



# Bulletin d'Information sur la Jurisprudence

2/2017

19 décembre 2018

## SOMMAIRE

- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> chambre, 27 octobre 2016** 28  
(1) Détachement transfrontalier d'un salarié – Critères – Application (2) Incompétence territoriale – Moyen d'ordre privé – Obligation de le soulever in limine litis (oui)
- Cour d'appel, 7<sup>e</sup> chambre, 7 décembre 2016** 34  
(1) Principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui – Moyens développés par l'appelant incompatibles avec ses affirmations en première instance (non) – Recevabilité de l'acte d'appel (oui) (2) Assignation – Défaut ou absence d'indication de l'organe représentant une société en justice – Nullité de l'exploit introductif d'instance (non)
- Cour d'appel, 8<sup>e</sup> chambre, 8 décembre 2016** 36  
(1) Licenciement – Adresse d'envoi de la lettre de licenciement erronée – Effets (non) (2) Réexpédition de la lettre à une nouvelle adresse – Connaissance par l'employeur de la maladie du salarié entre les deux envois – Licenciement abusif – (3) Adresse du salarié – Remise par le salarié à l'employeur de sa carte d'impôts (avec son adresse exacte) lors de l'embauche – Absence de contestation par le salarié quant à l'adresse inexacte figurant sur ses fiches de salaires – Faute du salarié (non)
- Cour d'appel, Chambre du conseil, 19 décembre 2016** 38  
Réquisition de non-informer – Ordonnance de clôture de l'instruction – Nullité de l'ordonnance (oui)
- Cour d'appel, 9<sup>e</sup> chambre, 21 décembre 2016** 39  
Cession de contrat – Cession de créance accompagnée d'une cession de dette (non) – Nécessité du consentement du cédé (oui) – Possibilité d'un consentement tacite (oui) – Effets de la cession de contrat
- Cour d'appel, 3<sup>e</sup> chambre, 22 décembre 2016** 41  
Licenciement avec préavis – Transaction portant uniquement sur l'indemnisation pour le licenciement intervenu – Possibilité pour le salarié de réclamer encore une indemnité pour congés non pris (oui)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 9<sup>e</sup> chambre, 15 décembre 2016** 44  
(1) Subornation de témoin – Éléments constitutifs (2) Fausse attestation testimoniale – Éléments constitutifs
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 9<sup>e</sup> chambre, 15 décembre 2016** 46  
Enlèvement de l'enfant commun par le co-titulaire de l'autorité parentale – Enlèvement au sens de l'article 368 du Code pénal (non)
- Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 4<sup>e</sup> chambre, 22 décembre 2016** 48  
Liquidation du régime matrimonial – Possibilité pour le Tribunal d'ordonner la vente de gré-à-gré d'un immeuble (non)
- Justice de Paix de Luxembourg, Bail commercial, 28 novembre 2016** 49  
(1) Bail commercial – Non-paiement des loyers – Résiliation du contrat – Indemnité de relocation forfaitaire – Article 1152, alinéa 2, du Code civil – Pouvoir de modération du juge (2). Bail commercial – Indemnité de relocation forfaitaire correspondant à 6 mois de loyer – Validité (oui)



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

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



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
27 octobre 2016

### **(1) Détachement transfrontalier d'un salarié – Critères – Application**

### **(2) Incompétence territoriale – Moyen d'ordre privé – Obligation de le soulever in limine litis (oui)**

Suivant l'article 2(2) de la loi du 20 décembre 2002 portant transposition de la Directive 96/71/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, applicable au moment de la conclusion des contrats des 1<sup>er</sup> et 23 octobre 2008, on entend par détachement les opérations suivantes effectuées par les entreprises concernées, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement:

1. le détachement d'un travailleur, même pour une durée courte ou prédéterminée, pour le compte et sous la direction des entreprises, telles que visées au paragraphe (1) du présent article, sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services établi ou exerçant son activité au Luxembourg;
2. le détachement, même pour une durée courte ou prédéterminée, d'un travailleur sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg dans un établissement appartenant à l'entreprise d'envoi ou dans une entreprise appartenant au groupe dont fait partie l'entreprise d'envoi;
3. le détachement, sans préjudice de l'application de la loi du 19 mai 1994 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main d'œuvre, par une entreprise de travail intérimaire, ou dans le cadre d'un prêt de main d'œuvre, d'un travailleur auprès d'une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, et ce même pour une durée courte ou prédéterminée.

La définition du détachement donnée par la Directive 96/71/CE et la loi du 20 décembre 2002 est donc essentiellement catégorielle. Une seule condition commune est rencontrée dans l'ensemble des formes de détachement, à savoir la maintenance d'une relation de travail entre l'entreprise de détachement et son travailleur pendant toute la durée du détachement.

Cette énumération catégorielle est cependant complétée par la définition du travailleur détaché reprise à l'article 2(3) de la loi de 2002 qui, conformément à l'article 2 de la Directive 76/91/CE, retient qu'on entend par travailleur détaché « tout travailleur travaillant habituellement à l'étranger et qui exécute son travail pendant une période limitée sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg ».

Il en suit que la prestation exécutée par les travailleurs détachés doit être de nature temporaire par opposition au caractère définitif que requiert un changement du lieu habituel de travail.

La volonté de retour dans le pays d'origine au terme du contrat est ainsi le caractère déterminant du détachement en droit du travail. A défaut, le pays de détachement n'est plus à considérer comme un lieu de détachement temporaire, mais comme un nouveau lieu habituel de travail.

Cette définition est sensiblement la même que celle reprise au considérant 36 du Règlement 593/2008/CE du 17 juin 2008 (Rome I) suivant lequel l'accomplissement du travail dans un autre pays est considéré comme temporaire lorsque le travailleur est censé reprendre son travail auprès de l'employeur d'origine après l'accomplissement de sa tâche à l'étranger.



Au sens du droit de travail, le détachement d'un salarié à l'étranger vise donc la situation dans laquelle un salarié est envoyé temporairement à l'étranger pour le compte de son employeur d'origine avec lequel il conserve un lien contractuel pendant la durée de la mission.

Le détachement intra-groupe se distingue du transfert du salarié auprès d'une autre entité du groupe (supposant la rupture de la relation contractuelle avec l'employeur d'origine) et de la mise à disposition du travailleur auprès d'une autre entité du groupe (supposant la conclusion d'un contrat de travail avec l'entité d'accueil et, généralement, la suspension de la relation contractuelle avec l'employeur d'origine).

Le détachement au sens du droit du travail se distingue encore du détachement au sens du droit de la sécurité sociale, suivant lequel on entend par détachement le fait de maintenir à la sécurité sociale du pays de son lieu de travail d'origine un salarié qui va exécuter, de manière temporaire, son activité professionnelle à l'étranger.

Les concepts utilisés dans le cadre de la Directive 96/71/CE et dans la loi du 20 décembre 2002 sont donc distincts des concepts repris dans le cadre de la réglementation sociale et ne visent pas l'affiliation aux régimes de sécurité sociale.

La directive 96/71/CE et la loi de transposition du 20 décembre 2002 ne prévoient pas non plus de limites temporelles maximales pour le détachement.

En effet, contrairement au Règlement 833/2004/CE relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale des Etats membres qui retient qu'en principe la durée d'un détachement ne peut excéder deux années, aucune disposition de la Directive 96/71/CE ne permet en effet de déterminer, de manière abstraite, la durée ou la fréquence à partir de laquelle la fourniture d'un service ou d'un certain type de service dans un autre Etat membre ne peut plus être considérée comme une prestation de services.

En amont de la modification législative du 11 avril 2010, le Conseil d'Etat avait d'ailleurs rendu attentif les auteurs du projet de loi qui avaient pris appui sur la réglementation en matière d'affiliation à la sécurité sociale pour vouloir introduire des limites maxima dans le temps d'une prestation de services engendrant un détachement, à la non-conformité d'une telle limite aux prescriptions de la Directive 76/91/CE, objection dont il a été tenu compte.

Un détachement peut donc être mis en place pour une durée de plusieurs années et la durée alléguée comme excessive par l'appelant n'est pas de nature à préjuger de la qualification du contrat.

Il est vrai qu'en matière de détachement intra-groupe la prestation de services consiste en la mise à disposition d'un salarié à l'entreprise destinataire par l'entreprise d'envoi.

Contrairement à l'argumentation de l'appelant, ni l'article 1.3 de la Directive 96/71/CE ni l'article 2 (2) de la loi du 20 décembre 2002, applicable au moment de l'envoi de A au Luxembourg, ne prévoient cependant l'obligation d'établir un contrat de prestation de services entre l'entreprise d'envoi et l'entreprise destinataire en cas de détachement intra-groupe. L'établissement d'un tel contrat a seulement été exigé dans le cadre d'un détachement vers une entreprise tierce (article 1. 3. a) de la Directive 96/71/CE et article 2 (2) 1. de la loi de 2002).

En effet, ce n'est que dans le cadre de la modification législative du 11 avril 2010 que le législateur



luxembourgeois a complété l'article L.141-1.(2) du Code du travail par un alinéa final de la teneur suivante : « les détachements visés aux points 1 à 3 qui précèdent doivent avoir lieu dans le cadre d'un contrat de prestations de services portant sur un objet ou une activité précise limitée dans le temps et prenant fin avec l'exécution de l'objet du contrat. »

Par application de l'article 2 du Code civil suivant lequel la loi ne dispose que pour l'avenir, elle ne peut cependant s'appliquer rétroactivement, de sorte que l'établissement d'un tel contrat n'était pas un des éléments constitutifs d'un détachement au moment de la conclusion du contrat.

La directive et la loi ne précisent pas non plus la nature intrinsèque des fonctions qu'un travailleur détaché est autorisé à effectuer au cours de son détachement transnational, le caractère temporaire étant essentiellement déterminé par rapport à la volonté de retour après l'exécution de la mission du salarié et non quant au contenu même de sa mission.

L'activité que A a été amené à exécuter pour son employeur, à savoir l'exécution d'opérations de marketing, relations avec la clientèle privilégiée au moment de la crise économique est une activité précise qui n'est pas de nature à contredire l'existence d'un détachement eu égard aux critères retenus par la Directive 96/71/CE et la loi du 20 décembre 2002, d'autant plus que le poste de directeur adjoint occupé par le salarié était indispensable pour pallier les absences du directeur de la succursale pendant la durée des traitements contre son cancer qui s'est manifesté au début de l'année 2008.

Pour qualifier la relation entre parties, il y a donc lieu de vérifier, d'une part, si le lien de subordination entre A et la B SA (maison mère) a été maintenu pendant toute la durée de son séjour au Luxembourg, et, d'autre part, si le salarié était censé reprendre son activité auprès de la maison mère à Lisbonne à la fin de sa mission au Luxembourg.

Il résulte des éléments du dossier que la B SA à Lisbonne (maison mère) a déterminé le cadre de la mission du salarié en le nommant directeur adjoint de sa succursale au Luxembourg. Même si le directeur de la succursale a été le supérieur hiérarchique direct de A, l'employeur d'origine a gardé son pouvoir de direction et de surveillance sur l'employé par la politique générale et les stratégies à déployer par la succursale qui n'a d'ailleurs pas de personnalité juridique et qui a agi sous les ordres et la responsabilité de la maison mère. L'article 8 du contrat de travail du 1<sup>er</sup> octobre 2008 signé avec la succursale luxembourgeoise de la banque retient d'ailleurs une interdiction formelle pour l'employé « de traiter des affaires sans l'assentiment écrit de la banque, dans la branche de cette dernière ».

La B à Lisbonne (maison mère) a, en outre, continué à payer à A l'entièreté de son salaire portugais avec les augmentations automatiques correspondant à son grade, même si l'exécution du travail au Luxembourg a, en outre, été honorée par le paiement d'un supplément important par la succursale luxembourgeoise qui était destiné à compenser la différence du niveau de vie et du prix de logement au Luxembourg. La maison mère a gardé le pouvoir d'octroyer des promotions au salarié et ce dernier a continué à bénéficier des avancements dus à l'ancienneté comme s'il avait continué à travailler à Lisbonne auprès de la maison mère. Même si le salarié a été affilié au Luxembourg (son affectation à Luxembourg étant d'une durée supérieure à deux ans), il est resté affilié à la caisse de sécurité sociale privée portugaise de la maison mère. La Cour en déduit que la relation de travail entre la B SA Lisbonne et A a été maintenue pendant toute la durée du séjour du salarié au Luxembourg.

Les éléments du dossier permettent également de retenir une volonté de retour au terme de la mission confiée au salarié à Luxembourg. Ainsi, la B SA a garanti au salarié dans le contrat signé le



23 octobre 2008 sa réintégration dans l'entreprise au Portugal à la fin de la mission dans une position compatible avec sa catégorie professionnelle (article 3 du contrat de commission de service).

La B SA a continué à payer au salarié le salaire portugais correspondant à son statut rémunérateur. Le salarié a continué à bénéficier des avancements dus à l'ancienneté comme s'il avait continué à travailler à Lisbonne auprès de la maison mère.

La durée de sa mission devait être prise en compte pour le calcul de sa retraite. Le salarié est resté affilié à la sécurité sociale portugaise privée pendant toute la durée de son séjour au Luxembourg.

A cela s'ajoute que les frais de voyage au début et à la fin du détachement pour le salarié et sa famille ainsi que les frais de deux voyages annuels de vacance entre le Luxembourg et Lisbonne ont été pris en charge par la Banque.

Le salarié a eu, en outre, droit à une prime d'établissement correspondant à un maximum de deux mois de salaires et la succursale de la B SA à Luxembourg a pris en charge les frais de loyer au Luxembourg à hauteur de 80%.

Le contrat de travail signé le 1<sup>er</sup> octobre 2008 avec la succursale luxembourgeoise de la Banque fait également référence au détachement proposé par le conseil d'administration de la maison mère et accepté par le salarié dans son préambule dans les termes suivants :

*«- B SA a proposé à l'employé de le détacher auprès de la succursale de Luxembourg ;  
-l'employé a accepté cette proposition de détachement ;  
-Monsieur A faisant partie de l'effectif de B SA sise à (...) P(...) Lisbonne, est détaché à la succursale du Luxembourg, sise (...) Luxembourg à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2008, en qualité de Directeur Adjoint pour une période de trois ans, renouvelable d'une année à condition d'en avoir informé l'employé au moins 30 jours avant l'expiration de la période de détachement initialement prévue ;  
- B SA est autorisée à demander à n'importe quel moment et moyennant un préavis de 90 jours à l'employé de reprendre ses activités au siège à Lisbonne, et ce sans devoir payer une quelconque indemnité ;  
-le présent détachement est régi par la décision approuvée en Conseil d'Administration en date du 20 août 2008 ;  
-le présent contrat de travail règle les conditions spécifiques du travail accompli pour la succursale luxembourgeoise. »*

Avant l'énumération des articles reprenant les conditions de travail il est encore précisé: « Sur ce, les parties ont convenu le contrat de détachement suivant ... ».

Ce contrat exprime donc également une volonté de retour au terme de la mission à Luxembourg et ne permet pas de déceler une volonté de faire du Luxembourg le lieu habituel de travail du salarié. En effet, même si les parties ont retenu que ce contrat était conclu pour une durée indéterminée, elles ont fait référence au préambule du contrat à une période triennale renouvelable pour une année et retenu à l'article 3 relatif à la durée du contrat qu' « en raison de la nature de l'emploi exercé par l'employé, il pourra être muté au siège à Lisbonne ».

Ce contrat, intimement lié au contrat de commission de services par son objet n'est donc pas de nature à contredire l'existence d'un véritable détachement au sens du droit du travail d'autant plus que l'article L.010-1 du Code du travail, dans sa version applicable en 2008, imposait la conclusion, soit d'un contrat de travail écrit, soit la production d'un document reprenant l'intégralité des



conditions de travail applicables au salarié détaché à Luxembourg.

Ce n'est que suite à l'arrêt C-319/06 du 19 juin 2008 de la Cour de Justice des Communautés Européennes sanctionnant le Luxembourg pour cette exigence, que celle-ci a été abolie lors de la modification législative de l'article L.010-1 du Code du travail en date du 11 avril 2010.

Cette modification législative ne saurait cependant s'appliquer rétroactivement et permettre de conclure que l'établissement du contrat du 1<sup>er</sup> octobre 2008 est en contradiction avec l'existence d'un détachement.

Tout comme la juridiction de première instance, la Cour vient donc à la conclusion que le contrat du 1<sup>er</sup> octobre 2008 n'a été rédigé que pour régler les conditions spécifiques du travail accompli par A pour la succursale luxembourgeoise afin de satisfaire aux obligations législatives de l'époque, d'autant plus que les parties ne versent pas de contrat de travail écrit conclu entre la maison mère et le salarié.

L'appelant fait encore valoir qu'au plus tard avec la signature de l'avenant du 29 août 2011 intervenue postérieurement au changement législatif du 11 avril 2010, l'employeur se serait mis « hors détachement ».

Il n'y a pas non plus lieu de suivre cette argumentation étant donné que cet avenant n'a fait que proroger la durée de l'exécution du contrat conclu le 1<sup>er</sup> octobre 2008, de sorte que le contrat primitif a été maintenu. Il en suit que la nouvelle législation n'est pas de nature à avoir une influence sur la qualification de la relation de travail entre parties.

Le salarié soutient finalement que l'absence de l'information donnée à l'ITM conformément à l'article L.142-2 du Code du travail serait un élément pour contredire le caractère du détachement. Ce n'est toutefois que dans sa version postérieure à la modification législative du 11 avril 2010, que l'article L.142-2 du Code du travail a retenu une obligation de communication par l'entreprise destinataire à l'Inspection du travail et des mines luxembourgeoise des éléments indispensables au contrôle légal à effectuer par cette dernière dès le commencement des travaux faisant l'objet d'un détachement temporaire sur le territoire luxembourgeois. Dans sa version applicable au moment de la conclusion des contrats du 1<sup>er</sup> octobre et du 23 octobre 2008, l'article L.142-2 prévoyait, par contre, seulement qu'une entreprise, dont plusieurs travailleurs exercent une activité au Luxembourg en cas de détachement temporaire, doit rendre accessible à l'Inspection du travail et des mines, sur simple demande et dans le plus bref délai différentes indications essentielles indispensables à un contrôle.

L'article L.142-2 ne prévoit d'ailleurs pas comme sanction de l'absence de mise à disposition de ces éléments une requalification des relations entre parties.

Il suit des considérations qui précèdent que la juridiction de travail est à confirmer en ce qu'elle a retenu que les parties étaient liées par un contrat de détachement

2. La Banque s'oppose à la prise en compte de la part portugaise du salaire en faisant valoir qu'il s'agit d'une demande nouvelle présentée pour la première fois en instance d'appel et par ailleurs d'une demande pour laquelle les juridictions luxembourgeoises ne seraient pas compétentes.

A réplique que le moyen d'incompétence territoriale aurait dû être soulevé *in limine litis*, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, la Banque ayant d'abord pris des conclusions au fond. Par ailleurs, les tribunaux luxembourgeois seraient compétents pour connaître de cette demande additionnelle, dès



lors qu'il s'agit d'une partie de la rémunération versée en contrepartie du travail fourni pendant la période où il avait travaillé pour compte de la succursale. L'article 18 (1) du Règlement Bruxelles I, lu en combinaison avec l'article 5(5) du même règlement donnerait également compétence au tribunal du lieu d'exploitation de la succursale.

Le moyen tenant à l'exception d'incompétence *ratione loci* en droit interne est, à l'opposé de la compétence d'attribution, d'ordre privé et non d'ordre public.

Comme la Banque a d'abord conclu au rejet de toute prétention indemnitaire pour le délai de prévenance non respecté et à l'irrecevabilité de la demande relative aux salaires portugais pour constituer une demande nouvelle, c'est à juste titre que le salarié fait valoir que le moyen n'a pas été soulevé *in limine litis*. Il est dès lors à rejeter.

(Cour d'appel – 3<sup>e</sup> chambre – 27 octobre 2016 – Rôle: 40954 – N°: 126/16)

Référence du BIJ: 2017/2-CL 03 13709



## Procédure civile et commerciale

**Cour d'appel**  
7 décembre 2016

**(1) Principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui – Moyens développés par l'appelant incompatibles avec ses affirmations en première instance (non) – Recevabilité de l'acte d'appel (oui)**

**(2) Assignation – Défaut ou absence d'indication de l'organe représentant une société en justice – Nullité de l'exploit introductif d'instance (non)**

(1) Quant à la recevabilité de l'acte d'appel

Pour des raisons de logique juridique il y a lieu d'examiner en premier lieu le moyen d'irrecevabilité de l'acte d'appel soulevé par l'intimée et basé sur le principe de l'estoppel.

La fin de non-recevoir spéciale, d'origine anglo-saxonne, connue sous le nom d'estoppel interdit aux contractants de se contredire au détriment d'autrui. Son inspiration est commune à celle de la mythique maxime *Nemo auditur, si bien qu'il arrive qu'elles soient confondues.*

D'abord appliqué dans le commerce international elle apparut en droit français, et en 2009 la Cour de cassation s'est référée ouvertement à la "règle de l'estoppel", considérée comme participant du principe de la "loyauté procédurale" (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2009, n° 08-10.281 : JurisData n° 2009-048035). En 2011, elle a reconnu l'existence du "principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui" (Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : JurisData n° 2011-019424). Cet arrêt fut rendu à propos d'une question procédurale, mais sa formulation manifeste la volonté de la Cour de cassation de lui donner une portée générale et de le considérer en principe normatif (cf. JurisClasseur civil, App. Art. 1131 à 1133, nos 80 – 82).

Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, inspiré de l'« estoppel » anglo-saxon, a fait son entrée en droit luxembourgeois. Ainsi, selon la jurisprudence, chacun doit être cohérent avec lui-même et un plaideur ne peut pas soutenir successivement deux positions incompatibles, sinon son action en justice sera rejetée.

En l'espèce, il ne ressort pas de l'ordonnance entreprise que la défenderesse initiale y ait reconnu redevoir outre le montant de 400.000 USD également tous les autres montants allégués par G., ses moyens développés en instance d'appel ne sont pas incompatibles avec ses affirmations de première instance. Par ailleurs, la déclaration en instance d'appel de l'intervention d'un trust familial ne constitue pas une contradiction ou incohérence dans le chef de l'appelante par rapport à ses développements faits devant le premier juge au sujet de l'apurement de sa dette.

Le moyen d'irrecevabilité de l'acte d'appel laisse donc d'être fondé.

(2) Quant à la nullité de l'assignation

C'est la loi du juge saisi qui reconnaît et consacre l'action introduite devant celui-ci et détermine les personnes qui peuvent régulièrement l'introduire. Si la constitution et le fonctionnement restent soumis à la loi nationale de la société, il n'en reste pas moins que c'est la loi du for qui régit la compétence et la procédure applicable aux instances introduites devant les tribunaux luxembourgeois. Relèvent encore de la loi du for les sanctions des actes de procédure soumis à la loi du juge saisi (Cour 25.3.2003 no. rôle 26822).



Le juge doit donc examiner au regard de sa propre loi quelles sont les exigences qu'il peut requérir de la part d'une partie demanderesse au regard de la désignation de son représentant en justice.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le premier juge a dit que les actes de procédure sont soumis à la loi luxembourgeoise en tant que loi du for.

Or, l'article 153 du NCPC n'exige pas l'indication de l'organe qualifié pour représenter une personne morale en justice (cf. Cass. 2 avril 2009 ; n° 2622 du registre).

Il est vrai que dans le passé certaines décisions de justice ont cru pouvoir s'appuyer sur l'article 163 du même code, qui concerne cependant la question de savoir par quel organe sont assignées certaines parties défenderesses, pour justifier une nullité (de fond) de l'exploit introductif d'instance dans l'hypothèse d'un défaut ou d'une erreur dans l'indication de l'organe qualifié pour représenter une société en justice.

Cette position ne peut, au vu des arrêts postérieurs de la Cour de cassation, plus être soutenue aujourd'hui.

Ainsi, l'absence d'indication de l'organe représentant une société en justice, voire une indication erronée de l'organe représentatif, n'entraîne pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (cf. Cass. 2 avril 2009 ; n° 2622 du registre), étant encore précisé que les exploits pour ou contre une société sont valablement faits au nom de la société seule (cf. Cass. 15 novembre 2001 ; n° 1826 du registre).

L'affirmation par l'appelante que l'arrêt de cassation ne s'applique qu'aux défaut d'indication et indication erronée de l'organe représentatif mais non pas au défaut de pouvoir de cet organe manque en fait et en droit.

Le premier juge, en répondant au moyen de nullité soulevé, a également répondu à la question du défaut de pouvoir de l'organe de représentation indiqué erronément.

Il s'ensuit que le moyen de nullité a été rejeté à bon droit par le juge de première instance.

(Cour d'appel – 7<sup>e</sup> chambre – 7 décembre 2016 – Rôle: 43418 – N°: 174/16)

Référence du BIJ: 2017/2-CL 07 13810



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
8 décembre 2016

- (1) Licenciement – Adresse d'envoi de la lettre de licenciement erronée – Effets (non)**
- (2) Réexpédition de la lettre à une nouvelle adresse – Connaissance par l'employeur de la maladie du salarié entre les deux envois – Licenciement abusif**
- (3) Adresse du salarié – Remise par le salarié à l'employeur de sa carte d'impôts (avec son adresse exacte) lors de l'embauche – Absence de contestation par le salarié quant à l'adresse inexacte figurant sur ses fiches de salaires – Faute du salarié (non)**

Il est constant en cause que par lettre recommandée datée du 2 octobre 2013 et envoyée à L... Dippach, ...rue de l'E... la S.A. SOC1.) a licencié A.) avec effet immédiat pour cause d'abandon de poste. Ce courrier n'étant pas parvenu à destination, la même lettre a été envoyée le 4 octobre 2013 à Schouweiler, ... rue de l'E....

Les premiers juges ont retenu qu'en raison du fait que la lettre du 2 octobre 2013 n'avait pas pu être délivrée au salarié, elle n'avait produit aucun effet.

Celle du 4 octobre 2013 ayant été remise à la poste à un moment où l'employeur était au courant de la circonstance que l'intimé se trouvait en congé de maladie, ils ont décidé qu'il y avait eu congédiement abusif.

A l'appui de son appel quant au caractère régulier ou non du licenciement, la S.A. SOC1.) fait valoir que la lettre du 2 octobre 2013 aurait été envoyée à la seule adresse dont elle avait connaissance et qu'il aurait appartenu à A.) de lui signaler une éventuelle erreur dès qu'il pouvait s'en rendre compte.

Le contrat de travail ayant lié les parties indique comme adresse du salarié « ... rue de l'E... Dippach (Schouweiler) ». Il est à noter que d'un point de vue administratif, la localité de Dippach est le chef-lieu de la commune du même nom et Schouweiler l'un des autres villages qui la composent.

La Cour ignore d'où la S.A. SOC1.) tient le code postal « .... » qui figure sur la lettre postée le 2 octobre 2013. Contrairement à ce que l'appelante soutient il n'est en tout cas repris ni sur le contrat de travail, ni sur les fiches de salaire qui ont été établies, ces dernières portant toutes le libellé L- Dippach, à l'exception de celle relative au mois de septembre 2013, où cette mention a été biffée et remplacée de façon manuscrite par celle de L ... Schouweiler.

Sous ce rapport c'est à tort que l'employeur reproche à A.) de ne pas avoir attiré son attention sur l'indication incorrecte de son adresse sur les fiches de salaire. Au moment de son engagement l'intimé avait en effet remis sa fiche de retenue d'impôt à la S.A. SOC1.) et cette fiche renseignait son adresse correcte, à savoir « Rue de l'E... ... L... Schouweiler », de sorte qu'il avait rempli les obligations qui lui incombaient.

Au lieu d'envoyer la lettre de licenciement à une adresse imaginaire (une rue de l'E... n'existe pas à Dippach), l'appelante aurait mieux fait de tenir compte des informations qui lui avaient été fournies par son salarié. Si le courrier n'est pas parvenu à destination c'était dès lors par sa propre faute, de sorte que c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu qu'il n'avait produit aucun effet.

La lettre postée le 4 octobre 2013 n'avait dans les conditions données pas une valeur simplement informative, tel que la S.A. SOC1.) le soutient, mais elle constituait l'acte de congédiement à



proprement parler.

Compte tenu du fait qu'au moment de sa remise à la poste l'employeur avait, ainsi que cela résulte des termes du courrier adressé le 4 novembre 2013 au mandataire d'A.), connaissance du fait que le salarié était en congé de maladie depuis le 2 octobre 2013, il a procédé à un licenciement irrégulier au regard des dispositions de l'article L. 121-6 (3) du Code du travail. Dans ce contexte il est sans incidence que le salarié n'avait, le cas échéant, pas signalé son incapacité de travail dès le premier jour à l'appelante, celle-ci ne lui en ayant pas fait grief avant l'envoi de la lettre de licenciement.

L'appel de la S.A. SOC1.) n'est partant pas fondé dans la mesure où le caractère abusif du congédiement est concerné.

(Cour d'appel – 8<sup>e</sup> chambre – 8 décembre 2016 – Rôle: 42144 – N°: 161/16)

Référence du BIJ: 2017/2-CL 08 13760



**Droit pénal et procédure pénale**

**Cour d'appel**  
19 décembre 2016

**Réquisition de non-informer – Ordonnance de clôture de l'instruction – Nullité de l'ordonnance (oui)**

Lorsque le procureur d'État saisit le juge d'instruction de réquisitions de non informer, celui-ci, statuant par une ordonnance motivée, soit s'y rallie et décide de ne pas ouvrir une information pour l'une des causes énoncées à l'article 57 (3) du Code d'instruction criminelle, soit il décide de passer outre aux réquisitions de non informer. Se trouvant saisi de réquisitions de non informer, le juge d'instruction ne peut pas valablement y répondre en émettant une ordonnance de clôture de l'instruction et de transmission du dossier, qui ne se conçoit, suivant l'article 127 (1) du Code d'instruction criminelle, que si une information a effectivement eu lieu et si la procédure est complète, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il incombe à la chambre du conseil de la Cour, en vertu de l'article 126-2 du Code d'instruction criminelle, d'examiner d'office la régularité des procédures qui lui sont soumises et de prononcer la nullité des procédures ou des actes de procédure entachés d'irrégularité.

Il y a par conséquent lieu d'annuler l'ensemble de la procédure à partir de l'ordonnance de clôture jusqu'à l'ordonnance entreprise et de renvoyer le dossier pénal au juge d'instruction directeur à charge pour lui de confier le dossier à un autre magistrat instructeur pour qu'il soit statué sur les réquisitions du 5 janvier 2016 du ministère public conformément à l'article 57 du Code d'instruction criminelle.

(Cour d'appel – Chambre du conseil – 19 décembre 2016 – Rôle: 38662/14/CD – N°: 1084/16)

Référence du BIJ: 2017/2-CL CHC 13858



## Droit civil

**Cour d'appel**  
21 décembre 2016

### **Cession de contrat – Cession de créance accompagnée d'une cession de dette (non) – Nécessité du consentement du cédé (oui) – Possibilité d'un consentement tacite (oui) – Effets de la cession de contrat**

La cession de contrat peut être définie comme l'opération qui permet à une partie, le cédant, de transférer à un tiers, le cessionnaire, la qualité de contractant qui est la sienne dans un contrat en cours d'exécution la liant jusqu'ici à une autre partie, le cédé (cf. B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 4e éd., n° 232). La cession de contrat permet donc au cédant de se faire remplacer dans un rapport contractuel qui le lie au cédé, par un tiers, le cessionnaire. C'est ainsi la qualité de contractant qui est transmise au cessionnaire (cf. *Encyclopédie Dalloz*, *Droit civil*, v° Cession de créance, 04.2008, n° 9).

La cession dont se prévaut la partie appelante aurait eu pour objet, selon cette dernière, non pas de céder une créance déterminée, mais de substituer la société AA.) s.à r.l. à FF.) dans le contrat-cadre conclu le 1er octobre 2004 et de rendre la société AA.) s.à r.l. titulaire de l'ensemble des droits et obligations en résultant, à compter de la date de prise d'effets de la cession.

Pareille convention est à qualifier de cession de contrat.

La cession de contrat n'est pas prévue par le Code civil qui, en toute logique, ne contient aucune règle régissant les conditions dans lesquelles le cessionnaire est investi de ses droits envers le tiers cédé.

Contrairement à la conception classique, suivant laquelle la cession de contrat se décompose en une cession de créance (laquelle suppose le respect de la formalité de l'article 1690 du Code civil) et une cession de dette (non autorisée par le Code civil), on tend aujourd'hui à concevoir la cession de contrat comme une institution originale qui n'est pas soumise à la formalité de l'article 1690 du Code civil (cf. *Cass. Civ. 3e*, 01.04.1987, D. 1987, 453, note L. Aynès ; *Com. 07.01.1992*, n° 90-14831, *JCP*, 1992, I, 3591, n° 17 ; B. Fages, *Droit des obligations*, L.G.D.J., 4e éd, n° 232).

Cependant, le consentement du cédé est requis pour toutes les cessions de contrat conventionnelles, qu'il s'agisse ou non d'un contrat conclu *intuitu personae* (cf. *Cass. com.* 06.05.1997, deux arrêts, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 117 ; *Civ. 1re*, 30.04.2009, *Bull. civ.* 2009, I, n° 82 ; B. Fages, *op. cité*, n° 232-233 ; L. Aynès, *Cession de contrat*, *Nouvelles précisions sur le rôle du cédé*, D. 1998, page 25 ; *Encyclopédie Dalloz*, *Droit civil*, v° Cession de Contrat, 06.2010, n° 15 et 36-37 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit des obligations*, tome III, LGDJ, 6e éd., n° 10). Cette exigence qui découle du principe de l'effet relatif des contrats, proclamé à l'article 1165 du Code civil (cf. *Juris-Classeur*, *Civil*, art. 1165, fasc. 10, 1996, n° 47) aux termes duquel « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121 » rend inutile la formalité de l'article 1690 du Code civil (cf. *Encyclopédie Dalloz*, *op.cit.*, n° 36).

(...)



La cession de contrat a pour effet de transmettre au cessionnaire les droits et obligations résultant du contrat. Le lien qui unit le cédé au cessionnaire après la cession de contrat est celui-là même qui unissait le cédé au cédant. Le contrat initial se poursuit avec le cessionnaire et conserve notamment la durée originellement convenue (cf. Cass. com. 07.01.1992, Bull. civ. 1992, I, n° 360; L. Aynès, Cession de contrat, nouvelles précisions sur le rôle du cédé, D. 1998, page 25).

(Cour d'appel – 9<sup>e</sup> chambre – 21 décembre 2016 – Rôle: 41762 – N°: 163/16)

Référence du BJI: 2017/2-CL 09 13860



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
22 décembre 2016

### **Licenciement avec préavis - Transaction portant uniquement sur l'indemnisation pour le licenciement intervenu – Possibilité pour le salarié de réclamer encore une indemnité pour congés non pris (oui)**

A qui a été au service de la société B s.à r.l, depuis le 6 août 2012 a été licencié avec préavis par lettre du 26 mars 2014.

Par son courrier du 3 avril 2014, le mandataire de A contesta cette décision et a demandé à l'employeur de notifier les motifs du licenciement. Dans ce même courrier, il a encore proposé l'arrangement à l'amiable suivant: résiliation du contrat de travail au 31 mai 2014, lettre de référence de la part de l'employeur et paiement d'un mois de salaire à titre d'indemnisation suite au licenciement.

L'employeur accepta cette proposition par courrier du 17 avril 2014 comme suit: „die vereinbarte Abfindung in Höhe von 3.700 Euro wird mit Abrechnung Mai 2014 ausgezahlt, Mit der Erfüllung der Abfindungszahlung sind jegliche Ansprüche aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis abgegolten“.

Le mandataire du salarié confirma l'accord entre parties résultant des écrits des 3 et 17 avril 2014 et indiqua dans le courrier du 30 avril 2014 que l'affaire sera réglée avec le paiement.

Par virement bancaire du 6 juin 2014, l'employeur a payé le montant convenu à A.

Par requête du 24 février 2015, A a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 5.218,50 euros à titre d'indemnité compensatoire pour 30,5 jours de congé non pris et le montant de 1.000 euros à titre d'indemnité de procédure.

A fit exposer que les parties ont conclu une transaction mettant fin à leur relation de travail à compter du mois de mai 2014; que néanmoins l'indemnité résultant de la transaction n'a pas inclus les congés payés non pris lui redus; que suivant fiche de salaire du mois d'avril 2014, il disposait d'un droit à 30,5 jours de congés, soit 244 heures. Il demanda dès lors à se voir allouer le montant de 5.218,50 € à titre de l'indemnité compensatoire pour congé non pris.

La société B s'opposa à la demande en invoquant l'exception de transaction intervenue entre parties, laquelle met fin à toute revendication ultérieure de la part de son ancien salarié.

Elle demanda à se voir allouer une indemnité de procédure de 750 euros.

Par jugement du 23 mars 2016, le tribunal du travail a déclaré la transaction intervenue entre parties valable, et a déclaré la demande de A irrecevable.

Il a rejeté les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Pour statuer comme il a fait, le tribunal, après avoir constaté que les parties se sont accordées des concessions réciproques, a retenu que les écrits entre parties des 3,17 et 30 avril 2014 remplissent les conditions de validité d'une transaction, que les termes de la transaction sont claires et que l'employeur a payé l'indemnité convenue par les parties contre renonciation de la part du salarié à



toute action à l'encontre de son ancien employeur se basant sur la relation de travail ayant existé entre parties.

Par exploit d'huissier du 29 avril 2016, A a interjeté appel de ce jugement.

L'appelant conclut par réformation à voir dire que la transaction conclue avec la société B se limite à l'indemnité de fin de contrat, partant à entendre condamner la société B à lui payer le montant de 5.218,50 euros au titre de congés non pris et de condamner la société B à une indemnité de procédure de 2.500 euros au vœu de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 750 euros pour la première instance et de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

A l'appui de son appel, A fait valoir qu'il avait donné son accord afin de rompre le contrat de travail en date du 31 mai 2014 en contrepartie d'une indemnité s'élevant à un mois de salaire ; que lors de la réception du dernier bulletin de salaire de mai 2014, il s'est aperçu que l'employeur avait bien payé le montant de l'indemnité de fin de contrat mais qu'il n'avait pas payé les congés non pris, à savoir 30,5 jours de congés non pris tels que ceux-ci résultaient du bulletin de salaire d'avril 2014.

Pour prospérer dans sa demande, A fait valoir qu'il n'a jamais renoncé au bénéfice des congés non pris et qu'il a réclamé le paiement des congés non pris dès réception du bulletin de salaire de mai 2014 et du certificat de travail ; qu'il n'existe en l'espèce aucun écrit tel que exigé par l'article 2044 du Code civil et que les termes de l'accord entre parties sont vagues.

La société B, au contraire, soutient que suite aux tractations entre parties, le mandataire de A avait accepté les termes de la transaction sans réserve quant à un éventuel solde de congés qui lui serait encore dû. Elle conteste que le salarié ait à plusieurs reprises sollicité le paiement d'un prétendu solde de congés.

Selon l'intimée, le fait que le solde de congés ne figure plus sur la fiche de salaire de mai 2014 est conforme à l'arrangement intervenu entre parties à la fin du mois d'avril 2014 ; que les termes de l'accord entre parties sont clairs et que c'est en vain que A tenterait de remettre en cause la validité de l'arrangement intervenu entre parties, alors que l'article 2044 n'exigerait pas le double exemplaire, un écrit quel que soit sa forme, tel en l'espèce un échange de correspondance entre parties étant suffisant. Ce serait également à tort que l'appelant serait d'avis que l'arrangement avait uniquement et exclusivement porté sur l'indemnité de licenciement, alors que le contraire résulterait de l'échange de correspondance entre parties.

C'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont analysé la condition de l'écrit exigé par l'article 2044 du Code civil comme une règle probatoire justifiant le classement de la transaction au sein de la catégorie des contrats consensuels et qu'ils ont retenu qu'en l'occurrence, au vu des concessions réciproques accordées, à savoir celle pour l'employeur de régler un mois de salaire à titre d'indemnisation pour le « Verlust des Arbeitsplatzes » et celle pour le salarié de renoncer à toute action à l'encontre de son employeur, les écrits entre parties des 3, 17 et 30 avril 2014 remplissent les conditions de validité d'une transaction entre parties.

Il se dégage toutefois des articles 2014 (« Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ») et 2049 (« Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'ont reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé ») du Code civil que l'effet libératoire de la transaction est limité à son objet. Toute action judiciaire portant sur un élément non envisagé lors de la transaction reste valable (cf. JCL civil, V°



Transaction, articles 2048 et 2049, no 91).

Il y a dès lors lieu d'examiner si le règlement du congé non pris faisait l'objet du différend entre parties, respectivement s'il pouvait être considéré comme une suite nécessaire de ce qui est exprimé.

En l'espèce, s'il résulte de la lettre de licenciement avec préavis du 25 mars 2014 « Während der Kündigungsfrist sind Sie sofort gegen Abrechnung ihrer Urlaubsansprüche widerruflich von jeder Arbeit befreit », il ressort cependant du courrier du mandataire de A du 3 avril 2014 que l'arrangement des parties portait expressément et exclusivement sur l'indemnisation du salarié du fait de la rupture de son contrat de travail et à l'obtention d'un « wohlwollendes qualifiziertes Zeugnis ».

Contrairement à l'argumentation de la société B, le fait que dans son écrit du 17 avril 2014, elle avait entendu mettre fin à toute revendication résultant des relations de travail entre parties en y indiquant « Mit der Erfüllung der Abfindungszahlung sind jegliche Ansprüche aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis abgegolten » et que cette précision fut approuvée par le mandataire de A par son écrit du 30 avril 2014 « ...die getroffenen Vereinbarung entsprechen unserem Schreiben vom 3. April. Die Angelegenheit ist insoweit abgeschlossen, wenn die Abwicklung erfolgt ist », ne permet pas de conclure que les parties avaient entendu inclure dans la transaction le règlement du congé non encore pris et non discuté entre elles.

Cette conclusion s'impose à plus forte raison que le congé non encore pris en avril 2014 ne constituait pas une prétention née de la rupture du contrat de travail. Une réserve particulière quant à ce droit n'était dès lors pas indispensable.

Il résulte également des lettres des 13 juin 2014, 24 juin 2014 et 8 juillet 2014 que A a fait valoir ses droits à une indemnité compensatoire de congé non pris dès la fin du préavis, alors qu'en raison de sa maladie pendant le préavis, il n'avait pas pu prendre les jours de congés encore redus.

Comme un différend entre parties au sujet de l'indemnisation du congé non pris ne s'était pas encore inscrit dans le périmètre de la transaction, la transaction n'a pas réglé ce problème, de sorte que la société B n'est pas fondée à soulever l'exception de transaction pour faire déclarer irrecevable la demande de A.

Le jugement est dès lors à réformer en ce qu'il a déclaré l'exception de transaction fondée et en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande de A en paiement d'une indemnité compensatoire de congé non pris.

(Cour d'appel – 3<sup>e</sup> chambre – 22 décembre 2016 – Rôle: 43651 – N°: 170/16)

Référence du BIJ: 2017/2-CL 03 13802



## Droit pénal et procédure pénale

### Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

15 décembre 2016

#### **(1) Subornation de témoin – Éléments constitutifs**

#### **(2) Fausse attestation testimoniale – Éléments constitutifs**

##### 1. Quant à l'infraction de subornation de témoin en matière criminelle

La subornation est un acte de participation par provocation au faux témoignage. Le suborneur est l'auteur moral du délit, car il en est la cause principale et peut-être unique.

La subornation comprend non seulement les moyens de provocation spécifiés par l'article 66 du Code pénal, mais toute séduction quelconque à l'aide de laquelle on engage un témoin à déposer contre la vérité, tels que les simples conseils, les sollicitations, les instructions données, les instigations de toute espèce, alors même que la provocation ne serait accompagnée ni de dons ou promesses ni d'aucune des autres circonstances qui sont ordinairement constitutives de la participation punissable (NYPELS et SERVAIS, Code pénal belge interprété, t. II, sub article 223, Les Nouvelles, p.645, Chap. III, n°2805) La subornation est un délit sui generis qui comprend toute séduction quelconque à l'aide de laquelle on engage un témoin à déposer contre la vérité (Cour n° 261/86, 4 novembre 1986 ; Cour n° 182/04, 25 mai 2004 ; Cour n° 76/04, 2 mars 2004).

La subornation est ainsi punissable quels que soient les moyens de séduction employés.

La subornation n'existe que s'il y a un fait matériel de faux témoignage (RIGAUX et TROUSSE, Les crimes et les délits du Code pénal, t. IV, p.79 ss).

Il échet dès lors lieu d'analyser si, en l'espèce, un fait matériel de faux témoignage est établi à suffisance.

Concernant les déclarations de T3.) faites lors de son audition par la Chambre criminelle au sujet de l'incendie criminelle, il n'existe aucun élément du dossier qui permettrait de retenir qu'il a fait de fausses déclarations.

Il est par contre constant en cause que T5.) et T4.) ont établi des attestations testimoniales dont le contenu ne correspondait pas à la réalité, attestations qu'ils ont récupérées et détruites par la suite avant qu'elles ne puissent être produites en justice. Ils n'ont partant pas fait de faux témoignage au sens de l'article 215 du Code pénal.

Au vu de ce qui précède, la Chambre criminelle retient que l'infraction de subornation de témoin en matière criminelle ne saurait être retenue à charge du prévenu concernant les déclarations de T3.), ni concernant les attestations testimoniales de T5.) et de T4.).

La Chambre criminelle relève qu'il est de jurisprudence que « la subornation de témoins en relation avec l'établissement d'une fausse attestation testimoniale constitue non une infraction spécifique mais un acte de corréité ou de complicité de l'établissement d'une fausse attestation » (Cour d'Appel, chambre du conseil, arrêt numéro 20/05 du 27 janvier 2005).

Il conviendra d'analyser ultérieurement si X.) a participé à la commission de l'infraction d'établissement d'une fausse attestation testimoniale, pour le retenir le cas échéant, par requalification des faits, en tant que coauteur ou complice de cette infraction.



Concernant Y.), et conformément à ce qui a été exposé ci-dessus, ses déclarations faites à l'audience de la Chambre criminelle du 9 octobre 2015 constituent un faux témoignage en matière criminelle.

A noter que ce faux témoignage n'est intervenu qu'après que X.) a approché Y.) dans un restaurant kebab et l'a pris à partie en raison de ses déclarations faites lors de son audition par la police, créant ainsi un climat menaçant pour Y.). A cela s'ajoute qu'il ressort des témoignages recueillis en l'espèce que X.) est notoirement connu comme personnage ayant des antécédents pour des faits de violence en France. Il s'ensuit que son intervention auprès du témoin Y.) est constitutive de manœuvres et sollicitations constitutives d'actes de provocation au faux témoignage de sorte que X.) est à retenir dans les liens de l'infraction de subornation de témoin en matière criminelle en ce qui concerne le témoin Y.).

2. Quant à la participation de X.) à l'infraction d'établissement d'une fausse attestation testimoniale

Le délit tel que prévu par l'article 209-1 du Code pénal exige la réunion des éléments constitutifs suivants (TA Lux., 15 avril 2008, n° 1178/2008):

- a) une attestation destinée à être utilisée soit devant une juridiction civile ou administrative pour établir des faits dont la preuve par témoins est admise, soit devant une juridiction répressive,
- b) une attestation qui fait état de faits matériellement inexacts, donc des mensonges et des contre-vérités,
- c) que l'auteur de l'attestation ait agi sciemment, en pleine connaissance de cause.

Conformément à ce qui a été exposé ci-dessus, il est constant en cause que T5.) et T4.) ont établi des attestations testimoniales dont le contenu ne correspondait pas à la réalité et qu'ils savaient qu'elles étaient destinées à être produites en justice, devant une juridiction répressive. Ils avaient nécessairement connaissance du préjudice que leurs attestations pouvaient causer.

T5.) et T4.) ont rapidement récupéré leurs attestations auprès de X.) et les ont détruites.

La Chambre criminelle retient que dans ces conditions, il n'est pas établi que les attestations testimoniales établies par T5.) et T4.) remplissaient les conditions de forme exigées par l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile.

En effet, il ne résulte pas des éléments du dossier répressif que les attestations en question mentionnaient explicitement la mention : « la présente attestation est établie en vue de sa production en justice ».

A noter que même si X.) a fourni à T5.) et T4.) le formulaire pré-imprimé d'attestation testimoniale et a ainsi directement coopéré à l'établissement des attestations, il n'est pas établi à l'abri de tout doute qu'une attestation au sens de l'article 209-1 du Code pénal a été établie.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg - 9<sup>e</sup> chambre - 15 décembre 2016 - Rôle: 29991/15/CD - N°: 51/2016)

Référence du BIJ: 2017/2-TL 09 14166



## Droit pénal et procédure pénale

### Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

15 décembre 2016

#### **Enlèvement de l'enfant commun par le co-titulaire de l'autorité parentale – Enlèvement au sens de l'article 368 du Code pénal (non)**

Il est reproché à P.1.) d'avoir tenté de commettre une infraction aux articles 368 et 369 du Code pénal.

L'article 368 du Code pénal est libellé comme suit : « Sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros, celui qui par violence, menace ou ruse aura enlevé ou fait enlever des mineurs, » et l'article 369 ajoute : « si le mineur ainsi enlevé est âgé de moins de seize ans accomplis au moment des faits, la peine sera la réclusion de cinq à dix ans. »

Les articles 368 et 369 du Code pénal ont été introduits par la loi du 29 novembre 1982, ayant pour objet 1° de modifier certains articles du chapitre IV du titre VII, du livre II du code pénal intitulé « De l'enlèvement des mineurs », 2° de réprimer la prise d'otages.

Ni l'article 368 ni l'article 369 du Code pénal ne fournissent la moindre indication quant à la qualité de l'auteur de l'infraction qu'ils incriminent.

Il résulte cependant des travaux parlementaires relatifs à la loi du 29 novembre 1982 que ces articles visent notamment à garantir aux parents d'un mineur l'exercice de leur autorité parentale à l'égard de celui-ci. Ainsi peut-on lire dans le commentaire des articles :

« Pour ce qui est plus particulièrement du régime actuel, la doctrine et la jurisprudence définissent l'enlèvement comme étant l'infraction qui consiste non seulement dans le fait d'entraîner physiquement un mineur du lieu où il doit normalement se trouver vers un autre lieu, mais aussi dans toutes manœuvres, physiques ou morales, qui ont pour effet de le soustraire au pouvoir de direction que peuvent exercer sur lui ceux qui ont la garde de droit et de fait ».

Concernant l'article 368 du Code pénal et plus particulièrement le fait que devraient uniquement être visés les mineurs au sens du Code civil, c'est-à-dire les personnes de moins de 18 ans, les commentateurs ajoutent « Le fondement de cette disposition, d'ailleurs reconnu par la doctrine et la jurisprudence, consiste dans le maintien de l'autorité parentale dont l'application cesse avec la majorité, qui, dans notre pays, est fixée à dix-huit ans accomplis. »

Pour justifier qu'il n'y a pas lieu de prévoir un régime différent selon le sexe de la victime, les commentateurs indiquent encore : « En raison du fondement gisant à la base de cette disposition qui n'est pas à considérer uniquement comme une infraction contre les mœurs, mais qui constitue encore une garantie pour les parents dans l'exercice de l'autorité sur la personne et les biens du mineur, une différenciation des peines suivant le sexe de la victime ne se justifie plus. »

Il s'ensuit que les actes de détournement incriminés doivent nécessairement être accomplis par une personne qui n'est pas titulaire de l'autorité parentale.

En l'espèce, il est constant en cause que P.1.) et T.1.) ne sont pas mariés, A.) est dès lors une enfant naturelle au sens du Code civil.

Concernant l'exercice de l'autorité parentale en matière de filiation naturelle, l'article 380 du Code civil dispose : « Sur l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par celui des parents qui l'a



volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère. Toutefois l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles ».

Le Tribunal constate que l'enfant A.) porte à la fois le patronyme de la mère et celui du père ; or l'article 334-2 du Code civil qui traite de la question du nom de l'enfant naturel renvoie à l'article 57 de ce même code. Celui-ci dispose à son alinéa 3 : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie simultanément à l'égard de ses deux parents, au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance, ces derniers choisissent le nom qui lui est dévolu. L'enfant peut acquérir soit le nom de l'un de ses parents, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. »

Il suit des considérations qui précèdent que l'enfant A.) a nécessairement été reconnue à la fois par sa mère et par son père. En vertu des dispositions de l'article 380 du Code civil, l'autorité parentale devrait dès lors être exercée par la mère, T.1.).

Or, par un arrêt du 26 mars 1999, la Cour constitutionnelle a dit que l'article 380, alinéa 1er, du Code civil, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'était pas conforme à l'article 11, paragraphe 2, de la Constitution, lequel consacrait, dans la rédaction de l'époque, le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi.

Depuis cette décision, les juridictions luxembourgeoises retiennent que l'autorité parentale conjointe devrait être le principe sauf si l'intérêt de l'enfant s'y oppose ou que l'un des parents s'est montré indigne de l'exercer.

Il résulte des éléments du dossier et notamment des déclarations faites par T.1.) qu'au moment des faits celle-ci avait certes introduit une demande auprès du juge des tutelles mais qu'aucune décision n'était encore intervenue.

Le Tribunal en conclut qu'à la date des faits P.1.) était co-titulaire avec T.1.) de l'autorité parentale sur l'enfant A.) et qu'il ne saurait dès lors s'être rendu coupable d'une tentative d'enlèvement de mineur au sens des articles 368 et 369 du Code pénal à l'égard de celle-ci.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg - 9<sup>e</sup> chambre - 15 décembre 2016 - Rôle: 26221/16/CD - N°: 3466/2016)

Référence du BIJ: 2017/2-TL 09 14167



**Divorce et séparation de corps**

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg**

22 décembre 2016

**Liquidation du régime matrimonial – Possibilité pour le Tribunal d'ordonner la vente de gré-à-gré d'un immeuble (non)**

Par conclusions déposées le 5 mars 2015, Madame X expose ne pas s'opposer à la mise en vente de la maison commune sous condition qu'elle ait pu trouver un appartement adapté à elle et aux enfants, et notamment à la situation particulière d'Enfant A.

Elle demande à voir ordonner la vente de la maison commune après qu'elle ait trouvé un tel logement.

Le tribunal constate qu'aucune des parties ne demande la licitation de la maison commune.

Aucune disposition légale ne permet au Tribunal d'ordonner une vente de gré-à-gré d'un immeuble. Pareille décision dépend du bon vouloir des propriétaire(s) de l'immeuble.

La demande de Madame X est partant irrecevable.

(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – 4<sup>e</sup> chambre – 22 décembre 2016 – Rôle: 158503 – N°: 530/2016)

Référence du BIJ: 2017/2-TL 04 13950



## **Bail commercial**

### **Justice de Paix de Luxembourg**

28 novembre 2016

**(1) Bail commercial – Non-paiement des loyers – Résiliation du contrat – Indemnité de relocation forfaitaire – Article 1152, alinéa 2, du Code civil – Pouvoir de modération du juge**

**(2). Bail commercial – Indemnité de relocation forfaitaire correspondant à 6 mois de loyer – Validité (oui)**

1. La société A conclut encore à l'allocation d'une indemnité de relocation s'élevant à la somme de 8.822,46.- euros correspondant à six mois de loyer.

En l'espèce, les parties ont convenu à l'article 6 du contrat de bail conclu en date du 26 mai 2005 qu'en cas de résiliation du contrat par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer à la bailleresse une somme forfaitaire et irréductible égale à six mois de loyer à titre d'indemnité de relocation, sans préjudice aux dommages et intérêts qui peuvent résulter de l'abus.

En l'espèce, les dispositions relatives à l'indemnité de relocation ont été paraphées par les parties au contrat.

Les parties sont libres de prévoir les conséquences attachées à une violation du contrat.

En cas de fixation conventionnelle de l'indemnité de relocation, celle-ci ne doit pas correspondre au préjudice réellement subi. Son but est précisément de fixer forfaitairement le montant du dommage, en vue d'éviter toute discussion en cas de manquement du locataire (cf. TAL, 15 décembre 2015, n° 278/2015, cité dans TAL, 14 juin 2016, numéro 175302 du rôle).

Eu égard à son objet et son but, l'indemnité prévue à l'article 6 du contrat de bail commercial de sous-location constitue une clause pénale, qualification d'ailleurs acceptée par les défendeurs.

L'article 1152, alinéa 2, du Code civil permet au juge de modérer ou d'augmenter la peine qui a été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

En effet, si l'intervention du juge peut prévenir des excès en la matière, ce pouvoir modérateur ne saurait néanmoins pas remettre en cause la vertu coercitive et l'efficacité préventive d'une clause pénale (voir JPL, 3 novembre 2016, numéro 3925/2016).

En l'espèce, il n'est ni établi ni même allégué que les défendeurs aient informé leur bailleresse de leurs problèmes de trésorerie et de la cause de ces problèmes, ni qu'ils aient cherché le dialogue.

2. Comme les défendeurs restent en défaut d'établir des circonstances exceptionnelles et indépendantes de leur volonté de nature à les avoir empêchés de remplir leurs obligations et alors que la clause qui, comme en l'espèce, prévoit l'allocation au bailleur d'une indemnité de relocation forfaitaire correspondant à six mois de loyer n'est pas en elle-même excessive puisqu'elle correspond au délai de préavis qui est d'usage en matière commerciale (voir JPL, 3 novembre 2016, numéro 3925/2016 et TAL, 10 mai 2016, numéro 174.411 du rôle y cité), il s'ensuit que la demande en obtention d'une indemnité de relocation est à déclarer fondée et il y a lieu d'allouer le montant réclamé de 8.822,46.- euros (6 x 1.470,41.-) de ce chef à la bailleresse avec les intérêts légaux à partir du jour du dépôt de la demande, soit le 19 mai 2016, jusqu'à solde.

(Justice de Paix de Luxembourg – Bail commercial – 28 novembre 2016 – N°: 4360/2016)

Référence du BIJ: 2017/2-JPL 13974