



Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

5/2013

01 octobre 2013

SOMMAIRE

Cour d'appel, 8^e Chambre, 6 octobre 2011	77
Ancienneté – Appréciation pour le calcul de l'indemnité de départ – Appréciation pour le calcul du délai de préavis	
Cour d'appel, 8^e Chambre, 6 octobre 2011	78
Clause à l'essai de six mois – Préavis conventionnel de trois mois pendant la période d'essai – Validité de la clause	
Cour d'appel, 8^e Chambre, 13 octobre 2011	80
Démission du salarié pour faute grave de l'employeur – Absence de recours de l'Etat contre l'employeur	
Cour d'appel, 8^e Chambre (Président), 20 octobre 2011	83
Licenciement d'une salariée enceinte – Délai de 8 jours à partir de la notification du licenciement pour informer l'employeur de l'état de grossesse – Délai suffisant au regard du droit communautaire (oui)	
Cour d'appel, 8^e Chambre, 20 octobre 2011	85
Appel contre un jugement ayant déclaré le licenciement conforme à la loi quant à sa seule forme – Recevabilité de l'appel en l'absence de décision sur le caractère abusif du licenciement (non)	
Cour d'appel, 8^e Chambre, 27 octobre 2011	86
Salarié malade – Défaut de remise d'un certificat médical le troisième jour au plus tard – Protection contre le licenciement (non) – Licenciement avec effet immédiat au bout de trois jours d'absence – Motif grave (oui)	
Cour d'appel, 8^e Chambre, 27 octobre 2011	87
1. Salarié malade – Défaut d'avertir l'employeur le premier jour – Obligation pour l'employeur d'attendre l'expiration du délai de trois jours (non) 2. Indemnité compensatoire de préavis – Imputation sur dommage matériel (oui)	
Cour d'appel, 8^e Chambre, 10 novembre 2011	88
Heures supplémentaires – Preuve – Attestations testimoniales	
Cour d'appel, 4^e Chambre, 21 décembre 2011	89
Signification d'acte – Succursale – Théorie des "gares principales" – Signification à un siège secondaire – Conditions de validité	
Cour d'appel, 4^e Chambre, 21 décembre 2011	90
Faillite – Société luxembourgeoise disposant d'une succursale et d'un siège d'exploitation en Suisse – Compétence des tribunaux luxembourgeois – Notion de principal établissement	
Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 18^e Chambre, 17 février 2011	92
Fausse alerte – Eléments constitutifs	
Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13^e Chambre, 23 février 2011	93
Harcèlement obsessionnel – Eléments constitutifs	
Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 7^e Chambre, 24 février 2011	94
Association de malfaiteurs – Eléments constitutifs	
Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 18^e Chambre, 14 juillet 2011	96
Détention de matériel pédopornographique – Notion de détention	



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 et Alex ENGEL



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
06 octobre 2011

1. Ancienneté à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de départ – Appréciation à la date d'expiration du contrat de travail

2. Ancienneté à prendre en considération pour le calcul du délai de préavis – Appréciation au jour de la résiliation du contrat

1. Aux termes de l'article L.124-7. (1) du Code du travail, le salarié qui peut faire valoir une ancienneté de services continus de cinq années au moins a droit à une indemnité de départ qui ne peut être inférieure à un mois de salaire. L'ancienneté est appréciée à la date d'expiration du délai de préavis, même si le salarié bénéficie d'une dispense de travail.

[...]

L'indemnité de départ est calculée sur la base des salaires bruts effectivement versés au salarié pendant les douze derniers mois qui précèdent immédiatement celui de la notification de la résiliation. Sont compris dans les salaires servant au calcul de l'indemnité de départ les indemnités pécuniaires de maladie ainsi que les primes et suppléments courants, à l'exclusion des salaires pour heures supplémentaires, des gratifications et de toutes indemnités pour frais accessoires exposés. (article L.124-7. (3) du Code du travail).

2. Le tribunal du travail a accordé à l'intimé une indemnité de préavis non respecté de deux mois supplémentaire, motif pris de ce que le salarié pouvait faire valoir une ancienneté de plus de cinq années, étant entendu que l'employeur a continué à le rémunérer jusqu'au 30 avril 2009.

L'appelante soutient cependant à bon droit que l'ancienneté prévue à l'article L.124-3. (2) du Code du travail s'apprécie au moment de la résiliation du contrat de travail et non pas au moment de la cessation des relations de travail, la disposition légale faisant obligation à l'employeur de respecter un délai qui est fonction de l'ancienneté de services au moment de la résiliation du contrat de travail.

L'appelante est partant à décharger de la condamnation encourue de ce chef.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 6 octobre 2011 – Rôle: 36146)

Référence du BIJ: 2013/5-CL 08 10359



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
06 octobre 2011

Clause à l'essai de six mois – Délai de préavis conventionnel de trois mois en cas de résiliation pendant la période d'essai – Clause défavorable au salarié en cas de licenciement (non) – Validité de la clause (oui)

L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir prononcé la nullité de l'article 9 du contrat de travail qui prévoit une période d'essai de 6 mois et dans le cas d'une rupture des relations de travail par l'une des deux parties pendant cette période d'essai, un préavis de 3 mois. L'appelant soutient que la nullité de l'article L.121-3 du Code du travail est une nullité de protection du salarié qu'il est le seul habilité à invoquer.

Il est encore fait grief aux premiers juges d'avoir méconnu l'article L.121-3 du code du travail qui permet aux parties de déroger aux dispositions de la loi dans un sens plus favorable au salarié.

L'intimée s'oppose à la demande en s'appuyant sur l'article L.121-5(4) du code du travail qui prévoit qu'il peut être mis fin au contrat à l'essai dans les formes prévues aux articles L.124-3 et L.124-4 et que dans ce cas, le contrat prend fin à l'expiration d'un délai de préavis qui ne peut être inférieur : « à autant de jours que la durée de l'essai convenue au contrat compte de semaines ; à quatre jours par mois d'essai convenue au contrat sans pouvoir être inférieur à quinze jours et sans devoir excéder un mois ».

D'après l'intimée, la clause 9 du contrat de travail est nulle comme l'ont dit les premiers juges. Elle fait valoir que cette clause est défavorable au salarié, puisqu'elle l'oblige également à respecter un préavis de 3 mois.

L'appelant s'oppose à ces moyens en invoquant un arrêt de la Cour de Cassation du 25 mai 2009, numéro 2631.

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation a dit « que l'article L.121-3 du Code du travail autorise les parties à un contrat de travail à déroger aux dispositions du Livre 1er, Titre II du code du travail dans un sens plus favorable au salarié ; que la stipulation conventionnelle en faveur du salarié d'un délai de préavis plus long que celui issu de la loi n'enlève pas à l'employeur la faculté de résilier le contrat de travail à durée indéterminée ».

En l'espèce, le problème est identique et c'est à tort que l'intimée soutient que l'article L.121-5(4) du Code du travail, qui prévoit un préavis maximum d'un mois, s'opposerait à ce que les parties conviennent d'un préavis plus long. L'article L.121-3 pose le principe général que les parties au contrat de travail sont autorisées à déroger aux dispositions de la loi dans le sens plus favorable au salarié. Par contre, est nulle toute clause contraire pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié où à aggraver ses obligations.

En l'espèce, la clause n'est pas défavorable au salarié, puisqu'en cas de résiliation de sa part, il n'est tenu de respecter que le préavis légal, la clause de préavis de 3 mois étant considérée dans son chef comme plus défavorable. Par contre, en cas de résiliation de la part de l'employeur, la clause conventionnelle doit être respectée.

Le jugement entrepris doit partant être réformé sur ce point. Les montants réclamés de ce chef par l'appelant n'étant pas autrement contestés, il y a lieu de fixer la créance à la somme de 49.376,37 euros.



L'appelant conclut également à la réformation du jugement en ce qui concerne l'indemnité de congés non pris. D'après lui, cette indemnité doit être calculée jusqu'à la fin de la période de préavis prévue au contrat. Le droit au congé s'éteint au jour où le contrat de travail prend fin. En l'espèce, les relations de travail ont cessé le 30 novembre 2008. Le non respect du préavis conventionnel donne droit à indemnité, mais il ne peut être inclus dans le calcul de l'indemnité pour congé non pris. Le jugement entrepris doit partant être confirmé sur ce point.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 6 octobre 2011 – Rôle: 36282)

Référence du BIJ: 2013/5-CL 08 10360



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
13 octobre 2011

Démission du salarié pour faute grave de l'employeur – Absence de recours de l'Etat contre l'employeur en remboursement des indemnités de chômage (sauf le cas d'une démission pour harcèlement sexuel)

Par un premier jugement du 24 mars 2010, le tribunal du travail a déclaré justifiée la résiliation par la salariée du contrat de travail en raison de la faute grave de l'employeur mais non fondée la demande en requalification de la démission de la salariée en licenciement abusif et rejeté la demande en paiement d'une indemnité de préavis. Les demandes en paiement des arriérés de salaire et d'indemnité compensatoire pour congés non pris ont été déclarées fondées jusqu'à concurrence de 2.815,64 € respectivement 2.115,79 €.

[...]

Aux termes du paragraphe (5) de l'article L.521-4. du Code du travail :

« le jugement ou arrêt déclarant abusif le licenciement du salarié ou justifiée la démission motivée par un acte de harcèlement sexuel condamne l'employeur à rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités de chômage par lui versées au salarié pour la ou les périodes couvertes par les salaires ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt. Il en est de même du jugement ou de l'arrêt condamnant l'employeur au versement des salaires, ou indemnités en cas d'inobservation de la période de préavis ou en cas de rupture anticipée du contrat conclu à durée déterminée.»

S'emparant de la décision, non entreprise par l'employeur, du tribunal du travail qui a déclaré justifiée la résiliation avec effet immédiat par la salariée du contrat de travail en raison de la faute grave de l'employeur et condamné l'employeur à indemniser le préjudice tant matériel que moral subi de ce chef par la salariée, l'Etat prétend au remboursement, à l'égard de l'employeur, des indemnités de chômage payées à A en soutenant qu'une telle résiliation avec effet immédiat ne constituerait pas une « démission » proprement dite, soit un abandon volontaire du poste de travail, mais la réaction de la salariée face à sa constatation que l'employeur n'exécutait plus ses obligations découlant du contrat du travail, en l'espèce le paiement du salaire, la plaçant ainsi dans l'impossibilité de poursuivre sa collaboration.

En réalité ce serait donc l'employeur qui serait à l'origine de la rupture des relations de travail de sorte que la résiliation avec effet immédiat de la relation de travail par la salariée pour faute grave de l'employeur reconnue justifiée, devrait être requalifiée en licenciement abusif avec effet immédiat sinon produire les mêmes conséquences.

Dans la mesure où l'Etat n'a interjeté appel que contre le jugement du 13 octobre 2010 mais non pas contre le jugement du 24 mars 2010 qui a « dit non fondée la demande en requalification de la démission de A due à la faute grave de l'employeur en licenciement abusif » la Cour n'est pas saisie de la question de la requalification et ne saurait revenir sur la décision des premiers juges qui est définitivement acquise sur ce point.

La première hypothèse dans laquelle l'article L. 521-4. (5) du Code du travail prévoit le recours de l'Etat, à savoir en cas de licenciement abusif, n'est donc pas donnée en l'espèce.

C'est encore à tort que l'Etat conclut en ordre subsidiaire au remboursement des indemnités de



chômage en s'emparant de la dernière phrase de l'article L.521-4. (5) du Code du travail « Il en est de même du jugement ou de l'arrêt condamnant l'employeur au versement des salaires, ou indemnités en cas d'inobservation de la période de préavis ou en cas de rupture anticipée du contrat conclu à durée déterminée.» pour soutenir que la démission de la salariée pour faute grave de l'employeur serait une situation aisément assimilable à celle de l'inobservation de la période de préavis.

Suivant l'article L. 124-6. du Code du travail libellé comme suit :

« La partie qui résilie le contrat à durée indéterminée sans y être autorisée par l'article L.124-10. ou sans respecter les délais de préavis visés aux articles L. 124-4. et L.124-5. est tenue de payer à l'autre une indemnité compensatoire de préavis égale au salaire correspondant à la durée du préavis ou, le cas échéant, à la partie de ce délai restant à courir. »

le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis ne peut être mis qu'à charge de la partie qui a pris l'initiative de la rupture des relations de travail.

Or, en rejetant tant la demande en requalification de la résiliation par la salariée en licenciement abusif que la demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, décisions non entreprises par l'appel, les premiers juges ont implicitement mais nécessairement admis que ce n'était pas l'employeur qui était à l'initiative de la résiliation de la relation de travail de sorte que l'hypothèse visée par la dernière phrase de l'article L.521-4. (5) alinéa premier n'est pas non plus donnée en l'espèce de sorte qu'il est superfétatoire d'examiner la question de savoir si le cas d'espèce peut être assimilé à celui de l'inobservation par l'employeur de la période de préavis.

L'Etat fait encore état de l'ordonnance du président du tribunal du travail du 15 mars 2010 par laquelle A s'est vue attribuer par provision l'indemnité de chômage complet en relevant que selon les termes mêmes de cette ordonnance l'indemnité de chômage n'aurait été accordée que dans l'attente de la décision judiciaire définitive concernant la « régularité du licenciement ».

Selon l'Etat, le Président du tribunal du travail, saisi de la demande d'autorisation en attribution de l'indemnité de chômage complet n'aurait donc pas fait de distinction entre résiliation du contrat de travail pour faute grave de l'employeur et licenciement avec effet immédiat. L'Etat devrait en conséquence être admis à demander à l'employeur fautif les indemnités de chômage avancées à la salariée dans l'attente de la décision définitive.

Abstraction faite de la considération d'une part que l'article L.521-4. (2) ne met pas à charge du salarié qui a résilié le contrat de travail pour faute grave de l'employeur l'obligation de saisir le président du tribunal du travail pour pouvoir bénéficier de l'attribution par provision de l'indemnité de chômage ainsi d'autre part que la mention « en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité du licenciement » ne figure pas dans le dispositif de l'ordonnance en question, le Président du tribunal du travail n'a aucune compétence pour se prononcer sur la qualification de l'acte de rupture de la relation de travail.

La Cour renvoie d'ailleurs aux développements antérieurement faits pour rappeler que par décision non entreprise sur ce point, les juges du fond ont refusé de faire une assimilation entre la démission du salarié pour faute grave de l'employeur et le licenciement abusif.

Le paragraphe (5) de l'article L.521-4. du Code du travail ne prévoit le recours de l'Etat contre l'employeur que dans des hypothèses bien définies à savoir en cas de licenciement abusif ou en cas de démission justifiée du salarié motivée par un acte de harcèlement sexuel ou encore en cas de non respect par l'employeur de la période de préavis.

Ces dispositions sont identiques à celles du paragraphe (2) du même article qui prévoit dans les



mêmes hypothèses – sauf le cas du non-respect par l'employeur de la période de préavis où le problème ne se pose pas - la possibilité pour le salarié de se faire attribuer par provision l'indemnité de chômage dans l'attente de la décision définitive concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement ou de sa démission.

Aucune de ces trois hypothèses n'étant donnée en l'espèce la demande de l'Etat, pour autant que basée sur l'article L.521-4. du Code du travail ne saurait être admise.

Pour être complet, la Cour constate à propos de l'hypothèse de la démission justifiée du salarié motivée par un acte de harcèlement sexuel qu'il se dégage de la formulation de l'article L.245-7. du Code du travail libellé comme suit :

« le salarié victime d'un acte de harcèlement sexuel peut refuser de poursuivre l'exécution du contrat de travail et résilier le contrat de travail sans préavis pour motif grave avec dommages et intérêts à charge de l'employeur dont la faute, appréciée par référence à l'article 4 de la même loi, a occasionné la résiliation immédiate. »

que le législateur n'a pas entendu conférer à la démission du salarié reconnue justifiée les effets d'un licenciement abusif, la sanction ne comportant que des dommages et intérêts à charge de la partie fautive mais non pas une indemnité compensatoire de préavis.

Si le législateur a ainsi expressément institué le recours de l'Etat dans le seul cas spécifique de démission du salarié victime d'un acte de harcèlement sexuel, il ne saurait être permis de raisonner par analogie dans tous les autres cas où la démission du salarié est déclarée justifiée en raison de la faute de l'employeur.

L'Etat invoque en dernier ordre de subsidiarité les règles de la responsabilité contractuelle respectivement délictuelle de l'employeur ou encore la subrogation de l'Etat dans les droits de la salariée. Dans la mesure où ces moyens n'ont pas autrement été développés, il n'y a pas lieu d'examiner le bien-fondé de la demande sur ces bases.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 13 octobre 2011 – Rôle: 36796)

Référence du BII: 2013/5-CL 08 10363



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
20 octobre 2011

Licenciement d'une salariée enceinte – Délai de 8 jours à partir de la notification du licenciement pour informer l'employeur de l'état de grossesse – Délai suffisant au regard du droit communautaire (oui)

Par requête déposée le 14 juin 2011, A a fait convoquer la société anonyme B S.A. à comparaître devant le Président du tribunal du travail de Luxembourg pour constater la nullité du licenciement lui notifié par courrier du 26 mai 2011 sur base de l'article L.337-1 du Code du travail.

Par ordonnance rendue le 22 juillet 2011, le Président du tribunal du travail a déclaré la demande non fondée.

Contre cette ordonnance, A a présenté une requête d'appel le 29 août 2011 tendant à la réformation de la décision entreprise.

Elle fait exposer qu'elle était au service de la société B S.A. depuis le 19 juin 2008. Par courrier du 26 mai 2011, elle a été licenciée avec préavis. Par email du 10 juin 2011 elle a fait parvenir à son employeur un certificat de grossesse. Elle conclut à l'annulation de son licenciement sur base de l'article 337-1 du Code du travail.

L'article 337-1 du Code du travail prévoit qu'il est interdit à l'employeur de notifier la rupture de la relation de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable d'une femme salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant une période de 12 semaines suivant l'accouchement. En cas de notification de la rupture avant la constatation médicale de la grossesse, la femme salariée peut, dans un délai de huit jours à compter de la notification du congé, justifier de son état par la production d'un certificat par lettre recommandée.

Le premier juge a débouté l'appelante de sa demande, au motif qu'elle n'a pas respecté le délai de huit jours lui imparti par l'article L.337-1 (2) du Code du travail pour informer l'employeur de sa grossesse.

Il est constant en cause que le certificat médical envoyé le 10 juin 2011 n'est pas parvenu à l'employeur dans les huit jours de la notification du congé qui a eu lieu le 26 mai 2011.

L'appelante reproche au premier juge de l'avoir déboutée de sa demande.

A l'appui de son grief, elle invoque un arrêt de la Cour européenne de Justice, rendu sur une question préjudicielle le 29 octobre 2009 (Pontin c/ T-Comalux S.A. C-63/08), dans lequel la Cour a analysé la conformité des délais de 8 et de 15 jours de l'article 337-1 du Code du travail et leur compatibilité avec les principes d'équivalence et d'effectivité.

Ledit arrêt a dit sub. 37 « qu'il y a lieu de relever que, à la différence du délai de 15 jours, le délai de 8 jours n'apparaît pas constituer un délai procédural déterminant la saisine d'une juridiction, ce qu'il appartient, le cas échéant, à la juridiction de vérifier ». Et la Cour de dire encore que « si la juridiction de renvoi venait à considérer que le délai de 8 jours constitue lui aussi un délai dont l'expiration est susceptible de porter atteinte à l'exercice des droits du justiciable, il lui appartiendrait d'appliquer mutatis mutandis, les enseignements découlant du présent arrêt ».

L'intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise. Elle s'appuie sur les conclusions de



l'avocat général dans l'affaire Pontin c/ T-Comalux où il est dit sub. 92) que « la disposition luxembourgeoise figurant à l'article L.337-1 du Code du travail accorde un délai supplémentaire à la salariée pour informer son employeur d'une grossesse, mais uniquement dans le cas dans lequel la rupture a été notifiée avant la constatation médicale de la grossesse ». L'avocat général a retenu que ce délai supplémentaire de 8 jours à compter de la notification du licenciement est plus large, au bénéfice de la salariée enceinte, que le libellé de la définition pertinente figurant à l'article 2, sous a), de la directive 92/85.

C'est à juste titre que le premier juge a dit que le délai de 8 jours prévu à l'article L.337-1 du Code du travail n'est pas un délai procédural déterminant la saisine d'une juridiction, étant donné que l'arrêt précité a également retenu ce principe.

En outre, la Cour européenne de Justice laisse à la juridiction de renvoi le pouvoir de vérifier si le délai procédural est de nature à satisfaire aux principes d'équivalence et d'effectivité.

Conformément à la définition figurant à l'article 2, a) de la directive 92/85, on entend par travailleuse enceinte « toute travailleuse enceinte qui informe l'employeur de son état, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ». L'interdiction de licenciement se base sur cette définition. En principe, la protection ne commence qu'après l'information de l'employeur de l'état de grossesse de la salariée.

L'article 337-1 du Code du travail accorde un délai supplémentaire à la salariée pour informer son employeur d'une grossesse, mais uniquement au cas où la rupture a été notifiée avant la constatation. Ce délai de 8 jours à compter de la notification du licenciement est plus large, au bénéfice de la salariée enceinte, que le libellé de la définition de l'article 2) a) de la directive précitée. Il se dégage de ces développements que ledit délai de 8 jours n'est pas trop court et ne porte pas atteinte aux principes d'équivalence et d'effectivité.

En ordre subsidiaire, l'appelante conclut à soumettre la question de la conformité du délai de huitaine de l'article 337-1 du Code du travail aux principes d'équivalence et d'effectivité à la Cour de justice européenne. Il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande, eu égard au fait que la Cour a toisé la question dans l'arrêt Pontin c/ T-Comalux précité et qu'il se dégage des développements, qui précèdent, que la disposition n'est pas en contradiction avec lesdits principes.

(Cour d'appel – 8e Chambre (Président) – 20 octobre 2011)

Référence du BIJ: 2013/5-CL 08 10367



Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
20 octobre 2011

Appel contre un jugement ayant déclaré le licenciement conforme à la loi quant à sa seule forme – Recevabilité de l'appel en l'absence de décision sur le caractère abusif du licenciement (non)

Par jugement du 5 mars 2010, le tribunal du travail a déclaré « le licenciement pour faute grave intervenu en date du 5 février 2009, après une mise à pied conservatoire prononcée en date du 29 janvier 2009, conforme à la loi quant à sa seule forme ».

Pour le surplus le tribunal du travail a admis la société anonyme B S.A. à prouver par tous les moyens et notamment par témoins les fautes reprochées à A dans la lettre de licenciement.

Aux termes des articles 579, 580 et 355 du Nouveau Code de procédure civile, les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal. Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure, met fin à l'instance. Les autres jugements, et notamment ceux qui ordonnent ou refusent d'ordonner une mesure d'instruction, ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi.

Il en résulte que l'appel est irrecevable lorsque le jugement ne met pas fin à l'instance et ne tranche, dans son dispositif, rien au principal.

En l'espèce A avait conclu en ordre principal au caractère abusif du licenciement en soutenant avoir fait l'objet d'un licenciement oral en date du 29 janvier 2009. En ordre subsidiaire il avait conclu au caractère abusif du licenciement en contestant les motifs invoqués dans la lettre recommandée de licenciement du 5 février 2009.

Le tribunal du travail a suivi l'argument de l'employeur suivant lequel le renvoi prononcé lors de l'entretien préalable du 29 janvier 2009 était à qualifier de mise à pied conservatoire qui a été suivie dans le délai légal de 8 jours par la notification d'une lettre de licenciement.

Le licenciement a ainsi été déclaré conforme à la loi au regard de l'article L.124-10. (4) et (5) du Code du travail.

Pour le surplus et quant à la régularité du licenciement par rapport au fond, le tribunal du travail a admis l'offre de preuve par témoins formulée par l'employeur.

Statuant comme il l'a fait, le tribunal n'a fait que rejeter un des moyens que le demandeur avait invoqués pour conclure au caractère abusif du licenciement mais il ne s'est pas encore prononcé sur le caractère régulier ou abusif du licenciement, instituant avant tout autre progrès en cause une mesure d'instruction.

Le jugement du 5 mars 2010 n'ayant partant pas tranché une partie du principal, il s'ensuit que l'appel est irrecevable.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 20 octobre 2011 – Rôle: 36340)

Référence du BJ: 2013/5-CL 08 10366



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
27 octobre 2011

Salarié malade – Défaut de remise d'un certificat médical le troisième jour au plus tard – Protection contre le licenciement (non) – Licenciement avec effet immédiat au bout de trois jours d'absence – Motif grave (oui)

L'appelante admet avoir été informée le 14 décembre 2007 de l'absence de sa salariée pour cause de maladie. Elle conteste cependant avoir été informée par la même occasion de ce que cette absence serait de quelque 15 jours. Elle a été le 18 décembre 2007, soit le lendemain du licenciement, mise en possession du certificat médical qui a déclaré la salariée incapable de travailler du 15 au 31 décembre 2007.

L'information respectivement l'absence d'information de l'employeur quant à la durée de la maladie n'a pas d'incidence sur l'application de l'article L.121-6. du Code du travail étant donné que dans les deux hypothèses, la salariée ne serait pas couverte contre le licenciement par ladite disposition légale. En effet, et la Cour va y revenir, soit l'information quant à la durée de la maladie a été donnée à l'employeur le 14 décembre 2007 et dans ce cas, il appartenait à la salariée de soumettre à l'employeur un certificat médical jusqu'au 16 décembre 2007 au plus tard, ce qu'elle a omis de faire, soit n'en a-t- il pas été informé et l'absence de la salariée est à considérer comme inexcusée à partir du 15 décembre 2007.

La question est dès lors de savoir si l'employeur était en droit de licencier la salariée qui soit l'avait informé le 14 décembre 2007 et averti de ce que l'état d'incapacité se prolongerait jusqu'à la fin du mois de décembre 2007, mais ne lui a pas soumis un certificat médical en - deans le délai légal de trois jours, soit s'il pouvait la licencier le troisième jour d'absence inexcusée, la juridiction d'appel devant apprécier le caractère de gravité de la faute commise.

L'intimée entend, par le biais de sa collègue de travail Murielle, établir avoir informé l'employeur le 14 décembre 2007 de ce que son état de maladie allait se prolonger, l'employeur soutenant pour sa part qu'elle ne s'est décommandée que pour l'unique journée du 14 décembre 2007.

Cette preuve que l'employeur a été informé de ce que l'état d'incapacité de travail de B allait se prolonger pendant quelque 15 jours n'est pas rapportée en l'espèce.

Les différentes attestations testimoniales versent de part et d'autre se contredisent.

[...]

Il n'est partant pas établi que l'employeur était informé de ce que la maladie de la salariée se prolongerait au-delà du 14 décembre 2007 de sorte qu'il l'a licenciée avec effet immédiat le 17 décembre 2007, soit le troisième jour d'absence non excusée de l'intimée.

La salariée aurait dû travailler les samedi 15 et dimanche 16 décembre 2007 dans une entreprise de restauration, domaine d'activités qui réalise une grande partie de son chiffre d'affaires durant les fins de semaine. Cette absence d'information a nécessairement désorganisé le service et dénote dans le chef de l'intimée une attitude désinvolte qui rendait immédiatement et définitivement impossible la continuation des relations de travail.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 27 octobre 2011 – Rôle: 36284)

Référence du BIJ: 2013/5-CL 08 10369



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
27 octobre 2011

1. Salarié malade – Défaut d'avertir l'employeur le premier jour – Obligation pour l'employeur d'attendre l'expiration du délai de trois jours (non) – Licenciement avec effet immédiat pour absence inexcusée de deux jours – Motif grave (non)

2. Indemnité compensatoire de préavis – Imputation sur le quantum du dommage matériel (oui)

1. L'employeur a procédé au licenciement le deuxième jour d'absence.

Il est vrai que la salariée ne l'a pas averti le premier jour de la prolongation de la maladie, cette dernière n'ayant pas été capable de travailler durant l'intégralité du mois de septembre 2008.

Le tribunal du travail a retenu que l'employeur avait agi avec précipitation dès lors qu'il aurait dû attendre l'expiration du délai de trois jours tel que prévu à l'article L.121-6.(2) du Code du travail pour permettre à la salariée de verser un certificat de maladie. Ces développements sont inexacts dès lors que si le salarié ne remplit pas son obligation première d'avertir l'employeur le premier jour de son incapacité de travail, ce dernier, constatant son absence non excusée, est en droit de procéder au licenciement, sous réserve pour la juridiction d'examiner le degré de gravité du motif à la base de la résiliation avec effet immédiat.

Cette absence non excusée constitue le seul fait - la lettre de résiliation en comporte cinq - que l'employeur a réussi à établir à charge de sa salariée. Elle ne revêt pas, eu égard à sa faible durée, un caractère de gravité suffisant pour entraîner la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail.

Le jugement dont appel est partant à confirmer en ce qu'il a déclaré abusif le licenciement.

2. Le jugement est à confirmer en ce que le tribunal du travail a alloué à la salariée une indemnité compensatoire de préavis non respecté de 3.219,06 €.

La juridiction du premier degré lui a encore alloué à titre de réparation du préjudice matériel la somme de 5.425,20 €. Elle a tenu compte d'une période de référence de six mois (octobre 2008 - avril 2009) qui se trouve en relation causale avec le licenciement et déduit du montant brut que la salariée aurait touché les indemnités de chômage perçues de janvier à avril 2009.

Etant donné cependant que l'indemnité compensatoire de préavis vient s'imputer sur le quantum du dommage matériel - le contraire aboutirait à une double indemnisation pour la période couverte par ladite indemnité - il convient, tout en confirmant la décision dont appel qui a tenu compte d'une période de référence de six mois, de déduire de la somme allouée le montant de 3.219,06 € de sorte que le dommage matériel est à ramener à la somme de 2.206,20 €.

Il convient encore, par réformation de la décision entreprise, d'allouer à la salariée, compte tenu de sa faible ancienneté, des dommages - intérêts de 1.500 € au titre de la réparation du dommage moral.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 27 octobre 2011 – Rôle: 36500)

Référence du BIJ: 2013/5-CL 08 10370



Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Cour d'appel
10 novembre 2011

Heures supplémentaires – Preuve – Attestations testimoniales

Le contrat de travail indique que la durée du travail est de 40 heures en moyenne calculée sur 6 mois. La durée de travail est déterminée en prenant en considération une période de 6 mois, c'est-à-dire que seules les heures prestées au-delà de 1.038 heures pendant une période de référence de 6 mois sont considérées comme heures supplémentaires. Le contrat de travail se réfère à la loi du 20 décembre 2002 concernant la durée du travail dans le secteur HORECA.

Il se dégage de l'attestation G., l'ami de l'appelante, qui l'amenait à son lieu de travail et la ramenait le soir qu'après environ 6 mois, l'appelante notait sur un carnet ses horaires d'entrée et de sortie du travail en raison des heures supplémentaires qu'elle effectuait. Le témoin indique que l'appelante en a parlé avec le patron qui n'a cependant pas voulu payer les heures supplémentaires.

Le témoin T. « déclare avoir travaillé avec l'appelante selon un régime d'équipe de la manière suivante : quand elle commençait à 07.00 heures, elle sortait à 17.00 heures et l'autre semaine elle commençait à 12.00 heures et sortait à 14.00 heures ; elle recommençait à 17.00 heures et sortait à 23.30 heures, cela durant les jours normaux. Le dimanche, elle travaillait de 08.30 heures jusqu'à 18.30 heures, un sur deux. Les jours fériés, elle les faisait tous ». Et le témoin d'ajouter, « ni elle, ni moi n'avons reçu plus d'argent pour cela ».

Le témoin indique encore que le contrat était de 40 heures par semaine, mais que l'appelante et elle en faisaient beaucoup plus. Elle soutient qu'en dehors des 10 heures par jour, elles devaient travailler une demi-heure de plus pour nettoyer le café. Elle affirme que ces horaires peuvent être vérifiés sur les caisses enregistreuses, où chacune avait un code.

Il se dégage de ces dépositions que l'appelante a fait des heures supplémentaires, même si le quantum exact est difficile à chiffrer par le fait de l'employeur qui n'a pas tenu le registre prévu par l'article 212-4 (4) du code du travail et n'a pas versé de pièces susceptibles de parer à cette carence. Sur base des éléments du dossier la Cour fixe ex aequo et bono à la somme de 2.000 euros les heures supplémentaires prestées par l'appelante.

Le jugement doit partant être réformé sur ce point.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 10 novembre 2011 – Rôle: 35988)

Référence du BIJ: 2013/5-CL 08 10372



Procédure civile et commerciale

Cour d'appel
21 décembre 2011

Signification d'acte – Succursale – Théorie des "gares principales" – Signification à un siège secondaire – Conditions de validité

La partie intimée B S.A. soulève l'irrecevabilité de l'appel en faisant valoir que l'acte d'appel a été signifié au domicile de la succursale de la société de droit belge B S.A. au Luxembourg, et non au siège social de la société B S.A. à Bruxelles.

Selon la société A s.à r.l., un acte peut valablement être signifié à un endroit différent du siège social de la société, si la société y a « en fait son domicile ou son siège social apparent ».

En principe, selon l'article 155(5) du Nouveau Code de procédure civile, les actes qui sont destinés aux sociétés, doivent être signifiés au lieu de leur siège social ou administratif. Un exploit peut toutefois valablement être signifié au lieu où en fait la société a son principal établissement, voire même son siège apparent ; il peut aussi, en application de la théorie des « gares principales », être signifié au lieu où la société a un siège secondaire, une succursale ou une agence ; et cela, dans la mesure où ladite théorie est applicable dans les différentes hypothèses. En effet, l'application de cette théorie est subordonnée à plusieurs conditions. Il faut d'abord que la société possède dans cette succursale ou cette agence une personne qualifiée pour la représenter et traiter avec les tiers. Il faut en second lieu, que l'acte se rapporte à une opération qui a pris naissance dans le ressort de la succursale ou agence considérée (Solus et Perrot, droit judiciaire privé, tome 1^{er}, n° 392 et décisions jurisprudentielles y citées).

En l'espèce il résulte de la correspondance entre les parties et des factures versées en cause, sur lesquelles figure l'adresse de la succursale, que la société B S.A. possède en sa succursale à Luxembourg une personne qualifiée pour la représenter, et que le marché litigieux exécuté au Luxembourg a été traité par la succursale luxembourgeoise, ce qui n'a d'ailleurs pas fait l'objet de contestations.

Dans les conditions données, l'acte d'appel a valablement pu être signifié au domicile de la succursale à Luxembourg.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 21 décembre 2011 – Rôle: 36041)

Référence du BIJ: 2013/5-CL 04 10375



Procédures d'insolvabilité

Cour d'appel
21 décembre 2011

Faillite sur aveu – Société luxembourgeoise disposant d'une succursale et d'un siège d'exploitation en Suisse – Compétence des tribunaux luxembourgeois – Notion de principal établissement – Siège administratif l'emportant sur le siège d'exploitation

Le 14 octobre 2011 B, administrateur de catégorie B et muni du procès-verbal d'une réunion du conseil d'administration du 5 octobre 2011 de la société anonyme A, établie et ayant son siège social à U, a fait au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg l'aveu de la cessation des paiements de ladite société.

Par jugement rendu le 19 octobre 2011 le tribunal, siégeant en matière commerciale, s'est déclaré incompétent pour prononcer la faillite.

Pour fonder cette décision le tribunal a dit que suivant l'article 440 du Code de commerce, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, compétent en matière de faillite est celui du domicile du commerçant ou de son siège social, qu'on entend par siège social le lieu où le débiteur possède effectivement son principal établissement, son centre d'administration, qu'en l'espèce il résulte des informations fournies par le mandataire de la société A que cette société a une succursale établie à V en Suisse, que les cinq employés ont été embauchés par la succursale et travaillent en Suisse, que les obligations de paiement des salaires tout comme les obligations au niveau de la sécurité sociale ou des impôts directs des salaires existent en Suisse et que les biens d'équipement et le mobilier repris dans le bilan de la société se trouvent auprès de la succursale, que la société A n'exerce aucune activité commerciale à l'adresse de son siège social et n'y possède aucun actif, qu'il s'ensuit que le siège réel de l'exploitation de la société se trouve en Suisse et que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est incompétent pour prononcer la faillite.

Par requête déposée au greffe de la Cour d'appel la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement.

Elle reproche aux premiers juges de s'être déclarés incompétents pour les motifs par eux énoncés. Elle soutient que c'est à tort que les juges de première instance ont considéré que le centre d'administration de la société ne se trouve pas au Luxembourg, que cette analyse procède d'une mauvaise appréciation de la réalité factuelle et qu'il est erroné de se prévaloir du fait que la société a une succursale en Suisse pour en conclure que le siège de la société serait en réalité en Suisse.

L'appelante fait valoir qu'elle a pris en location une surface de bureau au Luxembourg et qu'à cette adresse se trouve fixé son siège social; que c'est au Luxembourg que les assemblées générales des actionnaires ont été tenues, dont plusieurs devant notaire, que la société dispose de deux comptes bancaires au Luxembourg, que sa comptabilité, y inclus les chiffres suisses de la succursale, se trouve au Luxembourg, que c'est encore au Luxembourg que le commissaire au compte fait son contrôle et émet son rapport, que la société dispose d'un numéro de TVA luxembourgeois et déclare ses revenus aux Contributions luxembourgeoises, qu'il s'ensuit que le centre d'administration de la société se trouve au Luxembourg et que les tribunaux luxembourgeois sont seuls compétents pour prononcer sa faillite.

Dans une note de plaidoirie lue à l'audience l'appelante informe la Cour que par une décision rendue le 7 novembre 2011 le tribunal du canton de V a déclaré la succursale suisse en faillite. Elle renvoie à l'avis juridique versé par elle, émis par le cabinet suisse C et qui retient que si une juridiction suisse peut éventuellement prononcer la faillite de la succursale suisse, elle serait



incompétente pour prononcer celle de la société A.

Elle conclut donc, par réformation du jugement, à voir prononcer la faillite de la société anonyme A.

Le représentant du Ministère Public conclut également à la réformation du jugement. Il fait remarquer que les premiers juges ont fait une confusion entre principal établissement et siège d'exploitation, que la faillite doit être prononcée par le tribunal du lieu du principal établissement, lequel est en l'espèce situé au Luxembourg.

D'après l'article 2 du Code de commerce, le domicile de toute société est situé au siège de l'administration centrale de la société. L'administration centrale d'une société est présumée, jusqu'à preuve du contraire, coïncider avec le lieu du siège statutaire de la société.

Le siège statutaire correspond en principe au lieu du principal établissement de la société. Le principal établissement est le centre de la vie juridique de la société. Selon la formule traditionnelle "le principal établissement est le siège de l'administration de la société, l'endroit où se tiennent les assemblées générales et les conseils d'administration, où sont mises à jour les écritures, bref l'endroit où se trouve l'activité de conduite des affaires sociales". Le principal établissement est l'endroit où se trouvent le cœur et le cerveau de la société. Il est à distinguer du siège d'exploitation de la société qui correspond à l'endroit où la société poursuit son activité industrielle et commerciale (Alain Steichen, Précis de Droit des sociétés, Ed. Saint-Paul, n° 76).

Si, dans une même entreprise, le siège de l'administration de l'affaire est séparé de son siège d'exploitation, c'est le siège administratif qui l'emporte et qui doit seul être considéré, au point de vue de la compétence territoriale, en ce qui concerne la faillite (Nouvelles, Droit commercial, T. IV, n° 1047).

Il résulte des explications fournies par la société A et des pièces versées par elle que le siège de son administration centrale est situé au Luxembourg. Les tribunaux luxembourgeois sont dès lors compétents pour prononcer sa faillite.

Par réformation du jugement entrepris il y a lieu de prononcer la faillite de la société A.

(Cour d'appel – 4e Chambre – 21 décembre 2011 – Rôle: 37940)

Référence du BIJ: 2013/5-CL 04 10380

Observations

Si la solution retenue par la Cour peut paraître justifiée au regard des critères du Code de commerce luxembourgeois et des exigences pratiques de la cause, il reste que la question de la compétence des tribunaux luxembourgeois aurait sans doute dû être analysée sous l'angle du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité. En effet, la société débitrice en l'espèce semble bien ne pas être de celles qui sont exclues du champ d'application dudit règlement et les tribunaux luxembourgeois étaient saisis de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (d'ailleurs, ni territoriale, ni secondaire) au sens du règlement. Le fait que les tribunaux luxembourgeois aient décidé de leur compétence par référence à l'article 440 du Code de commerce peut dès lors étonner. N'aurait-il pas fallu analyser cette compétence au regard du critère (autonome, et, à notre sens, exclusif) du "centre des intérêts principaux" de la société débitrice?

PS



Droit pénal et procédure pénale

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

17 février 2011

Fausse alerte – Eléments constitutifs

L'article 319 du Code pénal incrimine à titre de fausse alerte le fait de faire l'annonce par paroles, par écrit, ou par tout autre moyen, d'un danger que l'on sait inexistant, ayant entraîné directement ou indirectement l'intervention de la force publique, d'un service public ou de tout autre service de surveillance ou de sauvetage.

Les éléments constitutifs de l'infraction de fausse alerte sont (TA Lux., 12 décembre 2001, n° 2998/2001) :

- a) l'annonce par l'auteur de l'existence d'un danger dont la nature est indifférente
- b) l'auteur doit avoir agi sciemment
- c) l'annonce doit avoir eu pour suite l'intervention de la force publique.

ad a). En l'espèce, le prévenu a fait l'annonce de coups et blessures imminents dont il serait victime, tout en se faisant passer pour le fils des personnes appelées. Il a dès lors fait l'annonce d'un danger.

ad b). Le prévenu a agi sciemment, étant donné qu'il savait que le danger était inexistant et qu'il a agi dans le pur but d'importuner des tiers inconnus.

ad c). A. a décidé d'aller lui-même à la recherche de son fils et n'a pas informé les services de police. La fausseté de l'information reçue a été découverte avant qu'une quelconque autorité n'intervienne.

Si la police s'est finalement chargée de l'affaire, cette intervention est à rattacher à la plainte de A. et non à l'appel passé par le prévenu. L'objet de l'intervention de police n'a pas été de contrer le danger faussement annoncé, mais de déterminer l'auteur de la fausse information.

L'annonce faite par X. n'a dès lors pas eu pour suite l'intervention de la force publique.

L'infraction de fausse alerte n'est dès lors pas donnée.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 18e Chambre – 17 février 2011 – N°: 626/2011)

Référence du BIJ: 2013/5-TL 18 10349



Droit pénal et procédure pénale

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

23 février 2011

Harcèlement obsessionnel – Éléments constitutifs

L'article 442-2 du Code pénal incrimine « quiconque aura harcelé de façon répétée une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée ».

Pour que cette infraction soit constituée, il faut que les éléments suivants soient réunis :

- des actes de harcèlement posés de façon répétée,
- une affectation grave de la tranquillité d'une personne,
- un élément moral.

Le harcèlement s'inscrit dans la durée et son caractère répréhensible provient de la répétition des actes. Il n'y a pas lieu de scinder les événements jour par jour. Un événement répété, même s'il ne se produit qu'une seule fois par jour, ou même à certains jours seulement, n'en peut pas moins être harcelant.

Le caractère harcelant de ces actes découle dans un premier temps de leur caractère répétitif.

Il faut que les actes de harcèlement aient gravement affecté la tranquillité de la victime. La tranquillité est une notion subjective qui doit s'apprécier in concreto en tenant compte de l'effet que les actes de harcèlement ont provoqué dans le chef de son destinataire. Ainsi, « la réaction subjective de la victime à l'égard de l'acte devient l'élément objectif de l'incrimination » (Projet de loi n° 5907, Avis du Conseil d'Etat du 17 février 2009, p. 4).

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 13e Chambre – 23 février 2011 – N°: 665/2011)

Référence du BIJ: 2013/5-TL 13 10350



Droit pénal et procédure pénale

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

24 février 2011

Association de malfaiteurs – Eléments constitutifs

L'association de malfaiteurs suppose la réunion des trois éléments suivants:

- 1) l'existence d'une association réelle entre plusieurs personnes,
- 2) la formation de cette association en vue de commettre des infractions et de porter ainsi atteinte aux personnes et aux propriétés, et
- 3) une structure organique qui donne corps à l'entente existant entre les membres et qui démontre la volonté de collaborer efficacement à la poursuite du but assigné.

Pour éviter l'étroitesse d'une énumération trop précise, le législateur refuse d'indiquer les caractéristiques générales de l'organisation des bandes. Il abandonne l'appréciation des circonstances éminemment variables à la « conscience éclairée des juges » et se borne à exiger une association réelle et organisée, c'est-à-dire l'existence de liens entre les membres.

Ces liens ne peuvent être équivoques et le fait de l'association comme sa permanence, doit être constaté en termes exprès par le juge du fond.

Les membres doivent encore former un corps capable de fonctionner au moment propice (Nypels et Servais, tome II, p. 348, n° 2).

En ce qui concerne le nombre des malfaiteurs associés, il est de droit que le concours de deux personnes suffit (Cass., numéro 43/2004 pénal, 4 novembre 2004, numéro 2113 du registre ; Rép. Dalloz, sub Association criminelle, n° 31; Garçon, Code pénal annoté, tome II, p.931, n° 12).

Le juge retiendra comme critères de l'organisation de la bande: l'existence d'une hiérarchie, la distribution préalable des rôles, la répartition anticipative du butin, l'existence de lieux de rendez-vous, l'organisation de cachettes et de dépôts. Aucun de ces critères ne peut cependant être considéré comme essentiel.

Ainsi, par exemple, les concepts d'association ou d'organisation n'impliquent pas en eux-mêmes une idée de hiérarchie. L'association peut être organisée sans qu'il n'y ait d'hiérarchie et l'absence d'une telle hiérarchie est même une caractéristique des associations modernes de malfaiteurs (Crim., 15 décembre 2003, numéro 22/2003; confirmé par Cour Ch. crim., numéro 12/05 du 26 avril 2005).

Il importe d'ailleurs peu que celui qui participe à une telle organisation ait connaissance de l'ensemble de cette activité délictueuse. Il suffit que le prévenu ait consenti à aider volontairement le groupement dont il connaissait en général le caractère délictueux et qu'il ait ainsi favorisé l'action (cf. Jurisclasseur pénal, v° association de malfaiteurs, article 265-268).

Pour être punissable, la participation à l'association doit être consciente et voulue, conformément aux principes généraux de droit pénal. Cette connaissance et cette volonté doivent porter sur l'association elle-même, sur son existence et, principalement, sur son but.

Tel n'est pas le cas si une personne se contente de vouloir venir en aide à un participant de



l'association de malfaiteurs, en ne sachant pas que cette personne en fait partie. L'assistance fournie à un participant isolé ou même à plusieurs agissant individuellement, lui est étrangère (Rigaux & Trousse, Les crimes et les délits, tome V, p.18).

Il n'est pas possible, tout spécialement dans le crime organisé, d'exiger de chacun des participants, la connaissance des buts poursuivis par le groupe, ses responsables ou ses manipulateurs (Cass. fr., 27 mars 1952, Juriscl.1952, II, n° 7329).

Pour jouer son rôle dans l'association, le prévenu n'a d'ailleurs pas besoin de connaître toutes les personnes de l'association et il serait inutile et même dangereux pour lui de connaître toutes les personnes de l'association étant donné qu'il risquerait de les dévoiler en cas d'arrestation et de mettre en péril les dirigeants de l'association.

Le cloisonnement entre les membres d'une association de malfaiteurs qui ne connaissent normalement que ceux des autres membres dont le contact est indispensable, est très souvent pratiqué à titre de mesure de sécurité contre le travail d'investigation des enquêteurs et constitue une autre caractéristique des associations modernes de malfaiteurs.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 7e Chambre – 24 février 2011 – N°: 674/2011)

Référence du BIJ: 2013/5-TL 07 10351



Droit pénal et procédure pénale

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg
14 juillet 2011

Détention de matériel pédopornographique – Notion de détention

L'article 384 du Code pénal punit ceux qui détiennent sciemment des écrits, imprimés, images, photographies, films ou autres objets à caractère pornographique impliquant ou présentant des mineurs âgés de moins de 18 ans.

Il y a lieu de rappeler que l'article 2 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scènes des enfants dispose comme suit :

« c) on entend par pornographie mettant en scène des enfants toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins principalement sexuelles. »

Le Luxembourg a signé ce Protocole le 8 septembre 2000.

Il y a tout d'abord lieu de noter qu'en prévoyant que la détention se fasse « sciemment », le législateur a exigé que l'auteur commette l'infraction avec un dol spécial, donc avec l'intention de produire le résultat ou avec « la conscience de causer un préjudice » (Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation de droit pénal comparé*, no 124, cité par Merle et Vitu dans *Traité de droit criminel*, T.I., no 519).

Il ressort du dossier que les photographies dont la détention est reprochée à X. et qui ont été retrouvées sur l'ordinateur du prévenu, bien qu'elles aient été effacées, montrent des enfants âgées entre 3 et 15 ans ou bien lors d'actes sexuels ou bien dénudés dans des poses pornographiques, exhibant notamment leurs parties génitales.

Il n'y a pas de doute que la détention du matériel pédopornographique a été voulue et qu'X. avait activement et intentionnellement recherché ce type d'image. Le fait qu'il allègue que ces images se seraient trouvées par pur hasard sur son ordinateur n'est pas crédible et cela surtout au vu de l'aveu du prévenu devant les agents de police qui y a reconnu avoir sciemment recherché ce type d'images.

[...]

Le mandataire du prévenu conteste encore la détention de ces images telles qu'elle est prévue à l'article 384 du Code pénal.

Le fait de consulter des images à caractère pédopornographique sur l'internet ou sur un quelconque autre support numérique et de les conserver pendant un certain temps, fût-il limité au temps de visualisation, sur l'écran aux fins de les regarder constitue une détention d'images à caractère pornographique impliquant des mineurs de moins de 18 ans telle que réprimée par l'article 384 du Code pénal.

Le fait d'avoir supprimé ces images, après les avoir visualisées, ne fait pas disparaître l'infraction.

Par ailleurs, le tribunal rappelle que la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants constituent une forme importante de criminalité organisée internationale, dont l'ampleur au sein de



l'Union européenne devient de plus en plus préoccupante. Il appartient aux Etats membres de l'Union de se doter de moyens adéquats pour lutter contre ces phénomènes répréhensibles. La protection juridique des mineurs est un objectif prioritaire pour le législateur luxembourgeois (voir Doc. Parl. 4508, exposé des motifs, page 5).

Vu l'extrême perversité de certaines de ces images, il paraît nécessaire d'attaquer le phénomène à sa base, à savoir la demande à la base du marché. L'incrimination de la possession de ce matériel devrait en principe endiguer le flux de diffusion de ce matériel et donc limiter les besoins de production (Op.cit.)

Il en résulte qu'il a été dans l'intention du législateur d'entendre le mot « détention » dans sa connotation la plus large et d'y inclure toute détention sous quelque forme que ce soit.

La Cour de Cassation de Belgique, dans un arrêt du 20 avril 2011, partage la même approche en considérant que le seul fait d'accéder à un site informatique et de visionner les images, en connaissance de cause, suffit, cette consultation impliquant que le demandeur a été en possession d'un écran d'ordinateur montrant de la pornographie infantile.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 18e Chambre – 14 juillet 2011 – N°: 2611/2011)

Référence du BIJ: 2013/5-TL 18 10356