



# Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

1/2013  
22 janvier 2013

## SOMMAIRE

<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 7 avril 2011</b>	<b>2</b>
(1) Mise en intervention forcée en instance d'appel – Conditions de recevabilité (2) Compétence <i>ratione materiae</i> des juridictions du travail – Possibilité de cumul des fonctions d'administrateur/de gérant et de salarié – Condition	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 7 avril 2011</b>	<b>4</b>
Démission pour faute grave de l'employeur – Non-paiement d'un seul salaire – Absence de mise en demeure par le salarié – Faute grave de l'employeur (non)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 28 avril 2011</b>	<b>5</b>
(1) Démission du salarié moyennant un préavis plus long que le préavis légal – Obligation pour l'employeur d'accepter ce préavis plus long (non) (2) Gratification – Absence de garantie conventionnelle au paiement d'une gratification annuelle – Analyse des critères de constance, de généralité et de fixité	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 14 juillet 2011</b>	<b>7</b>
Licenciement avec effet immédiat – Validité entre parties de la transaction conclue entre le salarié et son employeur (oui) – Opposabilité de la transaction à l'Etat (non)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 14 juillet 2011</b>	<b>10</b>
Faillite de l'employeur – Créances des salariés – Obligation de déposer une déclaration de créance (oui) – Irrecevabilité de la requête devant le Tribunal du travail (oui) – Règle d'ordre public (oui)	
<b>Cour d'appel, 9<sup>e</sup> Chambre, 24 novembre 2011</b>	<b>11</b>
Impossibilité morale de se procurer un écrit prouvant l'existence d'un prêt – Prise en compte du lien familial par parenté ou alliance (non) – Prise en compte du lien affectif réel (oui)	
<b>Cour d'appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 7 décembre 2011</b>	<b>12</b>
Référé-sauvegarde – Article 350 NCPC – Conditions	
<b>Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 8 décembre 2011</b>	<b>13</b>
Absentéisme – Fréquentes absences de courte durée – Présomption d'une désorganisation du service (oui)	
<b>Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 8 décembre 2011</b>	<b>14</b>
Licenciement avec préavis jugé abusif – Indemnisation d'office (non) – Obligation pour le salarié de rechercher un nouvel emploi (oui) – Détermination de la période de référence à partir du début de la période de préavis en cas de dispense de travail (oui)	
<b>Cour d'appel, 3<sup>e</sup> Chambre, 15 décembre 2011</b>	<b>15</b>
Licenciement – Motif tiré des mauvaises performances du salarié – Obligation pour l'employeur d'en indiquer les causes (oui)	
<b>Cour d'appel, 9<sup>e</sup> Chambre, 15 décembre 2011</b>	<b>16</b>
Saisie-arrêt validée postérieurement à la mise en liquidation du débiteur saisi – Saisie-arrêt validée antérieurement à la faillite du débiteur saisi – Transport de la créance au saisissant par effet de l'arrêt de validation – Transport définitif en raison de l'impossibilité d'un recours ordinaire (oui) – Arrêts de validation portés à la connaissance du tiers-saisi par voie postale – Nécessité d'une signification au tiers-saisi (non) – Signification au tiers-saisi uniquement en cas d'exécution forcée à son encontre (oui)	



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

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



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
07 avril 2011

**(1) Mise en intervention forcée en instance d'appel – Conditions de recevabilité – Recevabilité de la mise en intervention forcée contre l'associé unique de la société employeuse (non) – Société constituant une individualité juridique distincte**

**(2) Compétence *ratione materiae* des juridictions du travail – Possibilité de cumul des fonctions d'administrateur/de gérant et de salarié – Condition – Preuve du lien de subordination – Analyse des circonstances de fait plutôt que des écrits entre parties**

(1) Par exploit du 27 janvier 2010 A. a mis en intervention C. pour l'entendre condamner solidairement sinon in solidum avec la société B. à l'indemniser des conséquences dommageables de la résiliation de son contrat de travail réclamant de même sa condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel et à toutes fins utiles la déclaration d'arrêt commun à son encontre.

La recevabilité de la demande en intervention forcée:

C. conclut en ordre principal à l'irrecevabilité de la demande en intervention et en ordre subsidiaire et quant au fond à l'incompétence des juridictions du travail. Il s'oppose à la jonction des deux rôles ainsi qu'à la déclaration d'arrêt commun.

Aux termes de l'article 594 du Nouveau Code de procédure civile

«Aucune intervention ne sera reçue (en instance d'appel), si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce-opposition».

La mise en intervention forcée en instance d'appel est corrélative à l'intervention volontaire et ne peut être dirigée que contre celui qui pourrait former tierce-opposition. La tierce-opposition est ouverte à toute personne qui n'a été ni partie, ni représentée à condition qu'elle justifie d'un intérêt pour agir en ce que le jugement serait susceptible de préjudicier à ses droits.

Dans la mesure où la société commerciale constitue une individualité juridique distincte de celle de ses associés de sorte qu'une éventuelle condamnation de la société B. n'est pas de nature à préjudicier à leurs droits, la demande en intervention dirigée en instance d'appel contre C. pris en sa qualité d'associé unique de la société B. est irrecevable.

Pour les mêmes motifs, il n'y aura pas lieu à déclaration d'arrêt commun à l'égard de C.

(2) La compétence des juridictions du travail n'est donnée que si la demande prend son origine dans un contrat de travail caractérisé par un lien de subordination.

Il incombe au demandeur de rapporter la preuve du contrat de travail qu'il invoque et plus spécialement d'en établir l'élément essentiel à savoir l'existence d'un rapport de subordination juridique plaçant le salarié sous l'autorité de l'employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats.

L'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donnée à leur convention, ni par ailleurs quels termes ont été employés pour mettre fin aux relations existantes entre elles, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié.



Ainsi la preuve du contrat de travail peut résulter d'un ensemble d'éléments qui constituent des présomptions précises et concordantes faisant conclure à l'existence d'un lien de subordination. Ces circonstances relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. (Cour, 4 janvier 2001, n° 24644 du rôle Orsi/Odwrot ; Cour, 15 mai 2003, n° 268834 du rôle)

Le cumul dans le chef d'une même personne des fonctions d'administrateur ou de gérant et de salarié d'une société est possible à condition que le contrat de travail soit une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction réellement exercée et qui est caractérisée par un rapport de subordination de salarié à employeur. (Cour 8 février 2001, n° du rôle 24443 Spéciale/New Love).

Le contrat de travail n'a de réelle existence que s'il correspond à des fonctions techniques nettement dissociables de celles découlant du contrat.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 7 avril 2011 – Rôle: 35245 et 35774 )

Référence du BIJ: 2013/1-CL 08 10223



**Droit du travail et droit de la sécurité sociale**

**Cour d'appel**  
07 avril 2011

**Démission pour faute grave de l'employeur – Non-paiement d'un seul salaire – Absence de mise en demeure par le salarié – Faute grave de l'employeur (non)**

Engagée par B. en qualité de coiffeuse par contrat de travail à durée indéterminée du 30 octobre 2008, A. a résilié le contrat avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de l'employeur auquel elle reprochait de ne pas avoir procédé au paiement du salaire du mois de décembre 2009.

Si les manquements réitérés et persistants de l'employeur à son obligation de payer les salaires à la fin du mois constituent un motif grave au sens de l'article L.124-10 du Code du travail, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que le non paiement d'un seul salaire ne présente pas un caractère de gravité suffisant pour rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail, le tribunal du travail ayant relevé à juste titre qu'il aurait appartenu à A. d'agir d'abord en référé en paiement des salaires.

A cela s'ajoute que A. n'a même pas mis en demeure son employeur de payer le salaire ni n'a-t-elle soutenu que dans le passé déjà celui-ci aurait eu des retards dans le paiement du salaire.

Il y a donc lieu à confirmation du jugement entrepris.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 7 avril 2011 – Rôle: 36158)

Référence du BIJ: 2013/1-CL 08 10227



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
28 avril 2011

**(1) Démission du salarié moyennant un préavis plus long que le préavis légal – Applicabilité de l'article L.121-3 du Code du travail (non) – Obligation pour l'employeur d'accepter ce préavis plus long (non)**

**(2) Gratification – Absence de garantie conventionnelle au paiement d'une gratification annuelle – Analyse des critères de constance, de généralité et de fixité**

(1) Le moyen principal de l'appelant consiste à soutenir qu'il était libre de donner sa démission moyennant un préavis plus long que celui prévu par la loi, sans devoir obtenir au préalable l'accord de l'employeur qui par ailleurs n'aurait eu aucune raison valable de ne pas accepter la démission avec le préavis tel que donné par le salarié.

La démission est un acte unilatéral du salarié qui porte à la connaissance de l'employeur sa volonté de mettre fin aux relations de travail. Le contrat de travail ayant lié les parties n'ayant pas contenu de dispositions spécifiques quant au délai de préavis à respecter, O., qui travaillait pour la société depuis moins de dix ans, devait, par application des articles L.124-4. et L.124-3. du Code du travail, respecter le préavis légal de deux mois.

Certaines décisions jurisprudentielles ont considéré que le salarié était libre de donner un préavis plus long et que «l'employeur ne pouvait se plaindre de ce que son salarié lui eut donné un préavis plus long que la loi ne l'y obligeait» (Cour de Cassation fr. chambre sociale, 21 novembre 1984, B.C. 1984,V, no 448 ; 2 février 1993, Jurisdata 1993-001143) ), l'employeur qui avait considéré le contrat de travail résilié à la fin du délai de préavis légal, ayant, dans ces espèces, été condamné à régler au salarié l'indemnité consécutive à la rupture anticipée du préavis dont il avait pris l'initiative.

L'argumentaire à la base de ces décisions - qui consiste à soutenir que la démission moyennant un préavis plus long ne peut être que favorable à l'employeur - est discutable en ce que le salarié impose à l'employeur de le tenir à son service pour une période dépassant la durée légale du préavis alors même qu'il a, bien avant l'arrivée du terme du contrat, manifesté sa volonté de quitter l'entreprise et qu'il modifie ainsi de façon unilatérale les conditions d'exécution du contrat de travail. L'employeur est partant légitimement en droit de ne pas accepter la démission avec le délai de préavis tel qu'unilatéralement fixé par le salarié, sans devoir au surplus autrement motiver son refus.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu que l'article L.121-3. du Code du travail qui dispose que les parties au contrat de travail sont autorisées à déroger aux dispositions du présent titre dans un sens plus favorable au salarié n'est pas applicable en l'espèce dès lors que cette faculté relève de la liberté conventionnelle.

Il y a lieu d'en conclure qu'en cas de démission, le salarié n'est pas fondé à imposer à l'employeur un préavis différent de celui prévu par la loi. (Cour de cassation fr. chambre sociale, 1er juillet 2008, Jurisdata 2008-044671 ; B.C. 2008, V, 143 ; Jurisclasseur travail fasc. 32-1, numéros 77 ss, spéc. 82).

(2) La demande de O. qui réclamait pour l'année 2007 (d'après les pièces en possession de la Cour, la gratification était versée au mois de mars de l'année suivante) une gratification de 13.500 € a été rejetée par le tribunal du travail.



O. renvoie au document «variable pay system» du mois de novembre 2004 reprenant les critères de fixation du bonus, établi par son employeur. (...)

Etant donné qu'il ressort clairement du premier principe y retenu (no result, no bonus) que la gratification est fonction de résultats à atteindre, le soutènement de O. que ce document lui garantirait conventionnellement un bonus qui serait partant obligatoire est à écarter.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal du travail a retenu que le versement d'un bonus n'était prévu ni par le contrat de travail, ni par une convention collective. Le versement d'une gratification présente partant un caractère de libéralité, sauf au salarié d'arguer de son caractère obligatoire en établissant que le versement procède d'un usage général, constant et fixe.

La juridiction du premier degré a retenu que O. est resté en défaut d'établir la condition de fixité de la gratification réclamée.

O. a bénéficié en mars 2005 d'une prime de 15.860,06 €, au mois de mars 2006 de 12.631,39 € et en mars 2007 de 23.655,11 €. La société admet le caractère constant du versement.

Dès lors que O. a bénéficié d'un versement régulier durant les trois années précédant celle pour laquelle il réclame le paiement d'un bonus, il est oiseux de rechercher si et dans quelle mesure d'autres salariés ont également bénéficié d'un tel bonus. Il s'y ajoute que le document «variable pay system» établit les conditions pour le versement d'un bonus sinon à tous, du moins à ceux des membres du personnel soumis à une évaluation individuelle.

(...)

En ce que le document «variable pay system» prévoit les calculs à appliquer pour déterminer le quantum éventuel du bonus à verser, il permet, sur base des règles y contenues, de fixer le montant éventuellement redû à O. au regard des résultats sociaux de l'année 2007. Ce document énonce partant des règles fixes qui ne relèvent plus de la discrétion de l'employeur.

O. revendique un montant de 13.500 €, reste cependant, face aux développements de l'intimée qui conteste le chiffre avancé, en défaut de le justifier.

L'offre de preuve par témoins est superfétatoire en ce que les pièces établissent le droit pour O. de se voir verser un bonus pour autant que les critères établis dans le document «variable pay system» se trouvent réunis.

L'appelant formule « pour autant que de besoin » une offre de preuve par consultation par un homme de l'art tel un actuaire pour déterminer le montant lui redû par l'intimée à titre de gratification/prime pour l'année 2007.

Cette offre de preuve est pertinente et concluante de sorte qu'il y a lieu de l'admettre.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 28 avril 2011 – Rôle: 35638)

Référence du BIJ: 2013/1-CL08 10228



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
14 juillet 2011

### **Licenciement avec effet immédiat – Validité entre parties de la transaction conclue entre le salarié et son employeur (oui) – Opposabilité de la transaction à l'Etat (non)**

Par arrêt du 15 juillet 2010, la Cour de cassation a cassé l'arrêt du 4 juin 2009 de la Cour d'appel. Après avoir rejeté les deux premiers moyens de cassation proposés par l'Etat du Grand - Duché de Luxembourg, elle a accueilli le troisième moyen de cassation en retenant :

Vu les articles 2049 et 2051 du Code civil et l'article L.521-4 (5) et (6) du Code du travail :

Attendu que la transaction conclue par le travailleur, autorisé à toucher les indemnités de chômage en application de l'article L.521-4 (2) du Code du travail et ayant touché par provision des indemnités de chômage, et l'employeur, n'est pas opposable à l'ETAT intervenant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi et exerçant le recours institué par l'article L.521-4 (5) et (6) du Code du travail ; que la transaction conclue entre les seuls travailleur et employeur ne met pas fin à l'instance en ce qui concerne la demande en remboursement des indemnités de chômage, payées par provision au salarié, dirigée par l'ETAT contre la partie déclarée mal-fondée en ses prétentions ;

que l'arrêt attaqué qui a déclaré éteinte l'action en intervention de l'ETAT et rejeté sa demande en remboursement des indemnités de chômage versées au travailleur encourt dès lors la cassation ;

Suite à l'arrêt intervenu les parties ont pris position comme suit :

L'Etat du Grand- Duché de Luxembourg se réfère à ses conclusions prises avant l'arrêt cassé du 4 juin 2009 dans lesquelles il demandait à voir renvoyer l'affaire à la première audience utile afin de toiser le fond du litige et de faire condamner qui de droit au remboursement du montant de 4.724,71 €. Il précise dans ses dernières conclusions que l'affaire est à renvoyer devant le tribunal du travail de Luxembourg afin que soit respecté le double degré de juridiction.

La société anonyme B fait valoir qu'en application de l'article L.521-4.(4) à (6) du Code du travail, le tribunal du travail ordonne, si le licenciement est déclaré abusif, le remboursement par l'employeur dans la limite des périodes couvertes par des salaires, traitements ou indemnités touchés par le salarié, et si le licenciement est régulier, le remboursement par le salarié des indemnités touchées par provision. La transaction, même si elle n'éteint pas l'action de l'Etat, met cependant définitivement fin au litige entre parties et enlève au juge du travail la possibilité de statuer sur le bien-fondé du licenciement. L'action de l'Etat doit être déclarée non fondée alors que la condition du succès de cette action est l'existence d'une condamnation par le tribunal du travail. L'action de l'Etat n'est pas indivisible de celle tendant à voir qualifier le licenciement d'abusif ou de régulier. Elle demande en ordre subsidiaire à la Cour de renvoyer le dossier devant le tribunal du travail afin qu'il statue sur le fond du litige.

A fait valoir que l'Etat n'agit pas en vertu d'un droit propre, mais que son action est accessoire à l'action principale introduite par le salarié qui resterait libre de l'introduire et partant également d'y mettre fin. L'instance accessoire suivrait le sort de l'instance principale. Il fait valoir en outre que l'Etat n'est en droit de n'exiger le remboursement des indemnités de chômage que sur base d'une décision de condamnation qui ne saurait exister en raison de la transaction intervenue. Il demande en ordre subsidiaire le renvoi devant le tribunal du travail afin qu'il statue sur la régularité du licenciement.



## Discussion

L'Etat base sa demande de condamnation sur l'article L. 521- 4. (5) et (6) du Code du travail.

C'est pour garantir ses droits consistant dans le remboursement des indemnités que la loi autorise l'Etat du Grand -Duché de Luxembourg en tant que gestionnaire du Fonds pour l'emploi à intervenir à tout moment, et ce déjà dès l'instance engagée devant le président de la juridiction du travail, qu'elle oblige le travailleur à mettre en intervention le Fonds lors de la saisine de la juridiction du travail du fond du litige et que même à défaut de cette mise en intervention la juridiction pourra l'ordonner en cours d'instance jusqu'au jugement sur le fond. Le Fonds pour l'emploi pourra donc intervenir à tout moment dans l'instance engagée, cette intervention introduite par la loi du 26 février 1993 étant destinée à remplacer la condamnation d'office contenue dans la loi modifiée du 30 juin 1976.

L'Etat en tant que gestionnaire du Fonds pour l'emploi agit sur base d'une intervention principale et obligatoire-et non une intervention accessoire tel que le soutient A- qui crée une indivisibilité de fait et d'intérêt voulue entre le salarié, l'employeur et l'Etat en ce sens que le litige n'est susceptible que d'une solution unique. L'instance devient nécessaire et obligatoire dès la demande en attribution par provision de l'indemnité de chômage entre ces mêmes trois parties.

Compte tenu de ce qu'au regard de l'article L. 521-4. (2) du Code du travail, les indemnités de chômage attribuées au salarié sur la base de l'autorisation du président du tribunal du travail ne lui demeurent acquises que si le licenciement est déclaré abusif, il existe dans le chef du salarié une obligation de faire trancher le litige porté devant la juridiction du travail, à l'effet de faire constater le caractère abusif ou justifié de ce licenciement (Cour d'appel 18 mars 1999 numéro 19393 ; Cour d'appel 22 mars 2001, numéro 24274).

Le salarié licencié avec effet immédiat doit non seulement intenter une action contre l'employeur tendant à voir déclarer abusif le licenciement pour être recevable à demander de se voir relever de l'exclusion aux indemnités de chômage inscrite à l'article L.521-4. (1) sub 2. du Code du travail, mais encore devra-t-il, en application de l'article L.521-4.(6) du Code du travail, rembourser au Fonds pour l'emploi, si le licenciement est déclaré justifié, tout ou partie, le cas échéant de façon échelonnée, les indemnités de chômage lui versées par provision.

Dans son arrêt du 15 juillet 2010, la Cour de cassation a retenu d'une part (premier et deuxième moyens) que la transaction entre A et B est valable, même si l'Etat n'y était pas partie, mais d'autre part qu'elle ne lui est pas opposable.

L'inopposabilité se définit comme l'inefficacité d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce dernier de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets. (Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 3è édition 1992)

Les développements des parties A et B qui concluent au rejet de la demande de l'Etat étant donné qu'en vertu de la transaction intervenue, le jugement ou l'arrêt à intervenir ne saurait plus condamner l'une ou l'autre partie, ne sont pas pertinents en ce que l'article L.521-4.(5) et (6) du Code du travail doit être lu en relation avec l'article L. 521-4.(2) du même code qui permet l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet au salarié en attendant la décision judiciaire définitive du litige qui décidera du caractère régulier ou abusif du licenciement.

Le fait même que la juridiction ne peut plus prononcer de condamnation n'est pas pertinent. Les articles L.521-4.(5) et (6) du Code du travail ne font que régler l'assiette du recours de l'Etat contre l'employeur, le salarié régulièrement licencié devant quant à lui rembourser tout ou partie des indemnités perçues, le cas échéant, de façon échelonnée.



La seule question pertinente qui se pose est celle de savoir si en raison de la transaction, les juridictions du travail peuvent encore se prononcer sur la régularité ou non du licenciement, les contestations entre les parties jadis liées par un contrat de travail étant closes entre elles. Autrement dit, les parties qui ont valablement mis fin à leurs contestations quant au caractère régulier ou abusif et qui sont les seules en état d'instruire raisonnablement le litige étant donné qu'elles sont, à l'exclusion de l'Etat, en possession des pièces et informations nécessaires, sont-elles obligées de débattre de la régularité dudit licenciement, ne serait-ce qu'en vue de la détermination des droits éventuels de l'Etat?

Etant donné que la transaction reste valable entre parties en ce qu'elle a mis fin aux contestations, ces dernières ne sauraient dans le cadre de la même instance par essence indivisible faire l'objet d'un examen que les parties ont expressément décidé de ne pas mener.

Cette conclusion ne préjudicie en rien aux intérêts légitimes de l'Etat.

L'instance qui le lie aux parties n'est, en vertu du caractère inopposable de la transaction à son égard, pas éteinte. La juridiction du travail qui reste saisie doit, aux termes de l'article L.521-4. (2) du Code du travail, décider du caractère régulier ou abusif du licenciement.

Cette question ne dépend pas de l'instruction de l'affaire à diligenter au fond par les parties.

L'Etat a en effet par le biais du Fonds pour l'emploi avancé à titre provisoire les indemnités de chômage au salarié sous la condition expresse pour ce dernier de mener à terme l'instance judiciaire devant décider du caractère régulier ou abusif du licenciement.

Le salarié bénéficiaire des indemnités de chômage n'est pas obligé de rembourser ces dernières à l'Etat sous la condition d'établir le caractère abusif du licenciement, auquel cas l'Etat est en droit d'exercer son recours contre l'employeur, dans les limites légales.

La transaction que le salarié a conclue avec l'employeur le met cependant dans l'impossibilité de remplir la condition sous laquelle il s'est vu allouer les indemnités.

Il convient dans ces conditions d'ordonner la réouverture des débats étant donné que les parties ont conclu en ordre subsidiaire à voir renvoyer le dossier devant le tribunal du travail aux fins de voir toiser le fond du litige. Cependant, eu égard aux développements faits ci-dessus, il n'y a pas lieu à renvoi, les parties ne pouvant dans le cadre de la même instance indivisible, être astreintes, serait-ce pour voir toiser la demande de l'Etat, à débattre de contestations qui sont éteintes.

Aux fins de préserver le débat contradictoire, elles sont invitées à conclure sur l'incidence liée à l'impossibilité actuelle pour le salarié de rapporter la preuve du caractère abusif du licenciement.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 14 juillet 2011 – Rôle: 34246)

Référence du BIJ: 2013/1-CL 08 10271



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
14 juillet 2011

### **Faillite de l'employeur – Créances des salariés – Obligation de déposer une déclaration de créance (oui) – Irrecevabilité de la requête devant le Tribunal du travail (oui) – Règle d'ordre public (oui)**

En vertu de l'article 496 du Code de commerce, il appartient à tout créancier qui veut que le curateur tienne compte de sa créance, de la déclarer.

C'est la contestation par le curateur ou un autre créancier qui transforme en demande en justice, la déclaration qui, jusque-là, ne constituait qu'une simple réquisition extrajudiciaire, une simple sommation (cf. les Nouvelles, droit commercial, t.IV. Les concordats et la faillite, no 2323).

Or, conformément à l'article 504 alinéa 2 du Code de commerce, les contestations qui ne seront pas de la compétence du tribunal seront renvoyées devant le juge compétent.

Aussi, au sens de l'article 452 du Code de commerce, les créanciers chirographaires et ceux jouissant d'un privilège général ne sont pas recevables, durant la faillite, à assigner le failli ni même le curateur pour demander leur condamnation, mais ne peuvent agir que par la voie de la déclaration ou de l'action en admission pour faire reconnaître leur créance (Cour de Cassation 13 novembre 1997, Pas.30, p.265).

Il en découle et même si le tribunal de travail était en principe compétent pour toiser du bien-fondé du litige comme relevant des relations de travail entre parties, que la requête de A était irrecevable pour n'avoir pas respecté les règles et formes en matière de faillite rappelées ci-dessus.

En effet, les formes que la loi impose pour la procédure de déclaration et de vérification des créances sont d'ordre public. Il n'est pas permis aux parties d'y déroger. Le juge a l'obligation de soulever d'office l'exception et de la soumettre à débat contradictoire.

Les développements de l'appelant quant à la nature de la nullité et de ses incidences sur le régime procédural ne sont pas pertinents en ce que la sanction consiste en l'irrecevabilité de la requête et non en sa nullité.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 14 juillet 2011 – Rôle: 35954)

Référence du BIJ: 2013/1-CL 08 10272



## Droit civil

**Cour d'appel**  
24 novembre 2011

### **Impossibilité morale de se procurer un écrit prouvant l'existence d'un prêt – Prise en compte du lien familial par parenté ou alliance (non) – Prise en compte du lien affectif réel (oui)**

W. bénéficie partant de la présomption que la somme de 850.000 DEM a été remise à titre de don manuel.

L'impossibilité morale de se procurer un écrit, prévue par l'article 1348 du Code civil et dérogeant aux exigences de la preuve littérale de l'article 1341 du Code civil, résulte d'obstacles non pas externes, mais internes aux parties à l'acte. La rédaction d'un écrit, bien que facile à réaliser sur le plan matériel, va à l'encontre de réflexes psychologiques. Il s'agit de situations dans lesquelles, pour le demandeur, il aurait été, à l'égard de l'autre partie, offensant, déplacé, malséant de se montrer méfiant et d'exiger la rédaction d'un écrit.

Quelle que soit la situation corrélative des parties (extrême proximité juridique, affective et/ou matérielle ou, au contraire, lien très relâché), le juge peut toujours considérer qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas, en l'espèce, impossibilité morale de se procurer un écrit.

C'est le lien humain réel et psychologique qui est pris en compte, non le lien que la loi considère comme familial par parenté ou alliance, ce dernier n'étant qu'un indice de l'existence du premier.

Normalement la jurisprudence, pour retenir l'existence de l'impossibilité morale de se procurer un écrit, ne se contente pas de liens de parenté ou d'alliance, mais exige en outre la preuve d'un lien d'affection entre proches parents et alliés. (JCL civil, art. 1341 à 1348, fasc. 60, nos 30, 31 et 33)

En l'occurrence, un lien d'affection entre M. et sa sœur et son beau-frère, serait-il établi, n'est cependant pas de nature à fonder l'impossibilité morale de se procurer un écrit.

En effet, au regard du montant élevé en cause, l'exigence d'un écrit de la part de M. n'aurait pas eu de caractère offensant ou déplacé vis-à-vis de sa sœur et de son beau-frère (cf. op. cit., no 31).

L'offre de preuve de F. en vue d'établir les liens d'affection est partant à déclarer irrecevable pour n'être ni pertinente ni concluante.

F., ne pouvant se prévaloir de l'impossibilité morale de se procurer un écrit, doit, pour établir l'existence du contrat de prêt, existence invoquée pour rapporter la preuve de l'absence d'un don manuel, produire un écrit.

A défaut de la preuve littérale du contrat de prêt et en l'absence d'éléments rendant invraisemblable le don manuel - l'explication fournie par W. quant aux motifs du don n'étant pas à rejeter a priori, étant donné qu'il résulte des pièces versées que M. a, en date du 30 septembre 1975, renoncé à la succession de son père - la demande de F. en remboursement d'un prêt n'est pas fondée.

(Cour d'appel – 9e Chambre – 24 novembre 2011 – Rôle: 34902)

Référence du BIJ: 2013/1-CL 09 10215



**Mesures urgentes et provisoires**

**Cour d'appel**  
07 décembre 2011

**Référé-sauvegarde – Article 350 NCPC – Conditions**

L'article 350 précité vise deux hypothèses différentes d'application, celle de la conservation de la preuve de faits à laquelle le risque de dépérissement de preuves peut ne pas être étranger, et celle de l'établissement de la preuve de faits, qui n'implique pas nécessairement que les faits qu'il s'agit d'établir risquent de changer ou de disparaître.

Le référé in futurum ne pose pas d'autres conditions que celle de l'existence d'une situation litigieuse entre parties, celle de l'absence de litige au fond y relatif, celle que des faits à établir ou à conserver dépende la solution du litige, celle encore que le motif pour établir ou conserver le fait soit légitime, et celle, finalement, que la mesure sollicitée sur la base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile soit légalement admissible.

(Cour d'appel – 7e Chambre – 7 décembre 2011 – Rôle: 37392)

Référence du BJI: 2013/1-CL 07 10195



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
08 décembre 2011

### **Absentéisme – Fréquentes absences de courte durée – Présomption d'une désorganisation du service de l'employeur (oui)**

L'appelant reproche au jugement entrepris d'avoir retenu que les deux premiers motifs du licenciement répondaient aux conditions de précision requis par la loi et la jurisprudence.

Il fait plaider que dans son courrier de motivation du licenciement, l'employeur s'est contenté de reprendre un listing des jours de maladie du salarié; qu'il s'est ensuite contenté d'expliquer laconiquement que les absences de l'appelant auraient entraîné des prétendus problèmes d'organisation ainsi que le mécontentement de certains clients, sans préciser quels problèmes d'organisation se seraient posés et sans expliquer pourquoi les clients auraient été mécontents et quels étaient leurs griefs à l'égard de l'employeur, et quelle relation causale existait entre ses absences et le mécontentement de certains clients.

(...)

L'appelant fait plaider que ses absences ne sont pas d'une importance telle qu'il faille présumer une perturbation sérieuse de l'organisation du magasin, la société intimée ayant plusieurs magasins et un grand nombre de salariés.

La société intimée expose qu'un absentéisme de 25 jours sur 4 mois et une semaine d'activité peut justifier un licenciement, car les absences n'étaient jamais des absences de longue durée, mais survenaient de manière totalement inattendue tous les mois.

Elle ajoute qu'un tel taux d'absentéisme pour un salarié ayant 8 mois d'ancienneté constitue un motif de licenciement sans qu'il y ait lieu de rechercher plus précisément les répercussions sur l'organisation du travail, la désorganisation devant dans ce cas être présumée.

(...)

Le tribunal du travail a admis avec raison qu'à cause de l'état de santé déficient du salarié et de la fréquence de ses absences, la défenderesse ne pouvait plus compter sur une collaboration efficace de sa part en tant qu'opticien, que la prestation de travail du salarié s'annonçait aléatoire et que la défenderesse devait à chaque certificat médical lui remis assurer son remplacement.

La désorganisation du service suite aux absences est dès lors établie.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 8 décembre 2011 – Rôle: 37022)

Référence du BIJ: 2013/1-CL 03 10197



**Droit du travail et droit de la sécurité sociale**

**Cour d'appel**  
08 décembre 2011

**Licenciement avec préavis jugé abusif – Indemnisation d'office (non) – Obligation pour le salarié de rechercher un nouvel emploi (oui) – Détermination de la période de référence à partir du début de la période de préavis en cas de dispense de travail (oui)**

D'autre part, si un licenciement abusif engendre en principe réparation des préjudices tant matériel que moral subis par le salarié victime, force est cependant de constater que cette réparation n'intervient pas d'office ; en effet, et cela a été à d'itératives reprises retenu par la jurisprudence, seul le dommage matériel en relation causale directe avec le licenciement abusif est indemnisé et calculé par rapport à une période de référence dont la durée est fixée au cas par cas par les juridictions, à partir de la fin du contrat de travail, ou au début du préavis en cas de dispense de travail, en fonction notamment des efforts concrets faits par le salarié pour trouver un nouvel emploi et de la situation de l'emploi dans la branche où le salarié a travaillé.

Admettre le contraire, à savoir une indemnisation d'office indépendante de l'attitude du salarié congédié, permettrait à ce dernier, s'il ne fait aucun effort pour se reclasser dans le milieu de l'emploi, de se voir indemniser pendant un temps illimité ; or l'employeur, même s'il s'est comporté de façon fautive, ne peut être contraint d'indemniser à l'infini son ex-salarié qui ne fait pas les diligences nécessaires pour réduire à un minimum son préjudice matériel, et qui dès lors est lui-même responsable de l'importance de ce dernier.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu que le salarié, qui n'a versé aucune pièce relative à son prétendu préjudice matériel, et qui ne lui avait pas soumis les informations relatives à ses recherches d'emploi, en a conclu que le salarié restait en défaut d'établir la preuve de l'existence d'un préjudice matériel subi et l'a partant, à juste titre, débouté de sa demande en indemnisation du préjudice matériel.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 8 décembre 2011 – Rôle: 37077)

Référence du BIJ: 2013/1-CL 03 10198



**Droit du travail et droit de la sécurité sociale**

**Cour d'appel**  
15 décembre 2011

**Licenciement – Motif tiré des mauvaises performances du salarié – Obligation pour l'employeur d'en indiquer les causes (oui)**

De même, en ce qui concerne le motif iv) pris de la mauvaise performance en général du requérant, l'énoncé de ce motif n'est pas de nature à révéler à ce dernier la nature exacte du manquement lui reproché dans l'exercice de ses fonctions. S'il est vrai que la défenderesse décrit, chiffres à l'appui, le manque de résultats même après une recapitalisation, la défenderesse reste cependant en défaut de spécifier les causes qui sont à l'origine de cette mauvaise performance et plus particulièrement, elle reste en défaut d'indiquer les circonstances permettant d'en imputer la responsabilité à son ancien CEO. Il est en effet de jurisprudence constante qu'il incombe à l'employeur de caractériser l'insuffisance professionnelle, sinon la mauvaise performance professionnelle du salarié, reproche qui ne "saurait en aucun cas être déduit à partir de la constatation de mauvais résultats financiers et circonstance, qui à l'époque du licenciement, en décembre 2008, ne trouve pas nécessairement son origine dans cette mauvaise performance alléguée. »

C'est dès lors à bon escient que le tribunal du travail a écarté les motifs sub i) et iv) de la lettre de motivation pour défaut de précision.

(Cour d'appel – 3e Chambre – 15 décembre 2011 – Rôle: 35747)

Référence du BIJ: 2013/1-CL 03 10200



## Saisies et voies d'exécution

**Cour d'appel**  
15 décembre 2011

**Saisie-arrêt validée postérieurement à la mise en liquidation du débiteur saisi – Saisie-arrêt validée antérieurement à la faillite du débiteur saisi – Transport de la créance au saisissant par effet de l'arrêt de validation – Transport définitif en raison de l'impossibilité d'un recours ordinaire (oui) – Arrêts de validation portés à la connaissance du tiers-saisi par voie postale – Nécessité d'une signification au tiers-saisi (non) – Signification au tiers-saisi uniquement en cas d'exécution forcée à son encontre (oui)**

Par arrêt rendu le 12 janvier 2006 la société A. a été condamnée par la Cour d'appel à payer à B. la somme de 44.127,77 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde et la saisie-arrêt pratiquée par B. à concurrence du montant principal de 44.127,77 €, sous réserve des intérêts échus et à échoir à partir du 27 octobre 1998, a été validée.

Par arrêt du 19 avril 2007, la Cour d'appel a condamné la société A. à payer à la société C. la somme de 113.479,78 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la mise en demeure, et confirmé le jugement de première instance du 28 octobre 2003 dans ses dispositions relatives à la validité de la saisie-arrêt pratiquée, sauf à réduire le montant à concurrence duquel la saisie est validée à la somme de 113.479,78 €.

La tierce-saisie ne s'est pas libérée entre les mains des saisissants suite à l'opposition par le liquidateur, puis par le curateur, à toute libération de fonds.

Suite à l'arrêt du 14 juillet 2011, B. et la société C. concluent comme suit :

le jugement de validation de la saisie-arrêt a pour effet de transporter, sinon de céder la créance au profit du saisissant;  
le jugement dessaisit le débiteur des sommes arrêtées pour en faire l'attribution au saisissant;  
la saisie-arrêt rend indisponibles les fonds saisis qui échappent ainsi au concours des créanciers en cas de procédure collective et ceci le temps d'obtenir une décision définitive et exécutoire sur la validité de la saisie.

Ils demandent qu'il soit dit :

que le transport-cession d'une créance saisie-arrêt n'est possible que si le jugement est passé en force de chose jugée et qu'il a été notifié au tiers saisi,  
que B. et la société C. ont un droit propre sur les créances litigieuses depuis les saisies-arrêts respectivement du 23 octobre 1998 et du 27 octobre 1998,  
que B. et la société C. en liquidation ne sont pas soumis au concours des créanciers suite à la mise en liquidation, puis la faillite de la société A..

Ils demandent d'ordonner la continuation des poursuites en exécution des arrêts de validation des saisies-arrêts de la Cour d'appel du 12 janvier 2006 et du 19 avril 2007.

La partie tierce-saisie conclut comme suit :

au moment où la Cour a rendu ses arrêts de validation des saisies-arrêts, le débiteur saisi A. était déjà en liquidation;  
le concours entre les créanciers naît dès la mise en liquidation;  
subsidiativement, il y a concours entre les créanciers dès lors que la société en liquidation n'a



plus les fonds suffisants pour honorer l'intégralité de ses dettes;  
plus subsidiairement, un arrêt sur la validité d'une saisie-arrêt ne sort ses effets en matière d'exécution forcée qu'après signification;  
les prononcés des arrêts de validation des saisies-arrêts rendus en faveur de B. et de la société C. ne sauraient donc avoir opéré à eux seuls transport de la créance saisie, à défaut d'avoir été signifiés avant la naissance d'un concours entre créanciers.

Le curateur de la faillite A. se rallie aux conclusions de la tierce-saisie.

Il résulte des explications fournies par B. et la société C. ainsi que des pièces produites qu'une copie de l'arrêt du 12 janvier 2006 a été adressée à la tierce-saisie par courrier du 16 janvier 2006 et qu'une copie de l'arrêt du 19 avril 2007 lui a été adressée par fax le 30 mai 2007.

L'arrêt du 12 janvier 2006 n'a fait l'objet d'aucune signification.

L'arrêt du 19 avril 2007 a été signifié au curateur de la faillite de la société A., à E. - associé et gérant technique de la société A. - et à D. - associé de la société A. -, mais n'a pas été signifié à la tierce-saisie.

Dans leur requête en continuation des poursuites B. et la société C. ont déclaré que la question centrale du litige est de savoir notamment si les notifications à la tierce-saisie des arrêts des 12 janvier 2006 et 19 avril 2007 ont permis le transport-cession des créances saisies-arrêtées au profit des parties saisissantes.

Ils font valoir que l'exigence de l'exploit d'huissier a disparu depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 1994 qui a modifié l'article 1690 du Code civil en ce sens que le cessionnaire est saisi à l'égard des tiers par la notification du transport faite au débiteur, que cette réforme a supprimé l'obligation de recourir à un acte extrajudiciaire pour informer le tiers saisi de la cession de créance. Ils font plaider que les arrêts litigieux ont été notifiés au sens de l'article 1690 du Code civil.

L'article 1690 du Code civil vise le contrat par lequel un créancier cède le droit de créance qu'il détient contre son débiteur à un tiers qui devient créancier à sa place.

En l'espèce, l'objet du litige n'est pas une cession de créance conventionnelle, de sorte que la disposition de l'article 1690 du Code civil n'est pas d'application.

Quant à la validation des saisies-arrêts prononcées par les arrêts des 12 janvier 2006 et 19 avril 2007, il y a lieu de constater qu'il y a chose jugée, celle-ci devant être comprise comme l'objet, le résultat du jugement.

L'objet des arrêts de validation des saisies-arrêts a été le transport de la créance au profit du saisissant.

Ce contenu décisionnel du jugement est appelé efficacité substantielle. Celle-ci se caractérise essentiellement par la force obligatoire à l'égard des parties, et le jugement est opposable aux tiers.

Les décisions de validation des saisies-arrêts ont été rendues en instance d'appel. Une voie de recours ordinaire n'est donc plus ouverte contre elles et un pourvoi en cassation est dépourvu d'effet suspensif en la matière.

Le transport de la créance est donc définitif.

Il va de soi que la tierce-saisie, qui n'a pas été partie dans la procédure de validation des saisies-



arrêts, doit être informée des décisions intervenues, et pour autant qu'il n'y ait pas d'accord relatif à l'exécution des décisions rendues, une signification doit être faite en vue d'une exécution forcée.

Toutefois, le défaut de signification à la tierce-saisie des arrêts des 12 janvier 2006 et 19 avril 2007 est sans incidence sur la chose jugée attachée à ces deux décisions.

C'est par ces deux décisions que le transport de créance au saisissant a été opéré.

Les moyens de défense de la société A en faillite et de la partie tierce-saisie sont donc à rejeter comme non fondés.

(cf. Encyclopédie Dalloz, Procédure, v° Chose jugée, nos 6 et s., 18 et s.; Encyclopédie Dalloz, Procédure, v° Jugement, n° 369)

Il y a dès lors lieu de faire droit à la requête et de dire que B. et la société C. ont un droit propre sur les créances pour lesquelles la condamnation au paiement et la validation des saisies-arrêts a été prononcée par les arrêts des 12 janvier 2006 et 19 avril 2007.

La contestation du curateur de la faillite de la société A. relative aux montants réclamés tant en leur principe qu'en leur quantum est à rejeter, la chose jugée des arrêts des 12 janvier 2006 et 19 avril 2007 s'opposant à un nouvel examen des montants en cause.

(Cour d'appel – 9e Chambre – 15 décembre 2011 – Rôle: 29171)

Référence du BJI: 2013/1-CL 09 10239