A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, trois décembre deux mille huit.

Numéro 33651 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Patrick KELLER, greffier.

E n t r e :

A,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg en date du 26 mars 2008,

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

C, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimées aux fins du prédit exploit FUNK,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

La société anonyme D a pratiqué une saisie-arrêt sur les fonds détenus par A auprès de la Banque E en date du 5 décembre 1997. Cette saisie a été suivie d'une dénonciation de la saisie-arrêt avec assignation en validité par exploit d'huissier de justice du 9 décembre 1997. La saisissante a également déposé plainte contre A entre les mains du juge d'instruction le 27 novembre 1997 pour faux, usage de faux, vol domestique, abus de confiance et escroquerie.
Actuellement les sociétés B et C poursuivent les procédures engagées par la société anonyme D se déclarant subrogées dans les droits et actions de celle-ci.

Par requête du 20 juin 2006, A invoque la péremption d'instance pour discontinuation des poursuites depuis plus de trois ans.
Il soutient que l'existence d'une instance pénale ne ferait pas obstacle, à elle seule, à l'accomplissement de diligences dans une instance civile qui n'a pas donné lieu à une décision de sursis à statuer.
Les sociétés défenderesses, de leur côté, font état des courriers adressés au magistrat-instructeur afin de relancer la procédure et de voir clôturer l'instruction. Elles estiment que l'article 542 du NCPC trouverait à s'appliquer en l'espèce et que la plainte pendante chez le juge d'instruction serait à considérer comme une instance portée devant une autre juridiction qui se rattacherait à la première instance par un lien de dépendance direct et nécessaire et que dès lors celle-ci, ainsi que les courriers adressés au juge d'instruction compétent, auraient valablement interrompu le délai de la péremption.

Statuant sur cette demande, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 31 janvier 2008, déclaré la demande non fondée au motif que le demandeur aurait lui-même interrompu le délai de la péremption le 19 juin 2006 en constituant un nouvel avocat en la personne de Maître Jean-Paul NOESEN en remplacement de Maître Marc BADEN.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 21 mars 2008, pour entendre faire droit à sa demande en péremption.
Il fait valoir que la constitution de nouvel avocat avait pour but, non de poursuivre l'instance, mais au contraire de soulever la péremption ; qu'il avait des divergences d'opinion avec le premier avocat constitué et que celui-ci refusait de maintenir le mandat.

Comme le jugement entrepris du 31 janvier 2008 n'a pas été signifié, le délai d'appel n'a pas commencé à courir. L'appel est par conséquent recevable.

L'appelant soutient à juste titre que la nouvelle constitution d'avocat du 19 juin 2006 n'avait pas pour effet d'interrompre le délai de la péremption.

Il a été jugé en ce sens que la constitution d'avoué par la partie adverse manifeste sa volonté de faire avancer l'instance (Cass. 2e civ., 22 févr. 2007 : Juris-Data n° 2007-037477), mais que par contre le changement d'avoué, n'étant pas de nature à faire progresser l'affaire, ne constitue pas une diligence interruptive de la péremption d'instance (Cass. 2e civ., 18 janv. 2007, n° 05-21.034, P+B : Juris-Data n° 2007-036924) ; que ni la constitution d'un avocat en remplacement d'un précédent conseil ni la demande en rétablissement de la procédure non accompagnée de nouvelles conclusions sur le fond ne constituent des diligences de nature à faire progresser l'affaire, de sorte qu'elles n'ont pas d'effet interruptif (Cass. 2e civ., 7 juin 2007 : Juris-Data n° 2007-039277).
Il ne suffit pas que l'une des parties manifeste l'intention de s'intéresser au procès, une velléité subjective n'étant pas interruptive. Il faut en réalité que, de façon objective, les initiatives procédurales réalisent une avancée concrète vers la solution du litige.
Cette solution s'impose d'autant plus en l'espèce que l'appelant n'avait procédé à une nouvelle constitution d'avocat que dans le seul but d'invoquer la péremption d'instance. La volonté de se prévaloir de la péremption dès la nouvelle constitution d'avocat est suffisamment prouvée par la circonstance que l'appelant avait notifié sa requête en péremption à l'avocat adverse dès le 20 juin 2006, soit le lendemain de la constitution d'avocat.

C'est cependant à tort que l'appelant soutient que l'existence d'une instance pénale ne ferait pas obstacle, à elle seule, à l'accomplissement de diligences dans une instance civile qui n'a pas donné lieu à une décision de sursis à statuer.
Si la Cour de Cassation française décide que *« l'existence d'une instance pénale ne dispense pas d'accomplir les diligences interruptives de péremption dans une instance civile qui n'a pas donné lieu à une décision de sursis à statuer* » (Cour de cassation 1re ch. civ. 2 mars 2000, n° pourvoi 98-15.527, numéro JurisData **:** 2000-000936), c'est en application de l'article 392 du NCPC français suivant lequel seule une décision de sursis prise par la juridiction saisie peut suspendre le délai de prescription. En revanche, la décision du magistrat de la mise en état de procéder à des renvois successifs en attendant l'issue d'une procédure pénale en cours ne saurait suspendre le délai de péremption dès lors qu'aucune décision de sursis n'est intervenue (Civ. 2e 28 mai 1990, Bull. civ. II, n°119 ; 10 mai 1991, Bull. civ. II, n°134 ; Civ. 2e 21 janvier 1987, Bull. civ. II, n°20 ; observations critiques Perrot, RTDC 1991, p.801).
Cependant, en l'absence de disposition dans le NCPC luxembourgeois correspondant à celle de l'article 392 du NCPC français, les solutions dégagées par la jurisprudence française sur base de ce texte ne sauraient être transposées telles quelles en droit luxembourgeois. Il y a partant lieu de raisonner à partir du droit commun.

Il est admis que le cours de la péremption est suspendu par des obstacles juridiques qui s'opposent momentanément à la continuation de l'instance ainsi que par des évènements de force majeure qui rendent toute poursuite impossible (Répertoire Dalloz 1956, v° péremption d'instance, n° 125 et

ss.). Ainsi la péremption est couverte lorsqu'il est impossible de suivre l'instance à raison d'une question préjudicielle à faire trancher, d'une demande incidente à faire juger préalablement ou lorsque l'instance dans laquelle la péremption est demandée dépend de la solution d'une autre instance entre les mêmes parties (Glasson et Tissier, 3e éd. T. 2, 1926, p. 627). Or tel est précisément le cas en l'espèce, puisque la demande dont est saisi le tribunal civil dépend du résultat de la plainte avec constitution de partie civile formée le 27 novembre 1997 entre les mains du juge d'instruction par D contre son ex directeur A. Cette plainte avec constitution de partie civile porte en effet sur les faits mêmes qui sont à l'origine de la créance dont se prévaut l'intimée dans la procédure de saisie-arrêt. La suite donnée à la plainte avec constitution de partie civile est de nature à influer sur la décision susceptible d'être prononcée par le juge civil. En conséquence, l'action publique ayant été régulièrement mise en mouvement par la partie civile, l'article 3, alinéa 2, du code d'instruction criminelle impose, en application de la règle que le criminel tient le civil en état, que l'action civile, poursuivie séparément de l'action publique, soit tenue en suspens tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur celle-ci. Le susdit article 3 tend à éviter une contrariété des jugements civil et pénal ; il est d'ordre public et doit être suppléé d'office par le tribunal civil.
Il s'ensuit que l'instance civile est suspendue dès la mise en mouvement de l'action publique sans qu'une décision de sursis soit nécessaire. Comme le délai triennal de la péremption n'a plus couru depuis le 27 novembre 1997, date de la plainte avec constitution de partie civile, la demande en péremption d'instance est mal fondée.
Superfétatoirement, même à supposer que l'action publique n'entraîne pas la suspension du délai de la péremption, quod non, il y aurait encore lieu de constater que la partie civile a régulièrement interpelé les juges d'instruction successivement en charge du dossier afin de les inviter à accélérer l'instruction de la plainte. Ces courriers des 5 et 9 octobre 2000, 17 octobre 2001, 6 novembre 2001, 28 octobre 2002, 7 janvier 2004, 29 mars 2005, 25 octobre 2005 et 12 octobre 2007, constituent des diligences destinées à faire avancer l'action publique. Ces démarches, bien qu'accomplies pour faire aboutir l'action publique, interrompent également le délai de la péremption de l'instance civile étant donné qu'il existe entre les deux instances pendantes "un lien de dépendance direct et nécessaire".

Le jugement entrepris est par conséquent à confirmer encore que ce soit pour d'autres motifs.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel recevable ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

condamne l'appelant aux frais et dépens de l'instance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.