Bâtonnier pour assister A. et B. dans la défense de leurs intérêts dans la procédure de divorce de leurs parents. Cette désignation eut lieu à l'initiative de C. [la mère] en sa qualité de parent auquel la garde provisoire des enfants a été confiée par ordonnance de référé du 2 septembre

2005 confirmée en appel.

Maître X. a présenté un rapport daté au 8 août 2006 qui porte également sur la scolarisation des enfants au Luxembourg, leur milieu d'amis et de culture.

La partie D. [le père] conclut à voir dire cette intervention irrecevable en contestant le mode de nomination de l'avocat intervenant, sinon mal fondée (...).

D'ores et déjà, il échet de noter que l'article 388-1 du Code civil prévoit que dans toute procédure le concernant, le mineur peut être entendu par le juge ou par telle personne désignée par le juge. Plus particulièrement,

l'article 267bis du Code civil dispose que «dans l'intérêt des enfants, le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1 du Code civil».

Or Maître X. n'a pas été désignée par voie judiciaire. Sa nomination est donc irrégulière. Force est à la Cour de déclarer son intervention irrecevable. Par voie de conséquence, le rapport de l'avocat intervenant ne pourra pas être pris en considération.

Cour d'appel – 14.11.2007 – 2^e Chambre – Arrêt référé (divorce) – N° 31413 du rôle

Cour d'appel
28 Novembre 2007

Pension alimentaire – Longue période d'inaction après la séparation du couple – Présomption d'absence de besoin du créancier d'aliments (non)

Le fait pour A. de ne pas réclamer de secours financier à son époux depuis 2002 est à lui seul

insuffisant pour démontrer l'absence d'un état de besoin dans le chef de l'intimé. La version de B. selon laquelle B. aurait reçu ou du moins dû percevoir des revenus est restée à l'état de pure allégation.

Cour d'appel – 28.11.2007 – 2^e Chambre – Arrêt référé (divorce) – N° 32943 du rôle

Droit du bail

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
5 Octobre 2007

Résiliation du bail motivée par la volonté d'exécuter des travaux – Preuve de la nécessité des travaux et de l'intention d'y procéder réellement – Nécessité de travaux de nature à empêcher le maintien dans les lieux (oui)

Le motif de résiliation invoqué, consistant dans la nécessité de procéder à des travaux de réfection importants, constitue le cas échéant dans le chef des bailleurs un motif grave et légitime de résiliation du bail, conformément à l'article 14 *in fine* de la loi sur le bail à loyer, à condition pour eux d'établir tant la nécessité des travaux que leur intention d'y procéder réellement.

Les travaux en question doivent encore être de nature à empêcher le maintien dans les lieux des locataires, étant donné que ceux-ci, aux termes de l'article 1724 du Code civil, sont contraints de subir les réparations urgentes qui s'imposent, sauf à prendre eux-mêmes l'initiative de la rupture du contrat de bail ou à demander une réduction du loyer pour perte de jouissance des lieux pris en location pendant la période des travaux.

Il appartient dès lors au tribunal d'apprécier si le motif invoqué est suffisamment grave et légitime pour justifier la résiliation judiciaire du bail.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 05.10.2007 – 3^e Chambre – Jugement bail à loyer – Jugement N° 137/2007 – N° 108074 du rôle

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
26 Octobre 2007

**Occupation sans droit ni titre -
Prescription abrégée de l'article 2277 du
Code civil - Application aux indemnités
d'occupation (non)**

X. soulève encore la prescription quinquennale de l'action en ce qui concerne les indemnités d'occupation antérieures au 16 juin 2001.

En vertu de l'article 2277 du Code civil, se prescrivent par cinq ans les loyers et les fermages et généralement tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts.

Or, l'indemnité d'occupation n'est pas assimilable

à un loyer, de sorte que le régime de la prescription est sans application à une indemnité globale accordée du chef d'occupation illicite d'un immeuble, quel que soit le mode de calcul de cette indemnité. En effet, l'indemnité pour occupation sans droit ni titre n'est pas empreinte d'un caractère de renouvellement ou de périodicité, même lorsque le calcul de cette indemnité se fonde sur le montant du loyer (cf. Les Nouvelles, Le louage de choses, n° 406).

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg -
26.10.2007 - 3^e Chambre - Jugement
occupation sans droit ni titre - N° 109656 du
rôle

Droit commercial

Cour d'appel
14 Novembre 2007

**Concurrence déloyale - Risque de
confusion entre dénominations
sociales - Appréciation en fonction
des aptitudes de la clientèle -
Sanction en cas de possibilité avérée
de confusion - Cessation de
l'utilisation du signe litigieux -
Changement de dénomination sociale**

La dénomination sociale, c'est-à-dire la dénomination choisie dans les statuts de la société, et le nom commercial, c'est-à-dire le signe sous lequel une entreprise exerce ses activités, signe qui peut - comme en l'espèce - être identique à la dénomination sociale, mais qui peut aussi être différent, doivent pour être protégés avoir un caractère individualisant suffisant et efficace pour qu'il n'y ait pas de confusion possible avec un signe semblable qui serait employé par ailleurs.

L'exigence du caractère distinctif de la dénomination sociale et du nom commercial est cependant peu contraignante. Un certain degré de créativité n'est pas exigé.

Il est seulement exigé que le signe ne soit pas exclusivement composé de termes génériques, usuels, nécessaires ou descriptifs de l'activité

exercée. Si ces derniers sont combinés à d'autres termes, l'ensemble peut en revanche être suffisamment arbitraire pour qu'il puisse y avoir protection.

Par adjonction du terme "Lux" au terme "Sucre", terme qui est descriptif de l'activité de la société Lux-Sucre sàrl. qui, tout comme la société Luxzucchero sàrl., est active dans la distribution à des professionnels de produits sucriers et plus spécialement de produits sucriers personnalisés, le signe Lux-Sucre sàrl., pris dans son ensemble, est suffisamment arbitraire pour obéir à l'exigence de la distinctivité et partant pour bénéficier de la protection.

Créer ou tenter de créer la confusion entre sa personne et la personne d'un concurrent - soit en faisant prendre l'un pour l'autre, soit en faisant croire à des liens inexistantes - est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, donc un acte de concurrence déloyale.

Comme la loi du 30 juillet 2002 a un but de protection contre des pertes de clientèle par des actes de concurrence déloyale, il faut, pour apprécier si la confusion est possible, tenir compte des aptitudes de la clientèle.

La connaissance de termes italiens banaux est

répandue au Luxembourg de sorte qu'il y a lieu d'admettre que les clientèles des deux entreprises concurrentes savent que les termes "sucre" et "zuccherò" désignent la même chose.

La clientèle, même professionnelle, de la société Lux-Sucre sàrl., confrontée à la dénomination Luxzuccherò sàrl., sera, en raison des frappantes similitudes sur le plan phonétique et conceptuel des deux dénominations, susceptible de prendre la société Luxzuccherò sàrl. pour la société Lux-Sucre sàrl. ou de croire à des liens entre les deux sociétés et de délaisser ainsi la société Lux-Sucre sàrl. au profit de la société Luxzuccherò sàrl.

Il s'ensuit que, contrairement à ce qu'a admis le premier juge, il y a bien un acte de concurrence déloyale par confusion.

(...)

En raison de la possibilité d'une confusion engendrée par les signes des deux sociétés, il y a lieu d'ordonner à la société Luxzuccherò sàrl. de cesser de faire un quelconque usage

du signe Luxzuccherò sàrl.

Au regard de l'article 187, 1) de la loi sur les sociétés, qui fait obligation à la société à responsabilité limitée d'indiquer dans tous ses documents sa dénomination sociale, la cessation ne pourra se faire que par un changement de la dénomination sociale, changement qui implique modification des statuts, et du nom commercial. Comme ce changement de la dénomination sociale et du nom commercial ne peuvent pas se faire du jour au lendemain, il y a lieu d'accorder pour ce faire à la société Luxzuccherò sàrl. un délai de 3 mois à partir de la signification du présent arrêt.

Il n'y a pas lieu d'ordonner les mesures de publication sollicitées, la prévention de tout acte de concurrence déloyale futur par confusion étant suffisamment assurée par les mesures de changement à opérer et par l'interdiction à prononcer.

Cour d'appel – 14.11.2007 – 4^e Chambre – Arrêt concurrence déloyale – N° 32584 du rôle

Droit bancaire et financier

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
16 Novembre 2007

Droit bancaire et financier – Opérations en bourse sur ordre du client – Obligation d'information du banquier – Obligation de moyen (oui) – Charge de la preuve

X. a gardé le pouvoir de décision concernant la gestion de ses titres ou concernant les placements à opérer, la banque dans ces opérations ayant une «obligation d'information spéciale, personnalisée».

En effet, l'absence de mandat de gestion n'exclut pas l'obligation d'information qu'une banque doit dispenser à son client. Cette obligation doit être adaptée non seulement à la personnalité du client, mais aussi à la connaissance qu'il a des mécanismes boursiers

complexes. Elle a l'obligation d'informer le client des risques encourus, au cas où elle aurait initié des opérations à caractère spéculatif, dont il n'aurait pas été familier.

L'obligation d'information est de moyen et non de résultat et il revient au client de démontrer la preuve du caractère fautif du renseignement donné par le banquier.

Le débiteur, en l'espèce la banque, peut prouver l'exécution de son obligation par tous moyens et notamment par présomptions (Cass 1^{re} civ., 14 octobre 1997, JCP G 1997, II, 22 942, rapp. P. Sargos).

En l'occurrence, les attestations produites par la banque établissent que le client recevait des appels téléphoniques des employés de la banque et que les ordres d'achat ont été donnés suite à ces entretiens, de sorte qu'il existe des présomptions que le client a été informé des

risques liés aux opérations proposées et qu'il a pu s'enquérir sur les éléments par lui ignorés.

Si la preuve de l'exécution du devoir d'information incombe toujours au débiteur, il apparaît qu'en cas de manquement audit devoir, en cas de mauvais conseil ou de conseil inadéquat notamment, il peut appartenir au créancier de prouver la réalité de ce mauvais conseil, en effet il lui "incombe de caractériser la teneur et l'utilité du conseil dont il avait été privé", et ce "sans inverser la charge de la preuve" (Cass. 1^{re} civ., 24 février 2004, RGDA 2004, p. 380, note J. Bigot).

En l'occurrence, X. ne fournit aucun renseignement quant à ses connaissances boursières et ses conclusions ne mettent pas en évidence le genre d'information ayant manqué au client lorsqu'il a donné l'ordre d'acquérir des actions.

Dans la phase postérieure à l'acquisition des titres, l'obligation d'information du banquier dans le cadre du contrat de dépôt est circonscrite aux faits susceptibles d'affecter les titres eux-mêmes, tels que le regroupement de titres, l'augmentation de capital, les échanges, les conversions ou les tirages de primes.

L'obligation d'information ne comporte pas un devoir de conseil imposant au banquier le devoir d'éclairer le client sur l'opportunité de prendre

tel acte de disposition au regard de l'évolution du marché et de la valeur des titres.

Même si le gestionnaire de la banque a pris l'initiative de conseiller au demandeur l'achat d'actions, X. reste en défaut d'établir que les conseils d'investissement de la banque au moment de l'acquisition des titres auraient été fautifs. En effet, il appert des pièces versées en cause que la «Vermögensübersicht» du 4 septembre 2000 montre une augmentation de la valeur de la plupart des titres acquis par X. en juin, juillet 2000.

Il résulte des attestations produites par la banque que l'employé de la banque a contacté X. à plusieurs reprises pour le rendre attentif aux prévisions négatives du Nasdaq, à la mauvaise situation de certaines de ses actions Cisco et AOL en lui conseillant de vendre ces dernières.

Le fait que le client n'a pas suivi ces recommandations ne peut être reproché au banquier.

Partant, le tribunal ne saurait retenir la responsabilité de la banque pour avoir manqué à son devoir d'information.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 16.11.2007 – 2^e Chambre – Jugement civil n° 1317/07 – N° 88182 du rôle

Droit administratif

Tribunal administratif (Président)
18 Avril 2007

Marchés publics – Critères d'adjudication – Droit pour le pouvoir adjudicateur de fixer des critères objectifs ainsi que des critères subjectifs (oui) – Nécessité pour le pouvoir adjudicateur de motiver sa démarche dans l'application des critères subjectifs (oui)

En ce qui concerne le sérieux des moyens invoqués au fond, l'article 11 de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics dispose que les marchés à conclure par soumission publique sont attribués par décision motivée au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle

est choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas. L'article 89, alinéa 1^{er} du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de ladite loi dispose que, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde sur le ou les critères dont il doit avoir prévu l'utilisation et la pondération dans le cahier spécial des charges. Ces critères techniques, financiers, économiques, environnementaux et sociaux sont variables selon le marché en cause et peuvent être entre autres le prix, le délai d'exécution ou de livraison, le coût d'installation, la rentabilité, la qualité, la valeur écologique, l'aspect social, le caractère esthétique ou fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance

technique.

Il en résulte que le pouvoir adjudicateur peut fixer tant des critères objectifs (prix, délai d'exécution, etc.) que subjectifs (qualité, caractère esthétique etc.) pour l'attribution du marché.

L'article 90, paragraphe 3 du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003 dispose que le pouvoir adjudicateur informe par lettre recommandée les concurrents dont l'offre n'a pas été retenue qu'il ne fait pas usage de leur offre, avec indication des motifs à la base de la non-prise en considération de celle-ci.

Si l'application des critères objectifs, comme ceux relatifs au prix ou au délai d'exécution, se justifie par elle-même, un prix plus bas et un délai d'exécution plus court constituant de manière non contestable un avantage, il est conceptuellement impossible de justifier objectivement le résultat de l'application de critères subjectifs. Un tel résultat mérite donc d'être expliqué pour répondre à l'exigence de motivation.

On peut douter que l'application de simples notes – comme en l'espèce, 100, 75, 50 ou 25 – suffise à constituer une telle explication.

Même s'il est vrai que, selon le cahier des charges, ces notes représentent les qualificatifs «excellent», «bien», «satisfaisant» et «insuffisant», il paraît que ces qualificatifs constituent plutôt la conclusion d'une motivation que la motivation en elle-même. Plus un pouvoir adjudicateur a recours à des critères subjectifs, plus il est obligé de motiver la démarche adoptée dans l'application de ces critères.

En l'espèce, il n'est pas exclu que le tribunal administratif, statuant au fond, arrive à la conclusion que l'application des notes pondérées aux différents soumissionnaires court-circuite la véritable motivation de la décision et ne permet pas de suivre le cheminement de son raisonnement et, partant, de comprendre la décision finalement adoptée. Le délégué du Gouvernement lui-même a souligné à différentes reprises que l'application des critères prévus relève d'une démarche subjective.

Dans ce sens, il paraît que le moyen tiré de l'absence de motivation soit suffisamment sérieux pour justifier une mesure provisoire.

Tribunal administratif (Président) – 18.04.2007 – N° 22757 du rôle

Cour administrative

8 Novembre 2007

Statut de réfugié - Arrestation pour motif erroné - Sentiment général de peur - Cas d'ouverture selon la Convention de Genève (non) - Atteinte grave au sens de l'article 37 de la loi du 5 mai 2006 permettant d'accorder la protection subsidiaire (non)

Il résulte clairement des déclarations de l'appelant que son arrestation avec 11 autres personnes, à la supposer établie, était due à une erreur, la police pensant avoir arrêté des rebelles alors qu'en réalité ce groupe de personnes était en train de préparer une fête de fin d'année.

Une arrestation basée sur un motif erroné suivi d'une libération par la police ne saurait entraîner l'application de la Convention de Genève, malgré les pertes matérielles qu'a pu entraîner cette

arrestation erronée.

Les craintes de persécutions de l'appelant en raison de son appartenance ethnique traduisent partant un sentiment général de peur sans qu'une situation de persécution personnelle vécue ou une crainte qui serait telle que la vie lui serait, à raison, intolérable dans son pays d'origine, ne soient établies.

Il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'appelant risque de subir, en cas de retour dans son pays, une des atteintes graves définies à l'article 37 de la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, de sorte que la demande en bénéfice de la protection subsidiaire est également à écarter pour être non fondée.

Cour administrative – 08.11.2007 – N° 23276 C du rôle

Procédure civile et commerciale

Cour d'appel

21 Novembre 2007

Procédure d'appel - Acte d'appel sans indication des moyens d'appel - Nullité de forme - Nécessité de prouver un grief (oui)

Par conclusions notifiées le 29 janvier 2007, les intimés ont conclu à l'annulation sinon à l'irrecevabilité de l'acte d'appel pour respectivement libellé obscur et absence d'indication de moyens.

Par arrêt rendu le 11 janvier 2001 (affaire *Reis c/ Telkes et Anstett*), la Cour de

Cassation a décidé que l'inobservation des dispositions contenues aux articles 154 et 585 du Nouveau Code de procédure civile ne saurait entraîner la nullité d'un acte de procédure qu'en cas de grief causé par cette inobservation à la partie qui s'en prévaut. Cette condition n'est pas remplie en l'espèce. Il ressort en effet des conclusions prises par les intimés le 29 janvier 2007 qu'ils ont saisi le sens et la portée de l'appel et ont ainsi pu assurer utilement leur défense. Le moyen en question est dès lors à rejeter.

Cour d'appel - 21.11.2007 - 7^e Chambre - Arrêt civil - N° 31949 du rôle

Cour d'appel

28 Novembre 2007

Demande reconventionnelle en paiement d'une indemnité de procédure et en dommages-intérêts pour procédure vexatoire et abusive - Irrecevabilité de l'appel principal - Irrecevabilité de la demande reconventionnelle (non) - Autonomie procédurale de la demande reconventionnelle (oui)

A l'audience du 30 octobre 2007, A. demande la condamnation de la partie appelante au paiement de la somme de 750,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et au paiement de la même somme sur base de l'article 6-1 du Code civil, pour procédure abusive et vexatoire. Elle donne à considérer que B. aurait agi avec une légèreté blâmable alors qu'elle savait au jour de l'exercice de son recours que le délai d'appel était largement expiré.

(...)

Dans les cas classiques où la demande reconventionnelle n'est qu'une simple défense à la demande principale, l'irrecevabilité de celle-ci a pour effet logique de faire tomber également la demande reconventionnelle. Cet effet n'est toutefois pas automatique. Toutes les fois que la demande reconventionnelle poursuit un objet distinct de la demande principale, elle a une existence propre et survit à cette dernière. Dans ces hypothèses, le caractère nouveau de la demande reconventionnelle prend le pas sur son caractère incident, ce qui justifie son autonomie procédurale. Tel est le cas en l'espèce. La demande reconventionnelle à double volet n'est pas faite pour contrecarrer l'action de l'appelante; elle poursuit la réparation d'un prétendu dommage causé par l'exercice irrégulier d'une voie de recours.

Il suit de ce qui précède que la demande reconventionnelle est recevable.

Cour d'appel - 28.11.2007 - 7^e Chambre - Arrêt référé - N° 32503 du rôle

Droit de la preuve

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

23 Novembre 2007

Production de pièces détenues par une partie ou un tiers - Demande d'injonction de produire des pièces sous peine d'astreinte (conditions)

La partie de Maître X. demande une injonction contre A. à fournir la comptabilité des années 1997 et 1998 concernant le café à ... sous peine d'une astreinte de 500,- euros par jour de retard à partir du huitième jour de la signification du jugement à intervenir, afin de

prouver la réalité du bénéfice mensuel.

La demande d'injonction ne doit être accueillie qu'avec prudence et seulement dans le cas où elle est sollicitée d'une façon précise, avec indication spécifiée des pièces, effets et documents dont la production est réclamée.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg -
23.11.2007 - Jugement commercial - 2^e
Chambre - N° 50209 du rôle

Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour administrative

6 Novembre 2007

Permis de travail - Travailleurs étrangers - Priorité d'embauche accordée aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne - Signature d'un contrat de travail avec un ressortissant non membre de l'Union européenne sans attendre les résultats de recherche de l'ADEM - Défaut d'intention réelle de l'employeur d'engager un travailleur ressortissant de l'Union européenne (oui) - Refus du permis de travail (oui)

L'article 10(1) du règlement grand-ducal du 12 mai 1972 déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, dans la teneur lui conférée par le règlement grand-ducal du 29 avril 1999, dispose ce qui suit:

L'octroi et le renouvellement du permis de travail peuvent être refusés au travailleur étranger pour des raisons inhérentes à la situation, à l'évolution ou à l'organisation du marché de l'emploi, compte tenu de la priorité à l'embauche dont bénéficient les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et des Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen, conformément à l'article

1^{er} du règlement CEE 1612/68 concernant la libre circulation des travailleurs.

La non-déclaration formelle et explicite de la vacance de poste à l'Administration de l'emploi, conformément à l'article 9, paragraphe 2 de la loi modifiée du 21 février 1976 concernant l'organisation et le fonctionnement de l'Administration de l'emploi et portant création d'une Commission nationale de l'emploi, constitue un motif valable et suffisant de refus du permis de travail.

Quant à la décision de refus du permis de travail pour le poste offert auprès des époux X. par le ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration du 6 juillet 2006, les premiers juges ont constaté à juste titre que le motif de refus tiré de la non-déclaration de la vacance de poste est contredit par les pièces versées au dossier alors que le poste a été déclaré vacant par l'employeur suivant déclaration signée en date du 29 septembre 2005 et enregistrée en date du 6 octobre 2005 auprès de l'ADEM, laquelle procéda entre le 6 et le 21 octobre 2005 à l'assignation de 7 candidats en vue d'occuper le poste ayant fait l'objet de la déclaration de la vacance de poste par les époux X.

La priorité à l'embauche dont bénéficient les ressortissants des Etats membres de l'Union

européenne et des Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen ne saurait être rendue effective qu'à la condition que le futur employeur soit disposé à engager un candidat assigné par l'ADEM dans le sens qu'il n'avait pas déjà porté définitivement son choix sur un autre candidat.

Il découle des documents soumis à la Cour que l'employeur X. a signé en date du 7 octobre 2005 un contrat à durée indéterminée avec Y.

Contrairement aux considérations des premiers juges, la circonstance que la date du début de l'exécution de ce contrat n'a été fixée qu'au 1^{er} novembre 2005 et que ce contrat était assorti d'une période d'essai n'enlève rien à la constatation que les parties signataires étaient liées par un contrat de travail effectif devant obligatoirement débiter à partir du 1^{er} novembre 2007.

L'article L. 121-5(4) du Code du travail prévoit par ailleurs qu'il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant une période minimale de deux semaines sauf pour motif grave et que s'il n'est pas mis fin au contrat dans les conditions de ce même article, le contrat est automatiquement considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en service, étant par ailleurs entendu que les juridictions du travail sanctionnent la résiliation du contrat à l'essai en violation des dispositions légales moyennant réparation du préjudice subi conformément aux règles du droit commun (C.S.J., 25 janvier 2001, N° 24566 du rôle).

Il résulte de ces considérations que l'employeur X. n'avait pas l'intention d'engager une autre candidate que Y., rendant ainsi vains les efforts engagés par l'ADEM et consistant à procéder entre le 6 et le 21 octobre 2005 à l'assignation de 7 candidats en vue d'occuper le poste déclaré vacant.

Au vu de cette constatation, il n'y a plus lieu d'analyser si le critère linguistique, à savoir l'exigence de maîtriser la langue «wolof» de manière écrite et orale constituait une exigence surfaite ou disproportionnée par rapport au

degré de complexité pour l'occupation en tant qu'aide ménager et garde d'enfants.

Il s'ensuit que la décision ministérielle de refus du permis de travail en vue d'occuper le poste auprès des époux X. a été prise à juste titre et le jugement est à réformer dans ce sens.

Cour administrative - 06.11.2007 - N° 23111 C du rôle

Remarque: L'arrêt de la Cour d'appel du 25 janvier 2001 auquel la Cour administrative fait référence est motivé comme suit:

«Les règles définies au chapitre 4 de la loi du 24 mai 1989 pour la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas applicables pendant la période d'essai, sauf celles auxquelles l'article 34 renvoie expressément.

L'article 34 renvoie aux articles 20 et 21 quant aux formes pour mettre fin au contrat à l'essai, à l'article 27 pour la résiliation pour motif grave et à l'article 35 pour la protection contre le licenciement en cas d'incapacité de travail du salarié.

L'article 23, auquel il n'est pas renvoyé, prévoit l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis uniquement pour le cas où la partie qui résilie le contrat à durée indéterminée n'y était pas autorisée par l'article 27 ou n'a pas respecté les délais de préavis visés aux articles 20 et 21.

L'article 34, par contre, ne prévoit pas de sanction consistant dans l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis pour le cas où soit l'employeur, soit le salarié résilie le contrat à l'essai au mépris des dispositions spécifiques dudit article 34 concernant l'interdiction de résilier le contrat à l'essai pendant la période minimale de deux semaines.

A défaut de disposition spéciale de la loi de 1989 sanctionnant la résiliation du contrat à l'essai en violation de l'article 34(4), la victime d'une telle mesure peut demander réparation du préjudice qu'elle a subi conformément aux règles du droit commun.»

Cour d'appel - 25.01.2001 - 8^e Chambre - Appel travail - N° 24566 du rôle

Licenciement intervenu en période de congé parental – Action en nullité du licenciement – Compétence du Tribunal du travail (non) – Compétence exclusive du Président du Tribunal du travail (oui)

En se déclarant incompétent pour connaître de la question de la nullité du licenciement, le tribunal du travail a tranché une partie du principal et l'appel interjeté par [la salariée] le 15 juin 2006 est recevable sur ce point.

Quant à la question du bien-fondé du licenciement, le jugement entrepris a, avant tout autre progrès en cause, admis [l'employeur] à prouver un certain nombre de faits par témoins. L'appel est irrecevable en ce qui concerne ce volet de l'affaire, étant donné qu'il n'a été ordonné qu'une mesure provisoire sans qu'une partie du principal ait été tranchée.

(...)

(La salariée) fait valoir qu'elle avait été en congé parental durant la période du 20 juin au 24 novembre 2004 et qu'elle a été licenciée suivant courrier du 19 novembre 2004, partant pendant la période du congé parental. En application de l'article 6, alinéa 2 de la loi précitée, la résiliation du contrat de travail serait nulle et sans effet.

Ce serait partant à tort que le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de l'appelante.

(L'employeur), quant à la validité du licenciement, conteste formellement l'argumentation de [la salariée] tenant à dissocier les alinéas 2 et 3 de l'article 6 de la loi du 12 février 1999.

L'alinéa 3 de l'article 6 ne serait que la continuation de l'article 6, alinéa 2, et ne

ferait que décrire la procédure à suivre en cas de résiliation du contrat de travail pendant la période définie à l'alinéa 2 de l'article 6; il ne serait partant que la conséquence de l'alinéa 2 de l'article 6.

(La salariée) serait dès lors soumise au respect de la procédure d'urgence prévue à l'alinéa 3 de l'article 6 aux fins d'agir en nullité du licenciement et aurait dû introduire sa demande devant le président du tribunal du travail dans un délai de 15 jours à partir de son licenciement.

Ce serait à bon droit que le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en nullité du licenciement.

(La salariée) estime que l'article 6, alinéa 2 interdit à l'employeur de notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail à partir du dernier jour de délai pour le préavis de notification de la demande du congé parental et pendant toute la durée du congé parental.

L'alinéa 3 de l'article 6 ne ferait qu'ouvrir au salarié une voie de recours par simple requête au président de la juridiction du travail et constituerait une simple faculté pour le salarié qui «peut demander (...) de constater la nullité du licenciement et d'ordonner le maintien de son contrat de travail».

La Cour retient que les juges de première instance ont fait une correcte application de la loi en se déclarant incompétents pour connaître de la question de la nullité du licenciement de (la salariée), l'article L. 234-48(3) du Code du travail retenant la compétence exclusive du président du tribunal du travail. Il convient dès lors de confirmer le jugement du 12 mai 2006 sur ce point.

Cour d'appel – 22.11.2007 – 3^e Chambre – Appel travail – N° 31429 du rôle

Droit pénal et procédure pénale

Cour d'appel

23 Octobre 2007

Poursuites pénales – Délai raisonnable – Appréciation *in concreto* – Dépassement du délai raisonnable – Sanction – Irrecevabilité des poursuites pénales

En l'absence d'une définition du délai raisonnable, consacré aussi bien à l'article 5(3) qu'à l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'Homme, il convient de déterminer, *in concreto*, au cas par cas, s'il y a ou non violation du délai raisonnable.

Pour rechercher s'il y a eu dépassement du délai raisonnable, il y a lieu d'avoir égard aux circonstances de la cause (appréciation *in concreto*) et aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement de ceux qui se prévalent d'un dépassement du délai raisonnable, et celui des autorités compétentes.

S'il est exact que les parties civiles A. et B. ont déjà introduit à la date du 19 août 1998 une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme pour dénoncer la durée de la procédure d'examen de leur plainte avec constitution de partie civile, et que, dans sa décision sur la recevabilité, rendue le 14 juin 2001, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé, notamment, que le grief tiré de la violation de l'article 6(1) de la Convention européenne des Droits de l'Homme devait, dans son ensemble, faire l'objet d'un examen au fond, la Cour européenne des droits de l'Homme ne s'est cependant pas livrée à un tel examen au fond. Les parties civiles et l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ont en effet procédé à un règlement amiable.

La Cour fait sienne la motivation des premiers juges qui ont estimé que le moyen des prévenus X. et Y. tendant à voir constater le dépassement, à leur égard, du délai raisonnable, ne saurait être accueilli de plein droit au regard de l'issue qu'a connue l'affaire intentée par les parties civiles contre l'Etat du

Grand-Duché de Luxembourg devant la Cour européenne des droits de l'Homme, et qu'il leur appartenait d'examiner ledit moyen au regard des circonstances de la cause et des critères dégagés par la Cour européenne.

Les antécédents de l'affaire dont la Cour est actuellement saisie peuvent être résumés comme suit:

Par courriers datés, le premier du 6 mai 1993, le second du 28 octobre 1993, déposés entre les mains du juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg respectivement le 24 mai 1993 et le 9 novembre 1993, les époux A. et B. ont porté plainte avec constitution de partie civile à l'encontre des responsables de la société Z. ainsi que contre toute personne que l'instruction révélera, du chef d'abus de confiance ou de toute autre infraction que l'instruction permettra d'établir.

Il est reproché aux responsables de la société Z. d'avoir procédé en date des 29 mai et 5 juin 1991 à quatre inscriptions hypothécaires sur trois immeubles appartenant à la sàrl. H. par l'intermédiaire d'une société du Liechtenstein, T., et de s'être ainsi procuré un capital de 400.000 DM par l'intermédiaire ou au profit de la société T. au détriment de la sàrl. H., dont A. et B. exposent être les bénéficiaires économiques.

Le Parquet, sur base de l'article 57 du Code d'instruction criminelle, requiert en date du 1^{er} mars 1994 l'ouverture d'une information contre les responsables de la société Z. que déterminera l'instruction, du chef d'abus de confiance.

A la date du 7 mars 1994, le juge d'instruction charge le Service de police judiciaire, section économique et financière, d'une enquête, le transmettant précisant qu'il y a notamment lieu de procéder à toute audition utile à la manifestation de la vérité.

Le Service de police judiciaire établit à la date du 27 novembre 1995 un premier rapport d'enquête n° ..., détaillant entre autres les relations ayant existé entre les actuels prévenus et les parties demandresses au civil, en particulier par le biais des sociétés H.

et C., cette dernière société, domiciliée auprès de Z., détenant 799 sur 800 parts sociales de la société H. Ledit Service de police judiciaire avait déjà, sur demande d'information du juge d'instruction en date du 12 octobre 1995, fourni un résumé de l'enquête diligentée jusqu'à cette date.

Le rapport précité conclut par l'énumération de diverses missions dont l'exécution serait, aux yeux des enquêteurs, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, parmi lesquelles une commission rogatoire internationale au Liechtenstein et diverses perquisitions et saisies auprès d'établissements de crédit au Luxembourg.

A la date du 27 février 1998, le juge d'instruction établit une commission rogatoire internationale à l'adresse du tribunal de Vaduz, Principauté de Liechtenstein. A la même date, le juge d'instruction décerne des ordonnances de perquisition et de saisie auprès de la [banque 1] et de la [banque 2]. Le juge d'instruction a également chargé à la date du 27 février 1998 le Service de police judiciaire de la continuation de l'enquête, en lui demandant plus particulièrement d'exécuter les ordonnances de perquisition et de saisie susmentionnées ainsi que d'entendre certaines personnes et de contacter Interpol pour de plus amples renseignements au sujet d'autres personnes.

Les pièces documentant l'exécution de la commission rogatoire internationale sont retournées, par la voie diplomatique, fin mai 2000. La perquisition et la saisie auprès de la [banque 1] ont été exécutées le 24 juillet 1998. L'exploitation des pièces saisies fait l'objet d'un rapport n° ... du 13 août 1998 du Service de police judiciaire. L'ordonnance de perquisition et de saisie auprès de la [banque 2] n'a pas été exécutée, le service juridique de la banque ayant informé le Service de police judiciaire que la [banque 2] n'entretenait aucune relation avec la société H.

Le Service de police judiciaire a procédé à certains des autres devoirs d'instruction dont il avait été chargé par le juge d'instruction le 27 février 1993 suivant procès-verbaux en date des 24 juillet et 14 août 1998. Sur nouveau transmis du juge d'instruction en date du 28 août 1998, le Service de police judiciaire procède encore, en date du 10 octobre 1998,

à l'audition de l'avocat d'alors de Z. Le juge d'instruction a lui-même procédé à l'audition dudit avocat à la date du 28 octobre 1998.

A la date des 17 et 18 janvier 2001, le juge d'instruction procède à l'inculpation de X. et de Y. Les parties civiles sont entendues, en cette qualité, par le juge d'instruction à la date du 26 janvier 2001. Le 1^{er} février 2001, le juge d'instruction communique le dossier au Parquet conformément à l'article 127 du Code d'instruction criminelle pour par lui être requis ce qui appartiendra, l'instruction étant clôturée. Le Parquet requiert à la date du 14 mai 2001 le juge d'instruction de procéder à un nouvel interrogatoire de X., devant porter sur certains points déterminés énumérés dans le transmis au juge d'instruction. A la date du 25 septembre 2001, le juge d'instruction procède à l'interrogatoire demandé, pour clôturer ensuite son instruction à la date du 26 septembre 2001.

A la date du 13 novembre 2002, le Parquet demande, dans le cadre du règlement de la procédure, le renvoi de X. et de Y. devant la juridiction de jugement, en l'espèce une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. La chambre du conseil du tribunal d'arrondissement décide le 17 décembre 2002 conformément au réquisitoire du Parquet, et sa décision est confirmée par arrêt de la Chambre du conseil de la Cour d'appel rendu le 12 février 2003. Le recours en cassation dirigé contre ledit arrêt est déclaré irrecevable, au regard de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, par arrêt de la Cour de cassation en date du 23 octobre 2003.

Les citations à prévenu sont lancées le 12 janvier 2004 pour l'audience du 18 février 2004 de la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, date à laquelle l'affaire a été refixée au 28 avril 2004.

C'est à bon droit, au regard des retards relevés par la décision entreprise, lesquels retards ne s'expliquant ni par la complexité en fait ou en droit de l'affaire, ni par le comportement des prévenus (auxquels il ne saurait être fait grief d'avoir exercé des voies de droit à l'encontre de la décision de la juridiction d'instruction de première instance les renvoyant devant la juridiction de jugement), que les premiers

juges ont estimé que la durée de la procédure suivie à l'encontre des prévenus était en l'occurrence excessive et dépassait le délai raisonnable dans lequel ils avaient droit à voir leur cause entendue.

Le juge ne peut s'abstenir de sanctionner le dépassement du délai raisonnable qu'il constate (Cour de cassation de Belgique, 28.1.2004, à consulter sur le site internet de la Cour de cassation de Belgique).

Au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il appartient aux juridictions nationales d'appliquer, en cas de constatation du dépassement du délai raisonnable, une sanction conformément à leur système juridique. Il faut qu'il s'agisse clairement d'une sanction apportée au dépassement du délai raisonnable.

La Cour européenne des droits de l'Homme a admis, comme sanctions possibles du dépassement du délai raisonnable, l'acquiescement, la réduction de la peine, l'irrecevabilité des poursuites et l'abandon des poursuites par le Parquet.

La jurisprudence luxembourgeoise suit en règle générale la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, selon laquelle «lorsque le juge du fond constate régulièrement que le délai raisonnable a été dépassé, il ne peut déclarer l'action publique irrecevable ou éteinte par ce motif; le cas échéant il peut réduire la peine au minimum légal, voire se borner à déclarer le prévenu coupable» (arrêt du 9.12.1997, J.T. 1998, page 792; voir encore arrêt du 10.12.2002: le dépassement du délai raisonnable n'entraîne pas l'extinction de l'action publique).

Il convient d'ajouter que le législateur belge a introduit au titre préliminaire du Code d'instruction criminelle belge un article 21ter qui dispose que «si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi».

Les solutions jurisprudentielle et législative précitées analysent principalement la violation de l'article 6(1) de la Convention européenne

des droits de l'Homme sous l'angle de la peine à prononcer.

Il est encore possible d'analyser une telle violation sous l'angle de la preuve. Cette possibilité est affirmée par la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation de Belgique, qui cantonne l'analyse sous l'angle de la peine au cas du dépassement du délai raisonnable qui n'a pas eu d'influence sur l'administration de la preuve ou sur l'exercice des droits de la défense (arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 17 octobre 2001, Pas. b., 2001, I, N° 550; arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 22 mars 2000, Rev. Dr. pén. et crim., 2001, page 260; arrêts des 28.1.2004, 4.2.2004 et 21.6.2005, voir le site internet de la Cour de cassation de Belgique). Si une telle influence est par contre donnée, notamment sur le plan de l'administration de la preuve, la violation de l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'Homme pourrait alors être sanctionnée du point de vue du fond.

La violation de l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'Homme peut cependant également être envisagée sous l'angle de la procédure, pouvant alors se traduire par une décision d'irrecevabilité ou d'extinction des poursuites.

Les premiers juges ont fait état d'une certaine doctrine belge (F. Kutry) qui considère que la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation de Belgique (arrêt du 21.6.2005 précité: «si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, pour autant que ce dépassement n'entache pas la fiabilité de la preuve ou n'entrave de manière irrémédiable l'exercice des droits de la défense, le juge peut prononcer la condamnation...») ne s'oppose pas à ce que le dépassement du délai raisonnable, lorsqu'il a pour effet de rendre l'exercice des droits de la défense impossible, soit sanctionné par l'irrecevabilité des poursuites.

Il est certes vrai que la mission des juridictions répressives consiste en premier lieu à se prononcer sur les faits dont ils sont régulièrement saisis par une décision statuant au fond, sur la culpabilité et sur la peine.

Interrogé le 17 janvier 2001 par le juge d'instruction, l'actuel prévenu X. a déclaré «je

pense que ces quatre Grundschuldbriefe ont été établis dans le seul but de justifier d'un passif dans le chef de H. Comme je vous ai expliqué ci-avant, la société H. avait acheté trois immeubles sans qu'il n'y ait eu paiement qui puisse être retracé par la comptabilité. C'est ce que j'ai relevé dans l'annexe au bilan de l'exercice 1989. A mon avis ces quatre Grundschuldbriefe servent de contrepartie, pour justifier d'un passif au bilan de la société H. Ces Grundschuldbriefe ont sans doute été établis au bénéfice d'une société tierce afin d'éviter que le statut holding de la [société] C. ne puisse être mis en cause par un prêt de société mère à société fille. En effet, si un prêt est garanti par un immeuble, l'Administration de l'enregistrement a tendance à considérer que les intérêts de ce prêt constituent des loyers lesquels font perdre à la société le bénéfice du statut holding. (...) Je n'ai jamais été bénéficiaire ou détenteur de parts de la T. (...).

Les premiers juges auraient, le cas échéant, pu retenir qu'en matière pénale, le prévenu est couvert d'une présomption d'innocence aussi longtemps que la preuve contraire n'est pas rapportée par le ministère public ou, le cas échéant, par la partie civile. C'est à ceux-ci qu'incombe d'établir les conditions d'existence de l'infraction. Les premiers juges auraient ainsi, suivant leur appréciation, pu décider que les preuves fournies par l'accusation et la partie civile ne peuvent pas, à défaut d'autres preuves de nature à démentir ou du moins à rendre non crédibles les explications fournies notamment par le prévenu X., entraîner leur conviction quant à la culpabilité des actuels prévenus.

Une telle solution n'aurait toutefois été qu'une application des principes généraux du droit pénal, en particulier des règles sur la charge de la preuve, et n'aurait pas constitué une sanction du dépassement du délai raisonnable.

L'irrecevabilité des poursuites ne saurait être retenue comme sanction d'un dépassement du délai raisonnable que s'il est constant que l'exercice de l'action publique devant les juridictions de jugement s'avère totalement inconciliable avec un exercice valable des droits de la défense. En matière pénale, les dispositions de droit international relatives au délai raisonnable partent aussi de la

présomption qu'après un certain temps, une personne n'est plus en mesure d'exercer valablement ses droits de la défense. Si cette présomption devient quasi irréfragable, les poursuites pénales ne sauraient être continuées.

Les premiers juges ont exposé de manière exhaustive qu'en l'espèce le dépassement du délai raisonnable avait, en relation avec les lacunes de l'instruction, une influence décisive sur l'exercice effectif par les prévenus de leurs droits de la défense.

A la suite des premiers juges, la Cour relève plus particulièrement que, dès 1995, les enquêteurs du Service de police judiciaire avaient suggéré de compléter l'enquête par des commissions rogatoires internationales à adresser aux autorités allemandes à l'effet de faire entendre les dénommées E. et F., de même que le notaire [...] ainsi qu'une employée du nom de [...]. Le juge d'instruction n'a pas suivi les suggestions des enquêteurs, le cas échéant aussi au regard d'un courrier, daté du 5 avril 1995, que les parties demanderesse au civil lui avaient adressé à la suite de leur audition par les agents du Service de police judiciaire, courrier dans lequel ils avaient indiqué, afin d'éviter tout malentendu, avoir bien été en relation avec ces deux personnes (E. et F.) mais que les agissements de ces deux personnes ne se seraient pas révélés préjudiciables à leur rencontre. Si le juge d'instruction, dans son transmis du 27 février 1998, avait encore demandé au Service de police judiciaire de contrôler les adresses de E. et F. aux fins de la délivrance éventuelle d'une commission rogatoire internationale, les recherches à ce sujet n'ont apparemment, au vu du dossier, pas abouti. En tout cas, aucune commission rogatoire internationale n'a en définitive été établie.

De même, l'exécution de la commission rogatoire internationale, adressée en 1998 au tribunal de Vaduz, n'a plus permis d'entendre les responsables de la société T., bénéficiaire originaire des inscriptions hypothécaires effectuées. W., entendu comme témoin dans le cadre de cette commission rogatoire internationale, a fait état de ce qu'un dénommé (...) se serait occupé de la société T., mais que cette personne se serait retirée pour des raisons tenant à son âge et à sa

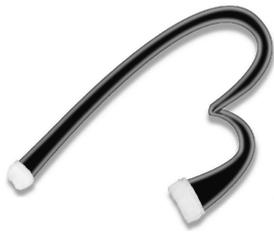
santé, le témoin ajoutant même, le 2 mai 2000, que l'état de santé de (...) serait très mauvais.

Au regard de ces considérations, ensemble les considérations développées par les premiers juges, il y a lieu de retenir que des investigations, qui auraient pu dès 1995 être menées, ne l'ont pas été, et que les tentatives de compléter actuellement les lacunes de l'instruction se révèlent non seulement aléatoires, mais vouées à l'échec, en raison de l'écoulement du temps. Les retards enregistrés dans la procédure, sans que pour autant le dossier puisse être considéré comme complet, ont une incidence sur les droits de la

défense dont l'exercice effectif se trouve irrémédiablement compromis.

Les premiers juges sont dès lors à confirmer dans leur décision de sanctionner, sous l'angle de la procédure, la violation constatée de l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il convient toutefois de préciser que la sanction consiste dans l'irrecevabilité des poursuites pénales, et non pas dans l'irrecevabilité de l'action publique.

Cour d'appel – 23.10.2007 – 5^e Chambre – Arrêt correctionnel n° 486/07 V



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.