

Arrêt N° 454/12 V.
du 16 octobre 2012
(Not. 8468/03/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du seize octobre deux mille douze l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

1. P.1.), né le (...) à (...) (D), demeurant à D-(...)

2. P.2.), né le (...) à (...) (D), demeurant à D-(...)

prévenus et défendeurs au civil

e n p r é s e n c e d e :

1. la société de droit canadien SOC.1.) SYSTEMS Limited, établie et ayant son siège social à (...), Canada, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions

2. la société SOC.1.) SYSTEMS S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions

parties civiles constituées contre les prévenus et défendeurs au civil **P.1.)** et **P.2.),** préqualifiés

demandereses au civil, **appelantes**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement sur incident rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 7^e chambre correctionnelle, le 11 janvier 2011, sous le numéro 41/11, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« (...) ».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 14 février 2011 au civil par le mandataire des demanderesse au civil, la société de droit canadien **SOC.1.) SYSTEMS Limited** et la société **SOC.1.) SYSTEMS S.A.**, et le 18 février 2011 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 26 juillet 2011, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 21 décembre 2011 devant la Cour d'appel de Luxembourg, 10^e chambre correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience l'affaire fut contradictoirement remise à l'audience publique du 26 juin 2012 devant la 5^e chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Luxembourg, lors de laquelle Maître André LUTGEN et Maître Pierre HURT, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, assistés de Maître Tilman VOSSIUS, avocat au barreau de Munich, développèrent plus amplement les moyens d'appel des demanderesse au civil, la société de droit canadien **SOC.1.) SYSTEMS Limited** et la société **SOC.1.) SYSTEMS S.A.**

Maître François PRUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Dr. Mathias DANN, avocat au barreau de Düsseldorf, comparant pour le prévenu et défendeur au civil **P.1.)** furent présents.

Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, comparant pour le prévenu et défendeur au civil **P.2.)**, fut présent.

Monsieur le premier avocat général John PETRY, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

L'affaire fut contradictoirement remise à l'audience publique du 29 juin 2012 pour continuation des débats.

A cette audience Maître François PRUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu et défendeur au civil **P.1.)**.

Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu et défendeur au civil **P.2.)**.

Maître André LUTGEN et Maître Pierre HURT, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, et Maître Tilman VOSSIUS, avocat au barreau de Munich, comparant pour les demanderesse au civil la société de droit canadien **SOC.1.) SYSTEMS Limited** et la société **SOC.1.) SYSTEMS S.A.** furent entendus en leurs conclusions.

Maître François PRUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, et Maître Dr. Mathias DANN, avocat au barreau de Düsseldorf, eurent la parole en derniers.

L A C O U R

prit l'affaire en délibéré et en fixa le prononcé à l'audience publique du 2 octobre 2012, lors de laquelle le prononcé fut remis à l'audience publique du 16 octobre 2012. A cette audience la Cour rendit l'**arrêt** qui suit:

Il convient de relater, à titre liminaire, la chronologie des faits et rétroactes à la base des poursuites engagées à l'encontre de **P.1.)** et **P.2.)** :

P.1.) a été employé à partir du 13 novembre 1984 par la firme de droit allemand **SOC.1.) (...)** GmbH (ci-après **SOC.1.)** GmbH) en qualité de constructeur et puis de chef du département de construction et **P.2.)** y a également été employé à partir de 1989 dans le département de construction.

En 1996, la société **SOC.1.)** GmbH a restructuré ses activités de construction pour les transférer à l'étranger et notamment à Luxembourg. Dans le cadre du licenciement collectif et du plan social consécutif, **P.1.)** a quitté l'entreprise en 1996, tandis que **P.2.)** a intégré la société **SOC.1.)** SA à Luxembourg, suivant un contrat de travail du 12 décembre 1995 avec effet au 1^{er} janvier 1996, où il a travaillé en qualité de « Business Manager PET », puis en qualité de « Research and Development Manager » à partir de 1999 jusqu'au 1^{er} avril 2000.

P.1.) a créé, le 29 novembre 1996, la société de droit allemand **SOC.2.) (...)**, G.m.b.H. (ci-après **SOC.2.)** Allemagne) avec siège à (...) (D).

Par acte notarié du 7 septembre 2000, la société **SOC.2.)** Allemagne, représentée par **P.1.)**, et **P.2.)** ont créé la société anonyme de droit luxembourgeois, **SOC.2.)** Luxembourg SA (ci-après **SOC.2.)** Luxembourg) avec siège social à (...) (L) en tant que filiale de la société allemande **SOC.2.)** GmbH. Les parts sociales respectives de la société mère et de **P.2.)** ont été fixées à 75 actions et 25 actions et l'objet de la société luxembourgeoise a été « die Herstellung, der Vertrieb und die Reparatur von Spritzgießwerkzeugen, Mold- und Heisskanalsystemen-Hotrunner- aller Art sowie alle damit verbundenen Massnahmen ».

En octobre 2000, la société **SOC.2.)** GmbH Allemagne a été transformée en une « Aktiengesellschaft » et elle a pris la dénomination de **SOC.2.)** AG.

Par une ordonnance présidentielle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg rendue en date du 5 février 2002 dans le cadre d'un procès civil intenté au Luxembourg par la société **SOC.1.)** SA contre **P.1.)**, une expertise a été ordonnée. Le rapport des experts VAN MALDEREN et BOGUCKI a été déposé le 19 avril 2002. A la suite de cette expertise, deux expertises (Krieg et Wood) ont encore été effectuées.

Le 2 juillet 2002, les sociétés **SOC.1.)** SA et **SOC.1.)** GmbH ont déposé plainte auprès du Parquet du Landgericht Frankfurt am Main contre **P.1.)**, **A.)** et **B.)** pour piraterie et vol de produits « Produktpiraterie » et infractions en matière de concurrence déloyale « Verstoss gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG », en particulier les paragraphes 17 II et 17 IV UWG.

Dans cette plainte, les plaignantes font grief aux sociétés **SOC.2.)** Allemagne et **SOC.2.)** Luxembourg d'avoir soustrait frauduleusement aux sociétés **SOC.1.)**

des données informatiques et des plans de construction et d'utiliser ces plans pour leurs activités commerciales allemandes et étrangères au détriment des plaignantes, en se référant notamment à une expertise VAN MALDEREN/BOGUCKI, ordonnée par une juridiction luxembourgeoise dans le cadre d'un procès civil.

Entretemps, les sociétés **SOC.1.)** ont également introduit une action civile contre la société **SOC.2.)** Allemagne et, par une décision du 21 octobre 2002, le parquet allemand a suspendu provisoirement l'instruction du dossier pénal pour « priorité » des procédures civiles en cours en Allemagne.

En date du 30 avril 2003, la société **SOC.1.)** SA et la société **SOC.1.)** GmbH ont déposé plainte contre inconnu entre les mains du Procureur d'Etat du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour des préventions d'infractions aux droits d'auteur, des atteintes à la protection des bases de données, de divulgation de secret de fabrication et de recel, des violations de droit d'auteur et de secret de fabrication et encore des préventions d'infractions aux articles 309, 509-1 et suivants et 324 du code pénal reprochées aux sociétés **SOC.2.)** SA et **SOC.2.)** AG et aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)**.

A l'appui de leur plainte, les plaignantes se réfèrent notamment à l'expertise VAN MALDEREN/BOGUCKI, ordonnée suivant ordonnance présidentielle de Luxembourg du 5 février 2002, qui, bien qu'incomplète dans la mesure où les experts n'auraient pu accéder qu'à un certain nombre de fichiers, établirait une identité absolue et inexplicquée des dessins **SOC.2.)** et des dessins **SOC.1.)**. Il en résulterait partant que « *les sociétés **SOC.2.)** utilisent systématiquement les dessins et bases de données créées par les sociétés **SOC.1.)**. Ils utilisent l'ensemble des secrets d'affaires de nature commerciale et industrielle, information sensible jamais rendue publique.*

*Il est également constant que les sociétés **SOC.2.)** ont été constituées notamment par des anciens employés des sociétés **SOC.1.)** Allemagne et Luxembourg, disposant parfaitement de par leurs fonctions et leurs compétences, des moyens de soustraire frauduleusement les dessins et bases de données susvisées et de les réutiliser...*

*En effet, les sociétés **SOC.2.)** ont été créées non seulement aux fins d'exploiter le savoir professionnel de leurs membres fondateurs et des anciens salariés **SOC.1.)** mais également dans le but de commercialiser des produits fabriqués sur base des données techniques appartenant aux sociétés **SOC.1.)** ».*

En date du 11 février 2004, les parties **SOC.1.)** Ltd et **SOC.1.)** Ltda ont encore déposé une plainte contre X entre les mains du juge d'instruction Michel TURK du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du chef de délit de contrefaçon sur le fondement des articles 29 et suivants de la loi du 18 avril 1972 sur le droit d'auteur et de l'article 82, alinéas 1 et 2 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données ainsi que du chef de recel, de violation des droits d'auteur et du chef d'infractions aux articles 309 et 505 du code pénal.

Dans cette plainte, les plaignantes se rallient à la plainte des parties **SOC.1.)** du 30 avril 2003 et elles font grief aux sociétés **SOC.2.)** Allemagne et **SOC.2.)** SA Luxembourg d'avoir « *développé leurs activités commerciales à partir du pillage généralisé du savoir-faire des sociétés **SOC.1.)**, de la reproduction systématique des dessins appartenant à ces sociétés, utilisant pour ce faire les*

bases de données mises au point par les sociétés **SOC.1.)**. Le résultat de ces procédés est simple : avec un investissement minimal, les sociétés **SOC.2.)** ont été à même de proposer aux clients de sociétés **SOC.1.)** des machines et éléments de machines moins chers que **SOC.1.)** et parfaitement compatibles avec les machines produites par **SOC.1.)**. Ainsi la société **SOC.1.)** Brésil, comme cela ressort du témoignage de Monsieur C.), Mold Refurbishing Manager de la société **SOC.1.)** implantée au Brésil, a été évincée d'un marché par **SOC.2.)** qui a proposé une pièce absolument compatible avec le système **SOC.1.)** à moindre coût, déifiant littéralement toute concurrence».

A la suite de divers entretiens avec les avocats des plaignantes, le parquet de Wiesbaden a, par réquisitoire du 20 avril 2004, repris les investigations et requis une perquisition dans les locaux de la société **SOC.2.)** Allemagne, qui a été ordonnée par le Amtsgericht WIESBADEN le 21 avril 2004 (*Die Verfolgung wird wieder aufgenommen, da das öffentliche Interesse nunmehr angenommen wird*).

Dans le même temps, le juge d'instruction luxembourgeois a ordonné une perquisition dans les locaux de **SOC.2.)** SA à (...) et chargé l'expert Uwe KRIEG d'évaluer le résultat de la perquisition, qui a déposé son rapport le 20 août 2004.

Dans le cadre de ces investigations, le procureur allemand a collaboré avec le juge d'instruction luxembourgeois «*Ich habe dann in der Folge mit dem Kollegen Turk aus Luxemburg Kontakt bekommen und die Angelegenheit auch anlässlich eines Besuchs des Kollegen in Wiesbaden ausführlich erörtert. Es bestand Einigkeit, dass die Ermittlungen nur zielführend gefördert werden können, wenn Durchsuchungen sowohl bei der Luxemburger Firma **SOC.2.)** SA als auch in (...) möglichst gleichzeitig erfolgen. Es wurde deshalb vereinbart, dass weitere Ermittlungshandlungen mit den Luxemburger Ermittlungen abgestimmt werden sollten* ».

Lors de la reprise des poursuites, le procureur allemand a requis comme suit: «*Die Beschuldigten stehen in dringendem Tatverdacht in nichtrechtsverjährter Zeit bis heute in (...) und andernorts sich Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse die sie sich selbst oder durch eine fremde Handlung zum Zwecke des Wettbewerbs, aus Eigennutz und in der Absicht dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, unbefugt durch Anwendung technischer Mittel und Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses verschafft und gesichert haben im In- und Ausland verwertet zu haben (Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im besonders schweren Fall) Vergehen gem. § 17, abs. I, II, IV UWG.....*

*Die **SOC.2.)** AG hat den gleichen Geschäftsgegenstand wie die **SOC.1.)** GmbH. Nach bisherigen Erkenntnissen besteht der Verdacht, dass die Beschuldigten ihre Stellung bei der Firma **SOC.1.)** benutzten, um sich vor ihrem Ausscheiden aus der Firma CAD Konstruktionspläne auf Datenträger gesichert oder solche Pläne als Hardcopy hergestellt und an sich genommen zu haben und seither diese Pläne im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit bei der Firma **SOC.2.)** AG verwerten. Diese Verwertung geschieht spätestens ab dem 7.9.2000 auch im Ausland, da an diesem Tag ein Luxemburger Tochterunternehmen, die **SOC.2.)** Luxembourg SA gegründet wurde ».*

Le 8 mars 2005, l'Oberlandesgericht de Frankfurt am Main (OLG) a rendu une décision au civil (Teil – und Grundurteil).

Le 31 mars 2005, le procureur d'Etat allemand a, de nouveau, classé provisoirement les poursuites dirigées contre **P.1.), A.) et B.)** au motif que « *Die Beschuldigten und die Anzeigerstatterin streiten in dem Verfahren 11 U 57/03 sehr umfangreich und auf hohem rechtlichen Niveau Zivilrechtsweg vor dem OLG über den gleichen Prozessgegenstand, der auch Grundlage dieses Verfahrens bildet. Zwar ist zwischenzeitlich ein Teilurteil ergangen. Vorliegend kommt es aber vor allem darauf an, ob die Beschuldigten in nichtrechtsverjährter Zeit noch die Rechte der Anzeigerstatterin verletzt haben. Dies wird erst das weitere Verfahren vor dem OLG erbringen. Insoweit bleibt das Schlussurteil abzuwarten. Die dort zu klärenden Fragen sind vorgreiflich* ».

Par une note au dossier effectuée le 27 juillet 2006, relatant une rencontre du même jour entre lui-même et les mandataires de **P.1.), A.) et B.)**, le procureur allemand décide de poursuivre également **P.2.)** (*Als weiteren Beschuldigten eintragen P.2.)*).

A la suite de cette entrevue, le procureur allemand adresse au « Amtsgericht Wiesbaden » une requête aux fins de clôture des poursuites à l'encontre de **P.1.), A.), B.) et P.2.)**, sur base du paragraphe 153 de la Strafprozessordnung (StPO), et contre paiement de la somme de 10.000€ par chacune des parties poursuivies. Le procureur allemand a motivé sa décision de clôture comme suit : « *Für die strafrechtliche Bewertung ist hier entscheidend, dass der eigentliche Vorgang des möglichen Erwerbs der in Rede stehenden Konstruktionsbezeichnungen, die auch Gegenstand des oberlandesgerichtlichen Urteils sind, bereits bei Anzeigenerstattung verjährt war. Im vorliegenden Fall geht es folglich nur noch um die Verwertung der möglicherweise unrechtmäßig erlangten Konstruktionsdaten und -pläne.*

Zu Recht weist der Anzeigerstatter in mehreren Schriftsätzen darauf hin, dass es sich vorliegend sicherlich um keinen Bagatellfall handelt sondern dass es letztendlich um einerseits Gewinnbeträge in erheblichem Umfang und andererseits um globale Marktpositionen geht. Aus diesem Grund wurde das Verfahren auch wieder nach der Privatklageverweisung aufgenommen und die entsprechenden Ermittlungen geführt.

Andererseits ergeben sich im vorliegenden Fall besondere Umstände, die es ermöglichen durch geeignete Auflagen das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. Aus den gleichen Gründen erscheint die Schuld der Beschuldigten nicht so schwer, dass sie hier einer Einstellung entgegensteht.

*Hierbei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, wie es überhaupt zu der Straftat kam, insoweit kann auch auf die verschiedenen Schriftsätze der Anzeigerstatter und der Verteidiger Bezug genommen werden. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass in den Jahren 1995 und 1996 die Konstruktions- und Produktionsabteilung der deutschen Tochterfirma der Anzeigerstatterin die **SOC.1.)** (...) GmbH in Wiesbaden aufgelöst und insgesamt ins Ausland verlagert wurde. Die Forschungs- und Entwicklungsabteilung wurde damit auch hinfällig und die dort Beschäftigten wurden entlassen und abgefunden. Darunter auch die Beschuldigten. Erst dieser Vorgang führte letztlich dazu dass die Beschuldigten die jetzige Firma **SOC.2.)** gründeten, ihr Know-how auch weiterhin beruflich zu nutzen. Darüber hinaus ist der Sachverhalt Gegenstand umfangreicher Zivilverfahren. Beide Firmen sind insoweit mit ausreichendem juristischem Beistand versehen. Insbesondere ist die Anzeigerstatterin aufgrund ihres juristischen Beistands in der Lage sich gegen die mutmaßliche Rechtsgutverletzung durch die Ergreifung zivilrechtlicher Maßnahmen auch in der Zukunft zu schützen. Der Schwerpunkt*

des vorliegenden Verfahrens und vor allem das Interesse der Anzeigerstatte­rin liegen eindeutig im zivilrechtlichen Bereich. Es geht um Fragen der Marktpo­si­tion und damit um den Erhalt von Arbeitsplätzen an den jeweiligen Pro­duk­ti­ons­standorten in Deutschland und vor allem im Hinblick auf die Anzeigerstatte­rin im Ausland. Soweit es zu Rechtsverletzungen durch die Beschul­dig­ten gekommen ist sind diese im Zivilverfahren, wenn auch nach dortigen Beweisregeln, zum Teil rechtskräftig festgestellt, zum Teil sind sie Gegenstand weiterer zivilrechtlicher Auseinandersetzungen. Insbesondere die Frage in welchem Umfang heute noch Verwertungen vorgenommen werden die auf die ursprünglichen Konstruktionsunterlagen zurückgreifen ist im Zusammen­hang mit den Schadensersatzansprüchen im Zivilverfahren zu klären. Aus diesem Grund wurde das Verfahren auch ursprünglich nach § 154 d StPO wegen Vorgeiflichkeit des Zivilverfahrens eingestellt. Die Feststellung inwieweit Schadensersatzansprüche sich bemessen und damit inwieweit Verwertungen von Vorlagen stattgefunden haben oder noch stattfinden lässt sich im Zivilverfahren nach den dortigen Beweisregeln wesentlich besser juristisch aufarbeiten als im Strafverfahren, in dem der Grundsatz in dubio pro reo Geltung hat.

Letztlich kann jedoch das Ergebnis des Zivilverfahrens dahingestellt bleiben, da, soweit eine Rechtsverletzung durch Verwertung stattgefunden hat, jedenfalls eine Beendigung des Verfahrens zum gegenwärtigen Zeitpunkt nach § 153 a StPO geboten erscheint. Für diese Rechtsverletzung ist eine Schuld­schwere anzunehmen, die einer Einstellung nicht entgegensteht. Eine Geldbuße in Höhe von 10.000 € pro Beschul­dig­ten erscheint auch angemessen um das öffentliche Interesse an der Verfolgung zu beseitigen. Die Geldbuße kann hier nicht an den möglichen Schadenersatzansprüchen gemessen werden».

Suivant ordonnance du 10 août 2006, déposée auprès du parquet de Wiesbaden le 17 août 2006, la décision de clôture a été acquiescée par un juge de l'Amtsgericht Wiesbaden et, en date du 28 août 2006, elle a été actée définitivement et portée à la connaissance des prévenus.

Le 21 septembre 2006, la clôture des poursuites, sur base du paragraphe 153 StPO, a été portée à la connaissance des parties plaignantes en Allemagne.

Dans le cadre de la procédure pénale luxembourgeoise, l'instruction a conduit au renvoi des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** devant une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en vertu d'une décision de la chambre du Conseil de la Cour d'appel du 9 octobre 2009.

A l'audience de la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 10 janvier 2011, la société anonyme **SOC.1.)** SYSTEMS (ci-après **SOC.1.)** SA) s'est constituée partie civile contre les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** et elle a réclamé leur condamnation au paiement de la somme de deux millions d'euros.

Le 11 janvier 2011, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a rendu un jugement dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à la date du 14 février 2011, la société anonyme **SOC.1.)** SYSTEMS (**SOC.1.)** SA) et la société de droit canadien **SOC.1.)** SYSTEMS LIMITED (ci-après **SOC.1.)** Ltd) ont fait relever appel au civil de ce jugement.

Le Procureur d'Etat a relevé appel du prédit jugement à la date du 18 février 2011, suivant déclaration d'appel notifiée au susdit greffe dans les formes prévues à l'article 203, alinéa 5 du Code d'instruction criminelle.

Dans le cadre de la présente procédure d'appel, l'avocat général a adressé, en date du 23 décembre 2011, une demande d'entraide judiciaire aux fins de recevoir une prise de position de la part du parquet de WIESBADEN concernant les recouvrements des poursuites allemandes et luxembourgeoises, ainsi qu'une copie certifiée conforme de l'intégralité du dossier pénal allemand.

Le procureur JÖRDENS, en charge du dossier, a fait parvenir, en date du 4 juin 2012, au parquet général une copie certifiée conforme du dossier pénal allemand, ainsi qu'une prise de position dans laquelle il rappelle les faits reprochés aux prévenus, reprend la motivation de sa décision de clôture des poursuites et déclare: « *Nachdem die Verteidigung und das zuständige Amtsgericht ihre Zustimmung zu der Verfahrenseinstellung gegeben hatten, wurde das Verfahren am 28.08.2006 gem. § 153a StPO mit der Auflage eingestellt, dass jeder der Beschuldigten eine Geldbuße von 10.000 € zu erbringen habe. Die Einstellung bezog sich auf alle im Verfahren erhobenen Vorwürfe, also auch die Verwertung von Betriebsgeheimnissen durch die Tochterfirma der SOC.2.) AG in Luxemburg. Nachdem die Geldbußen unverzüglich gezahlt wurden wurde das Verfahren am 21.09.2006 gem. § 153a StPO endgültig eingestellt. Damit ist nach dieser Vorschrift ein Strafklageverbrauch für alle von der Einstellung umfassten Straftaten, soweit sie Vergehen darstellen, eingetreten* ».

Quant à la recevabilité des appels

Le représentant du ministère public, qui conclut à la recevabilité des appels en ce qui concerne le délai et la forme, ainsi qu'en ce qui concerne la qualité d'agir des parties appelantes au civil, relève qu'en ce qui concerne la recevabilité des appels au regard de la nature du jugement entrepris, le jugement, sans apporter au litige une solution définitive, statue sur un point sur lequel le juge, dans une décision ultérieure, ne pourra revenir, dès lors qu'il décide que l'action publique est éteinte au sujet de certains faits, qui se heurtent au principe « *non bis in idem* », dont la mise en œuvre n'est pas contraire à l'arrêt de la chambre du Conseil de la Cour d'appel du 9 octobre 2009 et les appels en ce qu'ils sont dirigés contre ce volet du jugement sont recevables.

Par contre, les appels seraient irrecevables en ce qu'ils sont dirigés contre les points du dispositif du jugement par lesquels les juges de première instance ont décidé que certains volets de la poursuite échappent à l'exception « *non bis in idem* ».

Les parties appelantes au civil se rapportent à la prudence de la Cour d'appel concernant la recevabilité des appels.

Les parties **SOC.1.) SA** et **SOC.1.) Ltd** souscrivent à l'analyse du représentant du ministère public concernant la recevabilité des appels et ajoutent que cette analyse est conforme à la finalité de l'article 579 du nouveau code de procédure civile qui a été édicté dans l'esprit d'une politique procédurale plus rapide ayant pour but d'éviter que la voie d'appel puisse être utilisée de manière dilatoire et de limiter ainsi le flux du contentieux par des voies de recours vouées à l'échec.

Les intimés au civil se rapportent à la prudence de la Cour d'appel concernant la recevabilité de l'appel.

La partie **P.2.)** demande cependant acte qu'elle « *se réserve formellement le droit d'interjeter appel contre le jugement du 11 janvier 2011 dans la mesure où ledit jugement a constaté qu'elle devait encore répondre pour la période allant du 21 septembre 2006 au 7 novembre 2007 de certaines infractions à l'article 82 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, à l'article 505 du Code Pénal et pour la période du 30 avril 2000 jusqu'au 7 novembre 2007 d'infraction à l'article 509-1 du Code Pénal* ». Elle regrette la jurisprudence selon laquelle le jugement n'est pas immédiatement appelable en ce qu'il ne met pas fin aux poursuites et demande à voir reconsidérer cette question, dès lors qu'il y aurait une incohérence dans le jugement résultant de la circonstance que l'infraction à l'article 509-1 du code pénal aurait été déclarée éteinte à l'égard de la partie **P.2.)** dans la motivation du jugement entrepris tandis que le dispositif du jugement retiendrait la prévention de ce chef.

Il convient de relever d'emblée que, contrairement à ce qui est indiqué au chapeau du jugement entrepris qui ne mentionne que la société de droit canadien **SOC.1.)** Ltd comme demanderesse au civil, les trois sociétés **SOC.1.)** Ltd, **SOC.1.)** (...) LTDA (ci-après **SOC.1.)** Ltda) et **SOC.1.)** SA ont été demanderesses au civil dans l'affaire opposant le ministère public à **P.1.)** et **P.2.)** et ayant donné lieu au jugement du 11 janvier 2011, les sociétés **SOC.1.)** Ltd et **SOC.1.)** Ltda s'étant constituées parties civiles devant le juge d'instruction par une plainte déposée le 11 février 2004 et la société **SOC.1.)** SA s'étant constituée partie civile à l'audience de la chambre correctionnelle du 10 janvier 2011.

Il s'ensuit que les sociétés **SOC.1.)** SA et **SOC.1.)** Ltd ont qualité pour relever appel au civil contre le prédit jugement du 11 janvier 2011.

Le jugement entrepris par les appels au civil des demanderesses au civil et par l'appel au pénal du ministère public, après avoir dit que l'exception de « *non bis in idem* » soulevée par les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** ne se heurtait pas au principe de l'autorité de chose jugée de l'arrêt de renvoi de la Chambre du Conseil de la Cour d'Appel du 9 octobre 2009, a retenu que, hormis pour les faits de détournement de propriétés intellectuelles et de divulgation de celles-ci mis à charge de **P.2.)**, les faits mis à charge des prévenus, en ce qu'ils portaient sur la période antérieure au 21 septembre 2006 se heurtaient au principe « *non bis in idem* », en application de l'article 54 de la Convention d'Application de Schengen (ci-après CAAS) et ils en ont déduit que le tribunal correctionnel ne pouvait en connaître à nouveau.

Pour ce qui est des préventions d'infractions à l'article 309 du code pénal et à l'article 29 de la loi du 29 mars 1972, les juges de première instance ont encore retenu que l'infraction à l'article 309 du code pénal ne pouvait être commise par les prévenus après le 21 septembre 2006 dès lors qu'elle doit avoir été commise endéans les 2 années suivant la fin du contrat de travail et que comme la loi du 29 mars 1972 a été abrogée avant le 21 septembre 2006, aucune infraction à cette loi n'a pu être commise après le 21 septembre 2006.

Les juges de première instance ont partant déclaré l'action publique engagée à l'encontre de **P.1.)** et de **P.2.)** du chef d'infractions à l'article 309 du code pénal et à l'article 29 de la loi du 29 mars 1972 éteinte; ils ont encore déclaré éteinte

l'action publique relative à l'infraction à l'article 505 du code pénal mise à charge de **P.1.)** pour autant qu'elle a trait à l'utilisation et à la divulgation de secrets de fabrication, ainsi que celle relative aux autres préventions mises à charge de **P.1.)** en tant que l'action publique a trait à la période antérieure au 21 septembre 2006.

Ils ont également déclaré éteinte l'action publique pour les préventions à l'article 82 de la loi du 18 avril 2001 et à l'article 505 du code pénal à charge de **P.2.)** pour la période antérieure au 21 septembre 2006.

Ils ont, enfin, déclaré éteinte l'action publique pour les autres préventions mises à charge de **P.1.)** en tant qu'elle a trait à la période antérieure au 21 septembre 2006.

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 509-1 du code pénal ayant trait au stockage et à l'utilisation à des fins commerciales de propriétés intellectuelles et au recel de fichiers mis à charge de **P.2.)**, les juges de première instance ont retenu dans la motivation du jugement, dans un premier temps, que les préventions d'infractions à l'article 509-1 du code pénal mises à charge de **P.2.)** pour ce qu'elles ont trait au stockage et à l'utilisation des plans à des fins commerciales et au recel des fichiers étaient éteintes, pour dire ensuite que « ... Pour ce qui est des infractions à l'article 509-1 du code pénal mises à charge de **P.2.)** et ayant trait au détournement des plans et à leur divulgation, force est de constater qu'il résulte de la teneur de l'ordonnance du parquet de Wiesbaden du 21 septembre 2006 que les poursuites allemandes n'ont nullement porté sur l'appropriation de la propriété intellectuelle... » et ils ont mis en prévention pour cette infraction, dans le dispositif du jugement entrepris, le prévenu **P.2.)** pour une période allant du 30 avril 2000 au 7 novembre 2007.

Pour le surplus, les juges de première instance ont retenu que l'action publique dirigée à l'encontre des prévenus ne se heurtait pas au principe de l'autorité de chose jugée de l'ordonnance de clôture des poursuites du Parquet de Wiesbaden du 21 décembre 2006 et ils ont retenu que les prévenus devaient encore répondre des infractions y relatives libellées à leur charge et ils ont réservé les frais.

En statuant ainsi, les juges de première instance ont, pour une partie des faits reprochés aux prévenus, mis fin à l'instance, en accueillant l'exception de « *non bis in idem* » et en déclarant éteintes les poursuites y relatives, et pour d'autres faits, ils ont émis un jugement avant dire droit.

En vertu des articles 579 et 580 du code de procédure civile, applicables en matière pénale à défaut d'indications afférentes dans le code d'instruction criminelle, peuvent être immédiatement frappés d'appel les jugements qui tranchent tout le principal, les jugements qui tranchent, dans leur dispositif, une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire et les jugements qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance, tous les autres jugements n'étant susceptibles d'être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi.

Il s'ensuit que les appels tant au pénal qu'au civil sont recevables pour autant qu'ils visent la partie du dispositif du jugement qui a mis fin à l'instance, en l'occurrence pour les faits pour lesquels les poursuites ont été déclarées

éteintes en ce que ceux-ci se heurtent au principe « *non bis in idem* », dès lors que cette extinction, sans apporter au litige une solution définitive, a mis fin aux poursuites et a, partant, statué sur un point qui n'est plus susceptible d'être remis en cause dans une décision ultérieure. Dans la mesure où les appelantes au civil n'ont intérêt à appeler que les dispositions qui leur font grief, en l'occurrence celles qui ont mis fin à l'instance, leur appel au civil est recevable dans son intégralité.

L'appel au pénal du ministère public est cependant irrecevable en ce qui concerne les poursuites maintenues, dès lors qu'il n'y a pas eu de décision sur la culpabilité des prévenus, ni de sanctions prononcées et l'intégralité de cette partie de l'affaire, y compris toutes les questions de recevabilité, d'extinction ou de fond, dont notamment la question de la mise en prévention de **P.2.)** pour infraction à l'article 509-1 du code pénal, ensemble la contradiction de motifs soulevée, peuvent encore être soumises à l'appréciation de la Cour d'appel dans le cadre d'un appel sur le fond concernant les poursuites y relatives.

Quant à l'autorité de chose jugée de la décision de la chambre du conseil de la Cour d'appel

Les appelantes au civil **SOC.1.) SA** et **SOC.1.) Ltd** demandent la réformation du jugement entrepris, en ce qu'il a déclaré que l'exception de « *non bis in idem* » soulevée par les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** ne se heurte pas au principe de l'autorité de chose jugée de l'arrêt de la Chambre du Conseil de la Cour d'Appel du 9 octobre 2009, en faisant valoir que si les décisions des juridictions d'instruction de renvoi ne lient pas la juridiction de jugement, ni quant à la qualification à donner aux faits ni quant à la question de culpabilité, il n'en resterait pas moins que quant à la question de la recevabilité des poursuites et l'exercice de l'action publique, la juridiction de jugement est liée par la décision de renvoi en ce qu'elle porte sur la question de savoir si la poursuite doit être exercée ou non et il n'appartiendrait donc pas à la juridiction de jugement qui statue sur le fond de revenir sur l'engagement des poursuites.

Le représentant du ministère public demande la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a écarté l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la Chambre du Conseil de la Cour d'appel du 9 octobre 2009 invoquée par les appelantes au civil **SOC.1.) SA** et **SOC.1.) Ltd** en se basant sur la motivation des premiers juges sur cette question, les premiers juges ayant à bon droit retenu que le renvoi fait d'après les articles 131 et 132 du code d'instruction criminelle saisit la chambre correctionnelle des faits y figurant et que pareille décision de renvoi a autorité de chose jugée pour ce qui est de la décision de renvoi proprement dite et pour la détermination des faits dont le tribunal est saisi, mais que la décision de renvoi ne lie pas la juridiction de jugement sur la qualification juridique donnée aux faits et sur les moyens de procédure qui peuvent éventuellement être débattus devant elle et qu'en particulier, le fait qu'un moyen de procédure ait déjà été débattu devant la juridiction de renvoi, n'entrave nullement le droit et éventuellement le devoir de la chambre correctionnelle d'analyser, avant tout débat au fond, le même moyen et de le toiser séparément du jugement ayant trait au fond de la cause.

En l'espèce, il résulterait clairement de la motivation de l'arrêt de la chambre du Conseil de la Cour d'appel que la juridiction d'instruction d'appel n'avait nullement la prétention de juger de façon définitive sur l'exception « *non bis in idem* » en prenant la précaution d'indiquer que le point en question était tranché

au regard des pièces soumises à la juridiction et que la décision ne valait que pour ce stade de la procédure.

Les parties **P.1.)** et **P.2.)** demandent la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a rejeté le moyen tiré de l'autorité de chose jugée de la décision de la chambre du Conseil de la Cour d'appel du 9 octobre 2009 et ils se rallient aux conclusions du représentant du ministère public en ce qui concerne la question de l'autorité de chose jugée.

Statuant sur le réquisitoire du ministère public et les demandes des parties civiles **SOC.1.)** Ltd et **SOC.1.)** Ltda tendant à voir renvoyer **P.1.)** et **P.2.)** du chef de délit de contrefaçon sur base des articles 29 et suivants de la loi du 29 mars 1972 sur les droits d'auteur, de l'article 82, alinéas 1 et 2, de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, ainsi que du chef de recel de violation de droits d'auteur, d'infractions aux articles 309, 505, 509-1 et suivants, ainsi qu'à l'article 324bis du Code pénal, la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement avait constaté que l'instruction menée en cause n'avait pas permis de dégager des charges suffisantes contre **P.1.)** et **P.2.)** en ce qui concerne les infractions dont ils ont été inculpés en date du 22 février 2006, respectivement du 30 novembre 2006 et elle a prononcé un non-lieu à poursuivre devant une juridiction de jugement du chef des faits soumis au juge d'instruction suivant réquisitoire du Parquet du 30 avril 2003 et suite à la plainte avec constitution de partie civile déposée le 11 février 2004 par la société de droit canadien **SOC.1.)** Ltd et la société de droit brésilien **SOC.1.)** Ltda.

Sur l'appel des parties civiles **SOC.1.)** Ltd et **SOC.1.)** Ltda, la chambre du Conseil de la Cour d'appel a réformé cette décision, en retenant qu'au vu de leurs fonctions au sein du conseil d'administration de la société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg, les prévenus pouvaient être considérés comme pénalement responsables des agissements de la société en question et qu'il existait, au vu des éléments du dossier répressif, et plus spécialement au vu des conclusions consignées dans les rapports dressés par les experts Michel VAN MALDEREN et Yvan BOGUCKI en date du 19 avril 2002 et par le professeur Uwe KRIEG en date du 20 août 2004, des charges suffisantes que l'origine d'un certain nombre de fichiers informatiques, dessins et modèles découverts chez **SOC.2.)** Luxembourg SA était à attribuer aux sociétés du groupe **SOC.1.)**, que ces fichiers, dessins et modèles ont été détenus par **SOC.2.)** Luxembourg SA en contravention de la loi, qu'ils ont été utilisés au Luxembourg dans l'unité de production de **SOC.2.)** Luxembourg SA et que les produits fabriqués à partir de ces fichiers, dessins et modèles ont été commercialisés à partir du Luxembourg.

La chambre du Conseil de la Cour d'appel a encore retenu que **P.2.)** et **P.1.)** n'avaient pas établi par les pièces soumises à la juridiction d'instruction qu'il y aurait lieu, à ce stade de la procédure, de faire application du principe « *non bis in idem* » consacré à l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen, signée le 19 juin 1990 entre les Etats de l'Union Economique Benelux, l'Allemagne et la France (CAAS), et qu'un non-lieu à poursuite devrait d'ores et déjà être prononcé à ce titre en leur faveur. Par contre, la chambre du Conseil a confirmé le non-lieu ordonné par la juridiction d'instruction en première instance en ce qui concerne les préventions d'infractions aux articles 324bis et 324ter du code pénal libellées à charge des deux prévenus et en ce qui concerne la prévention d'infraction à l'article 509-1 du code pénal libellée à charge du prévenu **P.1.)**.

La chambre du Conseil de la Cour d'appel a, en conséquence, renvoyé **P.2.)** et **P.1.)** devant une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour y répondre des infractions, objet du jugement du 11 janvier 2011 et de la présente instance d'appel.

Le principe de l'autorité de la chose jugée connaît une spécificité pour les juridictions d'instruction par rapport aux juridictions de jugement en ce que les décisions des juridictions d'instruction qui sont rendues pendant la phase d'instruction ne sauraient se voir reconnaître une autorité de chose jugée de même nature et de même intensité que celle attachée aux décisions des juridictions de jugement.

S'agissant des décisions qui marquent la clôture de l'instruction, une distinction doit être opérée entre les décisions de non-lieu qui bénéficient, dans une certaine mesure, d'une autorité de chose jugée et les décisions de renvoi.

Pour les décisions de renvoi, telle que celle en cause en l'espèce, l'autorité y attachée est réduite à la seule saisine des juridictions de jugement en ce sens que le ministère public ne peut ni saisir d'autres juridictions, ni s'abstenir de porter l'affaire devant les juridictions désignées. Les décisions de renvoi ne lient pas les juridictions de jugement qui gardent intacte leur liberté d'appréciation, cette absence d'autorité se justifiant par le fait que les juridictions d'instruction apprécient les charges, c'est-à-dire la vraisemblance d'une inculpation tandis que les juridictions de jugement décident au contraire de la culpabilité, ainsi que de la compétence, de la recevabilité et de la qualification des faits et peuvent donc déclarer l'action publique irrecevable ou éteinte (Traité de droit criminel, procédure pénale, éditions Cujas Roger Merle et André Vitu, 3^e édition, n°1548, p.874 ; *ex : admettre l'exception de prescription écartée par la chambre d'accusation* (Crim., 2.5.1918, B. 104, 22.10.1937, cité par Carrive, R.S.C., 1938,89,16.2.1943, JCP, 1943 II, 2313, note Brouchet).

L'exception d'irrecevabilité en vertu du principe « *non bis in idem* », écartée par la juridiction d'instruction, peut ainsi être retenue par la juridiction de jugement sans qu'il y ait violation du principe de l'autorité de la chose jugée, la chambre du Conseil de la Cour d'appel ayant, par ailleurs, précisé que son appréciation était limitée au stade de la procédure d'instruction et au vu des pièces lui soumises au stade en question.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu que l'exception de « *non bis in idem* » soulevée par les prévenus ne se heurtait pas au principe de l'autorité de chose jugée de l'arrêt de la Chambre du Conseil de la Cour d'Appel du 9 octobre 2009 et le jugement entrepris est à confirmer à cet égard.

Quant à l'application du principe « *non bis in idem* »

Les appelantes au civil font valoir qu'en l'espèce les conditions de la mise en œuvre de l'article 54 de la CAAS ne sont pas données.

Elles relèvent, d'abord, que conformément aux principes généraux de la procédure tant civile que pénale, la charge de la preuve de l'exception « *non bis in idem* » incombe à celui qui invoque l'exception, en l'occurrence les prévenus, ce qui aurait d'ailleurs, à juste titre, été retenu par la chambre du conseil de la Cour d'appel dans sa décision du 9 octobre 2009 en ce qu'elle a retenu que

P.2.) et **P.1.)** n'ont pas établi par les pièces soumises à la juridiction d'instruction qu'il y aurait lieu de faire application du principe « ne bis in idem » consacré à l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen.

Quant au fond les prévenus n'auraient pas non plus rapporté la preuve que les critères d'application du « *non bis in idem* » sont données en l'espèce.

S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE), selon laquelle il y a lieu de se fonder sur la matérialité des faits en tenant compte des comportements illicites aux fins d'apprécier le degré d'identité et de connexité des circonstances factuelles des faits faisant l'objet des poursuites par les instances nationales compétentes, les appelantes au civil font grief au jugement entrepris d'avoir fait une analyse des faits viscéralement superficielle en se limitant à retenir que la poursuite pénale a porté sur l'utilisation à l'étranger des propriétés intellectuelles litigieuses et que les deux poursuites, se référant à la même expertise civile, portent sur les mêmes propriétés intellectuelles. Les sources sur lesquelles s'est basée la juridiction de première instance, en l'occurrence les plaintes de **SOC.1.)** Allemagne et Luxembourg déposées au Luxembourg, l'expertise VAN MALDEREN/BOGUCKI et le réquisitoire du parquet allemand du 20 avril 2004, ne rendraient pas compte de la réalité de l'action publique allemande.

Ainsi, le fait que les parties civiles ont donné une description du contexte d'ensemble des faits dans leurs plaintes ne permettrait pas de déduire une identité dans la matérialité des faits et des comportements illicites. La référence à la même expertise dans les affaires allemandes et luxembourgeoises ne pourrait pas non plus laisser induire que les autorités allemandes aient assumé de poursuivre les faits commis au Luxembourg et le réquisitoire du parquet du 20 avril 2004 aurait été un réquisitoire aux fins de perquisition et non aux fins d'inculpation.

Les appelantes au civil reprochent au procureur allemand d'avoir fait preuve de complaisance à l'égard des prévenus. Elles font grief au parquet allemand d'avoir tout fait pour éviter les poursuites et de n'avoir tenu compte en aucune façon des interventions des demanderesses au civil. Le procureur allemand n'aurait ainsi procédé à aucune investigation étatique, - ni audition de témoins, ni des prévenus, ni acte d'instruction à part une perquisition dont les résultats n'auraient pas été exploités-, mais se serait limité à remplir le dossier de correspondances d'avocats et de décisions des juridictions civiles, seule base pour justifier la transaction pénale intervenue le 21 septembre 2006. Tout au long de la procédure pénale allemande on pourrait observer que le procureur allemand n'avait comme seul but que de se défaire du dossier. Enfin, **P.2.)** n'aurait été inclus dans la procédure pénale allemande qu'à la veille de la transaction pénale et les amendes auraient toutes été payées par la société **SOC.2.)**, ce qui constituerait un abus de biens sociaux.

S'agissant de la transaction pénale, les appelantes au civil font grief à cette décision, ensemble toute l'instruction pénale allemande, de manquer totalement d'indications concernant la responsabilité pénale des inculpés, d'analyses des perquisitions ou d'éléments de faits susceptibles d'établir une culpabilité précise des inculpés. Elles font valoir qu'il résulte de sa motivation que les prévenus n'auraient pas été condamnés à une amende pour avoir utilisé à l'étranger la propriété intellectuelle d'autrui, mais au contraire le procureur allemand se serait exclusivement basé sur des « *Rechtsverletzungen* » commises en Allemagne en méconnaissance de l'article 17 §2 UWG et la décision de

transaction ne porterait pas sur l'article 17 §4 UWG. Ainsi la décision de transaction ferait uniquement référence aux décisions des juridictions civiles qui seraient limitées aux faits commis en Allemagne. Or, les expertises VAN MALDEREN/ BOGUCKI et Uwe KRIEG auraient révélé que **SOC.2.)** Luxembourg stockait certains plans directement sur le serveur de (...), de même qu'à (...), et y utilisait des plans de construction **SOC.1.)** ou des données CAD, en vue de la fabrication d'outils industriels et de leur commercialisation, ce qui n'aurait pas fait l'objet des poursuites allemandes, le rapport Uwe KRIEG n'ayant d'ailleurs pas été à la disposition des autorités poursuivantes allemandes.

Les procédures civiles allemandes, seules en cause dans les poursuites en Allemagne, n'auraient visé que l'utilisation frauduleuse de plans concernant des systèmes à injection à 48 cavités, tandis que les poursuites luxembourgeoises auraient visé d'autres moules produits et vendus par les sociétés **SOC.2.)** AG Allemagne et **SOC.2.)** SA Luxembourg (voir les expertises faisant état de «joblist» concernant moules avec divers nombres de cavités). En outre, le rapport KRIEG aurait encore révélé qu'à partir des moules à 48 cavités, il aurait la possibilité d'intégrer des composantes qui n'auraient pas fait l'objet des procédures civiles allemandes.

Les appelantes au civil déduisent de tous ces éléments que c'est à tort que les premiers juges ont retenu une identité des infractions poursuivies au Luxembourg avec celles poursuivies en Allemagne. Elles ajoutent que la prévention d'infraction à l'article 505 du code pénal n'a, en tous les cas, pas pu faire partie des poursuites allemandes, dès lors qu'il s'agirait d'une infraction indépendante qui aurait été commise uniquement sur le territoire luxembourgeois. Il conviendrait aux fins, notamment de déterminer la portée de la décision de transaction, d'entendre le procureur allemand JÖRDENS.

En ordre subsidiaire, les appelantes au civil demandent encore à voir constater que l'instruction de l'affaire n'était pas en état permettant de statuer pour ce qui est de la prescription de certaines infractions, et, enfin, qu'au cas où la Cour d'appel retiendrait l'application du principe « *non bis in idem* », il y aurait violation de l'article 6 de la CEDH en ce que l'irrecevabilité des poursuites conduirait à priver les appelantes au civil d'un accès à la justice.

Les appelantes demandent en conséquence l'annulation de la décision entreprise et le renvoi devant le tribunal d'arrondissement autrement composé, sinon l'évocation, sinon la réformation de la décision entreprise et le renvoi.

En cas d'évocation, il conviendrait de reprendre l'instruction et d'entendre les experts, témoins et le procureur allemand.

Le représentant du ministère public conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qui concerne la décision d'extinction des poursuites.

S'appuyant sur la jurisprudence de la CJCE, il estime que la décision de classement sur le fondement de l'article 153 StPO remplit les conditions pour valoir comme jugement définitif au sens de l'article 54 de la CAAS en ce qu'elle met fin à l'action publique et comporte le paiement d'une amende par les prévenus (CJCE 11 février 2003, C-187/01 et C-385/01 G. et B., Rec. P.I-1345).

Selon le représentant du ministère public, la décision du parquet allemand couvre également les mêmes faits en cours au Luxembourg. A cet égard, il se base encore sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et fait valoir qu'en l'espèce, les faits poursuivis en Allemagne sont indissociablement liés à ceux poursuivis au Luxembourg.

Passant en revue tous les actes posés par le parquet de Wiesbaden et en les confrontant aux plaintes des parties civiles **SOC.1.)** des 30 avril 2003 et 11 février 2004, le représentant du ministère public constate que les décisions de classement du parquet allemand ont été prises au sujet de l'utilisation illégale (Verwertung) de secrets de fabrication des sociétés **SOC.1.)** Luxembourg et **SOC.1.)** Allemagne, tant par la société de droit allemand **SOC.2.)** AG que par la société de droit luxembourgeois **SOC.2.)** SA, et que les plaintes précitées déposées au Luxembourg se rapportent également à des utilisations illégales de secrets de fabrication dans le même cadre que celles qui ont fait l'objet des poursuites en Allemagne, pour en conclure que : *«- les faits dénoncés par la plainte du 30 avril 2003 ne dépassent, à l'exception de la réserve faite par les premiers juges au sujet des faits de détournement de propriétés intellectuelles et de divulgation de celles-ci mis à charge de P.2.), pas le domaine de ceux qui ont formé l'objet de la poursuite allemande ; - ceux dénoncés par la plainte du 11 février 2004, dans la mesure où ils dépasseraient le domaine de ceux ayant formé l'objet de la poursuite allemande, constituent cependant, à bien comprendre l'objet de cette plainte, avec ces derniers un ensemble de faits indissociablement liés dans le temps, dans l'espace ainsi que par leur objet ».*

A l'audience de la Cour d'appel, le représentant du ministère public répond encore à la question de la charge de la preuve de l'exception *« non bis in idem »* en indiquant que, selon lui, la charge de la preuve en incombe à la partie poursuivante, donc au ministère public dans la mesure où il exerce l'action publique pour la répression des crimes et délits.

Les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** demandent la confirmation du jugement entrepris et se rallient aux conclusions du ministère public à cet égard.

Comparant les deux procédures, les prévenus estiment qu'il en résulte clairement que les faits poursuivis en Allemagne sont identiques à ceux poursuivis au Luxembourg, ce qui résulterait tant des plaintes déposées en Allemagne qu'au Luxembourg que des actes de procédure effectués et des expertises sur lesquelles le procureur allemand et le juge d'instruction luxembourgeois se sont appuyés. Les deux enquêtes auraient été exhaustives et régulières et les prévenus se défendent des accusations proférées par les appelants au civil à l'encontre de la procédure pénale allemande.

Les poursuites dans les deux pays auraient eu pour objet des faits indissociablement liés conformément à la jurisprudence de la CJCE sanctionnés par des dispositions pénales d'application symétrique en Allemagne et au Luxembourg.

Le prévenu **P.2.)** relève encore qu'il n'est pas apparu soudainement dans la procédure en qualité de prévenu dès lors qu'il a été clairement visé dans les plaintes luxembourgeoises en sa qualité d'associé de **SOC.2.)** SA Luxembourg et que les affaires allemande et luxembourgeoise ont fait l'objet d'une étroite collaboration entre le procureur allemand et le juge d'instruction luxembourgeois.

Dans la mesure, enfin, où la sanction allemande, comportant le paiement d'une amende, et la sanction pénale visée par la juridiction luxembourgeoise poursuivent les mêmes buts, il y aurait violation du principe « *non bis in idem* » en cas de condamnation par la juridiction luxembourgeoise.

La règle « *non bis in idem* » (ou « *ne bis in idem* »), consacrée en droit luxembourgeois par l'article 5 du code d'instruction criminelle, est également consacrée dans plusieurs instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, tels que le Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques de 1966 (article 14 § 7), le protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 4) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 50). Le principe « *non bis in idem* » n'a pas seulement pour vocation de s'appliquer au niveau national, mais également dans les relations entre les États.

Conformément à l'article 4, du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, approuvé au Luxembourg par la loi du 27 février 1999, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.

Au niveau de l'Union européenne, ce principe est repris à l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS) aux termes duquel: « *Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation* ».

Les conditions d'application du principe « *non bis in idem* » doivent être interprétées en tenant compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) et de la CJCE qui ont défini un certain nombre de critères d'application du principe en question.

En ce qui concerne la qualification de décision définitive au sens de l'article 54 de la CAAS, susceptible d'avoir autorité de chose jugée en la matière, la CJCE a retenu que « *le principe non bis in idem s'applique également à des procédures d'extinction de l'action publique (...) par lesquelles le ministère public met fin, sans l'intervention d'une juridiction, à la procédure engagée dans cet Etat, après que le prévenu a satisfait à certaines obligations et, notamment, a acquitté une certaine somme d'argent fixée par le ministère public* » (CJCE 11 février 2003, C-187/01 et C-385/01, précité).

S'agissant de la notion de « mêmes faits », la CJCE a retenu que « *le critère pertinent aux fins de déterminer l'application de l'article 54 de la CAAS est celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de faits indissociablement liés entre eux, indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l'intérêt juridique protégé* » (arrêt de la CJCE 9 mars 2006, C-436/04, affaire procédure pénale contre L.H.V.E., Rec. 2006 I-02333), « *étant précisé qu'il s'agit de faits indissociablement liés dans le temps, dans l'espace ainsi que par leur objet* » (CJCE, arrêt du 18 juillet 2007, dans l'affaire C-367/05, procédure pénale contre N.K., Rec. 2007 I-06619).

En l'absence d'harmonisation des législations pénales nationales, le seul critère pertinent est celui de l'identité des faits matériels et il faut dès lors « *considérer la matérialité des comportements poursuivis dans les deux procès, abstraction faite de leur qualification juridique et des intérêts protégés pour leur sanction dans les systèmes juridiques des Etats signataires ou de ceux qui sont régis par l'acquis de Schengen et entendre par faits l'ensemble d'événements indissociablement liées entre eux, dont il convient de considérer l'éventuelle unité de temps et de lieu, ainsi que l'intention de l'auteur de l'acte, mais il est indifférent que, dans les deux jugements, le bénéficiaire de la garantie « non bis in idem » comparaisse avec des coinceulés différents* (conclusions de l'avocat général dans l'affaire J.L.V.S. contre Etat néerlandais et République italienne (affaire C-150/05 du 28 septembre 2006 Rec. 2006 I-09327).

De même, par un arrêt de la Grande chambre rendu le 10 février 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a tranché en faveur de l'identité des faits matériels la question de savoir si c'est cette dernière qui est déterminante pour l'application de la règle « *non bis in idem* » (*idem factum*), ou si c'est la qualification juridique qui doit être le critère de l'identité de l'infraction (*idem legal*) (CEDH, Gde Ch., Zolotoukhine c. Russie).

Quant à la question de la charge de la preuve de l'exception « *non bis in idem* », il est de principe qu'il incombe aux demandeurs au procès pénal, ministère public et partie civile, d'établir le corps du délit et la participation de la personne poursuivie comme délinquant, en d'autres termes la preuve pèse sur le demandeur. Si, en procédure civile, dans laquelle les plaideurs sont placés sur un pied d'égalité, il est imposé au défendeur qui invoque un moyen de défense d'en établir la réalité, cette charge de la preuve ne saurait être admise en procédure pénale où le ministère public est moins l'adversaire du prévenu, préoccupé d'obtenir la condamnation de ce dernier, que le représentant de la société qui désire faire éclater la lumière dans le procès criminel. Ainsi il est du devoir du ministère public d'invoquer tout ce qui peut profiter au délinquant autant que ce qui peut lui nuire (Traité de droit criminel, Merle et Vitu, précité, n°945, p.158), ce qui implique en l'espèce que, sur l'affirmation des prévenus de l'exception du principe « *non bis in idem* », appuyée sur la décision de clôture des poursuites comportant transaction pénale du parquet allemand du 28 août 2006, il appartient au ministère public d'établir que, contrairement à l'exception développée par la défense, l'action publique relative aux faits reprochés est recevable et que les infractions reprochées ne sont pas couvertes par la décision étrangère.

Au regard de la jurisprudence de la CJCE, précitée, qui a étendu le champ du principe « *non bis in idem* » ne le limitant plus aux seules décisions définitives rendues par les juridictions, mais couvrant également les décisions prononcées par les parquets, dès lors que celles-ci mettent définitivement un terme aux poursuites et concernent partant également les transactions, la décision du parquet allemand de 2006 qui a mis fin aux poursuites engagées sur base de la plainte du 2 juillet 2002 et imposé une amende aux prévenus constitue une décision définitive au sens de l'article 54 de la CAAS susceptible de mettre en œuvre le principe « *non bis in idem* ». En effet, elle a mis un terme aux poursuites engagées « *Die Tat kann nicht mehr als Vergehen verfolgt werden* » et imposé une sanction aux personnes poursuivies, en l'occurrence le paiement d'une amende au montant de dix mille euros pour chacun des prévenus.

Peu importe la motivation de la décision intervenue et le degré d'investigation sur base duquel la décision est intervenue, - critiqué en l'espèce par les

appelantes au civil -, l'autorité de la chose jugée étant indépendante de la force des preuves sur le vu desquelles a été rendue la décision (exemple : décision d'acquiescement au bénéfice du doute pour manque de preuves de culpabilité implique l'application du principe « *non bis in idem* » (CJCE, 28 septembre 2006, aff. Van Straaten, précité, note P. Hoet.).

Quant à la question concernant l'identité des faits en cause, il ressort des procédures pénales entamées à l'encontre des prévenus, tant en Allemagne qu'au Luxembourg, que les poursuites du ministère public allemand, sur base de la plainte du 2 juillet 2002 déposée en Allemagne par les sociétés **SOC.1.) SA** et **SOC.1.) GmbH** visaient les mêmes faits que ceux poursuivis au Luxembourg, sur base des plaintes du 30 avril 2003 et du 11 février 2004, en l'occurrence ces poursuites ont eu pour objet l'appropriation frauduleuse par les responsables des firmes allemande et luxembourgeoise **SOC.2.)** de plans de construction et de données CAD, le stockage de ces données sous la forme informatique et leur usage, par les mêmes firmes, à des fins de production et de commercialisation déloyales.

En effet, tant les textes des plaintes en question que les décisions du procureur allemand, ci-avant détaillées, corroborées par ses explications dans le cadre de la demande d'entraide judiciaire, révèlent l'objet visé par les poursuites et la Cour d'appel rejoint, à cet égard, tant le représentant du ministère public que les juges de première instance en ce qu'ils ont retenu que l'action publique allemande portait, entre autre, sur le § 17, Abs. 4 UWG ayant trait à la circonstance aggravante de l'utilisation de la propriété intellectuelle à l'étranger, en l'occurrence de l'utilisation des plans **SOC.1.)** par la société filiale de la société allemande **SOC.2.) AG**, la société **SOC.2.) SA** au Luxembourg, faisant l'objet des poursuites par le juge d'instruction luxembourgeois à la suite des plaintes des 30 avril 2003 et 11 février 2004.

La circonstance que la décision du parquet allemand fait référence aux procédures civiles allemandes ne saurait impliquer que les poursuites se seraient réduites aux infractions commises en Allemagne, dès lors qu'au vu de ce qui précède les poursuites exercées par le parquet allemand visaient clairement l'utilisation frauduleuse des données informatiques et plans de construction des moules **SOC.1.)** par la société **SOC.2.) SA** Luxembourg.

En outre, l'argument selon lequel un nombre beaucoup plus élevé de moules **SOC.1.)**, utilisés frauduleusement par **SOC.2.) SA** Luxembourg, sont visés par les poursuites pénales luxembourgeoises que par la procédure allemande n'est pas fondé dès lors, d'une part, que les poursuites allemandes se rapportent à l'expertise VAN MALDEREN/BOGUCKI qui, selon les dires mêmes des appelantes au civil contient une « joblist » sur lesquelles figurent tous les moules visés et, d'autre part, que les poursuites en Allemagne avaient pour objet de façon générale l'utilisation de la propriété intellectuelle de **SOC.1.)** en violation des dispositions de l'article 17 § 4 UWG, donc concernant l'intégralité des secrets de fabrication subtilisés et leur utilisation à l'étranger en violation des règles relatifs à la législation sur la concurrence déloyale « Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ».

La Cour d'appel rejoint encore les premiers juges en ce qu'ils ont englobé la prévention d'infraction à l'article 505 du code pénal dans l'irrecevabilité des poursuites pour être couverte par les poursuites allemandes, dès lors que ces poursuites ont clairement visé le recel « *des secrets de construction SOC.1.)* »

au Luxembourg (die Sicherung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im In- und Ausland).

Il est partant superfétatoire de procéder encore à l'audition du procureur allemand JÖRDENS, son audition n'étant pas de nature à apporter des éléments supplémentaires qui infirmeraient l'analyse ci-dessus.

La Cour d'appel rejoint également les premiers juges, en adoptant leurs motifs, en ce qu'ils ont déclaré prescrites les préventions d'infractions à l'article 309 du code pénal et à la loi du 29 mars 1972 pour la période après le 21 septembre 2006.

Quant au grief tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme en ce que les appelants au civil n'auraient pas un accès à la justice en raison de l'application du principe « *non bis in idem* », il convient de relever que selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, « *le droit à un tribunal, dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tel que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même et elles ne se concilient avec l'article 6^o1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (voir, notamment, arrêt L.P.S. c. France du 23 octobre 1996, § 40 ; arrêt B.G.D.L.T. c. Espagne du 19 décembre 1997, § 33 ; arrêt W. et K. c. Allemagne du 18 février 1999, § 59 ; arrêt C. c. Belgique du 22 juin 2000, § 114 ; arrêt H.A.D.L. c. Allemagne du 12 juillet 2001, § 44 ; arrêt M. c. France du 31 juillet 2001, § 33).

Il faut, en outre, tenir compte du fait que le justiciable peut invoquer la disposition de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne uniquement sous l'aspect "action indemnitaire". L'aspect "vindictam spirans" ne relève pas du champ d'application de l'article 6, paragraphe 1.

Or, en l'espèce, pour obtenir une réparation du préjudice allégué, les appelants et demandeurs au civil peuvent toujours agir devant le juge civil, ce qu'ils ont d'ailleurs fait. Une telle action civile n'est aucunement affectée par le principe du « *non bis in idem* », de sorte qu'il n'y a pas violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Il suit de tout ce qui précède que les appels, dans la mesure où ils sont recevables, ne sont pas fondés.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, les prévenus et défendeurs au civil entendus en leurs conclusions, les demanderesses au civil en leurs conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

déclare les appels recevables en tant que dirigés contre le jugement en ce qu'il retient dans son dispositif:

« **dit** que l'exception de non bis in idem soulevée par les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** ne se heurte pas au principe de l'autorité de chose jugée de l'arrêt de la Chambre du Conseil de la Cour d'Appel du 9 octobre 2009;

constate que, hormis pour les faits de détournement de propriétés intellectuelles et de divulgation de celles-ci mis à charge de **P.2.)**, les faits mis à charge des prévenus, en ce qu'ils portent sur la période antérieure au 21 septembre 2006, sont identiques aux faits définitivement toisés par l'ordonnance de clôture des poursuites du Parquet de Wiesbaden du 21 septembre 2006 ou du moins indissociables de ceux-ci;

constate que l'ordonnance de clôture des poursuites du Parquet de Wiesbaden du 21 septembre 2006 prise en application du §153a StPO remplit les critères d'un jugement définitif;

constate que partant, en application de l'article 54 de la Convention d'Application de Schengen, les poursuites, hormis celles pour les faits de détournement de propriétés intellectuelles et de divulgation de celles-ci mis à charge de **P.2.)**, pour les faits mis à charge des prévenus, en ce qu'ils portent sur la période antérieure au 21 septembre 2006, se heurtent au principe de l'autorité de chose jugée de l'ordonnance du Parquet de Wiesbaden du 21 septembre 2006;

constate partant que le tribunal correctionnel ne peut connaître à nouveau de ces faits et déclare l'action publique engagée à l'encontre de **P.1.)** et de **P.2.)** du chef d'infraction à l'article 309 du code pénal et à l'article 29 de la loi du 29 mars 1972 éteinte;

déclare de plus l'action publique relative à l'infraction à l'article 505 mise à charge de **P.1.)** éteinte pour autant que l'action publique a trait à l'utilisation et la divulgation de secrets de fabrication;

déclare, pour les autres préventions mises à charge de **P.1.)**, l'action publique éteinte en tant que l'action publique a trait à la période antérieure au 21 septembre 2006;

déclare pour les préventions à l'article 82 de la loi du 18 avril 2001, à l'article 505 du code pénal et à l'article 509-1 du code pénal ayant trait au stockage et à l'utilisation à des fins commerciales de propriétés intellectuelles et au recel de fichiers mises à charge de **P.2.)**, l'action publique éteinte en tant que l'action publique a trait à la période antérieure au 21 septembre 2006 »;

déclare l'appel au pénal irrecevable pour le surplus;

donne acte à **P.2.)** qu'il se réserve formellement le droit d'interjeter appel contre le jugement du 11 janvier 2011 dans la mesure où ledit jugement a constaté qu'il devait encore répondre pour la période allant du 21 septembre 2006 au 7 novembre 2007 de certaines infractions à l'article 82 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, à l'article 505 du Code Pénal et pour la période du 30 avril 2000 jusqu'au 7 novembre 2007 de l'infraction à l'article 509-1 du Code Pénal;

rejette la demande des appelantes au civil tendant à une instruction supplémentaire par l'audition du procureur JÖRDENS;

déclare les appels non fondés;

confirme le jugement dans la mesure où il a été régulièrement entrepris;

laisse les frais des poursuites dirigées contre les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** dans la présente instance d'appel à charge de l'Etat;

condamne les demandereses au civil aux frais de leurs demandes en instance d'appel.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges et par application des articles 199, 202, 203, 209 et 211 du Code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 5^e chambre correctionnelle, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, date qu'en tête par Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, président, Monsieur Jérôme WALLENDORF et Madame Monique FELTZ, conseillers, et signé, à l'exception du représentant du Ministère Public, par Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, Madame Monique FELTZ, conseiller, et Madame SCHMIT Cornelia, greffier, avec la mention, conformément à l'article 83 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, que Monsieur Jérôme WALLENDORF, conseiller, se trouve à la date de la signature du présent arrêt dans l'impossibilité de le signer.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, en présence de Madame Jeanne GUILLAUME, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.