



# *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*

3/2015  
29 juillet 2016

## SOMMAIRE

<b>Cour de cassation, 31 janvier 2013</b>	42
Cassation – Pourvoi contre une décision se bornant à déclarer un recours recevable et ayant sursis à statuer pour le surplus – Recevabilité (non)	
<b>Cour de cassation, Cassation civile, 16 mai 2013</b>	43
Répétition de l'indu – Action à disposition du véritable créancier (non) – Action devant être exercée par le <i>solvens</i>	
<b>Cour de cassation, 24 octobre 2013</b>	44
1. Interprétation d'une convention – Appréciation souveraine des juges du fond (oui) – 2. Détermination du point de départ du délai accordé au vendeur d'immeuble pour agir en rescision pour lésion – Appréciation souveraine des juges du fond (oui)	
<b>Cour de cassation, 20 mars 2014</b>	45
Appel – Indication erronée du mode de comparution de l'intimé – Nullité de forme (oui) – Nullité de fond (non)	
<b>Cour d'appel, 5<sup>e</sup> Chambre, 19 février 2013</b>	46
Réalisation de copies de documents comptables par un salarié – Vol domestique (oui) – Copies en vue de leur production dans le cadre d'un litige de droit du travail – Fait justificatif (non)	
<b>Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 21 février 2013</b>	52
Licenciement avec dispense de travail – Droit de l'employeur de moduler la dispense de travail (oui)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 21 février 2013</b>	53
1. Licenciement – Déménagement du salarié – Validité de la notification du licenciement à la dernière adresse communiquée par le salarié (oui) – 2. Demande des motifs du licenciement en-dehors du délai légal – Communication des motifs du licenciement à titre subsidiaire et conservatoire – Preuve	
<b>Cour d'appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 6 mars 2013</b>	55
Nomination d'un liquidateur d'une étude d'huissier – Obligations et responsabilités du liquidateur	
<b>Cour d'appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 10 juillet 2013</b>	56
Copropriété – Décision de l'assemblée générale – Action en nullité – Délai de forclusion de deux mois à compter de la notification – Possibilité d'une action en nullité par voie d'exception après écoulement du délai (non)	
<b>Cour d'appel, 10<sup>e</sup> Chambre, 23 octobre 2013</b>	57
Appel – Prévenu ayant formé opposition quatre jours avant sa déclaration d'appel – Prise en compte de la voie de recours chronologiquement la première (oui) – Sursis à statuer ordonné en appel	
<b>Cour d'appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 27 novembre 2013</b>	58
Référé probatoire – Article 350 N.C.P.C. – Conditions	
<b>Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 28 novembre 2013</b>	59
Licenciement avec effet immédiat – Absence injustifiée – Incapacité de travail pour cause de maladie notifiée à l'employeur le 1 <sup>er</sup> jour d'absence – Information contenant la durée prévisible de l'incapacité de travail – Défaut d'envoyer un certificat médical dans le délai de trois jours	
<b>Cour d'appel, 4<sup>e</sup> Chambre, 29 janvier 2014</b>	61
Non-paiement des dettes fiscales – Faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite – Obligation pour le curateur de prouver un lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif (non)	



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

Comité de rédaction: Marc THEWES, Pierre REUTER, Albert MORO, Pierre SCHLEIMER, Claudine ERPELDING, Steve JACOBY, Pierre BEISSEL, Anne LAMBE, Steve HELMINGER, Marc ELVINGER, Alex ENGEL et Brice OLINGER.



**Procédure civile et commerciale**

**Cour de cassation**

31 janvier 2013

**Cassation – Pourvoi contre une décision se bornant à déclarer un recours recevable et ayant sursis à statuer pour le surplus – Recevabilité (non)**

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par décision du Conseil disciplinaire et administratif, notifiée le 22 février 2011, le recours du demandeur en cassation contre une décision du Conseil de l'Ordre, portant rejet de sa demande en inscription à une liste du barreau de Luxembourg, avait été déclaré irrecevable ; que sur appel du demandeur en cassation, le Conseil disciplinaire et administratif d'appel a déclaré le recours recevable et a sursis à statuer sur le fond de la demande en inscription en attendant le résultat des diverses plaintes dirigées contre lui et des poursuites judiciaires d'ores et déjà engagées à son encontre devant le tribunal correctionnel ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée par le Ministère public et le défendeur en cassation :

Attendu que la décision attaquée n'ayant statué ni sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure mettant fin à l'instance, ni n'ayant tranché dans son dispositif une partie du principal, le pourvoi est irrecevable en application de l'article 3 de la loi du 18 février 1885 ;

(Cour de cassation – 31 janvier 2013 – Rôle: 3105 – N°: 7/13)

Référence du BIJ: 2015/3-CASS 11289



**Droit civil**

**Cour de cassation**

16 mai 2013

**Répétition de l'indu – Action à disposition du véritable créancier (non) – Action devant être exercée par le solvens**

L'arrêt attaqué a constaté qu'il résulte du jugement du Landgericht (...) du 14 octobre 2011 que le montant payé par SOC3.) était payable à SOC1.) en raison de son intervention comme courtier lors de la conclusion de cette police d'assurance, et qu'il résulte du même jugement que le montant versé à SOC2.) sur initiative de Y.), anciennement membre du directoire de SOC1.), constituait pour SOC3.) le paiement de cette commission de courtage revenant à SOC1.) ;

il s'en suit que selon les énonciations de ce jugement du Landgericht (...), le paiement à SOC2.) n'a pas été fait par SOC3.) de ses propres deniers, mais avec l'argent que SOC3.) a reconnu devoir à titre de commission de courtage à SOC1.) ;

ce faisant l'arrêt a omis de reconnaître l'efficacité substantielle de la décision du Landgericht (...) précitée, c'est-à-dire les effets de ce jugement en tant qu'il reconnaît l'existence d'un rapport juridique entre SOC1.) et SOC3.), ainsi que entre SOC1.) et Y.), alors que cette décision devait être reconnue par la Cour d'appel conformément à l'article 33 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale;

et dès lors l'arrêt attaqué, en refusant de tirer la conclusion du constat fait par le tribunal allemand selon lequel le montant litigieux était dû par SOC3.) à SOC1.) en vertu d'un Provisionsversprechen, a insuffisamment motivé sa solution et a en plus violé l'article 33 du Règlement précité.

[...]

Mais attendu qu'en retenant que l'action en répétition de l'indu peut être exercée par le solvens, c'est-à-dire celui qui s'est appauvri, que le véritable créancier ne dispose, quant à lui, pas de l'action en répétition de l'indu et que la société SOC1.), n'ayant pas payé de ses propres deniers la somme réclamée, ne peut prospérer sur base de l'action en répétition de l'indu, la Cour d'appel a, à suffisance de droit, motivé sa décision [...];

(Cour de cassation – Cassation civile – 16 mai 2013 – Rôle: 3186 – N°: 41/13)

Référence du BIJ: 2015/3-CASS 11607



**Procédure civile et commerciale**

**Cour de cassation**

24 octobre 2013

**1. Interprétation d'une convention – Appréciation souveraine des juges du fond (oui)**

**2. Détermination du point de départ du délai accordé au vendeur d'immeuble pour agir en rescision pour lésion – Appréciation souveraine des juges du fond (oui)**

(1) Attendu que les juges du fond, sur base de l'interprétation des stipulations de la convention du 21 février 1995, interprétation qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation, ont à suffisance caractérisé les éléments leur permettant de conclure à l'existence d'un engagement ferme des deux parties, sans encourir le reproche d'une violation des textes de loi visés au moyen ;

(2) Mais attendu que la détermination du point de départ du délai accordé au vendeur d'immeuble pour agir en rescision pour lésion relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond ;

(Cour de cassation – 24 octobre 2013 – N°: 64/13)

Référence du BIJ: 2015/3-CASS 12055



**Procédure civile et commerciale**

**Cour de cassation**

20 mars 2014

**Appel – Indication erronée du mode de comparution de l'intimé – Nullité de forme (oui) – Nullité de fond (non)**

Vu l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que pour déclarer l'acte d'appel nul et le recours irrecevable, les juges du fond, après avoir relevé que l'acte d'appel invite la partie intimée, d'une part, à comparaître en personne et, d'autre part, par voie de constitution d'avocat à la Cour, ont décidé que les dispositions relatives au mode de comparution relèvent de l'organisation judiciaire et sont de ce fait d'ordre public ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'irrégularité de l'exploit tenant à l'indication du mode de comparution de l'intimé constitue une nullité de forme qui doit être proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

D'où il suit que l'arrêt encourt la cassation ;

(Cour de cassation – 20 mars 2014 – Rôle: 3317 – N°: 30/14)

Référence du BIJ: 2015/3-CASS 12329



## Droit pénal et procédure pénale

**Cour d'appel**  
19 février 2013

### **Réalisation de copies de documents comptables par un salarié – Vol domestique (oui) – Copies en vue de leur production dans le cadre d'un litige de droit du travail – Fait justificatif (non)**

Le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir soustrait frauduleusement les trois documents précités au préjudice de la société B).

Le vol domestique, prévu par l'article 464 du Code pénal, exige, pour être donné, la réunion cumulative des éléments constitutifs suivants :

1. la soustraction d'une chose
2. une chose mobilière
3. une soustraction frauduleuse
4. une chose soustraite qui n'appartienne pas à celui qui la soustrait et
5. l'auteur du fait doit se trouver dans un cas de figure prévu par l'article 464 du Code pénal.

En l'espèce, les éléments constitutifs sub 4. et 5., à savoir le fait qu'A) était, au moment des faits au service de la société B), et qu'il se trouva par conséquent dans un des cas de figure prévus par l'article 464 du Code pénal, de même que le fait que la société B) fut propriétaire des documents qui ont été copiés par A), sont établis en l'espèce et ne font par ailleurs pas l'objet de contestations de la part du prévenu.

Par contre, le prévenu conteste, d'une part, l'existence en l'espèce d'une quelconque soustraction et, d'autre part, l'élément intentionnel de l'infraction.

A. En droit : Quant à la soustraction frauduleuse d'une chose mobilière

A) fait plaider en effet que la soustraction présupposerait l'intention frauduleuse, c'est à dire la volonté consciente de vouloir sortir la chose de la jouissance de son possesseur.

Or, le fait pour lui de confectionner des copies des documents en question n'aurait pas entraîné une perte de possession de la société B), les documents originaux n'ayant pas quitté les locaux de la société.

Par ailleurs, il aurait fabriqué les copies avec la seule intention, tout à fait légitime, de s'aménager des preuves susceptibles d'être produites en tant qu'éléments de défense, et exclusivement, dans le cadre du procès qui s'est tenu devant le tribunal de travail.

L'acte commis par lui ne saurait en outre être qualifié de frauduleux, étant donné qu'il aurait eu libre accès à l'intégralité des documents dont il est question en vue de l'exercice de sa nouvelle mission de contrôleur de gestion dans le cadre de laquelle il aurait été mandaté expressément par la direction générale d'examiner l'ensemble des documents concernant tous les niveaux de l'entreprise. Il fait référence au document « contrôleur de gestion : quelques précisions » du 18 octobre 2005 qui contiendrait ce mandat.

Même le document mentionné sub 3) dans l'ordonnance de renvoi, à savoir la fiche de fonction « assistant au contrôleur de gestion » aurait été librement accessible pour lui, en dépit du tampon « confidentiel » dont le document était pourvu. En effet, comme l'expression l'indiquerait, la fonction d'assistant au contrôleur de gestion aurait été une fonction subordonnée à celle du contrôleur de



gestion. En tant que supérieur hiérarchique, ce dernier devrait raisonnablement avoir accès à la fiche de fonction concernant son assistant, si ce n'est pour se renseigner de l'envergure des tâches confiées à ce dernier.

Il ajoute que le gérant de l'entreprise, T3), n'aurait jamais attiré l'attention de ses collaborateurs sur le fait que certains documents seraient strictement confidentiels. Le fait que les classeurs contenant les documents copiés se trouvaient dans une armoire dans le bureau du chef ne l'aurait pas intrigué, étant donné que dans cette armoire d'autres documents de la société (SOC1), compilés également dans des classeurs bleus et se trouvant à sa disposition pour l'exécution de ses tâches, auraient été déposés.

A l'appui de son raisonnement, il fait état d'un arrêt du 11 mai 2004 de la Cour de Cassation française.

A défaut d'intention frauduleuse et de soustraction établies, il devrait être acquitté de l'infraction de vol domestique lui reprochée.

Par conséquent, le tribunal devrait se déclarer incompétent pour toiser la demande en dédommagement de la partie civile.

En l'espèce, il convient de se poser en premier lieu la question de l'existence de l'élément caractéristique de l'infraction, à savoir, de la soustraction frauduleuse d'une chose, tout en sachant que la caractérisation de l'infraction de vol requiert la présence d'un bien corporel mobilier dont son propriétaire est effectivement dépouillé à un moment donné.

#### Soustraction frauduleuse d'une chose corporelle

La jurisprudence luxembourgeoise en la matière remonte à un arrêt de la Cour de Cassation du 12 juillet 1928 et n'a pas connu d'évolution depuis. Elle est restée fidèle à la conception classique qui requiert la nécessité de l'appréhension par l'auteur d'une chose corporelle ainsi qu'une véritable soustraction de cette chose dans le but de se l'approprier pour que l'infraction du vol soit constituée,

Dans le contexte de l'affaire de 1928, dans laquelle un salarié s'était emparé de copies de lettres, appartenant à l'employeur, qu'il était censé classer dans des archives, la Cour de Cassation a effectivement retenu ce qui suit :

« 1. L'élément caractéristique du vol est la soustraction frauduleuse ;

Ne peut donc être déclaré coupable de vol celui qui avait la possession véritable ou précaire de la chose qu'il s'est appropriée ;

Par contre, la simple détention matérielle d'un objet n'exclut pas l'appréhension, qui constitue un des éléments de vol ;

Par conséquent, la circonstance que le prévenu, qui s'est approprié frauduleusement une chose en avait le maniement ou la détention du consentement du propriétaire, qui cependant en avait gardé la possession, n'empêche pas qu'il y ait soustraction frauduleuse.

2. Seuls les meubles corporels sont susceptibles de vol ;

Par conséquent, s'il est établi que le prévenu qui s'est emparé d'un écrit appartenant à autrui, avait uniquement l'intention de se procurer le contenu de cet écrit, il n'est pas coupable de vol ; si, pourtant, il est convaincu d'avoir agi dans le but de s'approprier l'écrit lui-même, considéré sous son



aspect matériel, il encourt les peines du vol. » (CASS. 12 juillet 1928, PAS. L. 11, p.330)

Il résulte de l'économie générale de la motivation de cette décision, qui a d'ailleurs confirmé l'arrêt d'appel sur ce point, que la Cour de Cassation entend sanctionner ici à titre de vol, non pas le « vol d'informations », mais bien la soustraction définitive de duplicatas de documents originaux, appartenant également à l'entreprise.

Contrairement à la jurisprudence luxembourgeoise, la jurisprudence française a connu une évolution considérable en la matière.

En effet, depuis 1979, la jurisprudence française ne subordonne plus la qualification de vol à l'existence chez l'agent d'une volonté d'appropriation définitive ou même seulement temporaire de l'objet soustrait ( Jurisclasseur Pénal article 379, Fascicule 2, n° 108 ss ; Paul Corlay, " Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol ", Semaine Juridique 1984, doctrine, 3160 ; Cass. 8 janvier 1970, D. 1979, 509.)

D'autre part, la jurisprudence admet dorénavant de qualifier de vol, le fait pour l'auteur de détourner au préjudice de leur propriétaire des informations appartenant à ce dernier, par le biais du vol de leur support appartenant également au propriétaire de l'information.

Avec l'arrêt Logabax du 8 janvier 1979, invoqué par la partie civile en l'occurrence, la chambre criminelle de la Cour de Cassation française a définitivement consacré ce courant de jurisprudence en considérant qu' : « en prenant des photocopies des documents en cause, à des fins personnelles à l'insu et contre le gré du propriétaire de ces documents, le prévenu, qui n'en avait que la simple détention matérielle, les avait appréhendés frauduleusement pendant le temps nécessaire à leur reproduction ». (voir également Cass. Crim., 30 novembre 1993, n° 92-81.960 ; Cass crim., 5 octobre 1999, n° 97-85.312.

Il y a lieu de noter que pour la Cour de Cassation, le fait que le salarié détient les documents de par ses fonctions est indifférent au regard de la qualification de vol, l'idée étant que l'employeur ne remet au salarié que la simple détention matérielle de ces documents, mais non la possession. (Sophie Bouretz, « Le salarié peut-il se constituer une preuve avec des documents appartenant à l'employeur ? », La semaine juridique édition générale n° 39, 29 septembre 1999, II 10166 ; Cass. crim., 29 avril 1986 : Bull. crim., n° 148 ; JCP G 1987, II, 20788, note H. Croze ; D. 1987, p. 131, note M.-P. Lucas de Leyssac ; Cass. crim 6 janvier 1989 : Dr. pénal 1990, comm. n° 86 ; Cass. crim 24 octobre 1990 : Bull. crim., n° 355 ; Dr. pénal 1991, comm. n° 11 ; Cass. crim 19 janvier 1994 : Dr. pénal 1994, comm. n° 109 ; Juris-Data n° 000784 ; Rev. sc. crim. 1994, p. 767, obs. R. Ottenhoff.)

En l'occurrence, il est établi qu'A) a pris copie, à des fins non professionnelles, de documents appartenant à la société B), ce à l'insu et contre le gré de son employeur, de sorte qu'il doit être retenu dans les liens de l'infraction de vol lui reprochée.

Il invoque le fait d'avoir fabriqué les copies dans le but exclusif de les produire comme éléments de preuve dans le cadre d'un litige du travail.

La question qui se pose donc en deuxième est celle de savoir si cette considération peut jouer comme fait justifiant l'infraction.

## B. Fait justificatif

Pendant une longue période, la chambre criminelle a « systématiquement jugé que le salarié qui produit, en original ou en photocopie, des documents appartenant à son employeur dans le procès qui les oppose, commet une soustraction constitutive de vol ». (Michel Véron, « Production de



documents appartenant à l'employeur », Revue Droit pénal n° 9, septembre 2004, commentaire 122).

Le mobile qui a inspiré l'auteur à confectionner des copies, notamment celui consistant dans le souci d'organiser sa défense en prévision d'un prochain litige l'opposant à son employeur n'a pas été considéré être de nature à exclure son intention frauduleuse, l'infraction étant effectivement consommée dès la réunion de ses éléments matériels et moral. (v. Sophie Bouretz, « Le salarié peut-il se constituer une preuve avec des documents appartenant à l'employeur ? », La semaine juridique édition générale n° 39, 29 septembre 1999, II 10166 ; v. également Carole GIRAULT, « Soustractions de documents d'entreprise par les salariés en vue de se défendre en justice », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, 16 septembre 2004, 1345, n° 4).

Ainsi, dans un arrêt du 8 décembre 1998, la chambre criminelle a retenu que : « le préposé qui, détenant matériellement des documents appartenant à son employeur, fait, à des fins personnelles, des photocopies de ces documents sans l'autorisation de ce dernier, se rend coupable de vol, quels que soient le mobile qui l'a inspiré, la valeur marchande des informations appréhendées et leur utilisation ultérieure. » (Cass. Crim. 8 décembre 1998 : Bull. crim n° 336; voir également, Cass. Crim. 24 octobre 1990 : Bull. crim., n° 335 ; Cass.crim., 24 avril 2001 : Bull. crim. n° 98).

Ce courant de jurisprudence était cependant diamétralement opposé à celui consacré par la chambre sociale de la Cour de Cassation française depuis un arrêt du 2 décembre 1998 qui a considéré qu'un salarié pouvait légitimement photocopier et produire en justice des documents appartenant à son employeur dans le procès qui les oppose : « le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. »

Ce n'est qu'en mai 2004, que, par deux arrêts rendus le même jour, que la chambre criminelle a modifié sa jurisprudence pour la rapprocher de celle établie par la chambre sociale. C'est le deuxième de ces arrêts qui, « dans une formule qui vaut énoncé d'un principe » (Michel VERON, op. cit.) a retenu que :

« en l'état des motifs, dont il se déduit que les documents de l'entreprise dont la prévenue avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et qu'elle a appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de son employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur. » (Cass Crim. 11 mai 2004, n° 03-85521)

Dans cette affaire la Cour de Cassation a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'Appel qui avait relaxé une salariée poursuivie pour vol au motif qu'en produisant les documents contestés, elle n'avait été animée par aucune intention de porter atteinte à la propriété de son employeur, mais seulement par celle de préserver légitimement des preuves et de les faire valoir dans le cadre de l'instance prud'homale. (Michel VERON, op.cit.)

Il apparait donc que désormais, le mobile qui a inspiré l'auteur à subtiliser le contenu de documents appartenant à son employeur en les copiant, à savoir la préservation de ses droits de la défense, est érigé en quelque sorte en fait justificatif supprimant le caractère répréhensible de l'infraction, ce cependant sans que l'élément intentionnel du vol ne soit mis en question.

La doctrine s'accorde pour dire que les conditions dans lesquelles le vol ne sera pas caractérisé ont été circonscrites par la Cour de Cassation.

La première condition tient aux circonstances dans lesquelles le salarié a eu accès aux documents en question et la seconde condition met l'accent sur le caractère « strictement nécessaire » des documents à l'organisation de la défense du salarié. (v. Radé Christoph, « Le salarié qui emporte des documents pour se défendre en justice n'est pas un voleur », [www.lexbase.fr](http://www.lexbase.fr); n° LXB :



N1973ABP ; Marie Christine SORDINO, « Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », *Revue Droit pénal* n° 4, avril 2010, étude 6, n° 6)

a. Documents strictement nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense

La jurisprudence s'accorde pour dire que le caractère « strictement nécessaire » à l'exercice des droits de la défense est une question qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. (Marie Christine SORDINO, *op.cit.*, note de bas de page n° 15 ; Cass. crim., 4 janvier 2005, n° 04-82.337, F-D : JurisData n° 2005-026710 ; Bull. crim. 2005, n° 5.; Cass. crim., 15 février 2005, n° 04-81.923, F-D : JurisData n° 2005-027536 ; Dr. pén. 2005, comm. 72, obs. M. Véron.)

En l'espèce les trois documents concernés ont été versés dans le litige qui s'est mu entre la société B) et le prévenu suite à la mise à pied de ce dernier, ce qui rentre clairement dans la catégorie de litiges opposant le salarié à son employeur.

Si le prévenu manque de fournir des informations quant à l'effet probatoire des documents et quant à leur efficacité, il n'est pas contesté en cause que les documents ont été utilisés exclusivement comme éléments de preuve dans le litige social qui s'est tenu entre les parties, de sorte que cette condition est censée être établie en l'occurrence. Le fait que le procès devant le tribunal du travail a eu lieu deux ans après les faits ne saurait ébranler cette constatation.

b. Accès du salarié aux documents à l'occasion de ses fonctions

La considération, « à l'occasion de ses fonctions » qui apparaît dès les arrêts fondateurs de 2004 et que l'on retrouve aussi dans la jurisprudence sociale française relative à la recevabilité des preuves (voir Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02- 41.720, n° 02-41.771, Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96 -44.258 ), indique que le salarié ne peut appréhender des documents qu'il n'aurait pas détenus légitimement grâce à ses fonctions.

Une décision ultérieure de la chambre criminelle s'oriente encore plus clairement dans cette direction en retenant que la justification aurait pu opérer à supposer « que la prévenue en eût pris régulièrement connaissance ». (Cass.crim., 26 avril 2006, n° 05-83.564) (voir Stéphane DETRAZ, « Vol justifié de documents par un salarié », *La Semaine Juridique Social* n° 41, 11 octobre 2011, 1450).

Il incombe au prévenu qui invoque le fait justificatif à son profit d'en établir la réalité.

En l'espèce, la société B) conteste formellement qu'A) aurait eu accès, dans le cadre de ses fonctions, aux trois documents dont il est question en l'espèce, il s'agirait au contraire de documents strictement confidentiels à son égard.

Concernant le document « fiche de fonction assistant au contrôleur de gestion du 2 décembre 2004 », A) affirme en avoir eu légitimement accès en raison de sa qualité de contrôleur à la gestion et donc de supérieur hiérarchique de l'assistant au contrôleur de gestion.

Or, il y a lieu de constater que ledit document arbore sur chaque page le tampon « confidentiel ». De même, le document renseigne qu'il a été réceptionné et paraphé, non pas par A), mais par X), directeur technique de l'entreprise, en date du 16 décembre 2004.

A) affirme que X) lui aurait fait parvenir le document. Il reste cependant en défaut de rapporter la preuve de ce fait.

Il résulte pour le surplus d'un document émanant de la société SOC1) et intitulé « contrôleur de gestion : quelques précisions », daté au 18 octobre 2005, que le titulaire de ce poste « dépend [..]



directement de la Direction Générale et n'a aucune autorité hiérarchique sur le personnel de l'entreprise ».

Il n'est donc point établi que le document ait été destiné aux mains d'A). Il apparaît plutôt que, au moins à partir du 18 octobre 2005 et donc par conséquent en décembre 2005, époque à laquelle A) a confectionné les copies, il n'avait pas valablement accès à la fiche de fonction.

Par ailleurs, le fait qu'A) a attendu la période du congé collectif, au cours de laquelle il pouvait être sûr de ne rencontrer personne sur les lieux, pour s'introduire dans le bureau de son supérieur hiérarchique pour copier les documents en question n'est pas de nature à rendre crédible son affirmation qu'il se croyait autorisé à en prendre connaissance.

Concernant les deux autres documents, il y a lieu de constater qu'il s'agit de documents contenant un descriptif des mesures de restructuration internes visant à améliorer l'organisation et la coordination des différentes unités fonctionnelles de l'entreprise B) à mettre en œuvre par l'entreprise en vue de remédier à certaines défaillances en termes de performance constatées au préalable. Etant donné que le document contient entre autres le conseil donné à l'entreprise de veiller au « recentrage des personnes sur leurs fonctions, tâches et responsabilités premières » et qu'il fait référence nommément aux fonctions de X), de T1) et d'A), le tribunal se doit de tirer la conclusion qu'il s'agit d'une documentation adressée au chef de l'entreprise exclusivement.

Le « mandat » de l'entreprise qu'A) invoque à son profit n'est pas formulé de manière à lui procurer un accès généralisé à tous les documents de l'entreprise. Il appert plutôt qu'il a été autorisé de se procurer, sur tous les niveaux de l'entreprise, les documents nécessaires à l'exercice de ses fonctions:

« Il a une autorité fonctionnelle sur l'ensemble de l'entreprise car son besoin d'informations l'amène à examiner tous les niveaux de l'entreprise et pour cela il est mandaté par la Direction Générale »

Or, en l'occurrence, A) manque de prouver dans quelle mesure il aurait eu besoin, pour effectuer sa mission de contrôleur à la gestion, de se procurer les documents contenant les décisions fonctionnelles décrites ci-dessus.

A) reste donc en défaut d'établir qu'il a eu légitimement accès aux documents en question, de sorte que le fait justificatif ne saurait jouer en sa faveur.

Il est à retenir dans les liens de l'infraction libellée à son encontre.

(Cour d'appel – 5e Chambre – 19 février 2013 – N°: 97/13 V)

Référence du BIJ: 2015/3-CL 05 11365



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
21 février 2013

### **Licenciement avec dispense de travail – Droit de l'employeur de moduler la dispense de travail (oui)**

Ainsi que l'ont retenu à bon escient les premiers juges, le congé et ses modalités une fois notifié échappent à la volonté de son auteur et celui-ci en peut plus y revenir pour le rétracter le licenciement, sinon rétracter une dispense de travailler pendant le préavis.

Or, en l'espèce les appelants en accordant à C une dispense de travailler en avaient dès l'ingrès modulé son application.

Il résulte en effet du courrier du 26 mai 2008 remis en mains propre le même jour à C que les appelants avaient accordé à leur salariée une dispense de travail avec la réserve suivante :

« Toutefois, nous prenons note de votre accord de venir travailler pendant la période de dispense en cas d'urgence, et en fonction de votre disponibilité ».

Il est encore constant que par leur lettre du 30 mai 2008, les appelants ont fait usage de cette réserve en informant C qu'en raison de l'accident de leur secrétaire principale, Mme E, ils n'étaient plus en mesure de lui accorder une dispense de travail pour toute la période.

Depuis le 2 juin 2008 jusqu'au 31 juillet 2008 inclus, C a régulièrement versé des certificats médicaux qui à l'exception de quelques jours du 6 juin 2008 au 11 juin 2008 ont couvert toute la période. Il résulte en effet de sa lettre du 6 juin 2008, qu'elle a déclaré maintenir son congé posté avant son préavis pour les 9 et 10 juin 2008.

Dans ses courriers subséquents au sujet du paiement de son salaire respectivement pour prendre, à la demande de ses employeurs, rendez-vous chez des médecins de contrôle, et même ultérieurement dans le cadre de sa défense en première instance ayant abouti au jugement du 8 juin 2009, C n'a jamais évoqué l'existence d'une dispense de travail irrévocable dans son chef, mais au contraire s'est prévalu du caractère justifié de son absence basée sur les certificats médicaux du docteur D.

Ce comportement de C corrobore le fait qu'elle savait que la dispense de travail ne lui avait été accordée que sous certaines conditions, notamment qu'elle devait venir travailler en cas d'urgence, comme il s'est avéré être le cas en l'espèce.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 21 février 2013 – Rôle: 37728)

Référence du BII: 2015/3-CL 03 11366



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
21 février 2013

**1. Licenciement – Déménagement du salarié – Validité de la notification du licenciement à la dernière adresse communiquée par le salarié (oui) – Date de la notification**

**2. Demande des motifs du licenciement en-dehors du délai légal – Communication des motifs du licenciement à titre subsidiaire et conservatoire – Preuve des motifs à charge de l'employeur (non)**

1. Le salarié a l'obligation d'informer l'employeur de son adresse ainsi que de tout changement de domicile opéré durant la relation de travail et il ne saurait être exigé de l'employeur de vérifier, avant l'envoi d'une lettre de licenciement, l'adresse du salarié auprès des autorités communales.

Il découle des développements qui précèdent que l'employeur a notifié la lettre de licenciement à la seule adresse que sa salariée lui avait communiquée comme étant celle de son domicile ou de sa résidence et que même après le changement officiel de domicile, celle-ci a indiqué cette adresse comme étant la sienne sur les courriers qu'elle adressait à l'employeur.

La notification du 20 septembre 2010 à l'adresse à Luxembourg est dès lors valable.

En l'absence de dispositions spéciales du code du travail par rapport à la date à laquelle une notification est réputée faite, il y a lieu de se référer par analogie à l'article 102 du nouveau code de procédure civile relatif à la notification des citations qui se font aussi par la voie postale et dans lequel il est dit au paragraphe (6) que dans le cas où le pli n'a pu être remis en mains propres, la citation est réputée faite le jour du dépôt dans la boîte aux lettres de l'avis par l'agent des postes de retirer la lettre recommandée au bureau des postes.

[...]

2. Aux termes de l'article L. 124-5. (3) du code du travail, le salarié qui n'a pas exercé dans le délai prévu la faculté lui réservée par le paragraphe (1) conserve le droit d'établir par tous les moyens que son licenciement est abusif.

C'est à tort que la salariée s'empare des motifs fournis à titre subsidiaire seulement par l'employeur dans sa lettre de réponse du 18 novembre 2010 pour les contester et fournir sa version des faits.

A défaut pour A. d'avoir demandé les motifs du licenciement dans le mois, l'employeur n'était pas tenu de répondre à sa demande du 21 octobre 2010. S'il l'a néanmoins fait, c'était à titre purement conservatoire pour le cas où les juridictions du travail n'allaient pas admettre le moyen de la forclusion.

Il a d'ailleurs précisé dans la lettre que les motifs n'étaient fournis qu'à titre purement subsidiaire.

Il est vrai que dans son arrêt du 15 février 2001 (Pasicrisie 32, page 4), la Cour de cassation a décidé que « si l'article 22 (3) de la loi sur le contrat de travail (l'actuel article .124-5.(3) du code du travail) permet au salarié, qui n'a pas demandé les motifs, d'établir par tous les moyens que son licenciement était abusif, cette disposition n'enlève pas à l'employeur la charge de la preuve des motifs qu'il a invoqués. »

Le cas d'espèce visé par ledit arrêt était cependant tout à fait différent en ce sens que l'employeur avait d'ores-et-déjà indiqué les motifs dans la lettre de licenciement, donc avant même toute



demande de motifs de la part du salarié.

La solution donnée par la Cour de cassation pourrait encore s'appliquer au cas où l'employeur répond purement et simplement et sans formuler de réserve par rapport à la forclusion, à la demande tardive du salarié.

L'employeur ayant cependant dans la présente espèce principalement opposé la forclusion et n'ayant fourni les motifs qu'en ordre subsidiaire, il n'y a dès lors pas lieu d'analyser les motifs par rapport à leur caractère précis, réel et sérieux.

Décider le contraire reviendrait à vider de tout sens la dérogation apportée par l'article L.124-5. (3) du code du travail à la règle énoncée à l'article L.124-11. (3) du même code dans la mesure où la charge de la preuve incomberait alors dans tous les cas à l'employeur.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 21 février 2013 – Rôle: 37890)

Référence du BIJ: 2015/3-CL 08 11369



**Droit civil**

**Cour d'appel**

6 mars 2013

**Nomination d'un liquidateur d'une étude d'huissier – Obligations et responsabilités du liquidateur**

Par ordonnance de référé du 11 mars 2009, C) fut nommé huissier de justice-liquidateur des affaires dont l'huissier de justice démissionnaire F) était en charge.

Suivant arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2009, prononcé dans le cadre de l'appel interjeté par l'huissier de justice F) contre cette nomination, la mission d'un liquidateur consiste à dresser l'inventaire de tous les dossiers non terminés et de décrire sommairement les devoirs restant à faire, de prendre inspection des livres comptables, de gérer les comptes de l'étude, de régler les dettes urgentes et recouvrer les créances.

Il en résulte que le liquidateur ne répond pas des actions en responsabilité introduites à l'encontre de l'huissier démissionnaire.

(Cour d'appel – 7e Chambre – 6 mars 2013 – Rôle: 36305)

Référence du BJI: 2015/3-CL 07 11348



**Droit civil**

**Cour d'appel**  
10 juillet 2013

**Copropriété – Décision de l'assemblée générale – Action en nullité – Délai de forclusion de deux mois à compter de la notification – Possibilité d'une action en nullité par voie d'exception après écoulement du délai (non)**

La Cour fait sienne la motivation des juges de première instance qui ont retenu qu'en application de l'article 34, alinéa 2 de la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis, les actions qui ont pour objet de contester les décisions des assemblées générales doivent, à peine de déchéance, être introduites par les copropriétaires opposants ou défaillants dans un délai de deux mois à compter de la notification faite par le syndic, que partant si aucun recours en nullité n'a été exercé à l'expiration du délai de deux mois, la décision de l'assemblée est devenue définitive et doit produire tous ses effets, sans qu'elle puisse être ultérieurement contestée par voie d'action ou d'exception (cf. TA 21 novembre 2006, n° 98.591 ; CA 27 février 1989, LJUS 98913615).

En effet, ce principe se trouve confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 février 2005 n° du rôle 13/05 qui a retenu qu'« en admettant que l'action en nullité ayant encouru la déchéance prévue au deuxième alinéa de l'article 34 de la loi modifiée du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis ne peut plus être invoquée par voie d'exception, les juges du fond ont fait une correcte application de cette disposition légale ».

Partant la partie appelante est forclosée à se prévaloir de la nullité des décisions des assemblées générales des 8 mai et 21 juillet 2009.

(Cour d'appel – 7e Chambre – 10 juillet 2013 – Rôle: 39004)

Référence du BIJ: 2015/3-CL 07 11951



## Droit pénal et procédure pénale

**Cour d'appel**  
23 octobre 2013

### **Appel – Prévenu ayant formé opposition quatre jours avant sa déclaration d'appel – Prise en compte de la voie de recours chronologiquement la première (oui) – Sursis à statuer ordonné en appel**

Par déclaration du 17 décembre 2012 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, X.) a fait relever appel d'un jugement correctionnel n° 3427/2012 rendu le 8 novembre 2012 par le tribunal du même arrondissement statuant par défaut, dont les motifs et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le Procureur d'Etat de Luxembourg a formé appel contre le prédit jugement en notifiant le 18 décembre 2012 une déclaration d'appel au greffe de la juridiction ayant rendu ladite décision.

Les appels relevés en conformité de l'article 203 du Code d'instruction criminelle et endéans le délai légal sont recevables.

En date du 13 décembre 2012, X.) avait relevé opposition contre le même jugement lui notifié par voie postale. X.) demande à la Cour de surseoir à statuer sur les appels interjetés en attendant le jugement statuant sur l'opposition.

Le représentant du ministère public expose que l'opposition fixée à l'audience du 13 mai 2013 a été décommandée au motif que le représentant du procureur d'Etat a estimé que par le fait que X.) a également relevé appel, il aurait implicitement renoncé à son opposition. Néanmoins, le représentant du Parquet général conclut actuellement à la surséance à statuer et se réfère à ce titre à différentes doctrines belges, notamment au Manuel de procédure pénale de Michel Franchimont, Ann Jacobs et Adrien Masset, retenant que lorsqu'une partie défaillante interjette appel et forme opposition contre le même jugement rendu par défaut, c'est la voie de recours chronologiquement la première qui est prise en considération.

Il appartient aux juges de première instance de statuer en premier lieu sur la recevabilité de l'opposition, étant donné qu'ils ont été saisis les premiers par l'opposition, l'appel interjeté postérieurement ne pouvant pas les dessaisir, seul un jugement à caractère juridictionnel pouvant les dessaisir de la cause.

L'article 187 du Code d'instruction criminelle dispose que la condamnation par défaut sera non avenue si, dans les quinze jours de la signification ou de la notification qui en a été faite au prévenu ou à son domicile, celui-ci forme opposition à son exécution; il s'ensuit qu'en raison de cet effet extinctif d'une opposition régulière, la Cour d'appel ne peut statuer sur l'appel que si l'opposition a été auparavant déclarée irrecevable ou si le prévenu a renoncé à son opposition.

En considération de ces développements, il y a lieu de faire droit à la demande des parties et de prononcer le sursis à statuer sur les appels interjetés jusqu'à ce que le tribunal ait décidé sur l'opposition ou que le prévenu ait renoncé à son opposition.

(Cour d'appel – 10e Chambre – 23 octobre 2013 – N°: 500/13)

Référence du BIJ: 2015/3-CL 18 12205



## Mesures urgentes et provisoires

**Cour d'appel**  
27 novembre 2013

### **Référé probatoire – Article 350 N.C.P.C. – Conditions**

L'article 350 du nouveau Code de procédure civile dispose que s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. Non subordonnée aux conditions de l'urgence et de l'absence de contestations sérieuses, la demande basée sur l'article 350 du nouveau Code de procédure civile a un caractère autonome et ne doit répondre qu'aux exigences posées par ledit texte lesquelles sont, à part l'absence de procès au fond, l'existence d'un motif légitime d'établir, par mesure d'instruction légalement admissible, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Ledit texte institue un référé qui est autant « préventif », en ce qu'il tend à éviter tout procès au fond, que « probatoire », en ce qu'il tend à conserver des éléments de preuve soumis au risque d'un dépérissement prochain ou à établir la preuve de faits qui se sont déjà produits et qui ne sont pas soumis au risque d'un changement ou d'une disparition prochains.

Il y a motif légitime au sens de la loi s'il n'est à priori pas exclu que des faits ou des éléments dont l'on veut établir ou conserver la preuve, puisse dépendre la solution d'un éventuel procès au fond entre parties, voire qu'ils soient susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige. Le juge est souverain pour apprécier le motif légitime qui constitue la seule condition positive du recours à une mesure d'instruction in futurum.

(Cour d'appel – 7e Chambre – 27 novembre 2013 – Rôle: 39878)

Référence du BIJ: 2015/3-CL 07 12116



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
28 novembre 2013

**Licenciement avec effet immédiat – Absence injustifiée – Incapacité de travail pour cause de maladie notifiée à l'employeur le 1<sup>er</sup> jour d'absence – Information contenant la durée prévisible de l'incapacité de travail – Défaut d'envoyer un certificat médical dans le délai de trois jours – Absence de protection contre le licenciement – Faute grave justifiant un licenciement avec effet immédiat (non)**

Il y a lieu d'analyser le moyen tiré de l'application des dispositions de l'article L.121-6 paragraphe 3 du Code du travail.

Pour établir la réception effective par A du certificat médical établi le 30 juin 2011 par le Dr. E, B invoque un faisceau d'indices tendant à établir que la lettre postée entre le 1<sup>er</sup> et le 4 juillet 2011 par sa fille est bien parvenue à A.

Il donne à considérer que pendant un an il a accompli ses fonctions auprès de A. sans se voir reprocher la moindre faute ; qu'il a rempli ses obligations d'information envers son employeur avec la diligence et le soin requis malgré une double commotion cérébrale ; qu'il a envoyé à son employeur un SMS pour l'informer de son hospitalisation, puis un courriel pour l'informer de son arrêt de travail et de sa durée ; que les parties communiquaient entre elles de manière informelle tout comme pour la déclaration d'accident du 8 juin 2011 ; que A. a fait preuve de mauvaise foi en mettant en doute la réalité de son accident de travail ;

que les deux plis - dont un pour la Caisse Nationale de Santé - ont été postés le même jour et dans la même boîte aux lettres.

A. conteste la réalité de ces présomptions. Elle soutient que si effectivement elle n'a jamais contesté avoir été informé de l'hospitalisation de B dès le 29 juin 2011, elle aurait en revanche toujours nié que cette hospitalisation eût été causée par un accident de travail prétendument survenu le 8 juin 2011 chez la cliente C. En outre, l'attestation testimoniale de D. serait extrêmement vague quant à la date même d'envoi du certificat en cause. Enfin, il ne résulterait nullement du courrier de F. qu'elle aurait été avertie du fait que la période de maladie irait jusqu'à la date théorique du 10 juillet 2011. Le seul message émanant de B aurait été celui du 1<sup>er</sup> juillet 2011 qui ne renseignerait de surcroît rien sur l'état de sa santé.

La Cour constate que s'il résulte des termes mêmes de la lettre de licenciement que A. était au courant de l'hospitalisation et de la durée prévisible de l'arrêt de maladie de B., il n'en demeure pas moins que dans cette même lettre A s'alarme du fait que depuis le 30 juin 2011 elle n'a plus reçu de nouvelles de sa part, ni aucun constat d'incapacité de travail attestant ses dires, ce qu'elle considère d'autant plus grave qu'elle doute de la réalité de son accident de travail du 8 juin 2011. Par ailleurs, et même s'il résulte de l'attestation testimoniale de D. que B. avait remis à sa fille le certificat médical du Dr E. afin qu'elle l'envoie à A. et que celle-ci affirme qu'elle l'a déposé dans une boîte aux lettres publique à une date qu'elle situe entre le 1<sup>er</sup> et le 4 juillet 2011, il n'est pas pour autant établi que ledit certificat soit effectivement parvenu à A. avant l'expiration du délai de trois jours.

Il en suit que B. n'a pas établi qu'il a envoyé un certificat d'incapacité de travail dans les trois jours de son absence, de sorte qu'il ne saurait pas non plus se prévaloir des dispositions du paragraphe 3 pour conclure au caractère abusif de son licenciement.



Il y a lieu dès lors de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

En ce qui concerne l'appréciation du comportement de B. qui n'établit pas avoir envoyé à son employeur un certificat maladie en bonne et due forme, c'est encore à bon droit le tribunal du travail a retenu que, dans les conditions données, il ne saurait être question dans le chef de B. d'une désinvolture constituant une faute rendant immédiatement et irrémédiablement impossible la continuation des relations de travail.

En effet, il ressort de la lettre de licenciement que A. était au courant de l'hospitalisation de B. et de la durée prévisible de son incapacité de travail, soit jusqu'au 10 juillet 2011. Il ne résulte pas non plus des éléments de la cause que B. ait fait l'objet d'un avertissement antérieur en relation avec une absence injustifiée.

De même et compte tenu de ces circonstances, l'absence « injustifiée » de B. sur une période de sept jours ne revêt pas la caractère de gravité justifiant un licenciement sans préavis.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 28 novembre 2013 – Rôle: 38708)

Référence du BIJ: 2015/3-CL 03 12121



## Procédures d'insolvabilité

**Cour d'appel**  
29 janvier 2014

### **Non-paiement des dettes fiscales – Faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite – Obligation pour le curateur de prouver un lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif (non)**

L'omission du commerçant, qui perçoit la TVA grevant son chiffre d'affaires, de la déclarer et de la continuer à l'AED, de même que le non-paiement des impôts directs que le commerçant, en sa qualité d'employeur, est tenu de retenir et de continuer à l'ACD, constituent une faute dans son chef d'autant plus grave que les taxes qu'il perçoit et les retenues sur salaire qu'il effectue ne lui appartiennent pas, mais ne fait que les percevoir/retenir aux fins de les continuer à l'administration compétente. Il s'y ajoute que le non-paiement des sommes en question fait présumer que les fonds ont été utilisés à d'autres fins. La Cour relève encore que, selon l'appelant, les bulletins émis par l'AED, non réglés, qui l'ont conduit à émettre des contraintes, notamment en 1999, 2000 et 2004, non suivies d'effet, l'ont été sur la base d'une taxation d'office faite par ladite administration, - les déclarations afférentes de l'appelant n'ont pas été contestées par le curateur - ce qui laisse supposer que la société n'a pas non plus fait de déclaration de TVA en bonne et due forme, l'appelant ajoutant même que ces taxations étaient « sans commune mesure avec l'activité générée par la société » (acte d'appel page 3). Se pose dès lors la question de savoir pourquoi le gérant, qui se doit de veiller aux intérêts de la société et notamment de s'opposer à toute revendication indue dirigée contre celle-ci, n'a pas contesté les bulletins émis par l'administration, respectivement les contraintes dressées à charge de la société. Il a, par ce biais, par une négligence coupable, laissé s'accroître le passif social grevant d'autant plus le gage des créanciers de la société.

Il convient enfin, et surtout, de relever que la société n'avait, au moment du prononcé de la faillite et même déjà en 2004, plus aucune dette envers ses fournisseurs privés. Cette constatation est d'importance en ce qu'elle laisse présumer que la société a délibérément choisi de régler les dettes qu'elle avait auprès de ses fournisseurs et laissé en souffrance, voire même laissé s'accroître le montant de celles qu'elle avait notamment auprès de l'AED et l'ACD. Cette présomption se trouve confortée par le bilan de l'année 2002 (pièce 13 de l'appelant) duquel il ressort que la société avait au 31 décembre 2002, d'une part, des dettes envers les banques et les fournisseurs et autres prestataires de services de l'ordre de 239.006,94 €, et des « autres dettes » non autrement spécifiées de 187.030,86 €, soit un total de 426.037 €, et, d'autre part, des « dettes fiscales et sécurité sociale » de 319.718,21 €. Un an et demi plus tard, au moment de la cessation des activités de la société - il est rappelé que du fait de l'inactivité de la société de 2004-2007, elle n'avait ni recettes, ni dépenses durant cette période, de sorte que le tableau des déclarations de créances tel qu'arrêté par le curateur en 2007 reflète assez fidèlement le niveau des dettes en 2004 - les dettes fiscales (i.e. la Cour additionne les déclarations de créance de l'AED et de l'ACD) se sont chiffrées à 509.480,71 € et les autres dettes à 1.030,55 €. Il y a partant eu, durant le même laps de temps, accroissement des dettes fiscales de 60 %, tandis que les dettes autres que fiscales ont pratiquement toutes été réglées dans leur intégralité.

Il est de principe que le non - paiement des charges sociales et fiscales ne constitue pas en soi une faute grave et caractérisée au sens de l'article 495-1 du Code de commerce lorsqu'il est involontaire et est la conséquence de l'évolution défavorable des affaires de l'entreprise ; il devient gravement fautif lorsqu'il constitue un mode de financement délibérément choisi. Le fait d'utiliser à d'autres fins respectivement des taxes que le commerçant perçoit et qu'il a pour obligation de déclarer et continuer à l'AED et des retenues qu'il est obligé d'effectuer en sa qualité d'employeur sur le salaire des salariés et qu'il ne continue pas à qui de droit, sont à considérer comme un détournement de sommes au profit de l'employeur et comme un procédé utilisé afin d'arroger indûment à la société un crédit à l'aide de fonds ainsi détournés de leurs fins. Cette façon de



procéder est constitutive d'une faute grave et caractérisée au sens de l'article 495-1 du Code de commerce.

La Cour considère encore comme faute grave et caractérisée le fait pour le gérant de la société, ainsi que relevé ci-dessus, respectivement de ne pas avoir réclamé contre les bulletins émis par l'AED et de ne pas avoir exercé de voies de recours contre les contraintes émises, dès lors qu'il ressort des propres déclarations de l'appelant que les taxations ont été faites d'office par ladite administration et qu'elles tablent sur un chiffre d'affaires bien supérieur à celui réalisé. Il est, certes, vrai que des chiffres précis concernant la fausseté du chiffre d'affaires sur la base duquel la taxation a été faite, ne sont pas disponibles, au regard de la comptabilité manquante. Il n'en reste pas moins que la Cour pourra tenir compte de l'aveu de l'appelant dans son pouvoir modérateur dont question ci-dessous.

Ces fautes d'une particulière gravité ont conduit la société à la faillite, étant donné qu'elles ont contribué à augmenter le passif de la société et amené l'AED, d'abord, à procéder par voie de saisie-exécution, qui n'a pas permis de la désintéresser, puis à assigner la société en faillite.

Les moyens de A qui conteste toute faute dans son chef, sinon toute faute dans son chef qui revête les caractères de l'article 495-1 du Code de commerce, sinon l'existence de toute faute grave et caractérisée se trouvant en relation causale avec la faillite, sont partant à écarter.

L'appelant réclame dans un ordre d'idées subsidiaire la réduction du montant auquel il a été condamné en première instance.

Quant au montant de la condamnation, le curateur ne doit pas établir le lien entre la faute et l'insuffisance d'actif. En fait, le dirigeant est présumé, si sa faute grave a contribué à la faillite, responsable de l'ensemble de l'insuffisance d'actif, mais le juge disposera d'un pouvoir de modération discrétionnaire qui sera utilisé pour réduire l'obligation du dirigeant (l'action en comblement de passif par I.VEROUGSTRAETE, page 436). Le juge peut fixer en équité ce montant. (Cour 11 juillet 2012, numéro de rôle 35838)

(Cour d'appel – 4e Chambre – 29 janvier 2014 – Rôle: 38130)

Référence du BIJ: 2015/3-CL 04 12386