



Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

3/2012
04 mai 2012

SOMMAIRE

- Cour de cassation, Cassation civile, 30 juin 2011** 36
TVA – Société ayant comme activité l'acquisition et la cession de participations financières – Activité économique (non) – Activité préparatoire (non) – Déductibilité de la TVA en amont sur achat de voitures de luxe (non)
- Cour de cassation, Cassation civile, 30 juin 2011** 37
Régime des langues – Loi du 24 février 1984 – Applicabilité aux juridictions (non) Partie non assistée d'un avocat et ne parlant que l'allemand – Jugement rédigé en langue française – Atteinte au droit au procès équitable (non)
- Cour de cassation, Cassation civile, 7 juillet 2011** 38
Pourvoi en cassation – Recevabilité – Signification du mémoire en cassation au domicile élu de la partie défenderesse en instance d'appel – Cassation constituant une nouvelle instance – Nécessité d'une signification au domicile réel ou d'un acte d'élection de domicile pour l'instance de cassation (oui)
- Cour d'appel, 9^e Chambre, 5 mai 2011** 39
Clause attributive de juridiction – Défaut de comparaître du défendeur – Compétence territoriale – Obligation pour le juge de soulever d'office sa compétence territoriale (non) – Vérification par le juge uniquement en cas d'assignation devant les tribunaux d'un autre Etat que celui du domicile du défendeur défaillant (oui)
- Cour d'appel, 9^e Chambre, 25 mai 2011** 41
Témoignage d'un préposé d'une partie en cause – Violation du principe de l'égalité des armes (non)
- Cour d'appel, 7^e Chambre, 29 juin 2011** 43
Indivision – Nomination d'un administrateur provisoire – Double condition – Urgence et intérêt commun – Conclusion d'un bail commercial – Acte d'administration (oui)
- Cour d'appel, 9^e Chambre, 12 janvier 2012** 44
Acte d'appel – Constitution d'avocat – Erreur matérielle – Sanction (non)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 12^e Chambre, 8 juin 2011** 45
Banqueroute simple – Autonomie du droit pénal par rapport au droit commercial – Possibilité du juge pénal de vérifier si les conditions de la faillite sont données (oui) – Pluralité de faits de banqueroute – Concours réel (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13^e Chambre, 15 juin 2011** 50
(1) Violation du secret professionnel – Champ d'application quant aux personnes – (2) Loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel – Champ d'application quant aux personnes – Notion de traitement – (3) Traitement contraire aux dispositions de la Loi de 2002 quant à sa finalité réalisé par un officier de police judiciaire – (4) Traitement en violation du principe de légitimité – Eléments constitutifs – (5) Accès frauduleux à un fichier informatique (article 509-1 du Code pénal) – Nécessité d'utiliser un moyen frauduleux (non) – Accès à l'aide de son propre login et son propre mot de passe – (6) Remplacement sur un ordinateur d'un système de traitement existant (suppression de Windows XP par Windows Vista) – Violation de l'article 509-3 du Code pénal (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2^e Chambre, 1 juillet 2011** 57
Contrat de vente – Vente d'une voiture d'occasion – Voiture accidentée – Garantie de conformité (conditions d'application) – Action en résolution du contrat de vente – Garantie des vices de la chose – Vice du consentement – Réticence dolosive



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



Droit fiscal

**Cour de cassation
30 juin 2011**

**TVA – Société ayant comme activité l'acquisition et la cession de participations financières –
Activité économique (non) – Activité préparatoire (non) – Déductibilité de la TVA en amont sur
achat de voitures de luxe (non)**

Attendu que la Cour d'appel, après avoir rappelé qu'un assujetti, dans la mesure où il utilise les biens et les services pour les besoins de son entreprise, est autorisé à déduire sur sa déclaration périodique et/ou annuelle, la taxe facturée par un autre assujetti au Luxembourg, la taxe déclarée sur ses acquisitions intracommunautaires de biens et la taxe déclarée ou payée sur ses importations de biens, a retenu, à l'instar des premiers juges, en l'absence de pièces, que la société demanderesse en cassation n'avait aucune activité économique au sens de la loi ;

qu'elle a encore retenu, confirmant également sur ce point les premiers juges, que la société demanderesse n'a pas posé des actes préparatoires à une activité économique future et écarté l'hypothèse que son activité de prises de participations dépasserait le cadre des simples acquisitions et cessions de participations financières dans d'autres entreprises ; qu'elle a finalement rejeté la prétention de la société demanderesse en cassation de voir considérer l'achat et la vente des deux voitures Bentley et Porsche comme une activité économique au sens de l'article 5 de la loi sur la TVA ;

(Cour de cassation – Cassation civile – 30 juin 2011 – Rôle: N° 2856 du registre – N°: 49/11)

Référence du BIJ: 2012/3-CASS 9960



Procédure civile et commerciale

Cour de cassation
30 juin 2011

Régime des langues – Loi du 24 février 1984 – Applicabilité aux juridictions (non)Partie non assistée d'un avocat et ne parlant que l'allemand – Jugement rédigé en langue française – Atteinte au droit au procès équitable (non)

Mais attendu, d'une part, que l'obligation imposée aux administrations par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues ne s'applique pas aux juridictions ; que les juridictions sont libres de faire usage de la langue française qui est employée traditionnellement pour la rédaction des décisions judiciaires ;

Que, d'autre part, l'accès à l'instance en cassation visé par X. n'a pas été entravé par le fait que le jugement du tribunal d'arrondissement, statuant en appel, a été rédigé en français, le ministère d'avocat étant exigé par l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation pour l'introduction d'un pourvoi en cassation en matière civile ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

(Cour de cassation – Cassation civile – 30 juin 2011 – Rôle: N° 2876 du registre – N°: 46/11)

Référence du BIJ: 2012/3-CASS 9965



Procédure civile et commerciale

Cour de cassation
07 juillet 2011

Pourvoi en cassation – Recevabilité – Signification du mémoire en cassation au domicile élu de la partie défenderesse en instance d'appel – Cassation constituant une nouvelle instance – Nécessité d'une signification au domicile réel ou d'un acte d'élection de domicile pour l'instance de cassation (oui)

Attendu que la signification du mémoire en cassation a eu lieu au domicile élu de la défenderesse pour l'instance d'appel;

Attendu que l'instance en cassation constitue une instance nouvelle et que dès lors la signification du mémoire doit être faite à la personne ou au domicile réel de la partie défenderesse à moins qu'un acte d'élection de domicile n'autorise clairement la signification au domicile élu;

Attendu que les dispositions concernant la recevabilité du pourvoi en cassation sont d'ordre public et s'apprécient au jour de l'introduction du recours; que celui-ci est consommé par le dépôt au greffe de la Cour des documents requis;

Attendu qu'il ne résulte pas des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard qu'un acte d'élection de domicile autorisant la signification au domicile élu pour l'instance en cassation ait été déposé le jour de l'introduction du pourvoi;

D'où l'irrecevabilité du pourvoi.

(Cour de cassation – Cassation civile – 7 juillet 2011 – Rôle: N° 2883 du registre – N°: 51/11)

Référence du BIJ: 2012/3-CASS 9983



Droit international privé

Cour d'appel
05 mai 2011

Clause attributive de juridiction – Défaut de comparaître du défendeur – Convention de Lugano – Compétence territoriale exclusive (non) – Obligation pour le juge de soulever d'office sa compétence territoriale (non) – Vérification par le juge uniquement en cas d'assignation devant les tribunaux d'un autre Etat que celui du domicile du défendeur défaillant (oui)

Sub article 8 - for judiciaire - les parties ont prévu qu' «en cas de litige, le Tribunal de Commerce de Paris sera exclusivement compétent même en cas de référé de demande incidente ou de pluralité de défenseurs et quels que soient le mode et les modalités de paiement. »

Eu égard à cette clause attributive de compétence en faveur du tribunal de commerce de Paris, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de A.

L'appelant fait valoir que les règles de compétence territoriale ne sont pas des règles d'ordre public, de sorte que le tribunal ne pouvait pas soulever d'office une question de compétence territoriale, seul le défendeur pouvant la soulever in limine litis.

Il reproche au tribunal d'avoir décidé qu'en raison du défaut de comparution de la partie défenderesse, il devait d'office examiner sa compétence; cette obligation ne ressortirait d'aucun texte.

Il fait encore valoir que la clause attributive de compétence ne correspond pas au contexte du contrat de prêt conclu entre parties et ne s'explique que par l'utilisation intempestive d'un modèle non corrigé par la société X.

La Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée le 30 octobre 2007, à Lugano, et entrée en vigueur, entre autres, à l'égard de l'Union Européenne et de la Suisse en date du 1er janvier 2010, est applicable en l'espèce.

Elle dispose en son article 25 que : « Le juge d'un Etat lié par la présente convention, saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre Etat lié par la présente convention est exclusivement compétente en vertu de l'article 22, se déclare d'office incompétent. »

En l'espèce, le litige ne rentre pas dans les cas énumérés à l'article 22 pour lesquels une compétence exclusive, sans considération de domicile, est prévue.

L'article 26 de la Convention dispose sub 1. que : « Lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat lié par la présente convention est attiré devant une juridiction d'un autre Etat lié par la présente convention et ne comparait pas, le juge se déclare d'office incompétent si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la présente convention. »

En l'espèce, la société X. a été attirée devant les juridictions de l'Etat où se trouve son siège social et non pas devant les juridictions d'un autre Etat. Or, en cas de défaut du défendeur, l'article 26 de la Convention n'impose la vérification de la compétence internationale qu'en cas de litige porté devant une juridiction autre que celle du domicile du défendeur.

Les conditions d'application des deux dispositions citées ci-dessus ne sont donc pas remplies.



La clause attributive de compétence, à laquelle les parties peuvent d'ailleurs renoncer, n'a, en raison du défaut de la partie défenderesse, pas été invoquée par celle-ci.

Compte tenu de ce qui précède et eu égard au principe posé par la Convention en son article 2.1. selon lequel les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat lié par la Convention sont assignées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat, il y a lieu de dire, par réformation du jugement entrepris, que les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître de la demande.

(Cour d'appel – 9e Chambre – 5 mai 2011 – Rôle: 37021)

Référence du BIJ: 2012/3-CL 09 10020



Droit de la preuve

Cour d'appel
25 mai 2011

Témoignage d'un préposé d'une partie en cause – Violation du principe de l'égalité des armes (non)

L'appelante fait encore valoir que le témoignage d'E. ne saurait être impartial et objectif compte tenu de son lien de subordination avec son employeur, que ce témoin aurait un intérêt manifeste à la solution du litige, et qu'eu égard au lien de subordination, de collaboration et de communauté d'intérêts d'E. avec la société Y. et vu les contradictions entre les témoignages de V. et d'A., d'une part, et le témoignage d'E., d'autre part, E. ne pourrait pas présenter des garanties suffisantes pour emporter la conviction.

Elle fait plaider qu'en admettant que le trou n'était pas signalisé, l'ouvrier admettrait également avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions ayant permis la réalisation de l'accident, ce qui est finalement le cas en l'espèce. Cet élément suffit à lui seul pour démontrer qu'il avait un intérêt personnel dans le cadre du présent litige, de sorte que son témoignage n'est pas objectif et qu'il doit être purement et simplement écarté.

En accordant sans aucune justification de la valeur au seul témoignage du préposé de la société Y. et en écartant purement et simplement les autres éléments de preuve rapportés par l'appelante, le tribunal aurait violé le principe de l'égalité des armes.

[...]

Ayant dû apprécier le résultat de l'enquête, le tribunal a considéré les dépositions recueillies lors de l'enquête et lors de la contre-enquête, il a constaté que les dépositions recueillies étaient contradictoires, et dit ensuite que par conséquent la preuve dont la charge incombait à la demanderesse S., n'était pas rapportée. Il n'a pas donné plus de poids au témoignage d'E., mais il a fait application des règles de preuve.

Le reproche d'une violation du principe de l'égalité des armes, formulé dans ce contexte par l'appelante à l'égard de la juridiction de première instance au motif que le tribunal n'aurait accordé de la valeur qu'au seul témoignage du préposé de la société Y. et écarté purement et simplement les autres éléments de preuve rapportés, n'est donc pas fondé.

Le moyen d'une violation du principe de l'égalité des armes n'est pas non plus fondé en ce que l'appelante, en se référant à l'arrêt DOMBO BEHEER / PAYS-BAS rendu le 27 octobre 1993 par la Cour européenne des droits de l'homme et à un arrêt de la Cour d'appel du 8 juillet 1998 (P.31, 53), entend voir écarter le témoignage du préposé, tiers au procès, face à l'incapacité de témoigner dans le chef d'une partie au procès. En effet, l'hypothèse à la base des deux décisions citées diffère de celle qui est à la base du présent litige : dans les deux décisions visées, une partie entendait faire valoir comme élément de preuve le témoignage d'un préposé, alors que l'autre partie, n'ayant elle-même pas pu témoigner en raison de sa qualité de partie au procès, n'avait pas de témoin à faire entendre. Cette dernière, contrairement à la partie adverse, ne disposait donc pas de la possibilité de prouver le bien-fondé de sa version des faits. Dans l'arrêt du 27 octobre 1993, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu que : « Pendant les négociations pertinentes, MM. Van Reijendam et van W. avaient agi sur un pied d'égalité, chacun d'eux étant habilité à traiter au nom de son mandant. Dès lors, on voit mal pourquoi ils ne purent déposer tous deux. La société requérante ayant ainsi été placée dans une situation de net désavantage par rapport à la banque, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). » En l'espèce, une inégalité dans le sens retenu par



l'arrêt DOMBO BEHEER / PAYS-BAS n'est pas en cause puisque, tout comme les parties défenderesses, la demanderesse a produit des témoignages relatifs à sa version des faits.

Dans le présent litige c'est la valeur des témoignages respectivement apportés par les parties qui est à apprécier.

(Cour d'appel – 9e Chambre – 25 mai 2011 – Rôle: 35031)

Référence du BIJ: 2012/3-CL 09 10024



Mesures urgentes et provisoires

Cour d'appel

29 juin 2011

Indivision – Nomination d'un administrateur provisoire – Double condition – Urgence et intérêt commun – Conclusion d'un bail commercial – Acte d'administration (oui)

Le législateur de 1993 a prévu toute une série de mesures urgentes, imposées par l'intérêt commun, que le président du tribunal peut prendre en vue de résoudre certains problèmes nés d'une indivision, en attendant une solution définitive concernant l'indivision. Les mesures prévues à l'article 815-6 du code civil sont soumises à deux conditions, à savoir l'urgence et l'intérêt commun.

Le caractère d'urgence de la mesure sollicitée par une partie est apprécié souverainement par le juge. Cette condition est remplie en l'espèce. L'appelante a admis elle-même que l'administration des biens donnés a bien fonctionné jusqu'en 2007 ; depuis cette date, les revenus de l'immeuble sis à Merl, [...], ne sont plus partagés. Il en est de même des sommes d'argent se trouvant sur les deux comptes auprès de la Banque X. Il importe donc de régler ces problèmes dans les meilleurs délais.

Pour ce qui est de l'intérêt commun, il consiste, d'après un arrêt rendu le 13 novembre 1984 par la Cour de cassation française, dans la meilleure rentabilité d'un immeuble indivis, à laquelle sont intéressés tous les indivisaires. Est conforme à l'intérêt commun toute mesure qui permet d'éviter une diminution de la valeur d'un bien indivis. Il suffit même qu'existe un espoir d'éviter une perte ou d'obtenir un gain.

En l'espèce, l'intérêt commun consiste à louer aux meilleures conditions l'immeuble susmentionné et à assurer l'encaissement régulier du loyer. Cette condition est également remplie en l'espèce, l'appelante affirmant elle-même que le loyer dû par le Groupe G. ne serait pas assez élevé et ne serait pas payé régulièrement. C'est dès lors à raison qu'un administrateur provisoire fut nommé.

L'appelante critique en outre la mission confiée à l'administrateur ; elle expose dans ce contexte que celui-ci ne saurait en aucun cas conclure un bail commercial, pareil acte étant un acte de disposition et non d'administration.

L'acte d'administration tend à faire fructifier un bien ou à l'améliorer sans en compromettre sa valeur en capital. Doctrine et jurisprudence classent parmi les actes d'administration la conclusion d'un bail, même commercial.

(Cour d'appel – 7e Chambre – 29 juin 2011 – Rôle: 37051)

Référence du BIJ: 2012/3-CL 07 9959



Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
12 janvier 2012

Acte d'appel – Constitution d'avocat – Erreur matérielle – Sanction (non)

L'article 585 du nouveau code de procédure civile dispose que:

« Outre les mentions prescrites à l'article 153 et à l'article 154 l'appel contient à peine de nullité:

1) la constitution de l'avocat de l'appelant,
(...) ».

L'acte d'appel du 22 mars 2011 fait suivre l'énumération des parties appelantes de la formule: « agissant en leur qualité d'héritiers de feu Monsieur A, pour lequel est constitué et occupera Maître P., avocat à la Cour, demeurant à [...], en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître C., avocat au Barreau de Paris ».

Au regard de la formulation « pour lequel », employée au singulier, les intimés soutiennent que Maître P. occupe pour feu Monsieur A, de sorte que les six parties appelantes seraient à considérer comme n'ayant pas constitué avocat.

(...)

Il ne fait aucun doute que la formulation critiquée n'est que le fruit d'une faute grammaticale qui s'est glissée dans le texte par inadvertance, Maître P. n'ayant pu se constituer avocat pour une personne décédée, tout en concluant pour le compte des héritiers B, C, D, E, F et G.

Dans la mesure où cette erreur matérielle n'a pu donner lieu à confusion ou méprise, l'acte d'appel a été interjeté à la requête des consorts B, C, D, E, F et G, agissant en leur qualité d'héritiers de feu Monsieur A, pour lesquels est constitué et occupera Maître P., avocat à la Cour (...).

Il devient dès lors superfétatoire d'analyser les conclusions des parties quant aux conséquences juridiques d'une éventuelle absence de constitution d'avocat dans le chef de Maître P. pour les héritiers B, C, D, E, F et G.

Le moyen de nullité, sinon d'irrecevabilité de l'acte d'appel du 22 mars 2011 n'est par conséquent pas fondé.

(Cour d'appel – 9e Chambre – 12 janvier 2012 – Rôle: 37555)

Référence du BIJ: 2012/3-CL 09 10401



Droit pénal et procédure pénale

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

08 juin 2011

Banqueroute simple – Eléments constitutifs – Autonomie du droit pénal par rapport au droit commercial – Possibilité du juge pénal de vérifier si les conditions de la faillite sont données (oui) – Pluralité de faits de banqueroute – Concours réel (oui)

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple présupposent la réunion de plusieurs conditions communes. Ainsi la juridiction répressive doit constater l'état de faillite et vérifier la qualité de commerçant du prévenu. Ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels, par les juridictions répressives (Garraud, Traité du Droit pénal français, 3^{ième} éd. T. VI, n° 2667).

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) de sorte qu'il convient tout d'abord de constater si la SOC1. S.à.r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

Le juge répressif, pour la déclaration de la banqueroute, et le juge commercial, pour la déclaration de faillite, doivent apprécier les mêmes faits, selon les mêmes critères, à savoir: la qualité de commerçant, l'état de cessation des paiements et l'ébranlement du crédit. Ils le font indépendamment l'un de l'autre et sans être liés par la décision de l'autre.

a. La qualité de commerçant

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

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

Il résulte du dossier répressif que X. a exploité, en sa qualité de gérant unique, la société à responsabilité limitée SOC1. S.à.r.l. dès le 30 novembre 1998, date de la constitution de la société, et qu'elle était valablement engagée par sa seule signature. Dès lors, toutes les obligations par lui contractées dans le but de l'exploitation de l'activité de l'entreprise, participent du caractère commercial et constituent des actes de commerce.

X. doit partant être considéré comme auteur des faits qui lui valent les poursuites de banqueroute.

b. L'état de faillite et date de cessation des paiements

En application du principe de l'autonomie du droit pénal en la matière à l'égard du droit commercial, la juridiction répressive doit vérifier si les conditions de la faillite sont données sans être tenue par les constatations du Tribunal de commerce.

Le juge répressif trouve en effet son pouvoir de constater la faillite dans les poursuites dont il est saisi et sans qu'il soit tenu par un jugement du tribunal de commerce, ce qui enlèverait toute liberté pour rechercher et apprécier l'état légal de la faillite, c'est-à-dire l'élément constitutif de la banqueroute sur l'existence de laquelle il est appelé à statuer. Aussi ne peut-il pas, sur les déclarations du prévenu relatives aux conditions d'incrimination, se borner à invoquer le caractère définitif d'une décision déclarative même si le prévenu était réellement en faillite (Bruxelles 18



janvier 1956, J.T. 1956, p. 513 et suiv. et Cass belge, 18 avril 1956, id.).

La date du jugement du Tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. 1975, I, p.796).

En date du 7 mai 2007, la société à responsabilité limitée SOC1. S.à.r.l. a été déclarée en état de faillite sur assignation du Centre Commun de la Sécurité Sociale, qui réclamait des arriérés de cotisations pour un montant de 68.929,53 euros.

La cessation des paiements avait été fixée provisoirement par le Tribunal de commerce au 7 novembre 2006.

Il résulte du rapport d'activité de la curatrice, Maître N., déposé le 7 juillet 2008 au Parquet de Luxembourg, qu'un actif de 1.571,78 euros a pu être récupéré par elle, tandis que le passif de la société s'élevait à 211.221,51 euros au titre des créances privilégiées, et 85.891,07 euros au titre des créances chirographaires. Quant aux créanciers de la société, la curatrice a indiqué qu'il s'agissait du Centre Commun de la Sécurité Sociale, de l'Administration de l'Enregistrement et de l'Administration des Contributions Directes.

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutif de faillite, il n'est pas requis que la défaillance du débiteur soit générale, il suffit qu'il ne parvienne pas à se maintenir à flot (Cour d'appel Bruxelles, 23 janvier 1981, pas. 1981, II, p.36). L'ébranlement du crédit constitutif de la faillite doit être considéré comme constant, lorsque le débiteur a recouru à des moyens frauduleux pour en retarder la révélation (Bruxelles, 23 janvier 1981, Pas. 1981, I, p.36).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public et des déclarations de la curatrice de la faillite Maître N. à l'audience du Tribunal correctionnel, la société à responsabilité limitée SOC1. S.à.r.l. est indubitablement en état de faillite.

En l'occurrence, son crédit était ébranlé puisque la société n'avait plus d'actif et que les créanciers susmentionnés n'ont plus accordé des délais de paiements.

Enfin, l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet, la date retenue par le jugement du Tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce Tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p.796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87 doc. Credoc), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer » (G. SCHUIND, op. cit., p.438 -N).

Il ressort des déclarations de la curatrice et des documents annexés au dossier répressif, que le Centre Commun de la Sécurité Sociale a adressé à l'encontre de la société à responsabilité limitée SOC1. S.à.r.l., une première contrainte de payer le montant de 45.600,40 euros, rendue exécutoire en date 11 août 2006, de sorte qu'on peut légitimement admettre que la société a cessé toute activité à cette date.

Au vu de ces éléments, il échet de fixer la date de cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit au 11 août 2006.

3. Quant aux faits de banqueroute simple libellés par le Parquet

I) Défaut de tenir les livres de commerce

En premier lieu, le Ministère Public reproche à X. de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés



par l'article 11 du Code de commerce, subsidiairement de les avoir tenus de manière incomplète ou irrégulière.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 alinéa 6 du Code de commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI).

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultative prévu par l'article 574 alinéa 6 du Code de commerce.

La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.P. op. cit. n° 2591 et 2592).

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect de dispositions des articles 11 et suivants du Code de commerce.

Lors de son audition en date du 26 janvier 2009 devant les agents de la police française, Commissariat Central de Thionville, X. a prétendu que la tenue de la comptabilité de la société à responsabilité limitée SOC1. S.à r.l. aurait été confiée à une fiduciaire ayant ses locaux à (...), mais qu'elle avait cessé son travail en raison du fait qu'elle n'était plus rémunérée. Il n'a toutefois pas été en mesure de donner le nom de la fiduciaire en question. Il n'a pas non plus été en mesure de fournir à la curatrice le moindre document permettant de déterminer si une comptabilité, fût-elle incomplète ou irrégulière, avait été tenue depuis la constitution de la société en 1998.

Il appert d'ailleurs du rapport d'activité de la curatrice Maître N. et de ses déclarations en audience publique, que X. ne s'est jamais préoccupé de la tenue de la comptabilité pour le compte de la société à responsabilité limitée SOC1. S.à r.l..

Le Tribunal retient que X., en sa qualité de gérant unique de la société litigieuse, avait l'obligation de s'occuper de la tenue des livres ou de vérifier si les livres étaient correctement tenus, en cas de délégation à une fiduciaire.

Il est rappelé dans le cadre de l'application de l'article 574 al. 6 du Code de commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), de sorte que l'infraction est caractérisée.

En conséquence des développements précédents, l'infraction libellée sub I) 1) à titre principal, doit être considérée comme étant établie, puisque X. n'a, en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée SOC1. S.à r.l., jamais tenu de livres de commerce tel que légalement exigé.

II) Défaut d'aveu de la cessation des paiements

En second lieu, le Ministère Public reproche à X. de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à compter de sa production.

Il incombe à tout commerçant, respectivement à tout gérant de société, de faire dans le mois de la survenance, l'aveu de la cessation de paiements.

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé et établi doit être sanctionné en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice



causé ou de la position du failli (G. SCHUIND, op. cit. p. 438 S n° 13 et références citées).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif.

Lors de son audition devant les agents de la police française en date du 27 janvier 2009, X. n'a pas contesté avoir négligé de faire l'aveu de la faillite, affirmant qu'il avait espéré être en mesure de redresser la situation économique de la société.

L'omission de l'aveu de cessation de paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même » (Cour d'appel lux 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI).

Il résulte des éléments du dossier répressif, des déclarations de la curatrice à l'audience publique et des déclarations de X., que ce dernier a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu, augmentant ainsi quotidiennement le préjudice accru à aux créanciers susmentionnés.

Il y a dès lors lieu de condamner X. également du chef de l'infraction libellée sub II) dans la citation à prévenu.

III) Défaut de se rendre aux convocations de la curatrice et défaut de fournir à la curatrice les renseignements demandés concernant la comptabilité et le devenir des actifs de la société

En troisième lieu, le Ministère Public reproche à X. de ne pas s'être rendu à la convocation lui envoyée par la curatrice et de ne pas lui avoir fourni les renseignements demandés.

Maître N. a déclaré à l'audience du 12 mai 2011, que X. l'avait contactée par téléphone après la convocation du 14 mai 2007 et qu'il s'était même rendu avec elle au siège de la société en faillite pour un deuxième inventaire le 18 mai 2007, qui s'est révélé infructueux.

Au vu de cet élément, il y a lieu d'acquitter X. de l'infraction libellée sub III) 1 à son encontre, étant donné qu'il a bien donné suite à la convocation lui envoyée le 14 mai 2007 par Maître N.

Concernant l'infraction libellée sub III) 2), la curatrice a insisté pour dire qu'après le second inventaire où X. était présent, il ne l'avait plus jamais contactée, malgré de nombreux courriers et même après son audition le 27 janvier 2009 au Commissariat Central de Thionville, lors de laquelle il s'était engagé à prendre contact avec la curatrice pour lui remettre des documents et lui apporter son aide.

Au vu de ces éléments, l'infraction libellée sub III) 2) dans la citation du 23 mars 2011, doit être retenue à l'encontre de X. Il échet toutefois de retenir comme date de l'infraction celle du 26 juin 2007, date de la seconde demande de renseignements envoyée par Maître N. à X., ce dernier ayant répondu au premier courrier envoyé par la curatrice le 14 mai 2007.

IV) Défaut de publication des comptes annuels

Finalement, le Ministère Public reproche à X. de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels, notamment pour les bilans des années 1998 à 2005.

Il est renvoyé aux développements relatifs à la prescription des infractions de non publication des bilans pour les années 1998 à 2003.

Concernant la non publication des bilans, X. a déclaré devant les policiers du Commissariat Central de Thionville en date du 27 janvier 2009, qu'il aurait chargé une fiduciaire basée à (...), de procéder



à la publication des bilans.

Conformément aux développements précédents, il lui appartenait toutefois, en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée SOC1. S.à.r.l., de s'assurer que la publication des bilans était faite dans les délais, de sorte que l'infraction libellée sub IV) est à retenir pour les exercices 2004 et 2005.

(...)

Plusieurs faits de banqueroute constituent des infractions distinctes qui se trouvent en concours réel entre elles (CSJ, 7.07.2009, arrêt n°953/09 ; CSJ 1.07.2009, arrêt n°345/09). Il y a dès lors lieu à application de l'article 60 du Code pénal pour l'ensemble des infractions retenues contre le prévenu.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 12e Chambre – 8 juin 2011 – N°: 1957/2011)

Référence du BIJ: 2012/3-TL 12 10074



Droit pénal et procédure pénale

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

15 juin 2011

(1) Violation du secret professionnel – Champ d'application quant aux personnes – Éléments constitutifs

(2) Loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (Loi de 2002) – Champ d'application quant aux personnes – Notion de traitement

(3) Traitement contraire aux dispositions de la Loi de 2002 quant à sa finalité réalisé par un officier de police judiciaire (violation de l'article 4 (3) de la Loi de 2002)

(4) Traitement en violation du principe de légitimité (article 5 (2) de la Loi de 2002 – Éléments constitutifs

(5) Accès frauduleux à un fichier informatique (article 509-1 du Code pénal) – Nécessité d'utiliser un moyen frauduleux (non) – Accès à l'aide de son propre login et son propre mot de passe

(6) Remplacement sur un ordinateur d'un système de traitement existant (suppression de Windows XP par Windows Vista) – Violation de l'article 509-3 du Code pénal (oui)

(1) X.) a contesté avoir révélé à B.) une information soumise au secret professionnel. Sans contester avoir informé B.) que ce dernier ne serait pas signalé, il fit valoir que cette information ne serait pas visée par l'article 458 du Code pénal.

Suivant l'article 458 du Code Pénal, les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie sont susceptibles de sanctions pénales lorsqu'ils ont révélé ceux-ci hors le cas où ils sont appelés à en rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à les faire connaître.

L'infraction de violation d'un secret professionnel comporte trois éléments constitutifs, à savoir :

- l'auteur doit être une personne soumise, par état ou par profession, au secret professionnel,
- un acte de révélation doit avoir eu lieu librement, hors les cas où la loi l'autorise respectivement où un témoignage en est requis en justice,
- une intention coupable.

L'énumération de l'article 458 du Code pénal, visant les personnes liées par le secret professionnel, n'est pas limitative et les termes "état ou profession" sont assez larges pour embrasser l'exercice d'autres professions que celles énumérées.

Ainsi, les policiers sont soumis au secret professionnel : ils ne peuvent révéler les faits ou détails d'une instruction pénale qui est secrète (cf. G.SCHUIND, Traité pratique de droit criminel, I, p.421).

Le délit de révélation du secret professionnel existe dès qu'il y a eu une indiscrétion qui peut causer préjudice, que la révélation a été faite librement, hors les cas où la loi autorise, et qu'elle se réfère à un fait qui était confidentiel de sa nature.

Concernant l'infraction libellée sous le point sub l) 1) dans l'ordonnance de renvoi, il est constant en cause qu'X.) a effectué des recherches dans le registre général des personnes physiques et



morales, respectivement dans le fichier des étrangers ainsi que dans le fichier des véhicules routiers sur B.), T2.), F.) et H.).

Il est cependant uniquement établi au vu des déclarations du prévenu et de celles effectuées devant les agents verbalisateurs par B.) qu'X.) n'a communiqué à B.) que le renseignement qu'il avait obtenu le 17 mars 2008, à savoir que B.) n'était pas signalé. Il ne résulte par contre d'aucun élément du dossier répressif que les informations résultant des recherches effectuées sur F.), T2.) et H.) aient été communiquées à B.), de sorte que, concernant ces personnes, aucune révélation n'est établie.

Aux termes de l'article 458 du Code pénal il ne suffit pas qu'une personne soit devenue confidente d'un secret dans n'importe quel but et de n'importe quelle manière pour qu'elle puisse se retrancher derrière le secret professionnel, mais il faut pour que ce texte lui soit applicable, que par son état et sa profession elle soit dépositaire des secrets et que la confiance qu'elle a reçue ait été obligatoire de la part de ceux qui l'ont faite (Cour 26 février 1918, P.10, p.329).

Force est de constater que la recherche effectuée par X.) concernant B.) pour déterminer s'il était signalé ou non, est une information policière qui tombe sous le secret professionnel et qui n'est manifestement pas destinée à être divulguée. L'intitulé de cette information nominative montre à suffisance de droit qu'il s'agit d'une information policière interne et que la divulgation du renseignement constitue une violation du secret professionnel.

L'intention délictueuse exigée est le dol simple : sont également punies les révélations indiscretes ainsi que les révélations inspirées par la cupidité ou par la méchanceté (cf. G.SCHUIND, Traité pratique du droit criminel, I, p.417).

L'élément moral est également établi en l'espèce dans la mesure où X.) a, en connaissance de cause et librement, révélé, sur demande de B.), à ce dernier qu'il n'était pas signalé par les autorités.

(2) X.) a en premier lieu contesté que les dispositions de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel lui soient applicables en faisant valoir que l'article 2 de la prédite loi viserait le responsable du traitement, qualité qu'il ne détiendrait pas en tant que policier. Serait par contre à considérer comme « le responsable du traitement » l'Etat selon X.) .

Le champ d'application de la loi du 2 août 2002 est défini par l'article 3 qui dispose que :

«(1) La présente loi s'applique:

- au traitement automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données contenues ou appelées à figurer dans un fichier;
- à toute forme de captage, de traitement et de diffusion de sons et images qui permettent d'identifier des personnes physiques;
- au traitement de données concernant la sécurité publique, la défense, la recherche et la poursuite d'infractions pénales ou la sûreté de l'Etat, même liées à un intérêt économique ou financier important de l'Etat, sans préjudice des dispositions spécifiques de droit national ou international régissant ces domaines.

(2) Est soumis à la présente loi:

(a) le traitement mis en oeuvre par un responsable du traitement établi sur le territoire luxembourgeois;

(b) le traitement mis en oeuvre par un responsable du traitement qui, sans être établi sur le



territoire luxembourgeois ou sur celui d'un autre Etat membre de l'Union européenne, recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire luxembourgeois, à l'exclusion des moyens qui ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur ce territoire ou sur celui d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

Pour le traitement mentionné à l'article 3, paragraphe (2) lettre (b), le responsable du traitement désigne par une déclaration écrite à la Commission nationale un représentant établi sur le territoire luxembourgeois qui se substitue au responsable du traitement dans l'accomplissement de ses obligations prévues par la présente loi sans que ce dernier ne soit dégagé de sa propre responsabilité.

(3) La présente loi ne s'applique pas au traitement mis en oeuvre par une personne physique dans le cadre exclusif de ses activités personnelles ou domestiques.»

Contrairement au soutènement d'X.) , la loi ne s'applique donc pas uniquement au responsable du traitement, en l'espèce le Centre Informatique de l'Etat, mais elle vise par contre les traitements automatisés ou non qui ont été mis en oeuvre par ce responsable, en l'espèce les fichiers mis en oeuvre par le Centre Informatique de l'Etat afin d'accéder aux données personnelles des personnes physiques et morales sur lesquels les policiers ont accès.

Le traitement est défini par l'article 2 point r qui dispose que: «traitement de données à caractère personnel» (ci-après dénommé «traitement»): toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés, et appliquées à des données, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

La jurisprudence française retient une conception large de cette notion. Ont ainsi été retenus comme système de traitement automatisé le réseau France Telecom, le réseau Carte bancaire, un disque dur, un radiotéléphone, un ordinateur isolé, un réseau local.

Eu égard à la définition prévue à l'article 2 point r, il y a lieu de relever que le registre général des personnes physiques et morales, le fichier des étrangers et le fichier des véhicules routiers qui ont été consultés par X.) constituent un traitement de données, de sorte que la loi à vocation à s'appliquer.

(3) L'article 4 de la prédite loi dispose que :

«(1) Le responsable du traitement doit s'assurer que les données qu'il traite le sont loyalement et licitement, et notamment que ces données sont:

(a) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités;

(b) adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement;

(c) exactes et, si nécessaire, mises à jour; toute mesure raisonnable doit être prise pour que les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées;

(d) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées sans préjudice du paragraphe (2) ci-après.



(Loi du 27 juillet 2007)

(2) Un traitement ultérieur de données à des fins historiques, statistiques ou scientifiques n'est pas réputé incompatible avec les finalités déterminées pour lesquelles les données ont été collectées.

(3) Quiconque effectue un traitement en violation des dispositions du présent article est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement. La juridiction saisie peut prononcer la cessation du traitement contraire aux dispositions du présent article sous peine d'astreinte dont le maximum est fixé par ladite juridiction ».

Il résulte de la lecture du prédit article que le cadre du traitement des données concernant leur collection et leur fin sont fixés par l'alinéa (1) tandis que l'alinéa (3) sanctionne tous ceux, donc non seulement le responsable du traitement tel que soutenu par la défense, qui effectuent une violation aux finalités déterminées par les dispositions de l'alinéa (1) a), b), c) et d).

Le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir effectué un traitement de données personnelles en violation de l'article 4 (3) pour les avoir traitées de manière incompatible avec les finalités visées sub (1) a) du même article.

X.) a fait plaider avoir eu le droit, en tant qu'officier de police judiciaire, de consulter les fichiers et a partant conclu à son acquittement.

Etant donné qu'X.) a fait plaider qu'il aurait eu le droit, en tant qu'officier de police judiciaire, de consulter les fichiers en question, il y a lieu d'examiner les hypothèses dans lesquelles un officier de police judiciaire a le droit de consulter les fichiers en question.

L'article 34-1 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la police fixe le cadre dans lequel un officier de police judiciaire peut consulter les fichiers énumérés sous les points 1 à 10.

L'article prévoit que « dans l'exercice des missions prévues aux articles 33 et 34, les membres de la police ayant la qualité d'officier de police judiciaire ont accès direct, par un système informatique, aux traitements de données à caractère personnel suivants:

1. le registre général des personnes physiques et morales créé par la loi du 30 mars 1979 organisant l'identification numérique des personnes physiques et morales;
2. le fichier relatif aux affiliations des salariés, des indépendants et des employeurs géré par le Centre commun de la sécurité sociale sur base de l'article 321 du Code des assurances sociales, à l'exclusion de toutes données relatives à la santé;
3. le fichier des étrangers exploité pour le compte du service des étrangers du ministre ayant l'Immigration dans ses attributions;
4. le fichier des demandeurs d'asile exploité pour le compte du service des réfugiés du ministre ayant l'Immigration dans ses attributions;
5. le fichier des demandeurs de visa exploité pour le compte du bureau des passeports, visas et légalisations du ministre ayant les Affaires étrangères dans ses attributions;
6. le fichier des autorisations d'établissement exploité pour le compte du ministre ayant les Classes moyennes dans ses attributions;
7. le fichier des titulaires et demandeurs de permis de conduire exploité pour le compte du ministre ayant les Transports dans ses attributions;
8. le fichier des véhicules routiers et de leurs propriétaires et détenteurs, exploité pour le compte du ministre ayant les Transports dans ses attributions;
9. le fichier des assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée, exploité pour le compte de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines;
10. le fichier des armes prohibées du ministre ayant la Justice dans ses attributions.



Dans l'exercice de ces mêmes missions, les membres de la Police ayant la qualité d'agent de police judiciaire ont accès direct, par un système informatique, aux fichiers visés aux points numéros 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, et 10 de l'alinéa 1er. Il en est de même pour les membres du cadre administratif et technique de la Police, nommément désignés par le ministre ayant la Police dans ses attributions sur proposition du directeur général de la Police, en fonction de leurs attributions spécifiques.

(...)

Seules les données à caractère personnel strictement nécessaires, dans le respect du principe de proportionnalité, peuvent être consultées ».

Etant donné que le prédit article permet aux agents et officiers de police judiciaire d'accéder aux fichiers énumérés sous les points 1 à 8 et 10, respectivement 1 à 10 dans le cadre de leurs missions, il y a lieu d'examiner si X.) a effectué les consultations et les recherches qui lui sont reprochées dans l'exercice de sa fonction.

L'article 33 de la loi modifiée du 31 mai 1999 prévoit que « Dans l'exercice de ses missions de police administrative, la Police veille au maintien de l'ordre public, l'exécution des lois et règlements de police généraux et communaux, la prévention des infractions et la protection des personnes et des biens. A cet effet, elle assure une surveillance générale et des contrôles dans les lieux qui lui sont légalement accessibles, exécute des mesures de police administrative et prend des mesures matérielles de police administrative de sa compétence ».

L'article 34 de la prédite loi dispose que « Dans l'exercice de ses missions de police judiciaire la Police a pour tâches :

1. de rechercher les crimes, les délits et les contraventions, de les constater, d'en rassembler les preuves, d'en donner connaissance aux autorités compétentes, d'en rechercher, saisir, arrêter et mettre à la disposition de l'autorité compétente les auteurs, de la manière et dans les formes déterminées par la loi;
2. de rechercher les personnes dont l'arrestation est prévue par la loi, de s'en saisir, de les arrêter et de les mettre à la disposition des autorités compétentes;
3. de rechercher, de saisir et de mettre à la disposition de l'autorité compétente les objets dont la saisie est prescrite;
4. de transmettre aux autorités compétentes le compte rendu de leurs missions ainsi que les informations recueillies à cette occasion.

Les membres de la Police recueillent tous les renseignements que le procureur général d'Etat ou les procureurs d'Etat estiment utiles à une bonne administration de la justice ».

En l'espèce, toutes les consultations qu'X.) a effectuées concernant B.), H.), F.) et T2.) ne tombent pas dans l'une des hypothèses visées par les articles 33 et 34 de la loi modifiée du 31 mai 1999 dans la mesure où l'officier de police judiciaire X.) n'accomplissait pas une mission de police administrative, ni judiciaire et qu'il ne fut d'ailleurs pas chargé de mener une enquête à l'encontre de l'une de ces personnes.

Il a par contre, à titre privé, donc à des fins non professionnelles, effectué ces recherches tant sur sa propre initiative (H.) et B.) concernant les consultations ayant eu lieu à partir du 18 mars 2008), tant sur demande de B.) (concernant la consultation du 17 mars 2008 et celle du 18 mars 2008 sur F.)) et sur demande d'T2.).

Dans la mesure où il est établi que le prévenu a effectué les consultations à des fins privées, donc à des fins autres que celles prévues à l'alinéa (1) de l'article 4 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, le prévenu a enfreint l'alinéa (3) de l'article 4 de la prédite loi.



Il est par ailleurs constant en cause que le prévenu a fait transférer les données libellées sous le point sub l) 2) dans l'ordonnance de renvoi sur le stick USB de B.), que ce transfert de données n'est pas lié à l'activité professionnelle d'X.), de sorte qu'il ne constitue donc pas un transfert loyal et licite tel que prévu par l'alinéa (1) de l'article 4 de la loi du 2 août 2002

(4) Le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir effectué un traitement des données personnelles en violation des dispositions de l'article 5 (2) pour les avoir traitées sans respecter la légitimité de traitement prévue aux dispositions (1) a), b), c), d), e) et f) dudit article.

L'article 5 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dispose que :

«(1) Le traitement de données ne peut être effectué que (...):

(a) s'il (...) est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis, ou

(b) s'il (...) est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, ou

(c) s'il (...) est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci, ou

(d) s'il (...) est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de l'article 1er, ou

(e) s'il (...) est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée, ou

(f) si la personne concernée a donné son consentement.»

(2) Quiconque effectue un traitement en violation des dispositions du présent article est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement. La juridiction saisie peut prononcer la cessation du traitement contraire aux dispositions du présent article sous peine d'astreinte dont le maximum est fixé par ladite juridiction ».

Il résulte des considérations qui précèdent que le traitement des données effectuées par X.) ne tombe dans aucune des hypothèses visées aux points a) à f) de l'alinéa (1) de l'article 5, sauf en ce qui concerne la consultation sur la personne d'T2.), qui, entendu sous la foi du serment à l'audience, a déclaré avoir demandé à son ami X.) d'effectuer une recherche sur lui afin de déterminer s'il se trouve toujours sous le coup d'une interdiction de conduire, ainsi que la consultation du 17 mars 2008 effectuée sur B.) dans la mesure où ce dernier avait déclaré lui avoir demandé de vérifier s'il était signalé, de sorte que l'infraction est à retenir sauf à rectifier le libellé de la prévention en faisant abstraction des consultations effectuées les 29 avril 2008, 6 mai 2008 et 22 mai 2008 sur T2.), ainsi que celle effectuée le 17 mars 2008 sur B.) et en faisant abstraction du fait qu'à part les données retrouvées sur le stick USB de celui-ci, X.) n'a pas continué les données personnelles obtenues suite à ses recherches à B.).

(5) Le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir, entre mars 2008 et fin février 2009, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, à titre privé, partant frauduleusement, accédé à des fichiers exploités par le Centre Informatique de l'Etat.

L'article 509-1 prévoit que « quiconque, frauduleusement, aura accédé ou se sera maintenu dans tout ou partie d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 500 euros à 25.000 euros ou de l'une de ces deux peines ».

Le prévenu a contesté cette infraction en soutenant que l'article ne lui serait pas applicable dans la



mesure où il s'est introduit dans le système en utilisant son log in et son mot de passe. Il a fait plaider que le terme « frauduleux » nécessiterait une intrusion à l'aide de moyens informatiques tel que « cheval de troie », « raccourci », « acte asynchrone », « déplombage », « déguisement » ou « poubelle », donc un agissement actif de la part de l'intrus pour arriver à avoir accès au système.

Il y a lieu de relever que l'article 509-1 du Code pénal ne précise pas que l'intrusion dans le système doit être effectuée à l'aide de moyens informatiques tels qu'énumérés par la défense, l'article en question ne mentionne en revanche que le terme « frauduleux ».

Le Tribunal retient que constitue un accès et un maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé le fait d'accéder et de se maintenir dans le système, même en utilisant son propre log in et son mot de passe, si la finalité de l'accès et du maintien ne sont pas compatibles avec les hypothèses prévues par la loi. En l'espèce, X.) a effectué des recherches à des fins purement privées, donc en violation avec les dispositions de la loi du 2 août 2002, de sorte que l'accès et le maintien étaient frauduleux.

(6) Le Parquet reproche à X.) d'avoir intentionnellement et au mépris des droits de la police grand-ducale, par l'intermédiaire de B.), supprimé le système de traitement Windows XP installé sur le laptop Compacq et de l'avoir remplacé par le système de traitement Windows VISTA.

Sans contester avoir fait remplacer le système Windows XP par le système Windows VISTA par B.) sur l'ordinateur portable lui remis par son employeur pour l'exercice de ses activités professionnelles, le prévenu a contesté que les éléments constitutifs de cette infraction sont établies en faisant notamment valoir que le système Windows XP ne constituerait pas un système de traitement.

L'article 509-3 du Code pénal dispose que « quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données dans un système de traitement ou de transmission automatisé ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ou leurs modes de traitement ou de transmission, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 1.250 euros à 12.500 euros ou de l'une de ces deux peines ».

Il y a lieu de relever que les systèmes d'exploitation Windows XP et VISTA constituent des programmes indispensables au fonctionnement d'un ordinateur, c'est-à-dire que sans l'un de ces programmes ou d'un programme similaire tel que par exemple Windows 7, l'ordinateur est inutilisable. S'ajoute encore que le programme Windows XP initialement installé sur l'ordinateur du prévenu par le Centre Informatique de l'Etat a été configuré de manière que l'ordinateur du prévenu puisse se connecter au réseau interne de la police, ceci notamment pour avoir accès aux données contenues dans les fichiers qu'il avait consultés.

Le Tribunal retient dès lors, au vu de ce qui précède, que le programme Windows XP constitue un système de traitement et que l'article 509-3 du Code pénal a vocation à s'appliquer au fait reproché au prévenu.

Etant donné qu'il est établi qu'X.) a fait procéder à la suppression du système Windows XP pour le faire remplacer par le système Windows VISTA, l'infraction est à retenir, peu importe d'ailleurs le mobile ayant incité le prévenu à faire effectuer ce changement de système.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 13e Chambre – 15 juin 2011 – N°: 2025/2011)

Référence du BIJ: 2012/3-TL 13 10075



Droit civil

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

01 juillet 2011

Contrat de vente – Vente d'une voiture d'occasion – Voiture accidentée – Garantie de conformité (conditions d'application) – Action en résolution du contrat de vente – Garantie des vices de la chose – Vice du consentement – Réticence dolosive

Il est constant en cause que N. a signé en date du 6 avril 2010 un contrat de vente avec la société GARAGE P. S.à r.l. portant sur un véhicule de marque BMW, modèle 118d au prix de 21.000,- EUR, que sur le contrat de vente était marqué que le véhicule avait été réparé suite à un accident sur le côté avant gauche, que le véhicule, destiné à son besoin personnel, lui a été remis le même jour.

N. soutient que peu de temps après avoir réceptionné le véhicule, il s'est aperçu d'un courant d'air persistant sur le côté droit du véhicule, qu'il a fait expertiser le véhicule à ses frais en Allemagne, que l'expertise a confirmé non seulement que des dégâts se trouvaient sur le côté gauche du véhicule mais également au centre et au côté droit du véhicule, que l'expert a constaté que ces parties avaient été repeintes pour couvrir les dégâts, que les frais de la remise en état s'élèvent à 1.533,71 EUR, que l'expert a de même constaté une perte de valeur de 250,- EUR.

Le demandeur en conclut que le véhicule est atteint d'un défaut de conformité, de sorte qu'il souhaite rendre le bien et se faire restituer le prix et ce conformément aux dispositions de la loi du 21 avril 2004 relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels.

N. demande subsidiairement l'annulation de la vente et la restitution du prix pour vices cachés, sinon pour dol et plus subsidiairement pour cause d'erreur.

(...)

La demande est principalement basée sur les dispositions de la loi du 21 avril 2004 relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels portant transposition de la Directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

Le but recherché par la Directive en question résulte de son article 1 qui est de la teneur suivante:

«La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, en vue d'assurer une protection uniforme minimale des consommateurs dans le cadre du marché intérieur».

Il résulte encore du considérant n° 6 de la Directive en question qu'elle n'entend pas porter atteinte aux dispositions et principes des droits nationaux relatifs aux régimes de responsabilité contractuelle et extracontractuelle.

La Directive, qui traite essentiellement du problème de la non-conformité du bien au contrat, a été transposée en droit luxembourgeois par la loi du 21 avril 2004, dont l'article 4 est de la teneur suivante:

« Pour être conforme au contrat, le bien doit, selon le cas:

- a) présenter les caractéristiques que les parties ont définies d'un commun accord;
- b) être propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type;
- c) correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a



présentées au consommateur sous forme d'échantillon ou de modèle;

d) être propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur lors de la conclusion du contrat, sans que ce dernier ait exprimé de réserve ;

e) présenter les qualités qu'un consommateur peut raisonnablement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur dans la publicité ou l'étiquetage.

Le consommateur ne peut contester la conformité en invoquant un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lors de la délivrance du bien. Il en va de même lorsque le défaut affecte les matériaux qu'il a lui-même fournis ».

Cet article énonce la définition générale de la conformité en distinguant deux aspects: l'aspect purement contractuel, d'une part, qui exige le respect des « caractéristiques que les parties ont définies d'un commun accord » et l'aspect fonctionnel, d'autre part, qui fait appel à la notion « d'usage auxquels servent habituellement les biens du même type » en y incluant les éléments d'appréciation détaillés par l'article 2 paragraphe 2 de la Directive: description donnée par le vendeur et présentation du bien au consommateur (a), adaptabilité aux usages spéciaux recherchés par le consommateur et portés à la connaissance du vendeur lors de la conclusion du contrat (b) ainsi qu'à l'usage habituellement attendu d'un bien du même type, compte tenu des déclarations faites par le vendeur (c et d) (voir Doc. Parl. 5193, Commentaires des articles, page 14).

L'article 5 (1) de la loi du 21 avril 2004 prévoit que la résolution de la vente ne peut être prononcée si le défaut de conformité est mineur.

Il incombe au consommateur de prouver l'existence du défaut de conformité et que ce défaut existait lors de la délivrance.

En l'espèce, N. se plaint du fait que le véhicule n'était pas conforme aux stipulations contractuelles, à savoir qu'il n'était pas uniquement accidenté sur le côté gauche mais également au centre ainsi que sur le côté droit et faisait un bruit étrange. Il explique que ces dégâts auraient été repeints pour les cacher.

Pour démontrer l'existence de ces dégâts et ainsi le défaut de conformité, N. se base sur un rapport d'expertise unilatéral dressé en date du 1er juin 2010 par le bureau d'expertise W.

(...)

Il y a lieu d'apprécier si le véhicule acheté par N. est conforme aux stipulations du contrat de vente.

(...)

Le véhicule est toujours en parfait état de marche et N. n'indique pas pourquoi il ne pourrait pas l'utiliser en l'état dans lequel il se trouve actuellement, de sorte que même si un défaut de conformité existerait, celui-ci ne permettrait pas la résolution de la vente en application de l'article 5 (1) de la loi du 21 avril 2004.

Il résulte des développements qui précèdent que N. ne peut pas prospérer dans sa demande en annulation de la vente sur base de la loi du 21 avril 2004.

(...)

Aux termes de l'article 1641 du Code civil, le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.



Il ressort de ce texte que, pour que le vendeur se trouve tenu à garantie, il faut que quatre conditions soient réunies: en premier lieu, la chose doit avoir un défaut; en deuxième lieu, ce défaut doit la rendre impropre à l'usage auquel elle était destinée, et donc revêtir une certaine gravité; en troisième lieu, il doit être caché; en quatrième et dernier lieu, il doit être antérieur ou concomitant à la vente (Encyclopédie Dalloz, Verbo Vente, numéro 540).

Le vice de la chose s'identifie à toute défectuosité qui empêche la chose de rendre pleinement les services que l'on en attend. Il résidera dans le mauvais état ou le mauvais fonctionnement de la chose, l'impossibilité de s'en servir dans des conditions satisfaisantes, les conséquences nuisibles produites à l'occasion d'une utilisation normale (cf. Jurisclasseur civil, articles 1641 à 1649, fasc. 30 n° 6).

Tout inconvénient de la chose achetée ne peut être qualifié de vice au sens de cette disposition. Il faut que la qualité faisant défaut soit l'une des principales que l'on reconnaît à la chose. Il ne suffit donc pas que l'une des diverses qualités que l'acheteur pouvait envisager ou que le vendeur avait promise, fasse défaut, si cette absence est sans incidence réelle sur l'utilité de la chose (cf. Georges Ravarani op. cité n° 428).

L'acquéreur ayant reçu la chose, et l'obligation de délivrance étant ainsi matériellement exécutée, c'est à lui qu'incombe d'établir que la chose ne répond pas à l'usage que l'on peut en attendre; il supporte la charge de la preuve (cf. Cass. com. fr., 25 oct. 1961: D. 1962, p. 290, note Bigot).

Dans l'acquisition des voitures automobiles d'occasion, l'acheteur doit s'attendre, en raison même de l'usure dont il est averti, à un fonctionnement d'une qualité inférieure à celui d'un véhicule neuf sortant d'usine, il faut admettre ainsi qu'en matière de vente d'automobiles d'occasion la garantie prévue à l'article 1641 du Code civil ne peut s'appliquer qu'à des défauts d'une particulière gravité échappant à tout examen attentif au moment de l'achat et rendant le véhicule impropre à l'usage auquel il était normalement destiné (cf. Paris, 6 novembre 1963, Dalloz 1964, page 253).

Il y a d'abord lieu de relever que N. s'est au moment de l'achat du véhicule fait assister par un mécanicien professionnel qui l'a inspecté et que suite à la connaissance de l'état accidenté du véhicule, une diminution de prix a été négociée entre les parties.

Tel qu'il résulte des développements faits dans le cadre du défaut de conformité, N. n'a pas rapporté la preuve d'un défaut rendant le véhicule impropre à son usage, étant donné qu'il reconnaît lui-même que le véhicule est actuellement en parfait état de marche, le seul fait qu'un véhicule d'occasion a fait l'objet de retouches de peintures ne sauraient constituer un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil.

Le demandeur invoque encore la nullité du contrat de vente au motif que son consentement aurait été surpris par dol, ou serait pour le moins entaché d'erreur.

Aux termes de l'article 1116 du Code Civil, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Si le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter, encore faut-il que cette partie ait été obligée d'informer son cocontractant se trouvant dans l'impossibilité de se renseigner lui-même (Jurisclasseur civil, art. 1116, no. 10 et ss.).

Le dol peut en effet être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter (Cass. Fr. 3e Civ. 15 janvier 1971).

L'existence d'une obligation de parler constitue par conséquent la condition nécessaire de la sanction du dol par réticence.



La charge de la preuve du dol pèse sur le demandeur en nullité, à savoir sur la victime du dol.

L'article 1110 du Code civil 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. Par substance, il faut entendre toute qualité dont la considération a été la cause déterminante de l'engagement (Cour d'appel, 9 février 2000, Pas. 31, p. 356).

Il appartient à l'acheteur de prouver qu'il a assigné un caractère substantiel à tel élément qui n'existait pas en fait mais dont l'existence supposée a déterminé son consentement, étant à qualifier de substantiel tout élément dont l'absence dénature la chose à un point tel qu'elle serait autre chose ou encore qu'elle serait impropre à son usage naturel. La preuve du vice du consentement quant à la substance peut être rapportée par présomption ou indice résultant, notamment du prix élevé ou modique, de la qualité des parties contractantes, de l'aspect de l'objet ou de l'attitude des parties avant et après la vente, présomptions desquelles il découle que l'acquéreur a cru à l'existence de la qualité substantielle litigieuse (Cour d'appel, 8 janvier 1997, Pas. 30, p.200).

L'erreur doit être considérée comme portant sur la substance lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté. Il faut donc que le demandeur démontre qu'il a cru que telle chose présentait faussement telle qualité et que celle-ci a été la raison déterminante de son engagement.

La nullité pour erreur ne peut cependant être prononcée que si l'autre partie connaissait l'importance essentielle que la victime de l'erreur attachait à la qualité défailante. En d'autres termes, il faut que les deux parties aient considéré comme substantielle la qualité sur laquelle l'une d'entre elles a commis une erreur (F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 5e édition, Dalloz, p. 167, n° 209).

Quant à la preuve, il ne suffit pas que la partie qui invoque l'erreur prouve que son consentement a été déterminé par une certaine croyance et que celle-ci était contraire à la réalité, il lui faut encore établir que son cocontractant savait que cet élément était pour lui déterminant (F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 5e édition, Dalloz, p. 175, n° 217).

N. n'a pas rapporté la preuve du fait, qui, s'il l'avait connu au moment de la vente l'aurait empêché à contracter, à savoir des dégâts au milieu et sur le côté droit du véhicule.

Même si de tels dégâts avaient existé au moment de la vente, au vu du fait qu'il était d'accord à acheter un véhicule accidenté, le demandeur reste en défaut d'établir que l'état non accidenté du véhicule était une condition essentielle pour lui.

Dans ces conditions, les manœuvres constitutives d'une réticence dolosive ou l'erreur sur la substance ne sont pas établies et restent à l'état de pures allégations.

La demande en nullité pour dol ou pour erreur sur une qualité substantielle ne saurait par conséquent prospérer.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 2e Chambre – 1 juillet 2011 – Rôle: 134738 – N°: 945/11 II)

Référence du BIJ: 2012/3-TL 02 10072