



Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

Droit civil

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
24 Janvier 2002

Contrats – Rupture de pourparlers contractuels – *Culpa in contrahendo* – Responsabilité délictuelle

Il y a offre véritable et ferme, lorsqu'elle manifeste une intention de se lier juridiquement et qu'elle contient des indications précises et suffisamment complètes pour que le contrat puisse se former par une acceptation pure et simple.

Par contre, l'offre d'engager des pourparlers, des accords préparatoires, propositions et contre-propositions est dénuée de toute portée juridique; il s'agit de simples préliminaires, d'indications des conditions de la vente, de tâtonnements, ne faisant que dégager le terrain sur lequel le contrat s'édifiera.

La distinction entre l'offre ferme et les simples pourparlers, souvent délicate à faire, relève de l'appréciation souveraine du juge du fond.

Il est impossible de donner un critère précis de distinction; chaque espèce particulière doit être l'objet d'une recherche d'intention en vue d'apprécier si les parties ont eu ou non l'intention de se lier juridiquement; on devra, en général, décider que les parties en sont encore au stade préliminaire des pourparlers, lorsque les éléments et les conditions du contrat projeté ne sont pas encore fixés avec certitude (C.A. 9.05.1985, Caisse de Pension des Employés Privés c. la dame Barbe Schmitt vve Majerus, n° 7539 du rôle).

(...)

Situés très en amont de la formation du contrat, les pourparlers n'ont en principe

aucune portée juridique; ils ne sauraient en principe engager les parties respectives.

Constituant la période dite de gestation du contrat, les pourparlers ne peuvent donc lier les parties: ils peuvent d'ailleurs toujours être rompus en vertu de la maxime "Pas de contrat vaut mieux qu'un mauvais contrat" (cf. J. Carbonnier, Droit civil, T. IV, n° 17, page 62; J. Ghestin, Traité de droit civil, Le contrat, page 178).

Il se déduit de la jurisprudence l'existence d'un devoir de loyauté dans la phase précontractuelle. Ce devoir se révèle surtout, a contrario, à l'occasion de la rupture des négociations, intervenue abusivement. Une rupture intentionnelle n'est pas nécessaire: la responsabilité est engagée en présence d'une simple faute, notamment en ayant rompu les pourparlers brusquement et sans raison sérieuse (Cass. Com. 22 février 1994, Bull. civ. IV, n° 79, RTDCiv. 1994, 849, obs. J. Mestre).

Plusieurs éléments sont pris en considération dans l'appréciation de la faute: l'état d'avancement des négociations avant la rupture, l'importance et la singularité (ou non) du contrat discuté, l'état ou non de professionnel de l'auteur de la rupture, la publicité qui lui est donnée, l'existence d'une offre de contracter (faisant naître chez son bénéficiaire une confiance et un espoir particuliers), son degré de précision, son délai, etc. (Enc. Dalloz, v° bonne foi, n° 22).

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
11^e Chambre – 24.01.2002 – Jugement civil
n° 27/2002 – N° 68830 du rôle

Observation: Confirmé par un arrêt de la Cour,
1^{re} chambre, du 11 juin 2003 (N° 26 817 du rôle)

Cour d'appel
14 Juillet 2004

Agent immobilier – Nature juridique du contrat – Mandat (conditions)

Le mandat suppose la conclusion d'un acte juridique. Il est le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom. L'acte est accompli comme si le mandant avait été présent lui-même et en son nom. Le mandat ne se conçoit pas à l'égard d'un acte matériel. Un pareil acte ne donne matière qu'au louage de travail ou au louage d'industrie.

En conséquence, il ne suffit pas qu'une personne soit chargée par une autre d'une mission déterminée pour qu'il y ait mandat. Il faut encore que cette mission ait pour objet un acte juridique à accomplir au nom d'une autre personne (représentation). Dès que ces caractères n'existent pas, il n'y a pas mandat, mais louage d'industrie.

Lorsque l'agent immobilier n'a pas pour mission de conclure un acte juridique, c'est-à-dire de passer acte en son nom, mais qu'il a seulement pour mission de servir d'intermédiaire pour la recherche d'un cocontractant, il n'a dans ce dernier cas qu'une mission matérielle.

Lorsqu'un agent immobilier recherche par la publicité ou autrement des acquéreurs pour un immeuble, il le fait pour le compte du propriétaire. Il exécute une mission et non un mandat.

Ne sont donc pas mandataires les agents chargés de l'achat et de la vente d'immeubles à moins qu'ils ne soient chargés d'un acte juridique déterminé.

Cour d'appel – 14.07.2004 – 7^e Chambre – Arrêt civil – N° 28209 du rôle

Droit des personnes

Cour d'appel
14 Juillet 2004

Divorce – Mesures provisoires – Attribution du domicile conjugal – Critères d'attribution

La Cour constate que le premier juge, après avoir correctement exposé qu'en matière d'attribution du domicile conjugal, il est de principe que le conjoint économiquement le plus faible est, sauf circonstances exceptionnelles, préféré à l'économiquement fort dans l'attribution du domicile conjugal comme résidence séparée, a estimé, à juste titre, qu'en l'espèce, eu égard aux informations fournies, les parties sont économiquement à un pied d'égalité.

Le premier juge a encore, à bon escient, fait abstraction du critère de protection des enfants du ménage, vu qu'en l'espèce, les deux enfants sont majeures et indépendantes.

(...)

Tout comme le premier juge, la Cour considère que, dans un tel cas, si aucun critère de protection n'existe, la jurisprudence se laisse guider dans la solution du conflit d'attribution par des considérations tenant au titre de propriété de la maison. Ainsi, elle préfère le conjoint propriétaire de l'immeuble litigieux au conjoint non-propriétaire.

En l'espèce, le domicile conjugal est un propre du mari. Il n'est pas établi que des transformations ou rénovations importantes ont été faites, après le mariage en 1998, par des deniers propres à l'épouse.

Il suit de ces considérations que la décision du premier juge d'attribuer le domicile conjugal au mari est à confirmer.

Cour d'appel – 14.07.2004 – 2^e Chambre – Arrêt référé (divorce) – N° 29128 du rôle

Cour d'appel
11 Décembre 2003

Faillite – Action du curateur qui attaque une vente de fonds de commerce – Possibilité pour le curateur d'exiger l'exécution de contrat – Formalité du double non applicable en matière commerciale

Les premiers juges ont rappelé que le curateur, attaquant des actes du failli comme faits en fraude des droits des créanciers, agit au nom de la masse des créanciers, que dans ce cas il est à considérer comme tiers et les actes du failli n'ont pas date certaine à son égard, ce qui, selon les premiers juges, est le cas en l'espèce, de sorte que l'acte daté au 10.3.1995 n'a pas date certaine à l'égard du curateur avant la période suspecte.

Ils ont dit que le curateur, au lieu de demander la nullité à son égard de la vente en question pour constituer en réalité une libéralité déguisée, peut admettre l'acte annulable et en réclamer le paiement du prix en concluant par ailleurs à la nullité de la reconnaissance de dette critiquée comme fictive. (...)

Ainsi que le fait toutefois remarquer à bon droit la partie intimée, l'article 1325 du Code civil ne s'applique pas en matière commerciale et, conformément à l'article 2 du Code de commerce, l'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter est un acte de commerce. Le moyen n'est donc pas fondé.

Cour d'appel – 11.12.2003 – 9^e Chambre – Arrêt commercial – N° 26824 du rôle

Cour d'appel
10 Mars 2004

Facture acceptée (notion) – Présomption d'acceptation – Présomption d'existence du contrat – Contrat autre qu'une vente – Libre appréciation des juridictions quant à la preuve du contrat

La théorie de la facture acceptée repose par ailleurs sur une présomption double, à savoir la présomption d'acceptation de la facture, ensuite la présomption d'existence du contrat.

Pour examiner s'il y a ou non acceptation de la facture, les juridictions apprécient souverainement les circonstances de la cause, pour décider s'il y a lieu d'admettre la présomption comme preuve de cette acceptation, partant si les faits avancés à titre de présomption atteignent la signification d'une acceptation de la facture.

Les juridictions tiennent dans ce contexte compte, notamment, de la nature du contrat, des comportements respectifs des parties, de

manière plus générale, de toutes les circonstances de la cause.

Si les juridictions peuvent déduire de certains faits, tels le silence, l'acceptation de la facture, le silence peut cependant avoir des significations autres que l'acceptation de la facture.

C'est au client qu'il appartient d'établir qu'il a protesté ou que son silence s'explique autrement que par son acceptation.

Dans un premier temps, il y a lieu d'examiner si les circonstances de l'espèce permettent de déduire de cette acceptation, présumée, de la facture, l'existence du contrat.

S'il s'agit d'un contrat autre qu'une vente, les juridictions sont libres d'admettre ou de refuser l'acceptation tacite de la facture comme présomption suffisante pour prouver le contrat.

Cour d'appel – 10.03.2004 – Arrêt civil – 7^e Chambre – N° 27 679 du rôle

Cour d'appel

5 Mai 2004

Contrats – Clause pénale – Mise en demeure par la seule expiration du jour fixé d'un commun accord entre parties (oui)

Pour soutenir qu'elle aurait dû être mise en demeure, la société A. argumente que l'article 1230 du Code civil est à considérer comme loi spéciale à laquelle la loi générale du 15 mai 1987, ajoutant l'article 1146 alinéa 2, n'a pas porté atteinte.

La mise en demeure prévue à l'article 1230 du Code civil, en vertu duquel "la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à faire, est en demeure", est soumise aux règles du droit commun en matière de mise en demeure, et particulièrement à l'article 1146, alinéa 2 du

Code civil qui dispose notamment que «lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord (...), le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour» (cf. Cour, 9 novembre 1993, Pas. 29, 293).

Il n'y a en effet pas de raison de faire une distinction entre le cas où le dommage résultant d'un retard dans l'exécution doit être évalué ex post et celui où ce dommage a été évalué d'avance et forfaitairement par le jeu d'une clause pénale.

Le jour de l'exécution ayant été déterminé en l'occurrence d'un commun accord, la société A. ne peut partant pas se prévaloir de l'absence de mise en demeure pour faire écarter le jeu de la clause pénale.

Cour d'appel – 5.05.2004 – 4^e Chambre – Arrêt commercial – N° 27360 du rôle

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

15 Juillet 2004

Facture – Facture acceptée – Contrat d'entreprise – Forfait – Article 1793 du Code civil

Par le mécanisme de l'article 109 du Code de commerce, une facture est considérée comme ayant été acceptée lorsque le destinataire de celle-ci a gardé le silence au-delà du temps nécessaire pour prendre connaissance de la facture et pour en contrôler ses mentions.

L'appréciation du délai reste une question de fait qui varie en fonction des circonstances de chaque espèce.

Il y a cependant lieu de relever que la facture n'est qu'un simple moyen de preuve qui ne saurait prévaloir lorsque d'autres éléments probatoires établissent le contenu de la convention des parties à laquelle lesdites factures se rapportent. Cette convention constitue en effet la loi des parties et celles-ci sont en droit de la considérer comme définitivement formée dès lors que toutes les

clauses ont été arrêtées, et une telle convention ne peut être modifiée unilatéralement par les actes d'une des parties ultérieurement, fût-ce par l'envoi de factures non conformes à la convention initiale (Les Nouvelles, Droit civil, Théorie générale des obligations n° 375, 376, 395, 404 et 405).

(...)

Les juges doivent qualifier les contrats non pas en s'arrêtant aux termes employés par les parties, mais en analysant le contenu de leur convention. L'affirmation au contrat de son caractère forfaitaire ne doit pas à elle seule emporter leur conviction; ils peuvent cependant la retenir comme indice (Jurisclasseur, sub article 1788 à 1794, fasc. 1^{er}, cahier B, n° 7).

Le devis constituant la règle et le forfait l'exception, il appartient au maître de l'ouvrage, alléguant un marché passé à forfait, d'en rapporter la preuve.

Le marché à forfait consiste en une convention dans laquelle le prix est fixé d'avance et

globalement pour des travaux dont la nature et la consistance sont nettement définies.

La distinction entre le marché à forfait de l'article 1793 du Code civil et le marché à forfait qui ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 1793 n'a d'incidence qu'au niveau des modes de preuve.

En effet, les marchés à forfait qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 1793 du Code civil sont soumis au droit commun: l'entrepreneur à qui s'impose certes le respect du forfait convenu et qui ne peut obtenir paiement de travaux supplémentaires que s'il prouve l'accord du maître, peut rapporter cette preuve de manière habituelle, et non uniquement par écrit comme l'exige l'article 1793 du Code civil.

Il y a lieu de rappeler que la partie C. n'a d'ailleurs jamais plaidé avoir conclu un marché tel que défini et régi par l'article 1793 du Code civil.

D'ailleurs, l'article 1793 du Code civil ne saurait trouver application au présent litige dès lors que l'une de ses conditions, à savoir que le marché doit être conclu avec le maître de l'ouvrage, plus précisément avec le propriétaire du sol ou de l'ouvrage où les travaux vont être réalisés, fait en l'espèce défaut.

Le forfait légal ne peut en effet être conclu avec personne d'autre, notamment entre un entrepreneur principal et un sous-traitant ou entre sous-traitants de rang différent (Civ. 3^e, 15 février 1983, B. n° 44).

(...)

Le marché à forfait se caractérise par la circonstance que le prix est fixé d'avance globalement de façon précise et qu'il porte sur des ouvrages dont l'étendue et la nature sont déterminées d'avance.

Le propre du forfait est l'intangibilité du prix global quelle que soit la quantité de travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage que l'entrepreneur s'est engagé à effectuer.

Il y correspond, du côté du client, l'intention de ne pas modifier en cours d'exécution la commande faite à l'entrepreneur. Dès la conclusion du contrat, il est de l'essence du forfait que l'ouvrage soit défini avec suffisamment de précision pour qu'il n'y ait en cours d'exécution aucune équivoque sur ce à quoi l'entrepreneur s'est engagé pour un prix définitif.

Rien n'empêche cependant le client de commander en cours d'exécution des travaux dits supplémentaires, c'est-à-dire qui sortent des limites de la commande définitive.

Un prix est donc un prix définitif en ce sens qu'il doit être déterminé avec précision, l'entrepreneur s'engageant irrévocablement à exécuter l'ensemble des travaux au prix fixé.

(...)

Or, tel qu'il a été rappelé ci-dessus, il est de l'essence du forfait que dès la conclusion du contrat l'ouvrage soit défini avec suffisamment de précision pour qu'il n'y ait en cours d'exécution aucune équivoque sur ce à quoi l'entrepreneur s'est engagé pour un prix définitif.

Le marché forfaitaire exige un plan arrêté et contenu.

Par plan, il faut entendre l'ensemble des documents contractuels qui définissent les ouvrages à exécuter et notamment les cahiers des charges, devis descriptifs etc.

Les documents contractuels doivent être établis avec une précision suffisante pour lier l'entrepreneur.

Cette précision n'est pas atteinte lorsque les conditions d'exécution des travaux, les délais, les obligations des entreprises, la masse des travaux, ainsi que les conditions du règlement sont mal définis.

(...)

La clarté des documents contractuels ainsi que leur précision s'imposent, car la stabilité des plans et devis est une condition du forfait.

(...)

Le marché en régie est celui dans lequel le prix est déterminé en fonction du temps presté et des matériaux mis en œuvre, sur base d'un taux horaire pour la main-d'œuvre et d'un prix unitaire convenus d'avance pour les matériaux. Le maître d'ouvrage supporte les risques d'augmentation de la main-d'œuvre, des matières premières et des quantités de travail et de matériaux. Il s'en remet à l'entrepreneur pour le prix en fonction du temps presté.

Ce mode de détermination du prix est d'usage essentiellement "pour des travaux modestes ou pour des travaux accessoires ou exceptionnels pour lesquels aucun prix ne peut être déterminé à l'avance".

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 15.07.2004 – 6^e Chambre – Jugement commercial VI N° 476/2004 – N° 83970 du rôle

Droit bancaire

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
14 Juillet 2004

**Banque – Responsabilité des banques –
Mandat de gestion discrétionnaire –
Obligation de conseil dans le cadre de
l'exécution du mandat (non) –
Obligation de moyen**

Il a été décidé que si la faculté pour le mandant de donner des instructions au mandataire n'a pas été réservée lors de la conclusion du contrat de gestion, ce dernier a certes la possibilité en cours d'exécution du mandat de donner des indications au gérant, qui doit cependant conserver un pouvoir d'appréciation ou de discussion quant aux sites à donner à cette intervention (Cass. Com. 12 juillet 1972, D. 1972, p. 153, note Gavalda citée in Jurisclasseur, Banque et bourse t. 4 Fasc. 2210).

Le fait que la banque ait consulté le requérant à certaines reprises et ne l'ait plus consulté par la suite, à le supposer établi, ne saurait pas non plus donner lieu à une requalification du mandat consenti à la banque. (...)

La jurisprudence luxembourgeoise est en effet constante pour admettre que dans l'hypothèse où la banque est titulaire d'un mandat de gestion, le silence gardé par le client à la

réception des extraits n'a pour effet que d'établir l'existence des opérations effectuées par la banque et ne privait en aucun cas le client de la possibilité d'en contester l'opportunité en exerçant une action en responsabilité contre la banque (cf. C.A. W. contre BIL, 19 juin 1991, n° 11490 du rôle).

Les requérants sont partant toujours recevables à critiquer la gestion de la banque.

(...)

Il est cependant de jurisprudence constante que dans le cadre du mandat de gestion discrétionnaire, le banquier n'assume aucune obligation d'information et de conseil à l'égard du client, puisque par définition c'est le banquier qui prend les décisions relatives à la gestion (cf. Lux., 23.4.1999, n° 47602 du rôle).

(...)

Il est de jurisprudence constante que dans l'exécution de son mandat, le banquier n'est tenu que d'une obligation de moyen, alors que le but visé par la convention est essentiellement aléatoire en raison des nombreux éléments et circonstances échappant à son contrôle qui influent sur le résultat.

Dans ce contexte, il a été décidé que le simple

fait que la gestion de portefeuille a entraîné une perte de la moitié du capital ne saurait aboutir à un renversement de la charge de la preuve et que ce fait à lui seul ne saurait suffire à faire admettre une faute dans la gestion du compte par la banque (cf. C.A., 26 avril 2000, D. C. contre Banque privée

Edmond de Rothschild S.A., rôle n° 18243).

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 15^e Chambre – 14.07.2004 – Jugement commercial XV N° 691A/2004 – N° 82946 du rôle

Droit des assurances

Cour d'appel
13 Mars 2002

(...)

Contrat d'assurances – Conditions générales – Acceptation spéciale des clauses d'exclusion de garantie au moment de la signature du contrat (art. 1135-1) – Absence d'acceptation – Non-opposabilité des clauses d'exclusion

Si cette attitude de la part de l'appelant dénote qu'il avait, au plus tard à la réception de cette lettre, eu connaissance des conditions générales et spéciales régissant usuellement les contrats d'assurance tous risques, il n'est cependant pas permis d'en déduire qu'il en avait eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'il avait accepté que cette clause fit partie intégrante de celui-ci.

La [compagnie d'assurances] faisant état de la clause d'exclusion de garantie figurant à l'article IV, 2 auxdites conditions générales et spéciales (réunies dans un écrit), il lui appartient de prouver que [le preneur] a accepté ladite clause au moment de la conclusion du contrat.

Cour d'appel – 13.03.2002 – 2^e Chambre – N° 24806 du rôle

Cour d'appel
18 Février 2004

Assurances – Prescription de l'action contre l'assureur – Pourparlers interruptifs (notion)

Si le Commentaire commun relatif aux Dispositions communes annexées à la Convention Benelux relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, arrêté par les trois ministres de la Justice, précise que le terme de «pourparlers doit être pris dans un sens large : il comprend toutes correspondances et toutes négociations verbales au sujet des droits du lésé» et que la jurisprudence de la Cour de Justice Benelux applique une interprétation large du terme, il reste cependant que la notion de «pourparlers» implique qu'entre la personne lésée et l'assureur se nouent une négociation,

une discussion, ou des échanges portant sur les droits de la victime. Les négociation, discussion ou échanges doivent être de nature à laisser entendre à la victime que l'assureur envisage un règlement du sinistre. Selon l'interprétation de la Cour Benelux, il suffit, pour établir ce dernier fait, que la personne lésée ne doive pas inférer de la réponse de l'assureur qu'il exclut tout règlement (Cour Benelux, 9 juillet 1981, Jurisprudence Cour Benelux, t. 2, p. 91; 5 juillet 1985, t. 6, p. 87; 20 octobre 1989, t. 10, p. 37).

Les courriers échangés entre l'avocat de l'Etat et Maître A. ne comportent aucune discussion ni négociation sur les droits de l'Etat à l'égard de l'assureur. Ils ne constituent pas d'échanges portant sur les prétentions de l'Etat invoquant envers l'assureur un droit propre à la réparation de son préjudice tel que prévu à l'article 9 § 1^{er} de la loi de 1976.

Une réclamation écrite au sens de l'article 12 de la loi de 1976 est un écrit par lequel la personne lésée s'adresse à l'assureur afin d'obtenir ce qu'il croit être son dû ou pour faire reconnaître l'existence de son droit.

Dans son courrier du 20 février 1992, adressé à Maître A., l'Etat ne se réfère pas à ses droits contre l'assureur; il ne formule aucune revendication à l'encontre du Bureau luxembourgeois ni n'exige l'indemnisation de son préjudice par le Bureau luxembourgeois. L'Etat précise dans son courrier à l'expert qu'il envoie une copie de la lettre à l'expert aux avocats A. et B. «pour information». Le courrier du 20 février 1992 adressé à Maître A. a un caractère purement informatif. Il ne

constitue pas de réclamation écrite au sens de l'article 12 § 2 de la loi de 1976.

Compte tenu du fait qu'il n'y a pas eu de pourparlers entre l'Etat et le Bureau luxembourgeois ni de réclamation écrite au sens de l'article 12 § 2 de la loi précitée avant l'accomplissement du délai de prescription de trois ans de l'action directe de la personne lésée contre l'assureur, l'action directe de l'Etat contre le Bureau luxembourgeois est prescrite.

Cour d'appel – 18.02.2004 – Appel civil – 1^{re} Chambre – N° 27 756 du rôle

Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
8 Juillet 2004

Procédure civile et commerciale – Représentation en justice de l'Etat comme demandeur

Se basant sur une décision de la Cour de cassation du 9 mars 1995, l'Etat fait valoir que l'article 69 du Code de procédure civile (actuellement article 163 du Nouveau Code de procédure civile) désigne la personne du ministre d'Etat tant pour recevoir que pour donner les assignations pour l'Etat.

L'article 163 du Nouveau Code de procédure civile dispose que «sont assignés: 1° l'Etat, en la personne du ministre d'Etat;... ».

Ce texte, introduit par règlement grand-ducal du 15 mai 1991, dont le but était d'opérer un regroupement des diverses dispositions éparses relatives au régime des significations et notifications d'actes judiciaires, règle uniquement la représentation de l'Etat en défendant. En effet, s'il a paru aux auteurs de la réforme plus conforme à la réalité de prévoir que l'Etat est assigné en la personne du ministre dans les attributions duquel range l'objet du litige, ils ont cependant

estimé que, comme les particuliers pourraient éprouver quelques difficultés à identifier le ministre compétent, il a paru plus simple de désigner le ministre d'Etat qui devrait représenter l'Etat lorsqu'un justiciable entend l'attirer en justice, le but poursuivi consistant à donner le plus de chances que le destinataire puisse obtenir connaissance de la signification (cf. Doc. parl. n° 2867, Exposé des motifs, p. 4 et 7).

Les juges de première instance ont ainsi à bon droit pu dire que, contrairement à ce que soutient l'Etat, l'article 163, 1° du Nouveau Code de procédure civile dispose uniquement que les actions dirigées contre l'Etat sont à engager contre l'Etat, représenté par le ministre d'Etat, que cette disposition a pour but de faciliter la tâche du citoyen qui entend engager une action en justice contre l'Etat en lui désignant le représentant de l'Etat, quel que soit le département ministériel concerné par l'action et que ni le texte même de l'article 163, 1° du Nouveau Code de procédure civile ni sa raison d'être désignent le ministre d'Etat pour représenter l'Etat dans toutes les actions en justice qu'il est amené à introduire.

Par contre, aucune nouvelle règle de procédure n'a modifié en quoi que ce soit la

question de la représentation en justice de l'Etat lorsque c'est lui qui engage l'action en justice.

Cette question reste une question de fond, et les premiers juges ont à bon droit dit que le moyen opposé par les défendeurs consistait à contester l'existence du pouvoir du ministre d'Etat ou du ministre de l'Agriculture pour engager l'action en justice, et que le défaut d'existence du pouvoir de l'organe par lequel l'Etat agit ne constitue pas une nullité de forme au sens de l'article 26 de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, mais au contraire une nullité de fond.

C'est encore à juste titre que les premiers juges, en se référant à l'article 10(1) de la loi du 14 mai 1986 sur la stimulation économique, dont le dernier alinéa prévoit que la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique est engagée à la diligence du ministre des Travaux publics, ont dit que la procédure d'expropriation étant basée sur la loi susvisée, elle a été engagée par deux représentants de l'Etat sans pouvoir légal pour cette action en justice, et que l'assignation du 27 août 2002 était dès lors nulle.

Compte tenu de ce qui précède, les développements de l'appelant visant à dire que la procédure judiciaire a été diligentée par le département bénéficiaire de l'expropriation, en l'occurrence celui de l'Agriculture, et que le ministre d'Etat aussi bien que celui de l'Agriculture avaient qualité pour agir, sont dénués de pertinence, l'Etat étant de surcroît malvenu à opérer une distinction entre phase administrative et judiciaire de la procédure d'expropriation.

Cour d'appel – 8.07.2004 – 9^e Chambre – Arrêt civil – N° 27634 du rôle

Note: [1] Par deux arrêts rendus le même jour dans des circonstances identiques (N° 27634 du rôle et N° 27635 du rôle), rédigés sur le point sous examen en termes absolument identiques, la Cour d'appel apporte une pierre supplémentaire à l'édification d'une réflexion autour du problème de la représentation en justice de l'Etat en particulier et des personnes morales, qu'elles

soient de droit public ou de droit privé, en général.

[2] Tout d'abord, ces arrêts font fi de l'affirmation péremptoire d'un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1995 (P 29, 339), expressément invoqué par l'Etat, selon laquelle «l'article 69 du Code de procédure civile (i.e. l'actuel article 163 du Nouveau Code de procédure civile) désigne la personne du ministre d'Etat, tant pour recevoir que pour donner les assignations pour l'Etat» pour retenir au contraire que cette disposition légale «règle uniquement la représentation de l'Etat en défendant». La Cour d'appel (judiciaire) rejoint ainsi la Cour (d'appel) administrative, qui avait de son côté décidé dans un arrêt du 15 janvier 1998 que «l'article 69 du Code de procédure civile ... ne dispose que pour le cas où l'Etat est sujet passif d'une assignation». La solution retenue par les arrêts annotés revient à donner la primauté à la lettre du texte de l'article 163 du Nouveau Code de procédure civile.

[3] En employant le terme de «représentation», la Cour d'appel continue toutefois à attribuer à cette disposition légale une fonction de fond, en ce qu'elle désigne le représentant légal de l'Etat, du moins lorsque ce dernier est défendeur à l'instance, en lieu et place d'une simple fonction de règle procédurale relative à la désignation du destinataire matériel de l'acte de signification. Mais là n'était pas vraiment l'objet de la discussion, puisque l'Etat intervenait dès la première instance en tant que demandeur et que c'est dans cette constellation que les défendeurs soulevaient l'irrecevabilité de la demande.

[4] Ce n'est pas le moindre mérite de ces arrêts que d'avoir dépassé le champ de la simple rédaction matérielle de l'acte d'assignation pour porter la discussion sur le terrain du problème de fond que constitue la représentation en justice de l'Etat. En retenant que la question à toiser relevait de ce domaine, lorsque c'est l'Etat qui engage l'action en justice, les arrêts concluent en effet que par le moyen de défense soulevé se posait la question de l'existence du pouvoir de celui qui disait représenter l'Etat (en l'espèce, il s'agissait du ministre d'Etat et pour autant que de besoin du ministre de l'Agriculture). Le moyen de défense ne relevait donc pas d'un simple problème de rédaction matérielle de l'acte d'assignation (de nature à entraîner le cas échéant l'annulation de l'acte), mais d'une question de fond tenant aux conditions dans lesquelles l'action elle-même était mise en œuvre: l'action engagée par l'Etat représenté par une personne ou un organe qui n'y est pas habilité, donc qui n'a pas qualité pour agir, est irrecevable.

La défense relève d'une fin de non-recevoir, et non pas d'une simple nullité de procédure.

Le jeu de l'article 163 du Nouveau Code de procédure civile ayant été écarté, la Cour d'appel a dû chercher ailleurs qui était habilité à représenter l'Etat. Dans le cas d'espèce, cette donnée était fournie par la loi qui servait de fondement à la procédure d'expropriation engagée par l'Etat, à savoir la loi du 14 mai 1986 ayant pour objet de stimuler l'expansion économique, qui disposait en son article 10, alinéa 1^{er} que la procédure en question est engagée à la diligence du ministre des Travaux publics. L'action engagée en 1^{re} instance par le ministre d'Etat et pour autant que de besoin par le ministre de l'Agriculture ne pouvait donc échapper à la sanction du tribunal d'arrondissement, confirmé par la Cour d'appel.

On peut toutefois regretter que les décisions rapportées ne tirent pas les dernières conclusions de la qualification apportée au moyen de défense. Il résulte en effet des rétroactes que le tribunal d'arrondissement avait déclaré nulles les assignations introductives de première instance et déclaré les demandes de l'Etat irrecevables. Or, la nullité de l'exploit est la sanction qui frappe un acte irrégulier en la forme, qui perd alors toute existence et ne peut saisir la juridiction, l'action devenant de ce fait irrecevable. Après avoir retenu que le moyen de défense tenait au défaut de qualité pour agir, et que ce moyen était fondé, il aurait à notre sens fallu déclarer la demande irrecevable, sans s'attarder à l'annulation de l'acte matériel que constitue l'exploit.

[5] En l'espèce, la réponse à la question de savoir quel ministre pouvait représenter l'Etat était évidente au vu de l'existence d'un texte clair et précis. Mais il existe de nombreux litiges qui ne

trouvent pas leur fondement dans un texte légal comportant pareille indication. Il semble qu'il faille dans ces cas recourir à la formule ancienne qui se réfère au ministre ayant dans ses attributions la branche d'administration que l'objet du litige concerne. Et il appartient alors à l'Etat, i.e. à son litis mandataire, de bien déterminer ce ministre pour le faire figurer comme représentant de l'Etat dans la procédure.

Il se dégage ainsi implicitement mais nécessairement des arrêts annotés que la représentation de l'Etat est double: activement par le ministre concerné, passivement par le ministre d'Etat. Si la situation peut paraître étonnante, elle n'est pas juridiquement impossible et elle est conforme aux exigences pratiques engendrées par ces cas de figure respectifs. Une telle solution n'est pas non plus en soi contraire à l'objectif poursuivi par le règlement grand-ducal du 15 mai 1991, qui avait voulu faciliter la vie des justiciables en désignant une seule et unique personne comme représentant de l'Etat lorsqu'il faut agir à son encontre. Mais elle n'évitera pas qu'un certain nombre de moyens soient opposés aux actions engagées par l'Etat lorsque le défendeur estimera que l'action est engagée par un ministre qui n'est pas concerné.

Ces escarmouches ne servent pas la justice et il faut les éviter. Une solution pourrait être de ne faire figurer aucune indication concernant le représentant légal dans l'acte introductif d'instance. Une source d'erreur serait ainsi éliminée. La question est de savoir si un tel procédé répondrait aux exigences de vérification de la régularité de la représentation en justice. Les arrêts annotés n'avaient pas à prendre position sur ce point. – *Thierry HOSCHEIT*

Cour d'appel
9 Juillet 2004

Qualité à agir – Particulier assignant une banque en dommage et intérêts alors que les fonds provenaient d'une société – Société fictive – Bénéficiaire économique – Ne confère pas la qualité à agir

La qualité n'est pas, comme l'ont relevé à bon escient les premiers juges, une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend

titulaire du droit, car, en principe, le fait de se prétendre titulaire d'un droit confère nécessairement le pouvoir de saisir la justice afin d'en obtenir la sanction. La question de l'existence effective du droit invoqué par le demandeur n'intéresse pas la recevabilité, mais est une question de fond (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, t.1, nos 261 et 262).

(...)

La société A. fut créée à Panama le 16 août 1993. Il s'agit d'une personne morale de droit

panaméen qui a la personnalité juridique et la capacité d'agir en justice. B. n'y figure pas, ni comme actionnaire, ni comme administrateur.

Aucun élément de la cause ne permet de retenir – l'appelant n'avance même pas cet argument – que la société serait une société fictive, c'est-à-dire une société se définissant comme une entité dont B. se serait comporté comme étant le véritable maître de l'affaire en méconnaissance de la personnalité morale distincte de la société. Aussi la Cour d'appel n'est-elle pas renseignée sur l'activité sociale effective de la société A., respectivement sur l'existence d'une activité sociale ou la vie sociale de la société.

La seule indication à la banque suisse du bénéficiaire économique ne saurait emporter la conviction de la Cour. Cette déclaration exigée par les banques pour parer le blanchiment est une notion exclusivement

bancaire et non pas une notion juridique de nature à pouvoir créer une qualité d'agir dans le chef du bénéficiaire économique et d'enlever toute qualité d'agir à la société, titulaire du compte et donneur d'ordre du transfert opéré.

(...)

Faute par B. de prouver que la société A. constitue une société-écran et de prouver qu'il en est le bénéficiaire effectif et le véritable maître, il n'a pas établi que le droit invoqué existe bien dans son chef.

Le moyen tiré du défaut de qualité dans le chef de B. est donc fondé.

Cour d'appel – 9.07.2004 – Arrêt civil – 1^{re} Chambre – N^{os} 25 481 et 26 136 du rôle.

Droit pénal et procédure pénale

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
3 Juin 2003

Droit pénal – Abus de biens sociaux – Éléments constitutifs – Procédure vexatoire et abusive

Aux termes de l'article 171-1 modifié de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500.- à 2.500.- euros ou d'une de ces peines seulement, les dirigeants de sociétés, de droit ou de fait de sociétés, qui, de mauvaise foi, auront fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

Le délit d'abus de biens sociaux requiert les éléments constitutifs suivants:

- usage des biens ou du crédit de la société;

- usage contraire à l'intérêt social;
- usage dans un but personnel, et
- la mauvaise foi.

La preuve des éléments constitutifs de l'infraction reprochée est à charge de l'accusation ou de la partie civile, cette règle étant le corollaire du principe que tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable (cf. *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 16, mars 1999).

Au procès pénal, le prévenu bénéficie d'un préjugé favorable. C'est sa culpabilité qui doit être prouvée et non pas son innocence (cf. *Raoul Declercq, La preuve en matière pénale*, page 9).

Le tribunal relève que les citants directs ont la charge de la preuve des faits reprochés aux cités directs en vertu de ce qui précède.

Le tribunal ne fonde sa conviction que sur les éléments résultant de l'instruction contradictoire à l'audience, sur les pièces versées et notamment sur les témoignages faits sous la

foi du serment ainsi que sur l'audition des cités directs.

Au vu des éléments de la cause et des débats menés à l'audience, il appert que les cités directs étaient associés gérants de ... et qu'à l'occasion d'une réunion entre associés le 18 septembre 2001 une divergence de vue relative à la politique générale du groupe d'une envergure telle est apparue entre l'ensemble des associés du groupe d'une part et ... et ..., d'autre part, que ces derniers ont annoncé leur intention de quitter la firme et que par courrier recommandé du 19 septembre 2001 la citante directe les a mis en demeure soit de revenir sur leur décision, soit de démissionner jusqu'au lundi 24 septembre 2001.

La lettre du 28 septembre 2001 par laquelle les cités directs informent ... de leur décision irrévocable de sortir de la société, contenant encore leur souhait de trouver une solution rapide et adéquate pour toutes les parties en cause, notamment au motif qu'ils doivent réorganiser leur vie professionnelle, intervient ainsi suite à l'échec de la réunion qui s'est tenue entre parties le 24 septembre 2001 et constitue la réponse officielle à la mise en demeure leur adressée le 19 septembre 2001.

Cette décision de mettre un terme définitif aux relations entre parties est confirmée par lettre du mandataire des cités directs le 23 octobre 2001 et par leur courrier recommandé du 7 novembre 2001 dans lequel ils déclarent démissionner expressément et formellement avec effet immédiat de leurs fonctions de gérants de ...

Il résulte encore d'un message e-mail du 11 août 2001 d'un associé de ... à l'attention des cités directs que dès cette date la responsabilité des clients dont ils avaient la charge, leur avait déjà été enlevée au profit d'autres associés.

Dans ces conditions, ni la constitution d'une nouvelle société par ... début décembre 2001, ni le fait pour ... de rejoindre cette société en qualité d'associée au mois de février 2002 ne sauraient être considérés comme des actes que ceux-ci auraient accompli en leur qualité de dirigeants de ... et constituer des actes pénalement répréhensibles, ceci indépen-

damment de la circonstance que la citante directe semble vouloir mettre en cause la validité des démissions qui lui ont été valablement notifiées.

Par ailleurs, le reproche de ... quant au fait des cités directs d'avoir informé des clients de leur départ et organisé avec eux le retrait et le transfert de leurs dossiers au profit de la nouvelle société, reste à l'état de pure allégation de sa part, non étayée par le moindre élément objectif du dossier soumis à l'appréciation du tribunal.

Il en est de même du reproche d'avoir débauché divers employés.

S'il est vrai que certains employés ont quitté ... à la même époque que les cités directs et travaillent à l'heure actuelle au sein de ... nouvellement constituée, il résulte cependant tant des attestations testimoniales versées en cause, que des dépositions constantes et circonstanciées des témoins entendus sous la foi du serment à l'audience du 3 juin 2002, à savoir ..., ..., ... et ..., que c'est de leur plein gré, en dehors d'une quelconque pression de la part des cités directs qu'ils ont quitté ..., et sans la moindre promesse d'embauchage de la part des cités directs.

Il n'est dès lors pas établi que ... et ... ont en leur qualité de dirigeant, de ..., de mauvaise foi, fait des biens ou du crédit de cette société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, et ce à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

En l'absence du moindre indice pouvant permettre de conclure à leur culpabilité, il y a lieu d'acquitter purement et simplement ... et ... de la prévention d'abus de biens sociaux leur reprochée aux termes de l'exploit d'huissier de justice du 11 janvier 2002.

(...)

Le tribunal correctionnel est compétent pour condamner une partie civile, à la demande d'un prévenu renvoyé des poursuites, à payer des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par une procédure téméraire

et vexatoire (cf. F. Piedboeuf, obs. sub. Trib. corr. Liège, 23 février 1979, Jurisprudence de Liège, n° 38 du 30 juin 1979; Van Roye, Manuel de la partie civile, page 551, n° 567).

Le droit pour le juge de condamner la partie civile à des dommages et intérêts résulte des dispositions formelles des articles 159, 191 et 212 du Code d'instruction criminelle (cf. Van Roye, Manuel de la partie civile, page 551, n° 567).

Une indemnisation pour procédure abusive et vexatoire ne peut être accordée aux cités directs que s'il est établi à l'exclusion de tout doute que la citante directe a agi dans l'intention de nuire, de façon malveillante, de manière grossièrement imprudente ou avec témérité.

Il est de principe que celui qui use d'une voie de droit est tenu à une circonspection toute particulière lorsque cet exercice est de nature à porter atteinte à l'honneur ou à des intérêts essentiels de son adversaire.

En principe, avant de lancer une citation directe à la légère, le citant direct doit se prémunir des moyens de preuve nécessaires pour fonder son action.

Il résulte de l'exploit d'huissier du 11 janvier 2002 que la citante directe reproche à ... et ... d'avoir, en leur qualité de dirigeants sociaux, abusé des biens de..., respectivement des pouvoirs ou des voix qu'ils possédaient en cette qualité dans la société et leur réclame à titre de dommages et intérêts la somme de 3.000.000.- euros.

Sur base des développements qui précèdent, ces affirmations portées par ... à l'encontre de

leurs anciens associés sont dénuées de tout fondement juridique faute du moindre élément de preuve.

Par le fait de lancer, en dehors du moindre élément de preuve quant à l'existence d'une infraction sanctionnée par des peines d'amende et d'emprisonnement, une citation directe contre ... et ..., ... a manqué à son obligation élémentaire de circonspection.

Il y a encore lieu de constater que la citation directe a déclenché l'action publique et a exposé les cités directs au mépris public et qu'en agissant sans le moindre élément de preuve, la citante directe a agi avec une extrême légèreté et une témérité blâmable, constituant une erreur équipollente au dol, de même que dans une intention de nuire et dans un esprit de chicane à l'encontre de ... et ...

Dès lors la demande en allocation d'une indemnité de procédure pour procédure abusive et vexatoire est à déclarer fondée dans son principe.

Au vu des éléments de la cause et en insistant sur la particulière gravité des reproches formulés en dehors du moindre élément de preuve, il y a lieu d'allouer à chacun des demandeurs sur reconvention le montant de 1.500.- euros.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg
– 3.06.2003 – Jugement correctionnel – 13^e
Chambre – N° 164/03.

Observation: L'appel au pénal interjeté contre ce jugement a été déclaré irrecevable par arrêt de la Cour d'appel du 9.12.2003.

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
4 Juin 2003

Privation de liberté – Vol – Extorsion – Non-assistance à personne en danger – Possibilité de retenir l'infraction dans le chef des auteurs de l'infraction ayant causé le danger (non) – à l'égard de tierces personnes (oui) – Torture (éléments constitutifs)

Aux termes de l'article 434 du Code pénal, seront punis d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 251 euros à deux mille euros, ceux qui sans l'ordre des autorités constituées et hors les cas où la loi permet ou ordonne l'arrestation ou la détention des particuliers, auront arrêté ou fait arrêter, détenu ou fait détenir une personne quelconque.

Cette infraction suppose trois éléments constitutifs:

- *un acte matériel d'arrestation ou de détention consistant dans l'appréhension du corps d'un individu de telle sorte qu'il se trouve privé de la liberté d'aller et de venir;*
- *l'illégalité de cette arrestation ou détention;*
- *l'intention criminelle de l'agent, c.-à-d. la conscience de priver sans droit une personne de sa liberté d'aller et de venir.*

La durée de cette détention est indifférente, le délit existe dès que l'attentat à la liberté est consommé.

Ces éléments se trouvent réunis en l'espèce étant donné que ... a été retenu dans le cabaret et ainsi privé de sa liberté d'aller et de venir à son gré, que ... et ... n'étaient pas en droit de le retenir contre son gré et qu'ils savaient forcément qu'en agissant comme ils l'ont fait, ils l'ont privé de sa faculté d'aller et de venir.

La circonstance aggravante prévue à l'article 438 du Code pénal concerne le fait que la personne détenue a été soumise à des tortures corporelles, circonstance entraînant une sanction sensiblement plus grave.

Le Code pénal entend par tortures des violences très graves, des tourments insupportables, des violences physiques ou morales tendant à briser la résistance de la victime.

Au vu des blessures constatées par l'expert ... sur la personne de ... immédiatement après les faits, il est établi à l'exclusion de tout doute que celui-ci a été soumis à des tortures corporelles d'une extrême violence, à tel point que la victime a fait remarquer à son patron qu'il pouvait déjà acheter des roses blanches, vu qu'il craignait sérieusement pour sa vie. Il est encore établi que ... a été empêché de se déplacer librement pendant une période relativement prolongée de sorte que les prévenus ... et ... doivent être retenus dans les liens de cette infraction.

(...)

Le vol étant défini comme constituant la soustraction frauduleuse d'une chose mobilière appartenant à autrui, les éléments constitutifs de cette infraction sont au nombre de quatre:

- *il faut qu'il y ait soustraction;*
- *l'objet de la soustraction doit être une chose corporelle ou mobilière;*
- *l'auteur doit avoir agi dans une intention frauduleuse, et enfin*
- *il faut que la chose soustraite appartienne à autrui.*

La soustraction frauduleuse se définit comme le passage de l'objet de la possession du légitime propriétaire et possesseur dans celle de l'auteur de l'infraction, ou en d'autres termes, prise de possession par l'auteur, à l'insu et contre le gré du propriétaire ou précédent possesseur.

L'article 471 du Code pénal punit le vol commis à l'aide de violences ou de menaces dans une maison habitée ou ses dépendances de la réclusion de dix à quinze ans s'il a été commis avec une des circonstances ci-après: 1° s'il a été commis avec effraction, escalade ou fausses clefs; 2° s'il a été commis par un fonctionnaire public à l'aide de ses fonctions; 3° si les coupables, ou l'un d'eux, ont pris le titre ou les insignes d'un fonctionnaire public ou ont allégué d'un faux ordre de l'autorité publique; 4° s'il a été commis la nuit par deux ou plusieurs personnes; 5° si des armes ont été employées ou montrées. Si deux des circonstances se trouvent réunies, la peine prévue est celle de la réclusion de quinze à vingt ans.

La circonstance de la maison habitée est essentielle pour l'application de l'article 471 du Code pénal et se trouve définie à l'article 479 du même code. Etant donné que le législateur n'a visé la circonstance de la maison habitée que pour les vols commis à l'aide de violences et de menaces, il en résulte nécessairement que la maison où se commet le vol doit être habitée en fait à ce moment, étant

entendu que les violences doivent se diriger contre les personnes (cf. Répertoire pratique du droit belge, v^o vol, n^o 641 et ss.).

Pour que la peine comminée à l'article 471 du Code pénal soit encourue, les violences ou menaces doivent avoir été exercées dans la maison ou ses dépendances (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de droit criminel, éd. 1942, t.1, Des vols et des extorsions, p. 318).

Par violences, l'article 483 du Code pénal vise "les actes de contrainte physique exercés contre les personnes"; des violences simples ou légères, par opposition aux violences qualifiées des articles 473 et 474 du Code pénal, étant suffisantes pour entraîner la qualification de "violences". La Cour de Cassation, dans son arrêt du 25.03.1982 (Pas. XV, p. 252), inclut encore dans la définition de "violences" les atteintes directes à l'intégrité physique, et tout acte ou voie de fait de nature à exercer une influence coercitive sur la victime, sans qu'il ne soit requis que celle-ci ait été exposée à un danger sérieux. Ainsi le fait de retenir une victime pendant l'exécution du vol, le fait de lui arracher de force l'objet de la soustraction, sans parler du fait de montrer et même d'employer des armes pour vaincre la résistance de la victime, constituent des voies de fait et par conséquent des actes de violences (cf. Répertoire pratique du droit belge, v^o vol, n^o 602).

L'article 483 du Code pénal entend par menaces "tous les moyens de contrainte morale par la crainte d'un mal imminent". Les actes de contrainte morale peuvent s'extérioriser par la parole, le geste ou encore l'écriture. La menace doit être de nature à dominer la résistance de la victime et il faut que la victime du vol ait l'impression qu'elle n'aura pas le moyen de recourir à l'autorité pour éviter l'accomplissement de la menace. Dans l'appréciation des menaces, il sera tenu compte des circonstances de l'âge, de la situation et de la condition des personnes menacées (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de droit criminel, éd. 1942, t.1, Des vols et des extorsions, p. 319; Cour de Cassation, 25.03.1982, Pas. XV, p. 252).

Sont compris dans le terme "armes" au sens des articles 482 et 135 du Code pénal, "toutes machines, tous instruments, ustensiles ou autres objets tranchants, perçants ou contondants dont on se sera saisi pour tuer, blesser ou frapper, même si l'on n'en a pas fait usage".

Cette définition très large de l'expression "armes" a été utilisée par le législateur afin que rien n'échappe à ses prévisions. Il appartient donc au juge de renfermer la portée de cette expression dans les "limites qu'indique le bon sens" (cf. J.S.G. NYPELS, Le Code pénal belge interprété, T.1, art. 135).

D'après une jurisprudence constante, il a ainsi été jugé que pour établir la circonstance aggravante prévue à l'article 471 du Code pénal, l'arme montrée pour menacer ou utilisée effectivement ne doit pas forcément être de celles comprises dans l'énumération des armes prohibées ou soumises à autorisation au vœu de la loi relative aux armes et munitions du 15.03.1983.

Dans cet ordre d'idées, il est évident qu'une matraque constitue une arme au sens des articles 471, 472 et 482 du Code pénal si, par l'usage qui en a été fait, l'auteur des menaces a pu provoquer l'intimidation de la victime du vol. En effet, l'accent est mis sur le caractère intimidant que l'auteur des menaces a pu créer dans le chef de sa victime par les moyens employés, abstraction faite du caractère réellement dangereux de l'objet utilisé (cf. Cour 20.02.1987, Pas. XXVII, p. 97).

(...)

Les prévenus ... et ... doivent être retenus dans les liens de cette infraction libellée à titre principal par le ministère public.

(...)

L'extorsion se distingue du vol avec violences ou menaces en ce sens que si la victime remet elle-même, sous l'empire de la contrainte subie du fait des violences ou menaces exercées contre elle, l'objet convoité par l'auteur, il y a extorsion, tandis qu'il y a vol

suivant l'article 468 si l'auteur appréhende directement l'objet, sans intervention de la victime, paralysée par les effets des violences ou menaces (R.P.D.B. v° extorsion, n° 59).

En l'espèce, il résulte des dépositions de la victime que les prévenus ... et ... ont essayé, sous la contrainte et en exerçant des violences physiques, de lui soutirer d'abord la somme de 250.000.- francs luxembourgeois, ensuite de lui faire signer une reconnaissance de dette et un contrat documentant la vente de sa voiture au profit de ...

Les prévenus sont partant également à retenir dans les liens de cette infraction.

(...)

Le ministère public reproche aux prévenus le délit de non-assistance à personne en danger.

Il s'agit d'une infraction d'abstention qui consiste à punir l'omission d'un acte par une personne qui avait, au contraire, le devoir de l'accomplir. Le caractère principal tient évidemment à la nature morale de l'obligation qu'elle sanctionne, laquelle est nécessairement un devoir de solidarité humaine, voire sociale.

L'interrogation porte sur la possibilité de cumuler la qualification d'omission de porter secours avec une qualification de violences volontaires.

Aucune incompatibilité n'interdit en effet d'exiger de celui qui a causé un dommage corporel qu'il s'emploie ensuite à assister la personne qui en a souffert dans l'attente des services médicaux d'urgence. Cette solution s'applique également au péril résultant d'une faute pénale de son auteur. La question ne pose aucune difficulté pour les infractions de violences involontaires, les auteurs se rendent aussi coupables de non-assistance à personne en danger lorsqu'ils s'abstiennent de porter secours à leurs victimes (Rép. pén. Dalloz, Abstention délictueuse, p. 7).

Le cumul des qualifications n'est alors que l'expression d'un concours réel d'infractions,

puisque l'auteur d'un délit de violences involontaires qui s'abstient d'assister sa victime commet deux infractions successives aux éléments constitutifs résolument distincts.

Il est, en principe, de jurisprudence que des poursuites pour abstention délictueuse ne sont pas compatibles avec un fait volontaire de violences, antérieures ou concomitantes, imputable au même auteur (Dalloz, 1955, p. 5, note P.-A. Pageaud); il serait ainsi paradoxal de reprocher à un individu de ne pas avoir secouru une personne qu'il s'est préalablement employé à blesser.

Il s'ensuit que les prévenus sont à acquitter de cette infraction, car non établie en droit.

(...)

L'infraction du refus de porter secours ou de non-assistance à une personne en danger comporte quatre éléments constitutifs (Doc. parl. n° 2171-3, sess. ord. 1984-85, Rapport de la commission juridique, commentaire des articles, p. 4):

- *L'existence d'un péril grave;*
- *L'intervention ne doit pas comporter de risques sérieux pour l'intervenant et autrui;*
- *Qualité de l'intervention. L'aide dont l'omission est coupable doit consister soit dans une action personnelle, soit en un appel de secours;*
- *L'abstention de fournir une aide volontaire.*

L'obligation de venir en aide ou de procurer une assistance n'existe qu'en faveur des personnes (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1961. Jean Constant: La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961, n° 33).

Seule l'atteinte physique à la personne est protégée (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1983. Jean du Jardin: La Jurisprudence et l'abstention de porter secours, p. 961).

1) L'existence d'un péril grave

Le péril doit être grave, c'est-à-dire constaté personnellement par le prévenu ou lui signalé dans des conditions qui ne peuvent lui faire croire au manque de sérieux de l'appel de secours et actuel, donc imminent et se présenter dans des conditions telles que la nécessité d'une intervention soit manifeste (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1961. Jean Constant: La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961, n° 37).

La nature du péril doit s'apprécier à l'heure même où en a connaissance la personne qui doit porter secours (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1961. Jean Constant: La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961, n° 41).

La personne en péril doit être directement et actuellement menacée d'une atteinte grave à son intégrité physique (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1983. Jean du Jardin: La Jurisprudence et l'abstention de porter secours, p. 2962).

L'état de péril est constitué par un état dangereux ou une situation critique qui fait craindre de graves conséquences pour la personne qui y est exposée et qui risque, selon les circonstances, soit de perdre la vie, soit des atteintes corporelles graves (Daloz, op. cit. n° 30). La loi pénale ne prend pas en considération les circonstances ultérieures qui démontreraient soit que le péril n'était pas si grave qu'il ne pût être conjuré sans assistance, soit, au contraire, qu'il était tel que le secours eût été nécessairement inefficace (Cass. crim. 21.1.1954, Bull. crim. n° 25, D.1954, 224, note P.-A. Pageaud).

Il suffit que la personne ait été instruite de l'état de danger; elle n'a pas besoin de constater de visu les faits qui sont la cause de l'état de danger (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1983, Jean du Jardin: La Jurisprudence et l'abstention de porter secours, p. 969).

En l'espèce, il résulte des éléments du dossier répressif ainsi que de l'instruction à l'audience que ... se trouvait dans une situation de péril extrême, étant donné que le prévenu avait pu observer les coups que ... et ... portaient à ... tant à coups de poing qu'à l'aide d'une matraque.

Les faits tels que décrits ci-avant valent pour décrire la gravité du péril couru par ...

Cet élément constitutif à apprécier objectivement est établi en l'espèce.

2) L'intervention ne doit pas comporter de risques sérieux pour l'intervenant et autrui

Le risque de s'exposer à des poursuites judiciaires n'est pas admis pour justifier l'absence d'intervention (R.P.D.B., compl. VI, v° Abstentions coupables, n° 31).

Celui qui s'abstient ne peut invoquer, pour se disculper, le risque sérieux d'être l'objet de poursuites judiciaires (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1983, Jean du Jardin: La Jurisprudence et l'abstention de porter secours, p. 985).

Le risque doit être sérieux et être tel qu'il n'est pas interdit de se soustraire (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1961, Jean Constant: La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961, n° 74).

Le fait de soumettre leurs constatations personnelles ne comportait aucun risque sérieux ni pour le prévenu ni pour autrui.

Il s'ensuit qu'après ses constatations personnelles, le prévenu était obligé d'agir; ce qu'il n'a pas fait, de sorte que cet élément est également établi en l'espèce.

3) Qualité de l'intervention. L'aide dont l'omission est coupable doit consister soit dans une action personnelle, soit en un appel de secours

La loi n'entend pas, en formulant cette alternative, laisser à celui qui est en état de prêter assistance une option arbitraire entre

deux modes d'assistance dont l'efficacité, selon la nature et les circonstances du péril, peut être différente.

Elle lui fait un devoir d'intervenir par celui-là même de ces deux moyens que la nécessité commande, et même s'il le faut, par leur emploi cumulatif (Daloz, Pénal, v° Abstention fautive, n° 38 et décisions y citées).

En principe, le premier devoir est de fournir personnellement et immédiatement le secours nécessaire à la personne en danger. C'est seulement lorsqu'il est impossible ou manifestement inopportun d'agir personnellement que le débiteur d'assistance peut se borner à faire appel à un tiers pour procurer l'aide nécessaire et, dans ce cas, il appartient au juge d'apprécier, au vu des circonstances de la cause, si le prévenu a judicieusement opté pour l'attitude que les circonstances imposaient impérieusement.

En effet dans certains cas, celui qui est témoin du péril auquel une personne est exposée peut juger utile, pour cette personne elle-même, de ne pas intervenir personnellement et de faire appel à un tiers plus compétent ou plus qualifié.

Si le débiteur estime qu'il a de justes raisons de ne pas intervenir personnellement, il a alors l'obligation de procurer l'aide nécessaire s'adressant dans le plus bref délai possible aux personnes qualifiées pour la fournir (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1961. Jean Constant: La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961, n° 43).

L'obligation de porter secours est une obligation de moyens et non une obligation de résultat. Elle n'est pas subordonnée à son efficacité. Le caractère suffisant d'une intervention ne s'apprécie pas par rapport à son résultat, mais par rapport aux possibilités d'action dont disposait le débiteur de l'obligation d'agir. C'est cette indifférence quant à l'efficacité définitive de l'intervention qui explique que l'assistance soit également due à une personne mourante. Celui qui, pour se dégager de la responsabilité pénale,

invoque le fait que le secours en raison de la gravité des blessures était inefficace, le fait vainement (Daloz, op. cit. n° 65 et décisions y citées).

La faute consiste dans l'abstention révélant l'indifférence, l'égoïsme excessif et sans excuse. Il importe d'agir (Revue de Droit Pénal et de Criminologie: déc. 1961. Jean Constant: La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961, n° 51).

L'intervention doit être suffisante, c.-à-d. apte à faire obstacle à l'infraction, à l'empêcher ou à faire cesser l'état de péril même si elle n'est pas efficace (Daloz, Pénal, v° Abstention fautive, n° 53).

Cette exigence de qualité de l'intervention constitue la limite de la liberté laissée au débiteur de l'obligation, d'agir et de choisir la manière de s'en acquitter (Daloz, Pénal, v° Abstention fautive, n° 54).

Si l'action d'empêcher un crime ou délit contre l'intégrité physique peut être, ou bien matérielle, consistant en une opposition physique à l'infraction, ou bien verbale et consister en un avertissement donné à la victime ou en une dissuasion de l'auteur, il va de soi que la dissuasion verbale est disposée à être jugée insuffisante du seul fait de son échec (Daloz, Pénal, v° Abstention fautive, n° 60).

Le législateur luxembourgeois a d'ailleurs estimé peu souhaitable d'apporter personnellement une aide à quelqu'un si la personne secourant n'est pas en mesure d'apprécier l'utilité du secours à apporter.

En tout cas, il est évident que le choix de l'assistance doit révéler une intention certaine de prendre part au secours, autant qu'il est possible compte tenu de l'aptitude du sauveteur et de la nature du péril (J-CL. Pénal, v° Abstention fautive, n° 151).

Ce qui doit être pris en considération en fin de compte, est plus l'attitude devant la situation apparente que le résultat d'une éventuelle

aide (R.P.D.B., complément VI, v° Abstentions coupables, n° 16).

La conscience de l'existence du péril oblige celui qui est alerté et qui est en mesure d'agir de s'informer plus amplement avant de décider de s'abstenir (J.Cl., art. 223-5 à 223-7, n° 85).

Le mobile du refus d'assistance est indifférent (Les Nouvelles: Crimes et délits contre les personnes, Abstention de porter secours, n° 34).

Il résulte des éléments du dossier répressif et de l'instruction à l'audience que le prévenu n'a strictement rien fait à la suite de ses constatations personnelles. Au contraire, il était sorti le matin du cabaret pour acheter des cigarettes dans un autre local; d'après ses propres déclarations, il a même raconté à la buffetière de ce local qu'ils étaient en train de tabasser le belge, puis il est retourné au cabaret Cuba sans rien faire et sans alerter quelqu'un.

En outre, le fait de se borner à conseiller à la victime de céder aux exigences des maltraitants ne saurait être considéré comme aide efficace.

Il a donc délibérément choisi de ne rien faire.

Aucun risque justificatif de l'inaction du prévenu et exonératoire ne peut être constaté et retenu à sa décharge.

4) L'abstention de fournir une aide volontaire

Le plus souvent, la volonté de ne pas secourir est déduite des circonstances et du comportement de l'individu. Ainsi, un engagement par trop insuffisant peut être considéré comme une manœuvre dilatoire et témoigne de la volonté de ne pas prêter assistance (J.-Cl. Pénal, v° Abstention fautive, n° 208).

Ayant connaissance du péril grave, l'absténant doit, pour être punissable, refuser de manière consciente et volontaire de prêter assistance (Revue de droit pénal et de criminologie: déc. 1983, Jean du Jardin: La

Jurisprudence et l'Abstention de porter secours, p. 972).

La volonté de s'abstenir peut se définir comme la volonté consciente et assumée de ne pas agir en présence d'une situation qui réclame le contraire (Daloz, Pénal, v° Abstention fautive, n° 135).

Celui qui ne s'est pas mépris sur l'existence d'un péril ou d'un risque et qui s'abstient d'intervenir a eu nécessairement un comportement intentionnel consistant dans la volonté de ne pas intervenir (Daloz, Pénal, v° Abstention fautive, n° 136). Il y a encore lieu de relever qu'une erreur de fait factice ou fautive ne saurait être retenue à décharge de l'auteur de l'abstention.

L'abstention de celui qui savait qu'autrui était exposé à un péril ou à un risque est nécessairement volontaire (Daloz, Pénal, v° Abstention fautive, n° 141).

..., en refusant de tirer les conséquences qui s'imposaient au vu de ses constatations personnelles, a manifestement et consciemment refusé d'intervenir personnellement et a choisi de rester passif, sans solliciter l'intervention de la Police ou d'autres personnes. Il s'est également abstenu de procurer une quelconque aide à ... Il résulte encore du dossier qu'il ne s'est même pas enquis du péril qu'encourait ... et dont il avait connaissance.

Sa volonté de ne pas intervenir personnellement ou par personne interposée est dès lors manifeste.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 4.06.2003 – Jugement criminel – N° 1438/2003 (Ch. crim. n° 11/2003)

Observation: Le jugement reproduit par extraits est confirmé par un arrêt de la Cour du 30 mars 2004 (Chambre criminelle, n° 11/2004).

La Cour se rallie aux raisonnements des premiers juges en précisant que:

«Par torture, on entend "tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une

personne” (Convention de New York contre la torture du 10 décembre 1984). La Cour européenne des droits de l'homme a apporté certaines précisions à cette définition en retenant, entre autres, le critère de durée du traitement (“violences répétées et prolongées au cours d'une garde à vue” voir: CEDH 28.07.99 Selenoumi c/ France).

Ainsi, l'élément matériel du crime de torture consiste dans la commission d'un acte occasionnant à la victime une douleur ou une souffrance aiguë, acte qui doit par conséquent être d'une gravité certaine dépassant les simples violences, et qui par sa nature, son intensité, sa répétition ou les circonstances dans lesquelles il

est accompli, cause à la victime une souffrance insupportable.

En l'espèce, il est constant que ... avait été soumis à des sévices corporels d'une extrême gravité ainsi que cela résulte du rapport de l'expert ... et des photos prises de la victime peu de temps après les faits. Ces violences, pour briser la résistance de la victime, avaient été exercées pendant plusieurs heures en partie avec une matraque et une serviette mouillée, ..., chaque fois qu'il s'évanouissait de douleur, étant ranimé par de l'eau glacée.»

**Tribunal d'arrondissement
de Luxembourg**
13 Juillet 2004

**Délit d'initié – Article 2 de la loi du 3 mai 1991 sur les opérations d'initiés –
Eléments constitutifs**

L'article 2 de la loi du 3 mai 1991 sur les opérations d'initiés interdit aux personnes «qui en raison de leur qualité de membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de l'émetteur, ... ou parce qu'elles ont accès à une information en raison de l'exercice de leur travail, de leur profession ou de leurs fonctions, disposent d'une information privilégiée, d'acquérir ou de céder pour compte propre, ... directement ... les valeurs mobilières de l'émetteur ... concerné par cette information, en exploitant en connaissance de cause cette information privilégiée».

Le prévenu fait valoir qu'en tout état de cause, l'opération de vente du 21 février 2001 ne saurait tomber sous l'interdiction prévue par la loi puisque l'information relative à la fusion des trois sociétés X., A. et Y. aurait été rendue publique en date du 19 février 2001, partant antérieurement à la vente des actions.

L'article 2 de la loi du 3 mai 2001 interdit l'achat et la vente de valeurs mobilières à toute personne disposant d'une information privilégiée sur ces titres « en exploitant en connaissance de cause cette information privilégiée ».

Si certes la vente des actions par le prévenu a eu lieu après l'annonce publique de la fusion, de sorte que son information n'avait plus le caractère d'information privilégiée à cette date, cette vente fait néanmoins partie de l'exploitation par le prévenu de l'information privilégiée dont il disposait à l'achat des actions. La vente des actions constitue l'aboutissement de l'opération et en tant que telle elle fait partie de l'exploitation en connaissance de cause de l'information privilégiée. Cet argument du prévenu ne saurait partant valoir.

En ce qui concerne la qualité du prévenu dans la société A., il résulte des éléments du dossier que le prévenu était responsable du département des relations investisseurs au sein de cette entreprise. Il ne résulte pas des éléments du dossier que le prévenu faisait partie de l'organe de direction de cette société au sens du droit des sociétés. Il ne saurait partant lui être reproché d'avoir enfreint la loi du 3 mai 1991 en sa qualité de membre de la direction de la société A.

L'infraction reprochée au prévenu doit partant être analysée dans le cadre de la prohibition de l'utilisation d'une information privilégiée à laquelle une personne a eu accès dans le cadre de l'exercice de son travail.

Quant aux caractéristiques de l'information privilégiée, l'article 1^{er} de la loi du 3 mai 1991 en donne la définition suivante: "une information qui n'a pas été rendue publique,

qui a un caractère précis et concerne un ou plusieurs émetteurs de valeurs mobilières ou une ou plusieurs valeurs mobilières et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours de cette ou de ces valeurs mobilières".

De ce texte se dégagent quatre conditions pour qu'une information puisse être considérée comme privilégiée, à savoir:

- *le caractère non public de l'information*
- *son caractère précis*
- *elle doit concerner un ou plusieurs émetteurs de valeurs mobilières ou une ou plusieurs valeurs mobilières et*
- *être susceptible d'influencer de façon sensible le cours de cette ou des valeurs mobilières.*

Quant à la première condition, le prévenu ne conteste pas avoir eu connaissance des négociations en vue d'une éventuelle fusion entre les trois entreprises X., A. et Y. au plus tard au début du mois de décembre 2000. Il ne conteste pas s'être rendu compte qu'il s'agissait d'une information confidentielle, non publique et à laquelle seulement quelques personnes avaient accès.

Le prévenu conteste le caractère précis de cette information.

Il fait valoir qu'il aurait uniquement été mis au courant de l'information générale que des négociations en vue d'une fusion entre les trois entreprises étaient menées au plus haut niveau, mais il n'aurait pas eu accès aux détails du contenu de ces négociations, ni à l'évolution de ces négociations.

Les auteurs de doctrine, ainsi que le commentaire des articles relatif au projet de loi ayant abouti à la loi du 3 mai 1991 définissent le caractère précis d'une information en l'opposant à une simple rumeur ou une pure supputation (Th. AFSCHRIFT, V.-A. DE BRAUWERE: Manuel de droit pénal financier, Kluwer, n° 838; Documents parlementaires n° 3389, commentaire des articles, p. 4). Ce critère est censé écarter des informations trop générales. L'initié doit être détenteur d'une information

ayant une certaine substance, une certaine spécificité et un certain contenu tout en devant pas atteindre une certitude absolue (Th. AFSCHRIFT, V.-A. DE BRAUWERE, op. cit.).

L'information dont disposait le prévenu en l'espèce était relative au projet de fusion entre trois entreprises. L'information avait été communiquée au prévenu par son supérieur hiérarchique, Elle lui a été communiquée afin qu'il participe à l'analyse de la faisabilité de cette opération, plus précisément il lui était demandé d'analyser l'impact qu'une telle fusion pouvait avoir sur les investisseurs de la société A. L'information dont disposait le prévenu dépassait partant la simple rumeur.

Le prévenu a participé à trois réunions qui étaient liées au projet de fusion. Même s'il n'a pas été possible de déterminer le contenu exact de ces réunions, il n'est pas contesté que ces réunions ont été organisées dans le cadre du projet de fusion et que le projet de fusion en constituait le sujet de discussion. Le tribunal est d'avis qu'il est irrelevant que le prévenu n'a pas eu accès à toutes les informations relatives à l'opération de fusion et quant à sa faisabilité, du moment que les informations dont il disposait avaient une certaine teneur. Au vu du travail auquel le prévenu participait, il savait que le projet de fusion était toujours en discussion et il avait des informations sur le contenu du projet et sur son évolution, du moins pour autant que son activité était en cause. L'information dont il disposait avait partant une certaine consistance et doit être qualifiée de ce point de vue de suffisamment précise pour tomber dans le champ d'application de l'article 1^{er} de la loi du 3 mai 1991.

Le prévenu conteste le caractère précis de l'information du point de vue de la certitude de la réalisation de l'opération. Il fait valoir que ce genre d'opération est lié à un nombre considérable d'aléas, de sorte qu'il ne serait jamais possible de dire si elle va effectivement se réaliser, avant la signature définitive de l'accord.

L'information visée par la loi du 3 mai 1991, si elle doit être précise, ne doit pas être

certaine. Si la notion de précision implique l'existence d'un projet suffisamment défini entre les parties pour avoir des chances raisonnables d'aboutir, il importe peu en revanche qu'il existe des aléas, inhérents à toute opération de cette nature, quant à la réalisation effective de ce projet (Cour d'appel de Paris 26 mai 1993, Bull. Joly Bourse, 1993, p. 579 cité dans: Th. AFSCHRIFT, V.-A. DE BRAUWERE, op. cit., n° 839).

(...)

Le prévenu ne conteste pas la troisième condition exigée par l'article 1^{er} de la loi du 3 mai 1991, mais il fait valoir que l'information dont il disposait n'aurait pas été susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours de la société A. Il fait valoir qu'antérieurement au projet de fusion avec les sociétés X. et Y., il aurait existé un certain nombre d'autres projets de rapprochement entre la société A. et d'autres sociétés. Ces projets auraient été connus du public sans que cela n'ait eu une quelconque incidence sur le cours de l'action A. D'ailleurs, la société A. aurait inséré dans les brochures relatives à la présentation, sous la rubrique «external growth», la remarque suivante: «opportunities under review or in negotiation», ne cachant partant pas elle-même ses intentions.

Le tribunal estime que l'argumentation du prévenu n'est pas convaincante. Il faut en effet préciser que le texte de l'article 1^{er} de la loi du 3 mai 1991 parle d'une information «susceptible d'influencer de façon sensible le cours de cette action». L'influence sur le cours ne doit partant pas se réaliser pour que le délit prévu par la loi soit constitué. Il faut seulement que l'information soit susceptible d'influencer de façon sensible ce cours. (...)

Le prévenu fait ensuite valoir que la connaissance dans son chef du projet de

fusion n'aurait pas été déterminante dans sa décision d'acquérir les actions A. à la fin du mois de janvier 2001. En effet, en sa qualité d'analyste financier, il aurait suivi le cours de l'action A. depuis un certain temps et il aurait constaté que la presse spécialisée accordait un certain potentiel à ce titre. Ce seraient ces informations qui l'auraient amené à acheter les actions A. au mois de janvier 2001.

L'argument du prévenu n'est pas pertinent en droit, ni établi en fait.

En droit, il n'est pas requis que l'information privilégiée ait été déterminante (Th. AFSCHRIFT V.-A. DE BRAUWERE, op. cit., n° 847).

(...)

Le prévenu voudrait faire découler l'absence d'intention frauduleuse dans son chef du montant relativement faible de l'acquisition qu'il a réalisée et du fait qu'il a déclaré la plus-value au fisc.

Le tribunal est d'avis que ces éléments ne sont pas pertinents. D'une part, l'absence de transactions portant sur un montant important ne fait pas automatiquement conclure à l'absence d'intention frauduleuse dans le chef du prévenu. Le nombre peu important d'actions acquises peut reposer sur des motifs multiples, notamment l'espoir du prévenu que cette opération de peu d'ampleur n'attire pas l'attention. Le fait par ailleurs que le prévenu ait quelques mois plus tard déclaré l'opération au fisc, n'est pas de nature à influencer sur l'appréciation de son intention au moment d'acquérir les actions.

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg
– 13.07.2004 – Chambre correctionnelle

Droit administratif

Cour administrative

23 Septembre 2004

Procédure administrative contentieuse – Représentation des parties devant la Cour administrative – Matière fiscale – Représentation par un expert comptable ou un réviseur d'entreprises possible uniquement devant le tribunal administratif – Ministère d'avocat à la Cour obligatoire devant la Cour administrative

Contrairement aux dispositions de l'article 2, deuxième alinéa du paragraphe (1) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, suivant lesquelles les justiciables peuvent se faire représenter ou assister notamment par un réviseur d'entreprises, dûment autorisé à exercer sa profession, devant le tribunal administratif appelé à connaître d'un recours en matière de contributions directes, une telle disposition

légale n'est pas prévue au titre des recours à introduire devant la Cour administrative, de sorte qu'en conformité avec l'article 39, paragraphe (4) de la loi précitée du 21 juin 1999, les requêtes d'appel ne peuvent être signées que par un avocat à la Cour, voire par le délégué du Gouvernement au cas où c'est l'Etat qui interjette appel. Il s'ensuit qu'un réviseur d'entreprises n'est pas admis à représenter ou à assister un contribuable ayant soumis à la Cour administrative une requête d'appel dirigée contre un jugement du tribunal administratif, de sorte qu'un tel réviseur d'entreprises ne saurait être admis à soumettre des explications orales à la juridiction en question. Il s'ensuit que la Cour doit faire abstraction des observations orales fournies par Monsieur (...) lors de l'audience des plaidoiries.

Cour administrative – 23.09.2004 –
N° 17420 C du rôle

Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel

19 Juin 2003

Licenciement – Acte unilatéral – La date à prendre en considération est celle à partir de laquelle de licenciement est devenu irrévocable

A. a été engagé par contrat du 1^{er} février 1998 et l'employeur B. l'a licencié par courrier recommandé du 29 mai 2000 avec un préavis de deux mois, les motifs de son congédiement lui ayant été communiqués par courrier de l'employeur du 29 juin 2000.

Le salarié conteste «le licenciement et, avant tout, le motif de licenciement». Il prétend d'abord que l'employeur ferait, à tort, dans la lettre du 29 mai 2000, état d'une absence continue de 26 semaines de A. pour raison d'incapacité de travail. A. aurait été absent à la suite d'un accident du travail survenu le

1^{er} décembre 1999 et la 26^e semaine serait, en réalité, venue à expiration non pas le 28 mai 2000, mais seulement le mercredi 31 mai 2000. Il n'y aurait donc pas eu absence ininterrompue de sa part pendant 182 jours à la date du 29 mai 2000 et l'employeur n'aurait pas été en droit de le licencier en se basant sur cette possibilité prévue par la loi.

(...)

La société B. soutient que le licenciement du 29 mai 2000 serait régulier. Ayant pris effet le 1^{er} juin 2000, il serait manifestement intervenu en dehors de la période de protection de l'article 35(3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail. (...)

La société B. réplique avec insistance que le licenciement serait régulier, alors que la lettre de licenciement aurait été postée le 29 mai 2000 et que le licenciement n'aurait pris effet

que le 1^{er} juin 2000, soit après vingt-six semaines d'incapacité de travail du salarié. (...)

A. maintient qu'il a été licencié en période de maladie, la date à prendre en considération étant celle du 29 mai et non pas celle du 1^{er} juin 2000.

Le congé, acte unilatéral, une fois donné, échappe à la volonté de son auteur. Pour apprécier la régularité du congé au regard de la disposition de l'article 35(3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, il faut

donc prendre en considération la date à partir de laquelle il est devenu irrévocable. Cette date est, en l'espèce, celle de la remise à la poste de la lettre de licenciement, soit de l'aveu même de la société B., le 29 mai 2000. Le tribunal du travail a donc, pour de justes motifs, auxquels il convient de renvoyer pour le surplus, conclu au caractère abusif du licenciement de A. (...)

Cour d'appel – 19.06.2003 – 3^e Chambre – Appel en matière de droit du travail – N° 27084 du rôle

Cour d'appel

6 Mai 2004

Droit du travail – Point de départ du délai de préavis – Jour de réception (oui)

Quant au point de départ du délai de préavis, l'article 20(3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail figurant sous la rubrique "Forme du licenciement et délais de préavis" dispose que «les délais de préavis (...) prennent cours à l'égard du salarié:

- le quinzième jour du mois de calendrier au cours duquel la résiliation a été notifiée lorsque la notification est antérieure à ce jour,*
- le premier jour du mois de calendrier qui suit celui au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est postérieure au quatorzième jour du mois».*

En application de ce texte, le jour de la notification de la résiliation est le jour où le salarié a reçu la lettre de licenciement ou le jour où il a été avisé par la poste de l'envoi du courrier recommandé.

Il est certes exact que le licenciement, acte unilatéral et indépendant de la volonté du destinataire, est réalisé et sort ses effets au moment où l'employeur a définitivement et irrévocablement manifesté sa volonté de rompre les relations de travail par la mise à

la poste de la lettre de congédiement. Cependant, contrairement à l'argumentation de la Commune de Rambrouch, la mise à la poste du recommandé ne fait que conférer le caractère définitif à la décision de congédiement prise par l'employeur qui ne peut désormais plus y revenir, mais est sans effet sur le point de départ du délai de préavis qui se trouve réglé par l'article 20(3) précité.

En l'espèce, la lettre de licenciement datée au 30 novembre 1999 a été postée le même jour, de sorte que la salariée n'a pu la recevoir qu'au plus tôt le 1^{er} décembre 1999.

Il s'ensuit que le délai de préavis a pris cours à l'égard de la salariée le 15 décembre 1999 pour expirer le 14 février 2000.

Cour d'appel – 6.05.2004 – 8^e Chambre – N° 27621 du rôle

Note: Cette décision, qui condamne une certaine pratique du marché (celle d'expédier la lettre de licenciement la veille du jour de prise d'effet du délai de préavis), nous semble justifiée en droit.

En effet, l'article 20(3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail dispose que les délais de préavis prennent cours à l'égard du salarié:

- le 15^e jour du mois de calendrier au cours duquel la résiliation a été notifiée lorsque la notification est antérieure à ce jour;*
- le 1^{er} jour du mois de calendrier qui suit au cours duquel la résiliation a été notifiée,*

lorsque la notification est postérieure au 14^e jour du mois.

La notification a été définie comme étant la "formalité par laquelle un acte extrajudiciaire, un acte judiciaire ou un jugement est porté à la connaissance des intéressés" (Lexique de termes juridiques, DALLOZ).

Afin que le délai de préavis puisse dès lors prendre effet, il faut établir que le licenciement a été porté à la connaissance de l'intéressé, et il n'est pas suffisant d'avoir prouvé que l'employeur a, à une date déterminée, expédié sa lettre de licenciement.

L'article 170 du Nouveau Code de procédure civile, relatif aux notifications et convocations faites par le greffe par courrier recommandé, renvoie aux paragraphes (2) à (8) de l'article 102 du Nouveau Code de procédure civile.

Or, l'article 102 du Nouveau Code de procédure civile dispose que lorsque le destinataire est une personne morale, la remise en mains propres au destinataire est réputée faite lorsque le pli est délivré à son représentant, tout en précisant que si le destinataire refuse d'accepter la lettre recommandée, la notification sera réputée faite le jour de la présentation de la lettre recommandée au destinataire.

Enfin, l'article 102 (6) du Nouveau Code de procédure civile dispose que dans les cas, et notamment lorsque le destinataire n'a pas pu être trouvé sur place, la notification sera réputée faite le jour du dépôt de l'avis par l'agent des Postes.

Il résulte dès lors de ces dispositions légales que c'est la date à laquelle la lettre de licenciement a été délivrée, respectivement où toutes les démarches ont été entreprises afin de procéder à la délivrance de la lettre de licenciement, qui est déterminante.

L'arrêt du 6 mai 2004 est d'ailleurs conforme à une jurisprudence antérieure (Cour Supérieure de

Justice, 21 décembre 1995, n° 17040 du rôle, KONICA BUSINESS MACHINES BELGIUM c/ BORMANN, publié in: Marc FEYEREISEN, «*Droit du Travail au Grand-Duché de Luxembourg*», édition octobre 2003, page 63) qui a abouti à la même conclusion en relation avec le délai qui est imposé à l'employeur pour énoncer les motifs.

En effet, l'article 22(2) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail renvoie également à la date de notification de la demande de communication des motifs pour ce qui concerne le début du délai d'un mois qui est imparti à l'employeur pour communiquer les motifs à la base du licenciement.

Nous pensons que les différents délais en relation avec un licenciement doivent dès lors être calculés comme suit:

- lettre de licenciement: le jour où le salarié a reçu la lettre de licenciement, respectivement où il a été avisé par la poste de l'envoi du courrier recommandé, est pris en compte pour la détermination du début de la période de préavis;
- demande de motifs: délai d'un mois commence à courir à charge du salarié à partir du jour où il a reçu la lettre de licenciement, respectivement du jour où il a été avisé par la poste de l'envoi du courrier recommandé; le salarié peut expédier sa demande de communication des motifs le dernier jour du délai;
- communication des motifs: le délai d'un mois à charge de l'employeur commence à courir à partir du jour où il a reçu la demande de motifs, respectivement le jour où il a été avisé par la poste de l'envoi de la demande de motifs par courrier recommandé; l'employeur peut expédier sa communication de motifs le dernier jour du délai. – A.M.

Cour administrative

23 Septembre 2004

Droit fiscal international – Convention contre la double imposition entre le Luxembourg et l'Espagne – Crédit d'impôt étranger – Imputation sur l'impôt luxembourgeois

Par jugement rendu le 4 février 2004, le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement, a déclaré le recours irrecevable omisso medio dans la mesure des moyens non exposés dans la réclamation adressée au directeur de l'Administration des contributions directes, l'a reçu en la forme pour le surplus et dans cette mesure, l'a déclaré non justifié et en a débouté l'actuelle appelante.

(...)

Quant au reproche invoqué par l'actuelle appelante portant sur le fait que l'administration aurait refusé le « grossing-up » du revenu, technique consistant à recalculer à la hausse un revenu fictif, en raison de la retenue à la source correspondant au montant des impôts espagnols supposés prélevés sur les revenus de source espagnole, à savoir les intérêts, le tribunal administratif a constaté, après avoir analysé les articles 24, paragraphe 1^{er}, sous-paragraphes b), e) et f) et 11, paragraphe 3, point b) de la Convention, que les dispositions en question ne prévoient pas expressément de « grossing-up » des revenus de source espagnole, c'est-à-dire que ces dispositions, et en particulier l'article 24, paragraphe 1^{er}, sous-paragraphes e) et f), ne prévoient pas d'obligation pour l'Administration des contributions directes de procéder à un recalcul à la hausse des revenus de source espagnole afin d'obtenir un revenu fictif brut.

(...)

A l'appui de sa requête d'appel, l'appelante critique le jugement entrepris dans la mesure où il a refusé l'application de la méthode du

«grossing-up», en lui reprochant plus particulièrement d'avoir opté pour une méthode d'interprétation des dispositions afférentes de la Convention qui serait la plus favorable pour l'administration, en rejetant celle qui serait plus favorable au contribuable. Elle reproche encore aux premiers juges de ne pas avoir tenté de rechercher les véritables intentions ayant été à la base de la négociation de la Convention, leur reproche d'avoir préféré une interprétation stricte des dispositions de la Convention par rapport à une interprétation téléologique de celle-ci et les critique du fait d'avoir refusé de se référer à des dispositions similaires comprises dans d'autres conventions de non double imposition conclues par le Luxembourg afin de mieux pouvoir interpréter celles contenues dans la Convention. L'appelante propose donc de faire application de la méthode de calcul dite du «grossing-up» consistant à partir du montant net, ledit montant étant considéré comme ayant supporté l'impôt au taux de 10%. Cette méthode de calcul aurait pour conséquence de faire le « grossing-up » au taux de 15% par rapport au montant net correspondant à 85% du montant avant impôt (donc de 100). Pour justifier ses conclusions, l'appelante propose de faire application d'une approche comparative en comparant les dispositions afférentes de la Convention avec celles contenues dans d'autres conventions de non double imposition, notamment celles conclues avec Singapour et le Maroc.

(...)

Le tribunal administratif a encore retenu à bon droit que conformément au principe selon lequel les exceptions, en ce compris les fictions qui constituent par définition des exceptions, sont d'interprétation stricte, c'est-à-dire que le juge doit les appliquer dans le sens d'une restriction de leur portée par opposition à une interprétation large voire extensive, consistant à aller dans le sens d'un élargissement de leur portée, les termes utilisés par les dispositions précitées de la Convention, dans la mesure où ils ont pour objet de permettre

au contribuable luxembourgeois de profiter d'une exonération d'impôt sur base d'une retenue fictive en Espagne, sont à interpréter restrictivement.

(...)

Au vu des conclusions ci-avant retenues, la Cour ne saurait suivre l'argumentation développée par l'appelante tendant à faire analyser les « véritables intentions » qui se seraient trouvées à la base de la Convention, à préférer une interprétation téléologique des dispositions afférentes de la Convention par rapport à une interprétation stricte retenue à bon droit par les premiers juges et à comparer le texte de la Convention avec des dispositions similaires contenues dans d'autres conventions de non double imposition conclues le cas échéant postérieurement à la Convention conclue entre le Luxembourg et l'Espagne, étant donné que, tout d'abord, chaque convention de ce type constitue un corps de règles autonome qui ne saurait faire l'objet d'une interprétation par rapport à des dispositions contenues dans d'autres conventions du même type et, d'autre part, les règles contenues dans la Convention, par rapport à la question de droit dont ont été saisies les juridictions administratives, sont claires et précises de sorte à ce qu'il n'y a pas lieu de se référer à d'éventuels travaux préparatoires pour en éclaircir le sens et la portée exacts, d'autant plus que de simples travaux préparatoires ne sauraient avoir une valeur supérieure aux termes figurant d'une manière expresse dans le texte de la Convention. Il y a encore lieu de rappeler dans ce contexte, ensemble avec les premiers juges, que le principe d'interprétation restrictive des dispositions d'exception, telles celles en l'espèce, s'oppose aux méthodes d'interprétation suggérées par l'appelante.

Cour administrative – 23.09.2004 – N° 17721
du rôle

Observations: Dans cette affaire, le contribuable avait reçu des intérêts de source espagnole. Il reprochait, schématiquement, deux points à l'administration fiscale, à savoir le fait que le crédit d'impôt espagnol ne pouvait être imputé contre l'impôt commercial communal et la façon avec laquelle le montant de l'impôt espagnol

imputable sur l'impôt luxembourgeois était calculé.

Sur le premier point, la non-imputation du crédit d'impôt espagnol contre l'impôt commercial communal, il faut savoir que l'administration fiscale considère que les crédits d'impôt ne sont imputables que contre l'impôt sur le revenu des collectivités. Le contribuable, en revanche, soutenait que dans la mesure où l'impôt commercial communal était également couvert par la convention fiscale entre le Luxembourg et l'Espagne et que l'article sur l'élimination des doubles impositions n'excluait pas spécifiquement une imposition contre l'impôt commercial communal, une telle imputation devait être possible. Malheureusement dans sa réclamation initiale, le contribuable n'avait protesté que contre le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités sans réclamer contre le bulletin d'impôt commercial communal spécifiquement. Pour cette raison, sa demande devant le juge administratif tendant à l'imputation de l'impôt espagnol contre l'impôt commercial communal était irrecevable, dans la mesure où sa réclamation ne visait pas le bon bulletin d'imposition.

Quant au second point en litige, la convention fiscale avec l'Espagne accorde dans certains cas un crédit d'impôt fictif. Par ce mécanisme, le Luxembourg considère que le contribuable est en droit de créditer contre l'impôt luxembourgeois un certain montant pour tenir compte d'un impôt qui est censé avoir été prélevé en Espagne, alors qu'en réalité l'Espagne n'a pas appliqué une telle retenue à la source. Un tel crédit d'impôt fictif vise à favoriser les investissements dans le pays en question, dans la mesure où il réduit la charge fiscale du contribuable au Luxembourg. Le contribuable est donc mieux traité au plan fiscal sur les intérêts de source espagnole que sur des intérêts provenant d'un pays dont la convention fiscale avec le Luxembourg ne prévoit pas de crédit d'impôts fictif. On retrouve ce type d'incitations fiscales dans certaines conventions fiscales avec des pays en voie de développement (Tunisie, Vietnam) ou qui l'étaient à la rigueur lors de la conclusion de la convention (comme l'Espagne, où la convention date de 1986). Schématiquement, le crédit d'impôt fictif n'est accordé que sur le revenu effectif du contribuable, après déduction de l'ensemble des charges exposées par le contribuable pour l'acquiescer.

Pareillement, le maximum de crédit d'impôt fictif ne doit pas être calculé en dehors, c'est-à-dire comme si le revenu encaissé par le contribuable

constituait un revenu net dont une retenue à la source étrangère aurait déjà été déduite. Le contribuable aurait donc pu bénéficier d'un crédit d'impôt plus important. Il aurait alors calculé son impôt luxembourgeois en partant du revenu effectivement encaissé, diminué des charges en rapport avec ce revenu. De ce résultat, il aurait pu déduire le crédit d'impôt fictif calculé en-dehors. Par exemple, en supposant un crédit d'impôt fictif de 10%, aucune retenue à la source réelle et un revenu net de 1.000, un calcul en

dehors aboutirait à un crédit d'impôt de 111, alors que l'administration, confirmé en l'espèce par les juges, n'accorde qu'un crédit de 100. Dans ses commentaires des conventions fiscales, l'administration applique notamment la méthode retenue par le juge à propos de la convention brésilienne (voir Code fiscal volume 1a). – *Jean SCHAFFNER*



Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

Les sommaires publiés 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 2002, n° 24725 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 consoeurs 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.

Le comité de rédaction du Bulletin se compose de

Me Pierre REUTER,
Me Marc THEWES,
Me Albert MORO,
Me Claudine ERPELDING,
Me Pierre SCHLEIMER,
Me Pierre BEISSEL,
Me Corinne LAMESCH,
Mme Carole KUGENER,
Me Marc ELVINGER et
Me Alex ENGEL.

Secrétariat du comité de rédaction: M. Emmanuel SERVAIS

Les lecteurs qui souhaiteraient 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.