



Rd<sup>—</sup>  
P(s)

# REVUE DES PROCÉDURES

—  
*Panorama de jurisprudence*

#02 <sup>—</sup>ISSN 2716-7534

MAI 2021

**LEGI** <sup>—</sup>éditeur juridique



## Revue des Procédures

### CHOISISSEZ L'OFFRE D'ABONNEMENT QUI VOUS CONVIENT LE MIEUX

#### — ABONNEMENT À LA REVUE

**152,43€ HTVA**

*Pour les abonnés LexNow, accès à la revue numérique sans supplément de prix.*

#### — ABONNEMENT DUO

**229,13€ HTVA**

*Un exemplaire à votre bureau et un autre à votre domicile.*

#### — ABONNEMENT NUMÉRIQUE

**130,10€ HTVA**

*Réservé aux abonnés LexNow.*

#### CONTACTS

T +352 26 31 64-1

F +352 26 31 64-9

✉ [clients@legitech.lu](mailto:clients@legitech.lu)

## Vous désirez rédiger un article pour la Revue des Procédures

N'hésitez pas à adresser vos suggestions d'articles et/ou de sujets. Le comité scientifique les analysera avec la plus grande attention. En cas d'acceptation, l'éditeur pourra vous communiquer sa charte rédactionnelle: ✉ [rdp@legitech.lu](mailto:rdp@legitech.lu)

#### APPEL À CONTRIBUTION

**LEGITECH**  
éditeur juridique

[www.legitech.lu](http://www.legitech.lu)

#### COMITÉ SCIENTIFIQUE:

Rédacteur en chef:

Guy Perrot

Membres du comité scientifique:

Vincent Bolard

Donata Grasso

Thierry Hoscheit

Séverine Menestrey

Armelle Waisse

Éditeur responsable:

Marc-Olivier Lifrange

Éditeur:

Legitech Sàrl

R.C.S. Luxembourg:

B 113932

Gérants:

Nicolas Buck

Marc-Olivier Lifrange

SIÈGE SOCIAL:

10A, Z.A.I. Bourmicht | L-8070 Bertrange

TVA LU 21011575

T +352 26 31 64-1

F +352 26 31 64-9

[www.legitech.lu](http://www.legitech.lu)

—  
Abréviation recommandée: RdP(s)

La revue est aussi disponible sur la base de données LexNow: [www.lexnow.lu](http://www.lexnow.lu)

Prix abonnement papier 2021 :

152,43 euros HTVA et frais de port inclus.

Prix abonnement DUO 2021:

229,13 euros HTVA et frais de port inclus pour deux exemplaires dont un livré à son adresse professionnelle et l'autre à son domicile

Prix abonnement numérique 2021:

130,10 euros HTVA sous condition préalable d'être abonné à un des domaines de LexNow.

Pour vous abonner: [www.legitech.lu](http://www.legitech.lu)

Souscription à l'abonnement possible à tout moment.

Le prix indiqué HTVA comprend les frais de port pour tous les pays de la zone EURO. L'abonnement couvre 4 numéros. Il est renouvelé automatiquement sauf résiliation expresse 1 mois avant l'échéance.

ISSN: 2716-7534

Maquette: lola strategy&design

Mise en page: Kosmo et NordCompo

Imprimeur: Weprint

—  
Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation par tous procédés, réservés pour tous pays. Il est strictement défendu de reproduire partiellement ou totalement, la présente publication sous quelque forme et sur quelque support que ce soit, sauf autorisation écrite et expresse de l'éditeur.

Disclaimer:

Conformément à l'article 66 de la loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, il est porté à la connaissance du lecteur que la société éditrice de la revue est détenue directement par la société à responsabilité limitée IVB, dont la participation excède 25% et contrôlée par M. Nicolas Buck, entrepreneur demeurant à Luxembourg.

# Éditorial

La ligne éditoriale que s'est fixée le comité scientifique de la Revue des Procédures consiste à alterner chaque année un numéro thématique et un numéro ouvert, traitant d'autres sujets, y compris l'actualité jurisprudentielle. Les auteurs qui le souhaitent seront donc toujours les bienvenus à soumettre, aux fins de publication, un article qu'ils auraient rédigé, alors même qu'il ne se rapporte pas au thème annuel.

Après un premier numéro consacré à la recevabilité de l'action, ce second numéro – qui s'avérera à l'automne être le deuxième – est donc le premier numéro ouvert. Chaque numéro ouvert comprendra, d'une part, un ou plusieurs articles de doctrine ou commentaires de jurisprudence substantiels, en fonction des arrivages ; et, d'autre part, un panorama de jurisprudence faisant l'objet d'observations plus succinctes. Les auteurs pourront donc également adresser à notre comité une ordonnance, un jugement ou un arrêt dont ils auraient connaissance et qu'ils souhaiteraient, le cas échéant, annoter, en vue de sa diffusion dans le numéro ouvert.

\*  
\* \*

En l'occurrence, la partie générale du numéro s'ouvre par le commentaire comparé de trois arrêts rendus le 8 décembre 2016 par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg et les 7 septembre 2017 et 28 mars 2018 par la Cour de cassation française, qui font tous application de l'adage *Negativa non sunt probanda*. Maître Vincent BOLARD s'appuie sur cet alignement d'étoiles jurisprudentiel pour montrer que ce vieil adage exprime en réalité le droit commun de la charge de la preuve en matière civile tel qu'il découle de l'article 1315 du Code civil luxembourgeois et de l'article 1353 du Code civil français. Surtout, il se fonde sur le plus récent de ces arrêts, pour montrer que l'adage est une conséquence naturelle du principe de la contradiction.

Maître Florent KIRMANN poursuit en commentant un arrêt de la Cour d'appel du 15 janvier 2020 qui s'est prononcée sur la question de la prescription applicable à

l'infraction pénale d'abus de biens sociaux, en considérant que cette infraction est clandestine par nature et, à l'instar des juridictions françaises, en déduisant de son caractère occulte un report du point de départ du délai de prescription au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Suivent ensuite deux contributions exceptionnelles, que nous republions<sup>1</sup> avec l'aimable autorisation du Professeur Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, et qui doivent être lues ensemble. Elles consistent en la retranscription d'une conférence donnée à Cagliari en juin 2018 par Monsieur le Juge Etienne RIGAL à propos de son rôle dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt *Cofidis*<sup>2</sup> de la Cour de Justice de l'Union européenne, précédée par une introduction du Professeur Elise POILLOT.

Le Professeur Elise POILLOT restitue le contexte juridique dans lequel la Cour de Justice de l'Union européenne fut amenée à se prononcer sur le pouvoir du juge national de relever d'office, en application de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1999, le caractère abusif de certaines clauses dans les contrats de consommation, alors que la Cour de cassation française imposait un délai de forclusion de deux ans à partir de la conclusion du crédit à la consommation pour soulever un tel moyen. Les réponses qui furent données par la cour ouvrirent la voie à toute une série de décisions renforçant les droits procéduraux du consommateur, en imposant aux juridictions nationales d'examiner d'office si le créancier s'était conformé à son obligation précontractuelle d'évaluer la solvabilité du consommateur.

Le Juge Etienne RIGAL, qui est à l'origine de la saisine de la Cour de Justice de l'Union européenne, relate non seulement toute la stratégie que peut mettre en œuvre le juge, siégeant comme juge unique, pour parvenir à poser une question préjudicielle, mais les émotions qui l'ont personnellement animé lors de ce processus. Il décline à cette occasion sa propre conception du rôle du juge, soucieux d'exercer pleinement son métier, consistant à trancher des litiges en interprétant le droit et, à cette occasion, dési-

1. La contribution du Professeur Elise POILLOT et celle du Juge Etienne RIGAL ont déjà fait l'objet d'une publication dans l'ouvrage « *National judges and the case-law of the Court of Justice of the European Union* », dir. Anna Maria Mancaloni & Elise Poillot, ROMATRE-PRESS, 2021. <http://romatrepress.uniroma3.it/libro/national-judges-and-the-case-law-of-the-court-of-justice-of-the-european-union/>.

2. CJCE, 21 novembre 2002, arrêt *Cofidis SA c/ Jean-Louis Fredout*, C-473.



reux de faire prévaloir l'intention du législateur communautaire sur une lecture par trop littérale des dispositions de droit français, censées en assurer la transposition.

\*  
\* \*

Vient ensuite le panorama de jurisprudence, qui est présenté suivant un plan reprenant les trois grandes théories de l'action, de l'instance et de la juridiction, qui structurent le droit processuel.

Le bal est ouvert par une première série de décisions se rattachant toutes à la **théorie de l'action** en ce qu'elles abordent, sous différents angles, la question du droit (ou du pouvoir) de s'adresser au juge pour faire valoir une prétention et d'obtenir de sa part un jugement sur le fond de celle-ci : autrement dit, elles se rapportent soit à des questions de recevabilité au sens strict (*i.e.* à l'existence même du droit d'être entendu sur le fond), soit à des questions liées à la régularité procédurale des actes juridiques (demandes ou moyens) par lesquels les plaideurs exercent leur droit d'agir.

Le Président Thierry HOSCHEIT entame cette trilogie par la problématique du droit à un recours effectif consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, à travers deux arrêts intervenus en matière d'entraide administrative dans le domaine fiscal, l'un rendu le 6 octobre 2020 par la Cour de Justice de l'Union européenne, l'autre prononcé le 19 mars 2021 par la Cour constitutionnelle.

Puis Maître Marc THEWES formule ses observations sur un arrêt de la Cour administrative du 14 janvier 2021 qui se prononce sur les conditions de recevabilité du recours contre les actes administratifs à caractère réglementaire et qui atténue considérablement l'exigence jurisprudentielle selon laquelle l'auteur du recours devait démontrer un « intérêt personnel, direct, actuel et certain », en admettant désormais, pour les besoins de l'effectivité du recours, qu'un intérêt virtuel suffit pour former un recours.

En commentant un jugement rendu le 9 juin 2020 par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Maître Donata GRASSO poursuit la problématique de l'action sous l'angle de la signification des actes introductifs d'instance et de l'applicabilité à la Commission européenne, comme défenderesse à l'action, du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil. Le jugement a considéré qu'une transmission de l'acte par voie diplomatique n'était pas régulière et a annulé la procédure à l'encontre de la Commission européenne en se fondant sur le régime des nullités de fond.

Le Professeur Séverine MENÉTREY prend ensuite la plume pour annoter un jugement du 11 janvier 2021 rendu par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui statue sur la cause de la demande et se prononce sur la question de l'inclusion de frais d'expertise extrajudiciaire dans l'évaluation de la demande pour déterminer la compétence *ratione valoris* du tribunal saisi.

La théorie de l'action est ensuite déclinée par Maître Armel WAISSE qui commente un arrêt rendu par la Cour d'appel de Luxembourg le 10 février 2021 qui a confirmé que rien ne s'opposait à la coexistence de la compétence du juge des référés et d'une clause compromissoire mais qui, à l'instar de la jurisprudence française, a conditionné la compétence du juge des référés en matière de référés-provision à une condition d'urgence.

Le Président Thierry HOSCHEIT aborde enfin la question de la compétence internationale de la juridiction saisie en annotant un arrêt du 18 novembre 2020 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne qui devait connaître d'une question préjudicielle portant sur la question de savoir si une clause attributive de juridiction conclue entre une compagnie aérienne et un passager aérien peut trouver à s'appliquer aux relations entre la compagnie aérienne et une société de recouvrement qui par cession de créance, a acquis les droits du passager aérien.

Les décisions suivantes relèvent, quant à elles, de la **théorie de l'instance**. Le lien d'instance étant défini comme un réseau de droit et d'obligations procédurales (qui se superpose au réseau de droits et d'obligations substantiels gouvernant le fond du litige), la théorie de l'instance vise à appréhender de façon systématique tout au long du procès ces droits et obligations des parties et du juge lui-même, depuis sa saisine jusqu'à l'exercice des voies de recours, en passant par l'instruction de l'affaire. Les principes directeurs du procès s'y déclinent avec une intensité particulière.

C'est notamment le cas du principe de la contradiction dont nous verrons, à travers plusieurs décisions, annotées par les soins du soussigné, rendues par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 24 juin 2020, par la Cour d'appel de Luxembourg les 14 février 2019 et 23 octobre 2019 et par la Cour de cassation française le 22 octobre 2020, qu'il implique que chaque partie ait été en mesure de discuter, sous le contrôle du juge, l'énoncé des faits, les prétentions et les moyens juridiques opposés par son adversaire.

Suit une ordonnance du conseiller de la mise en état rendue le 22 novembre 2019 sur le fondement de l'article 210 du Nouveau Code de Procédure civile et qui permet à ce magistrat sous le contrôle duquel l'affaire est instruite en appel, de constater l'extinction de l'instance au-delà des seules hypothèses ne donnant pas lieu à contestation.

Après cette ordonnance et son commentaire qui clôturent le volet concernant la théorie de l'instance s'ouvre celui

relatif à la **théorie de la juridiction**, qui recouvre notamment les questions liées à l'autorité des jugements, à leur motivation et à leur exécution.

Le Professeur Séverine MENÉTREY commente ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 29 avril 2020 lié à l'autorité de chose jugée qui peut faire obstacle à une demande nouvelle dès lors que sont réunis les critères cumulatifs d'identité des parties, d'objet et de cause entre cette demande et le jugement déjà prononcé. Or, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, une interprétation extensive de la notion d'objet de la demande conduit à considérer comme identiques des demandes ne reposant pas sur le même fondement juridique mais qui découleraient du même acte juridique.

Enfin, Maître Donata GRASSO commente un dernier arrêt rendu en date du 26 mai 2020 par la Cour d'appel

de Luxembourg qui se prononce sur la date de signification à prendre en considération en application du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil lorsqu'un jugement a fait l'objet de deux significations différentes selon deux modes prévus par ledit règlement. La cour s'est bornée à vérifier la régularité de la première signification et en a déduit que l'appelant était forclos.

C'est avec cette dernière décision que s'achève ce numéro, dont nous vous souhaitons une bonne lecture.

**Guy PERROT**  
*Rédacteur en chef*

# Analyses doctrinales

## NEGATIVA NON SUNT PROBANDA : DE LA CHARGE DE LA PREUVE AU PRINCIPE DE LA CONTRADICTION

CASS. FR., COM., 28 mars 2018

CASS. FR., CIV. 3<sup>ème</sup>, 7 sept. 2017

CASS. LUX., 8 déc. 2016

L'adage *Negativa non sunt probanda*, qu'appliquent les 3 arrêts commentés, exprime le seul sens possible de l'art. 1315 C. civ. (1353 nouveau C. civ. Fr.), et donc le droit commun de la charge de la preuve en matière civile. Comme le confirme l'arrêt N° 1 du 28 mars 2018, la règle découle du principe de la contradiction : l'imputation à un plaideur de la preuve quasi impossible d'un fait négatif paralyse le débat.

Les dérogations à la règle supposent donc un fondement rationnel distinct de l'article 1315 et des aménagements

permettant de sauvegarder l'effectivité de la contradiction. Ainsi, en matière pénale, c'est la présomption d'innocence qui justifie l'exclusion de la règle ; et, pour éviter que l'imputation à l'accusation de la charge de prouver le fait négatif n'anéantisse la contradiction, le prévenu se voit imputer la charge d'alléguer le fait positif inverse, en dérogation à son droit au silence. En matière civile, d'autres présomptions légales justifient des exceptions à la règle ; et la jurisprudence préserve l'effectivité de la contradiction par un allègement de la charge de la preuve.

### ARRÊT N° 1 : CASS., FR., COM., 28 MARS 2018, 17-10600, B N° 38, D. 2018 IR 717, D. 2019, PAN 161, COMMENTAIRE AUGUSTIN AYNES

**Principes directeurs du procès – Matière civile. Charge de la preuve – *Negativa non sunt probanda*. Faits négatifs – Preuve impossible. Article 1315 C. civ. (1353 C. civ. Fr.) – Principe de la contradiction. Art. 65 NCPC Lux – (16 CPC Fr.) Procès équitable. Art. 6 CEDH**

*Viole les articles L. 624-1, alinéa 1, R. 624-1, alinéa 1, et R. 624-3 du code de commerce, ensemble l'article 1315, devenu 1353, du Code civil et l'article 16 du code de procédure civile, la Cour d'appel qui exige du débiteur la preuve de son défaut de convocation par le liquidateur pour la vérification des créances, preuve négative, impossible à rapporter.*

**LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :**

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 624-1, alinéa 1, R. 624-1, alinéa 1, et R. 624-3 du code de commerce, ensemble l'article 1315, devenu 1353, du Code civil et l'article 16 du code de procédure civile ;

Attendu que le débiteur, qui n'a pas été mis en mesure de participer à la vérification des créances, peut faire appel

de l'état des créances comportant les décisions d'admission ou de rejet du juge-commissaire, dans le délai de dix jours à compter de la publication au BODACC de l'insertion indiquant que l'état des créances est constitué et déposé au greffe ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur déféré, que M. A... a été successivement mis en redressement puis liquidation judiciaires par des jugements des 29 septembre et 9 décembre 2010 ; que par une ordonnance du 5 août 2011, le juge-commissaire a apposé sa signature sur la liste des créances comportant les propositions d'admis-

sion du liquidateur ; que par déclaration du 24 septembre 2014, M. A... a fait appel de l'état des créances en soutenant qu'il n'avait pas été convoqué par le liquidateur pour participer à la vérification des créances ;

Attendu que pour déclarer cet appel irrecevable, l'arrêt retient qu'il incombe au débiteur d'établir qu'il n'a pas été mis en mesure de participer à la vérification des créances et que les pièces qu'il produit ne sont pas de nature à démontrer une telle irrégularité ;

Qu'en statuant ainsi, en exigeant du débiteur la preuve de son défaut de convocation par le liquidateur pour la vérification des créances, preuve négative, impossible à rapporter, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

#### PAR CES MOTIFS

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il confirme l'ordonnance déférée et condamne M. A... aux dépens, l'arrêt rendu le 20 octobre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon (...)

#### ÉNONCÉ DU MOYEN DE CASSATION :

(..) Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré M. A... irrecevable en son appel ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE M. A... admet que l'appel qu'il a interjeté n'est recevable que s'il est établi qu'il n'a pas été mis en mesure de participer à la vérification des créances comme le prévoit l'article L624-1 du code de commerce, qu'il soutient qu'il n'a jamais été convoqué pour participer à cette vérification ; cependant les pièces qu'il produit ne sont pas de nature à démontrer que la procédure de vérification des créances n'a pas été régulière à son égard ; que les décisions produites, l'état des créances, les courriers adressés au CNBF et à ces créanciers, un arrêté du conseil de l'ordre n'apportent aucune preuve de l'irrégularité invoquée ; dès lors qu'il n'établit

aucune violation de l'article L 624-1 du code de commerce, du droit à un procès équitable et des droits de la défense, son appel sera déclaré irrecevable ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE Simon A... ne verse aux débats aucune pièce de nature à établir qu'il ait connu une quelconque difficulté dans le cadre de la procédure de vérification des créances inhérentes à l'ouverture de sa procédure collective ; Que ses pièces ne sont constituées que des décisions ayant statué primordialement sur son redressement judiciaire et sa liquidation judiciaire à l'exception d'un bordereau de situation du 5 octobre 2009 ; son historique des différentes décisions rendues à l'occasion de sa procédure collective n'est en rien de nature à établir qu'il ait connu des difficultés pour participer à la procédure de vérification des créances ; le texte européen qu'il invoque nécessite sans équivoque qu'il caractérise l'atteinte qu'il aurait subie, alors qu'il vient d'être retenu une carence probatoire totale ; il convient en conséquence de déclarer Simon A... irrecevable en son appel ; en cet état la question du caractère éventuellement non avvenu de l'ordonnance entreprise, relevant d'ailleurs des seuls pouvoirs juridictionnels de la cour dans sa composition de jugement, ne peut ici être examinée ;

ALORS QUE la carence du mandataire judiciaire à appeler le débiteur à participer à la procédure de vérification des créances rend l'ordonnance d'admission des créances inopposable à celui-ci ; que cette ordonnance peut en outre être contestée par le débiteur sans condition de délai dès lors qu'elle ne lui a pas été régulièrement notifiée ; qu'en reprochant à M. A..., qui soutenait n'avoir ni été convoqué à la procédure de vérification des créances, ni reçu notification de l'ordonnance d'admission des créances, de ne pas prouver ces faits, la cour d'appel a mis à sa charge une preuve négative impossible à apporter et l'a privé de toute possibilité de contester une décision rendue à son insu et concernant directement ses droits et obligations ; qu'elle a ainsi violé les articles 16 du code de procédure civile et 6 de la convention européenne des droits de l'homme.

### ARRÊT N° 2 : CASS., FR., CIV. 3<sup>ème</sup>, 7 SEPTEMBRE 2017, 15-2529 (1<sup>er</sup> MOY), INÉDIT :

**Principes directeurs du procès – Matière civile – Charge de la preuve – *Negativa non sunt probanda* – Faits négatifs – Preuve impossible – Article 1315 C. civ. (1353 C. civ. Fr.)**

*Viole l'article 1315, devenu 1353, du Code civil, en inversant la charge de la preuve, la Cour d'appel qui, pour condamner un locataire au paiement de loyers et indemnités d'occupation retient que le bailleur a changé les serrures de la porte d'entrée et que le locataire ne rapporte pas la preuve de ce que le bailleur a refusé de lui donner la nouvelle clé, alors qu'il incombait au bailleur de prouver qu'il avait remis la clé de l'entrée de l'immeuble au locataire lui permettant d'accéder aux lieux loués.*

**LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :**

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1315, devenu 1353, du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Fort-de-France, 16 juin 2015), que, le 8 septembre 2008, M. X..., propriétaire d'un local commercial, a donné congé à Mme Y..., locataire, sans offre de renouvellement ; qu'une ordonnance de référé du 19 juin 2009 a désigné un expert aux fins d'évaluer les indemnités d'éviction et d'occupation ; que, le 31 mars 2011, la locataire a assigné le bailleur en contre-expertise et, à titre subsidiaire, en fixation de l'indemnité d'éviction et indemnisation de son préjudice ; qu'à titre reconventionnel, M. X...a demandé la condamnation de celle-ci au paiement des loyers échus au 1<sup>er</sup> juin 2013 et indemnités d'occupation jusqu'à la date de la remise des clés du local, ainsi que de dommages-intérêts pour résistance abusive ;

Attendu que, pour condamner Mme Y...au paiement des loyers et indemnités d'occupation dus jusqu'au 29 novembre 2013, l'arrêt retient qu'il est établi que Mme Y...occupait les locaux mais n'y exerçait plus son activité depuis le début de l'année 2011, que M. X...a changé les serrures de la porte d'entrée de l'immeuble en février 2011 et que Mme Y...ne rapporte pas la preuve de ce que le bailleur a refusé de lui donner la nouvelle clé ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il incombait au bailleur de prouver qu'il avait remis la clé de l'entrée de l'immeuble à la locataire lui permettant d'accéder aux lieux loués, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé le texte susvisé ;

Et sur le second moyen : (non reproduit)

**PAR CES MOTIFS**

CASSE ET ANNULE, (...)

**ÉNONCÉ DU PREMIER MOYEN DE CASSATION :**

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme Jacqueline Y...de ses demandes tendant à voir constater que

les loyers étaient indus à compter du mois de février 2011 et à voir condamner M. Shafik X... à lui payer la somme de 30. 000 € à titre de dommages et intérêts et d'avoir condamné Mme Y...à payer à M. X...la somme de 14. 015, 53 € en paiement des loyers échus au 1<sup>er</sup> juin 2013, outre une indemnité d'occupation de 500 € mensuels de juillet 2013 à novembre 2013 inclus ;

AUX MOTIFS QUE, sur les loyers, l'appelante allègue que ces loyers seraient dépourvus de cause puisqu'elle n'aurait pas eu accès aux locaux qu'elle occupait en raison du changement de serrure par le propriétaire ; que cependant, Mme Y...s'est vu délivrer un congé sans offre de renouvellement le 8 septembre 2008 et qu'elle n'a restitué les clés à M. X...que le 29 novembre 2013 ; qu'il est démontré qu'elle occupait encore les lieux, ses meubles se trouvant encore sur place mais qu'elle n'y ouvrait plus son salon de coiffure depuis le début de l'année 2011 ; que Mme Y...n'apporte pas la preuve de ce qu'elle ne pouvait accéder au local ; qu'en effet, s'il est effectif que le propriétaire a fait changer la serrure de la porte d'entrée de l'immeuble en février 2011 et que d'autres locataires ont reçu la nouvelle clé, il n'est pas justifié que M. X...a refusé de la donner à Mme Y...; qu'ainsi, Mme Y...est redevable des loyers échus au 1<sup>er</sup> juin 2013, outre l'indemnité d'occupation telle que fixée par le premier juge jusqu'au mois de novembre 2013 inclus ;

ET AUX MOTIFS QUE, sur la violation de l'obligation de jouissance paisible, il ressort du développement précédent qu'elle n'est pas établie ; que la demande de Mme Y... doit être rejetée ;

ALORS QUE le juge ne peut exiger la preuve impossible d'un fait négatif ; qu'en retenant en l'espèce que M. X... avait fait changer la serrure de la porte d'entrée de l'immeuble en février 2011 mais que Mme Y...ne rapportait pas la preuve de ce que M. X...avait refusé de lui donner les clés, de sorte que les loyers et indemnités d'occupation étaient dus jusqu'au mois de novembre 2013 (arrêt attaqué, p. 3, alinéas 3 et 4), cependant qu'il incombait à M. X...de démontrer qu'il avait remis les nouvelles clés à Mme Y..., lui permettant ainsi d'accéder au local donné à bail, et non à celle-ci de prouver qu'elle n'avait pas reçu ces clés, ce qui constituait une preuve négative impossible à rapporter, la cour d'appel a violé l'article 1315 du Code civil.



## ARRÊT N° 3 : CASS., LUX., 8 DÉC. 2016, N° 95/16

**Principes directeurs du procès – Matière civile – Charge de la preuve – *Negativa non sunt probanda* – Faits négatifs – Preuve impossible – Article 1315 C. civ. (1353 C. civ. Fr.) – Procès équitable – Art. 6 Convention EDH**

*Viole l'article 1315 du Code civil en inversant la charge de la preuve, la Cour d'appel qui décide qu'il appartient à une agence immobilière de prouver que les conditions d'application de la clause pénale stipulée dans un compromis de vente sont réunies, à savoir que l'acquéreur d'un immeuble n'a pas fait les diligences nécessaires pour l'obtention d'un financement, alors qu'il incombe à l'acquéreur d'établir qu'il s'est libéré de cette obligation.*

### LA COUR DE CASSATION : (...)

#### SUR LES FAITS :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré fondée, en application d'une clause pénale, la demande de la demanderesse en cassation, en sa qualité d'agence immobilière, en paiement d'une indemnité pour résiliation fautive par l'acquéreuse, à savoir l'actuelle défenderesse en cassation, d'un compromis de vente portant sur un appartement ; que la Cour d'appel, réformant, a dit la demande non fondée ;

#### SUR L'UNIQUE MOYEN DE CASSATION :

tiré « de la violation des articles 1315 du Code civil et 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sinon encore fausse interprétation desdits articles.

La partie requérante fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir retenu que :

« C'est à juste titre que les juges de première instance ont retenu que dans la mesure où la société SOC1) réclame l'application de cette clause pénale, il lui incombe d'établir que toutes les conditions nécessaires en vue de son application sont réunies.

La société SOC1) allègue en l'espèce que la vente a échoué par la faute de l'acquéreuse. Celle-ci n'aurait fait aucune démarche pour obtenir, endéans le délai convenu, le financement nécessaire à l'acquisition de l'appartement et la convention serait ainsi, conformément aux termes de l'article 2, alinéa 3, du compromis de vente, réputée résiliée à ses torts,

L'article 2, alinéa 3 du compromis de vente stipule « si l'acquéreur n'a pas fait les démarches nécessaires auprès de

son organisme financier en temps opportun (huit jours ouvrables à partir de la signature de la date du compromis) en vue de l'obtention du financement et qu'il s'avère qu'il n'obtient pas ce financement, la convention sera réputée résiliée à ses torts, (...) »

Il se dégage de la lecture de cet article que la convention n'est réputée résiliée unilatéralement aux torts de l'acquéreur qu'à la condition qu'il soit avéré qu'il n'a pas obtenu un financement parce qu'il n'a pas fait les diligences nécessaires en temps opportun.

Il incombe ainsi à celui qui se prévaut de cette clause, soit en l'espèce et compte tenu du fait que le vendeur n'est pas partie au litige, à la société SOC1), d'établir le manquement allégué et il n'incombe pas, tel que le soutient l'intimée et tel qu'il a été retenu par le jugement déféré, à l'acquéreuse de prouver la réalité de ses démarches.

Force est de constater qu'en l'espèce, la société SOC1) reste en défaut de rapporter la preuve de ce que l'acquéreuse n'a pas obtenu le financement parce qu'elle n'a pas fait les démarches nécessaires auprès de l'organisme financier en temps opportun. Elle ne verse en effet la moindre pièce ou attestation testimoniale à ce sujet et elle ne fait état d'aucune autre faute imputable à l'acquéreuse, d'où il suit qu'il se déduit qu'elle n'a pas établi que la convention a été résiliée aux torts de l'acquéreuse.

Il s'ensuit que la demande en paiement de dommages et intérêts fondée sur l'article 8 du compromis de vente doit être rejetée.

La décision entreprise est à reformer en ce sens >>.

Or, en retenant que :

« La société SOC1) reste en défaut de rapporter la preuve de ce que l'acquéreuse n'a pas obtenu le finance-

ment parce qu'elle n'a pas fait les démarches nécessaires auprès de l'organisme financier en temps opportun. Elle ne verse en effet la moindre pièce ou attestation testimoniale à ce sujet et elle ne fait état d'aucune autre faute imputable à l'acquéreuse, d'où il suit qu'il se déduit qu'elle n'a pas établi que la convention a été résiliée aux torts de l'acquéreuse. »,

la Cour d'appel a fait une fausse application, sinon encore fausse interprétation de l'article 1315 du Code civil, alors qu'en jugeant comme elle l'a fait, elle fait peser sur la société SOC1) une preuve impossible à rapporter en renversant la charge de la preuve, que la Cour d'appel a demandé de rapporter la preuve impossible à établir d'un fait négatif (absence de démarches), rompant ainsi l'égalité des armes entre les parties en violation de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ;

## Commentaire

### 1. Origines et prégnance de l'adage *Negativa non sunt probanda*. –

L'adage *Negativa non sunt probanda*, que déclinent les 3 arrêts reproduits ci-dessus, traduit l'idée suivant laquelle un plaideur ne peut se voir imputer la preuve d'un fait négatif. La règle est très ancienne, dont les origines remontent au moins aux juristes romains et au Digeste<sup>1</sup>. MOTULSKY suggère même que l'adage était « enraciné depuis le droit romain »<sup>2</sup>. Mais, MOTULSKY récuse l'adage (dans lequel il voit un « préjugé »<sup>3</sup>) ; et sa portée semble aujourd'hui incertaine<sup>4</sup>. Sauf l'autorité du maître, nous pensons que c'est pour une fois sous-estimer la valeur d'une règle essentielle,

### Vu l'article 1315 du Code civil ;

Attendu qu'en se déterminant par les motifs repris au moyen et en décidant qu'il appartenait à la partie demanderesse en cassation de prouver que les conditions d'application de la clause pénale étaient réunies, à savoir que l'acquéreuse n'avait pas fait les diligences nécessaires pour l'obtention d'un financement, alors qu'il incombait à l'acquéreuse d'établir qu'elle s'était libérée de cette obligation, les juges d'appel ont inversé la charge de la preuve et ainsi violé la disposition visée au moyen ;

Qu'il en suit que l'arrêt encourt la cassation ;

PAR CES MOTIFS, casse et annule l'arrêt rendu le 23 décembre 2015 par la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, sous le numéro 42534 du rôle (...)

dont le fondement est bien plus solide qu'il n'y paraît. Les 3 arrêts commentés prouvent en tous cas qu'elle demeure prégnante<sup>5</sup>. Suivant notre hypothèse, *Negativa non sunt probanda* correspond en réalité à une règle instinctive, dont les applications sont innombrables, mais qui, faute de conceptualisation suffisante, se trouve souvent reléguée dans les sphères de l'implicite, ou de l'inconscient.

Pourtant, en droit européen, la CJUE en a fait une application explicite – quoiqu'incidente – dans l'arrêt de Grande chambre dit « *Kadi II* » du 19 juillet 2013<sup>6</sup>. De même, si la position de la CEDH semble nuancée<sup>7</sup>, elle s'est fondée explicitement sur la difficulté, sinon l'impossibilité, de prouver les faits négatifs,

1. V. not. Digeste 22,3, 2 (qui se réfère à *Paulus lib. 69 ad Edictum*) : « *Ei incumbit probatio, qui dicit ; non qui negat* » (« C'est à celui qui affirme de prouver, et non à celui qui nie ») – in *Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, trad. HULOT, BERTHELOT, TISSOT & BERENGER, éd. Metz, 1803, t. III, p. 248 s. – disponible en ligne : [http://www.histoireudroit.fr/corpus\\_juris\\_civilis.html](http://www.histoireudroit.fr/corpus_juris_civilis.html).

2. V. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, n° 126, pp. 140 in fine-141 : « (...) la science juridique a fini par se débarrasser du préjugé, enraciné depuis le Droit romain, qui voudrait voir la charge de preuve céder devant le caractère négatif de la circonstance à prouver (...) ».

3. V. la citation en note précédente et MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, n° 126, pp. 140 in fine-141, v. ég. en note 17.

4. V., avant l'arrêt de Cour de cassation France, Com., 28 mars 2018, 17-10600, B n° 38, la position nuancée d'A. AYNES & X. VUITTON, *Droit de la preuve, Principes et mise en œuvre processuelle*, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 62 et s (mais voir le commentaire de cet arrêt par A. AYNES in D. 2019, Pan 161). Certains doutent même de la positivité de la règle : V. not. O. POELMANS qui écrit : « La partie qui a la charge de la preuve en vertu de l'art. 1315 du Code civil doit également apporter la preuve des faits négatifs dont elle se prévaut » – O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg, Principes généraux et examen de jurisprudence*, n° 392 – Mais l'auteur se réfère sans doute à la jurisprudence belge, qui semble très peu favorable à la règle.

5. Comp. A. AYNES qui écrit que « *L'idée que la preuve d'un fait négatif serait une probatio diabolica, impossible à rapporter, est assez répandue* » – in D. 2019, Pan 161

6. V. CJUE, Grande Chambre, Commission et autres c. Kadi, 19 juillet 2013, affaires jointes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, para 121 : « C'est, en effet, à l'autorité compétente de l'Union qu'il appartient, en cas de contestation, d'établir le bien-fondé des motifs retenus à l'encontre de la personne concernée, et non à cette dernière d'apporter la preuve négative de l'absence de bien-fondé desdits motifs. »

7. Il est significatif tant de la prégnance de la règle et des hésitations dont elle fait l'objet que certains juges européens l'évoquent comme une évidence dans des opinions dissidentes : v. CEDH, 28 août 2012, VUČKOVIĆ ET AUTRES c. SERBIE, Requête no 17153/11 et 29 autres, OPINION EN PARTIE CONCORDANTE ET EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE SAJÓ : « Il est dit dans le présent arrêt qu'il incombe au gouvernement excipant du non-éprouvement de convaincre la Cour que le recours qui aurait dû selon lui être exercé était effectif au moment considéré. Cette position ne tient pas compte du fait que l'arrêt Vinčić a renversé cette charge de la preuve. De plus, on ne peut pas prouver un fait négatif. » ; v. ég. CEDH 26 janvier 1993, W. c. SUISSE, Req. n° 14379/88, OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE PETTITI : « La Cour, en plénière ou en chambre, avait toujours adopté une ligne de contrôle strict au titre de l'article 5 (art. 5), tendant à circonscrire la durée de la détention provisoire. Dans le cas présent, c'est le raisonnement du Tribunal fédéral suisse qui a prévalu. A mon sens, le Tribunal fédéral a adopté, à tort, un critère d'appréciation sur le danger de fuite qui ajoute au texte de l'article 5 (art. 5). On ne peut en effet renverser la charge de la preuve et exiger du détenu qu'il prouve qu'il ne prendra pas la fuite, preuve négative quasi impossible à rapporter. »

dans l'arrêt Pescador Valero c. Espagne du 17 juin 2003 (24 sept 2003)<sup>8</sup> ; ou encore dans l'arrêt Meggi Cala c. Portugal du 2 février 2016<sup>9</sup>. Enfin, nous redirons que les références explicites à la règle sont également assez fréquentes dans la jurisprudence française et luxembourgeoise (*infra* n° 9).

## 2. L'application de *Negativa non sunt probanda* au titre de l'art. 1315 C. civ. –

Quant aux trois arrêts commentés, ils ont en commun de casser des décisions en appliquant *Negativa non sunt probanda* sous le visa de l'art. 1315 C. civ. (devenu 1353 en France), au titre d'un renversement de la charge de la preuve. Si les deux premiers de ces arrêts conservent une part d'implicite à cet égard, le plus récent est, quant à lui, aussi explicite que possible.

Suivant l'ordre chronologique, le premier est l'arrêt rendu par la Cour de cassation luxembourgeoise le 8 décembre 2016 (arrêt N° 3). Était en cause une clause pénale, stipulée au bénéfice d'une agence immobilière dans un compromis de vente, et dont l'application supposait que l'acquéreur n'ait pas fait les diligences nécessaires pour l'obtention d'un financement. Le pourvoi était très explicite : il reprochait aux juges d'appel d'avoir requis de l'agence immobilière la « *preuve impossible à établir d'un fait négatif (absence de démarches)* ». La Cour suprême casse pour violation de l'art. 1315.

Le pourvoi à l'origine de l'arrêt rendu le 7 septembre 2017 par la Cour de cassation française (arrêt N° 2) n'était pas moins clair. Les juges d'appel avaient condamné une locataire au paiement de loyers et indemnités en retenant que le bailleur avait changé les serrures ; et qu'elle ne rapportait pas la preuve qu'il avait refusé de lui donner la nouvelle clé. En cassation, la locataire se plaignait de s'être vu imputer la charge de prouver qu'elle « *n'avait pas reçu ces clés, ce qui constituait une preuve négative impossible à rapporter* ». Là encore, l'arrêt est cassé sous l'art. 1315.

Quant à l'arrêt le plus récent du 28 mars 2018 (arrêt N° 1), rendu en matière de liquidation judiciaire, il se rapportait au droit du débiteur de faire appel de l'état des créances. L'appel d'un débiteur avait été déclaré irrecevable, faute pour lui d'avoir prouvé qu'il n'avait pas été convoqué à la vérification des créances. Cette fois, ce n'est pas seulement le pourvoi qui est explicite : la Cour de cassation elle-même conclut qu'en « *exigeant du débiteur la preuve de son défaut de*

*convocation par le liquidateur pour la vérification des créances, preuve négative, impossible à rapporter* », la cour d'appel a violé – entre autres – l'article 1315, devenu 1353, C. civ. Fr. Comme le souligne le Prof. Augustin Aynès, l'arrêt fonde « *directement et explicitement l'attribution de la charge de la preuve à l'un des colitigants sur le fait qu'à défaut, cela conduirait à exiger de l'autre la preuve d'un fait négatif, impossible à rapporter* »<sup>10</sup>. L'art. 1315 est d'ailleurs visé au soutien de la cassation alors que le pourvoi ne l'avait pas formellement cité, le renversement de la charge de la preuve n'ayant été évoqué qu'en incidente. C'est d'ailleurs pourquoi, à bien considérer le détail du pourvoi et des visas, l'intérêt de la décision ne s'arrête pas là.

## 3. L'application de *Negativa non sunt probanda* au titre de l'art. 16 CPC Fr. (art. 65 NCPC Lux) –

L'arrêt N° 1 du 28 mars 2018 exprime aussi et même d'abord un lien entre l'adage *Negativa non sunt probanda* et le principe de la contradiction.

À vrai dire, ce lien était déjà suggéré par le pourvoi ayant conduit à l'arrêt de la Cour de cassation luxembourgeoise du 8 décembre 2016, suivant lequel l'imputation au plaideur de la « *preuve impossible à établir d'un fait négatif* » impliquait, non seulement un renversement de la charge de la preuve, mais une violation de l'art. 6. Convention EDH. Cette référence au procès équitable n'avait rien de déraisonnable au regard de la jurisprudence européenne qui comprend effectivement quelques références à la règle (*supra* n° 1). Mais la Cour suprême s'était contentée du visa de l'art. 1315.

Le pourvoi à l'origine de l'arrêt du 28 mars 2018, quant à lui, mettait l'accent sur le principe de la contradiction : l'imputation au plaideur de la preuve négative de son défaut de convocation impliquait, selon le demandeur en cassation, une violation de l'art. 16 CPC Fr. (v. art. 65 NCPC Lux.) et de l'art. 6 Conv. EDH. Or, si la Cour de cassation française ne reprend pas non plus à son compte la référence au procès équitable, elle n'en conclut pas moins aussi à la violation du principe de la contradiction : elle vise même, à la fois, les textes spéciaux consacrant le droit du débiteur de participer à la vérification des créances (art. L624-1 alinéa 1<sup>er</sup>, R624-1 alinéa 1<sup>er</sup> et R624-3<sup>11</sup> C. com. Fr.) et le texte général des principes directeurs du procès (art. 16 CPC Fr.). Suivant une interprétation

8. CEDH Pescador Valero c. Espagne, 24 sept 2003 (17 juin 2003), *Requête* no 62435/00, para 13 et 26 : « 13. (...) le requérant (...) concluait que l'obligation de prouver le fait négatif qu'il ne connaissait pas J.B.L. auparavant revenait à lui demander une « preuve diabolique ». Le requérant estimait par conséquent que le Tribunal supérieur de justice n'avait pas examiné sa cause équitablement. » La Cour EDH corrobore le raisonnement (v. para 26) : « (...) En outre, on voit difficilement par quels moyens le requérant aurait pu démontrer qu'il ne connaissait pas le juge en question avant le début de la procédure. Comme l'intéressé le souligne, une telle exigence équivaldrait à lui imposer une charge de la preuve excessive. » (violation de l'art. 6 para 1).

9. CEDH 2 février 2016, Meggi Cala c. Portugal, Req no 24086/11, para 47 : « Il est vrai que, d'après l'arrêt de la Cour suprême du 7 décembre 2005, confirmé par son arrêt du 14 janvier 2009 (...), il appartient à l'accusé de se plaindre et de prouver qu'il n'a pas eu connaissance de l'arrêt qu'il souhaite attaquer. Le droit interne fait ainsi peser sur l'accusé la charge de la preuve d'un fait négatif, ce qui aux yeux de la Cour, pourrait se révéler difficile, voire impossible. La Cour ne partage donc pas l'argument du Gouvernement sur ce point. »

10. V. Augustin AYNES, D. 2019, Pan 161, à propos de C. Cass. France, Com., 28 mars 2018, 17-10600.

11. Art. L624-1 alinéa 1<sup>er</sup> C. com. Fr. : « Dans le délai fixé par le tribunal, le mandataire judiciaire établit, après avoir sollicité les observations du débiteur, la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente. Il transmet cette liste au juge-commissaire. » ; Art. R624-1 alinéa 1<sup>er</sup> : « La vérification des créances est faite par le mandataire judiciaire, le débiteur et, le cas échéant, les contrôleurs désignés, présents ou dûment appelés. » ; Art. R624-3 : « Les décisions d'admission sans contestation sont matérialisées par l'apposition de la signature du juge-commissaire sur la liste des créances établie par le mandataire judiciaire. (par) Le greffier avise par lettre simple les créanciers ou leur mandataire de cette admission. Ces avis précisent le montant pour lequel la créance est admise ainsi que les sûretés et privilèges dont elle est assortie et reproduisent les dispositions des articles L. 622-27 et L. 624-3. (par) Le mandataire judiciaire et l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, sont avisés contre récépissé des décisions rendues. »

réductrice de l'arrêt, on pourrait arguer que la violation de la contradiction tenait uniquement à ce que le défaut de convocation avait privé le plaideur de toute faculté de participer au débat : mais, d'une part, ce n'est pas seulement le défaut de convocation qui est en cause, c'est aussi la charge de prouver ce défaut de convocation (les textes sont visés « ensemble » l'art. 16 et l'art. 1315) ; d'autre part, c'est l'art. 16 CPC Fr. qui est visé (l'obligation du juge de respecter la contradiction) et non pas l'art. 14 (le droit d'être entendu ou appelé).

L'idée est donc bien là suivant laquelle l'imputation à un plaideur de la charge de prouver un fait négatif traduit une violation, non seulement de l'art. 1315, mais aussi du principe de la contradiction. La portée de ces solutions est considérable.

#### 4. L'art. 1315. C. civ., ou la consécration par l'exemple de *Negativa non sunt probanda*. –

D'abord, le rattachement de la règle à l'art. 1315 par les 3 arrêts commentés tend à confirmer la thèse que nous proposons<sup>12</sup>, suivant laquelle l'art. 1315. C. civ. n'est rien d'autre qu'une consécration par l'exemple de l'adage *Negativa non sunt probanda*.

Un regard rapide sur l'art. 1315 suffit à confirmer qu'elle est moins audacieuse qu'il n'y paraît et que le texte peut effectivement être lu de cette façon : suivant l'alinéa 1<sup>er</sup> (« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver »), la charge de la preuve porte sur l'existence de l'obligation – et non pas son inexistence – ; suivant l'alinéa 2 (« Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »), il s'agit de prouver le paiement – pas le non-paiement. En bref, l'article 1315 fait reposer sur les parties la charge de prouver des *faits positifs*, et non pas des *faits négatifs*.

Nous tenterons de vérifier que c'est bien le sens véritable de l'article 1315 C. civ., et que *Negativa non sunt probanda* exprime donc le **droit commun de la charge de la preuve en matière civile (I)**. Le rattachement de la règle à l'art. 16 CPC Fr. opéré par l'arrêt du 28 mars 2018 confirme aussi l'analyse, puisqu'il permet de voir dans l'adage une **conséquence du principe de la contradiction (II)**. C'est dire que la règle ne doit pas être sous-estimée.

### I) L'ADAGE *NEGATIVA NON SUNT PROBANDA*, DROIT COMMUN DE LA CHARGE DE LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE. –

5. Suivant la thèse proposée, l'adage *Negativa non sunt probanda* exprime en réalité le seul sens possible de l'article 1315 (IA) ; et nous verrons qu'il se présente bien comme une *règle de principe* (IB) permettant de résoudre la plupart des hypothèses qui se présentent au juge.

#### IA) L'adage *Negativa non sunt probanda*, seul sens possible de l'art. 1315 C. civ. –

#### 6. Précision liminaire sur la dimension méthodologique de la charge de la preuve. –

Pour confirmer que l'adage *Negativa non sunt probanda* traduit le sens véritable de l'article 1315, il faut commencer par une précision liminaire, qui se rapporte à la dimension méthodologique de la charge de la preuve<sup>13</sup>.

Suivant une analyse classique, la charge de la preuve désigne la partie qui perdra le procès **en cas de doute**<sup>14</sup>. La notion est donc attachée à l'exigence du doute (dont l'expression juridique est l'exigence d'impartialité<sup>15</sup>). Or la pratique du doute relève de la méthode (la « *manière de conduire la pensée* », dans le for interne), et non pas de la procédure (la manière de conduire les débats, dans le for externe).

Dans le for externe, la recherche procédurale des preuves est souvent imputée au juge et, en matière civile, elle implique une obligation simultanée de toutes les parties de collaborer à la recherche de la vérité. Par contraste, **la charge de la preuve ne peut être imputée au juge ; et elle ne peut pas reposer sur toutes les parties en même temps**. En effet, il est impossible de soumettre simultanément deux thèses antinomiques à l'épreuve du doute méthodique : ce serait dénaturer la méthode en la réduisant à une option arbitraire entre deux *doutes contradictoires*. Parmi les thèses qui se présentent au juge, il faut donc choisir celle qui servira d'*hypothèse* (*i.e.* celle qu'il devra soumettre à l'épreuve du doute), et celle qui sera présumée (*i.e.* celle qui fera office de vérité si le doute subsiste). Telle est la fonction méthodologique essentielle de la charge de la preuve, qui explique l'universalité du concept.

12. V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, Larcier 2015-3, pp. 69 et s., spéc. n° 36 et s. ; *Preuve et vérité* (version antérieure), Annales du droit lux., 2013, p. 37 s., spéc. n° 35 s. ; *Preuve et vérité au Luxembourg* (version courte), in *La preuve*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome LXIII, 2013, Bruylant, pp. 883 et s., n° 28 et s. ; V. BOLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, thèse Paris 1, dir. P. MAYER, 2006, à paraître à la LGDJ, n° 237.

13. Nous résumons ici l'analyse déjà proposée en V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, Larcier, 2015, n° 3, pp. 69 s., spéc. n° 30 et s. ; *Preuve et vérité* (version antérieure), Annales du droit lux., 2013, pp. 37 et s., spéc. n° 29 s. ; *Preuve et vérité au Luxembourg* (version courte), in *La preuve*, op. cit., pp. 883 et s., n° 22 et s.

14. Suivant l'analyse classique de MOTULSKY, in *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, n° 117 et 133 ; V. ég. V. BOLARD,

*La philosophie des principes directeurs du procès*, in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, ouvr. coll. dir. V. BOLARD & M. PIERRAT, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, pp. 9 et s. n° 9 b. –

15. La prohibition du préjugé ou du parti pris qu'exprime l'exigence d'impartialité ne pouvant être une interdiction de penser, elle se ramène à une obligation faite au juge de remettre ses idées en cause : de pratiquer le doute : v. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, art. préc., n° 7 et 8 ; *Preuve et vérité*, lus et actores, Larcier, 2015, n° 3, pp. 69 et s., spéc. n° 4. ; *Preuve et vérité* (version antérieure), Annales du droit lux., 2013, pp. 37 s., spéc. n° 4 ; *Preuve et vérité au Luxembourg* (version courte), in *La preuve*, op. cit., pp. 883 s., n° 4.

Comme nous l'avons souligné ailleurs<sup>16</sup>, il implique une **faveur méthodologique accordée à un plaideur – qui a le bénéfice du doute –, au détriment de l'autre – qui supporte le risque de la preuve (le « risque du doute »<sup>17</sup>)**. C'est un problème grave. La charge de la preuve commande une orientation de la pensée du juge en faveur de l'un et en défaveur de l'autre : il y a là un **parti pris méthodologique**, qui détermine largement l'économie du droit de la preuve.

### 7. L'impossible interprétation de l'article 1315 C. civ. –

Si l'on garde cette remarque à l'esprit, il est facile de montrer que les tentatives de préciser le sens de l'art. 1315 C. civ. sans référence à *Negativa non sunt probanda* se soldent en réalité toujours par un échec, qui ne dit pas son nom.

À cet égard, et en dépit des idées reçues, **l'adage *Actori incumbit probatio* ne permet absolument pas de préciser le sens de l'art. 1315 :**

- L'adage *Actori incumbit probatio* n'est réellement vérifié qu'en matière pénale : comme la *présomption d'innocence* conduit à exiger une **preuve objective**<sup>18</sup> de culpabilité, on assume sans compensation le parti pris méthodologique (le bénéfice du doute) en faveur de l'accusé-défendeur, et le risque de la preuve pèse de tout son poids sur l'accusation. C'est donc effectivement sur le demandeur (l'accusation) que repose le risque de la preuve.
- Mais, **en matière civile**, il n'y a aucune raison de favoriser un plaideur au détriment de l'autre : c'est d'ailleurs pourquoi, nous l'avons montré ailleurs, le parti pris méthodologique lié au bénéfice du doute est *compensé* par un système de **preuve probabiliste**<sup>19</sup>. Spécialement, il n'y a aucune raison pour que le bénéfice du doute et le risque de la preuve jouent systématiquement en faveur du défendeur et au détriment du demandeur, comme le voudrait l'adage *Actori incumbit probatio*. Si c'était le sens de l'art. 1315, il faudrait dénoncer avec DEMOGUE une faveur dénuée de fonde-

ment à « la sécurité statique » (sinon au maintien du *statu quo*<sup>20</sup>) et un principe « arbitraire »<sup>21</sup>. Mais, justement, ce n'est pas le sens de l'art. 1315.

En réalité, l'art. 1315 consacre une **alternative entre deux règles antinomiques** : si l'on tient à lire une consécration d'*Actori incumbit probatio* dans l'alinéa 1<sup>er</sup>, il faut admettre que l'alinéa 2 consacre aussi la solution inverse (*Reus excipiendo fit actor*) et que les deux règles sont mises sur le même plan (« Réciproquement »). L'art. 1315 ne consacre donc pas une règle univoque mais un « double principe »<sup>22</sup>, constitué à la fois par *Actori incumbit probatio* et *Reus excipiendo fit actor*. Il ne peut être ramené à la seule idée suivant laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur que si l'on parle du *demandeur à la preuve*<sup>23</sup> : mais il devient alors tautologique. Pour en préciser le sens, il faudrait préciser quand le défendeur au procès devient demandeur à la preuve, parce qu'il invoque une exception (*Reus excipiendo*) : ce qui laisse place à de « *grandes incertitudes* »<sup>24</sup>. Cet euphémisme d'André Ponsard est significatif de ce que l'adage ne permet pas du tout de comprendre l'art. 1315.

En fait, si l'on s'arrête à *Actori incumbit probatio*, on passe à côté du problème essentiel, qui est le **critère de l'alternative entre les solutions antinomiques**. Le risque de la preuve ne peut pas être imputé simultanément aux deux parties ; pourtant, l'art. 1315 se présente comme une alternative entre deux adages conduisant l'un à imputer la charge de la preuve au demandeur et l'autre au défendeur. La question est : suivant quel critère passe-t-on d'un adage à l'autre ? Tant qu'on n'a pas précisé le critère de l'alternative, on n'a rien dit du sens de l'article 1315.

Afin de surmonter la difficulté, deux voies semblent envisageables :

i) **Primo**, on pourrait comprendre l'art. 1315 dans une **perspective procédurale**, suivant laquelle le demandeur à la preuve serait l'**auteur de l'allégation**<sup>25</sup>. Mais l'analyse se heurte à un problème structurel : le même fait peut faire l'objet d'allé-

16. V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, Larcier 2015, n° 3, pp. 69 s., spéc. n° 33 ; *Preuve et vérité* (version antérieure), Annales du droit lux., 2013, pp. 37 et s., spéc. n° 32 ; *Preuve et vérité au Luxembourg* (version courte), in *La preuve*, op. cit., p. 883 s., n° 25.

17. Suivant la formule de Ph. MALAURIE & P. MORVAN, Introduction générale, 2<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2005, n° 170.

18. MOTULSKY écrit que le juge pénal dit « *ce qu'il croit être la vérité objective* » -MOTULSKY, *Droit processuel*, Cours Saint Jacques, 1973, p. 231. – V. ég. nos développements sur ce point in V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, Larcier 2015-3, pp. 69 et s., spéc. n° 41 et s. ; *Preuve et vérité* (version antérieure), Annales du droit lux., 2013, pp. 37 et s., spéc. n° 40 et s. ; *Preuve et vérité au Luxembourg* (version courte), in *La preuve*, op. cit., p. 883 s., n° 33 et s.

19. Pour MOTULSKY, le rôle du juge civil « *n'est pas de rechercher la vérité objective* » : l'auteur parle de « *vérité contingente* » -MOTULSKY, *Droit processuel*, Cours Saint Jacques, 1973, p. 231. – C'est en fait une conception probabiliste de la vérité qui prévaut en matière civile : en *common law*, elle conduit à admettre des *Standard of proof* probabilistes beaucoup plus souples qu'en matière pénale ; en droit français ou luxembourgeois, le *Standard of proof* reste le même ; mais on fait jouer des règles de preuve probabilistes -V. nos développements sur ce point in V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, Larcier 2015-3, pp. 69 et s., spéc. n° 44 et s. ; *Preuve et vérité* (version antérieure), Annales du droit lux., 2013, pp. 37 s., spéc. n° 43 et s. ; *Preuve et vérité au Luxembourg* (version courte), in *La preuve*, op. cit., pp. 883 et s., n° 36 et s. ; et in *La philosophie des principes directeurs du procès*, art. préc., n° 15.

20. Comp. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, n° 175, p. 336, qui soutient que :

« Rationnellement, la charge de la preuve incombe en premier lieu au demandeur (*actori incumbit probatio* : a. 1315, al 1), puisque c'est lui qui prend l'initiative de rompre le *statu quo*. »

21. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de Droit privé*, Paris 1911, pp. 542 et s., spéc. p. 543.

22. Ph. MALAURIE & P. MORVAN, Introduction générale, 2<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2005, n° 172.

23. Comp. p. ex. A. AYNES & X. VUITTON, *Droit de la preuve, Principes et mise en œuvre processuelle*, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 71 qui expliquent que le défendeur au procès « peut se transformer en « demandeur » au sens de la preuve ».

24. A. PONSARD, *Vérité et justice*, Rapport français, Travaux H. Capitant, t. 38, 1987, pp. 673 et s., spéc. p. 683 ; comp. ég. Ph. MALAURIE & P. MORVAN, Introduction générale, op. cit., n° 172 qui relèvent qu'« à l'épreuve de la réalité, de nombreuses incertitudes jaillissent ».

25. Comp. p. ex. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & MME FABRE MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., LDGJ, n° 646 : « la charge de la preuve pèse sur le demandeur étant entendu que la position du demandeur n'est pas fixée une fois pour toutes par l'initiative de l'introduction de l'instance, mais s'apprécie au regard de chaque allégation d'un fait nouveau ». L'analyse pourrait d'ailleurs trouver un début de fondement dans le parallélisme suggéré par le texte des principes directeurs du procès entre la charge d'alléguer les faits (art. 6 CPC Fr., 55 NCPC Lux) et la charge de les prouver (art. 9 CPC Fr., 58 NCPC Lux). Mais elle conduit en fait les auteurs à admettre que « cette règle est trop sommaire pour fournir une solution sûre dans tous les cas » - J. G., *ibidem*. GHESTIN, G. GOUBEUX & MME FABRE MAGNAN,



gations contradictoires de la part des deux plaideurs. P. ex., le demandeur affirme qu'il n'y a pas eu paiement ; le défendeur affirme qu'il y a eu paiement. Pire encore, en matière civile, le problème de preuve ne se pose normalement qu'en cas d'allégations contradictoires à propos du même fait (i.e. en cas de contestation : ci-infra n° 10). Or, il faut répéter que le risque de la preuve ne peut pas être imputé simultanément aux deux plaideurs (*supra* n° 6). L'idée suivant laquelle le risque de la preuve reposerait sur l'auteur de l'allégation ne pourrait donc servir de critère à l'alternative de l'art. 1315 que si l'on tenait compte de la **chronologie des allégations** : la charge de la preuve serait imputée à l'auteur de la *première* allégation. Mais, ce n'est pas du tout ce que dit l'art. 1315 : le défendeur qui allègue qu'il y a eu paiement doit le prouver, quand bien même le demandeur aurait préalablement allégué le non-paiement.

ii) **Secundo**, on pourrait être tenté de voir le critère de l'alternative dans la **chronologie des faits allégués**. C'est, nous semble-t-il, à cela que se ramène l'analyse subtile de MOTULSKY. De prime abord, l'auteur reconnaît à l'article 1315 « *un fondement rationnel certain* », tiré de « *la véritable impossibilité logique qu'il y a à réunir dans une même règle les éléments d'établissement et de non-destruction* » d'un droit subjectif<sup>26</sup>. On pourrait voir là un argument en faveur de *Negativa non sunt probanda* : présenter un fait négatif comme une condition de la réalisation d'un droit subjectif, c'est justement introduire dans le présupposé de la règle, un élément de destruction (ou d'inexistence) du droit : le fait négatif, inverse au fait positif. Mais MOTULSKY ne reconnaît pas cette portée à son analyse puisqu'il récuse *Negativa non est probanda*<sup>27</sup>. Il semble qu'il la comprenne dans une perspective, non pas logique, mais chronologique<sup>28</sup> : le demandeur doit prouver les conditions d'existence du droit ; le défendeur doit prouver sa destruction *ultérieure*<sup>29</sup>. Mais, un défendeur peut invoquer une exception reposant sur des faits *chronologiquement* antérieurs au droit : par exemple, le défendeur à la demande en exécution du contrat peut invoquer la nullité pour dol (en raison de faits antérieurs à la conclusion du contrat) ; et c'est bien sur lui que reposera la charge de la preuve. La chronologie des faits allégués n'est donc pas non plus le bon critère.

### 8. Le sens de l'art. 1315 C. civ. à l'aune de l'adage *Negativa non sunt probanda*. –

En définitive, il s'avère effectivement impossible de préciser le sens de l'art. 1315, sauf à tenir compte du fait que le texte n'impute aux plaideurs que la charge de prouver des faits *positifs* (l'existence de l'obligation, plutôt que son inexistence – ; le paiement, plutôt que le non-paiement). Autrement dit, c'est seulement si l'on y voit une consécration par l'exemple de *Negativa non sunt probanda*, que l'on parvient à donner un

sens au texte légal. L'adage exprime le seul sens possible de l'art. 1315.

C'est ici qu'il faut envisager la principale objection opposée à *Negativa non sunt probanda* : elle tient, selon MOTULSKY, à ce que « *la nature des faits litigieux n'a aucun lien avec la charge de la preuve.* »<sup>30</sup> Mais il nous semble qu'elle repose sur un malentendu. En effet, – et c'est le point critique –, la distinction entre faits positifs et négatifs n'est pas une différence de *nature* ; c'est une différence de *point de vue* : **le même fait est un fait positif pour un plaideur (p. ex. le paiement, l'existence de l'obligation) et un fait négatif pour l'autre (le non-paiement, l'inexistence de l'obligation)**. C'est justement pour cette raison que la distinction peut, quant à elle, servir de critère à l'alternative entre *Actor incumbit probatio et Reus excipiendo fit actor* qui détermine la structure de l'art. 1315.

L'article 1315 peut alors être réinterprété comme suit : (i) D'abord, le texte légal fait dépendre l'imputation de la charge de la preuve de l'objet de la preuve : suivant l'alinéa 1<sup>er</sup>, si l'objet de la preuve est l'obligation (i.e. l'existence de l'obligation), c'est celui qui en réclame l'exécution qui assume le risque de la preuve ; suivant l'alinéa 2, si l'objet de la preuve est le paiement ou le fait de la libération, c'est « *celui qui se prétend libéré* » ; (ii) Ensuite et surtout, le texte invite à **considérer l'objet de la preuve dans la perspective de chacune des parties opposées** : si c'est pour le demandeur que l'objet de la preuve se présente comme un fait positif, on lui impute le risque de la preuve (*Actor incumbit probatio*) ; si c'est pour le défendeur que l'objet de la preuve est un fait positif, c'est lui qui supporte le risque (*Reus excipiendo fit actor*).

Mais on peut aussi exprimer la même règle sans référence à *Actor incumbit probatio*, en lui préférant la perspective de l'art. 58 NCPC Lux (9 CPC Fr.), suivant lequel « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». L'interprétation conjointe de l'art. 1315 et de l'art. 58 NCPC permettra alors d'énoncer la règle beaucoup plus simplement : **chaque partie a la charge de prouver les (seuls) faits positifs nécessaires au succès de sa prétention**.

Or l'art. 1315 c. civ. (et l'art. 58 NCPC Lux/9 CPC Fr.) expriment le droit commun de la charge de la preuve en matière civile. À l'aune des arrêts commentés, le rattachement de l'adage *Negativa non sunt probanda* à l'article 1315 a donc une portée considérable. Ce rattachement ne peut pas se voir reconnaître une valeur simplement accessoire, qui réduirait la dispense de prouver les faits négatifs à un correctif, appelé à jouer en complément d'une autre règle plus générale : comme nous venons de le souligner : il semble impossible de préciser la signification de cette autre règle. De plus, l'adage *Negativa non sunt probanda* exprime structurellement une *règle de principe*, et non un *simple correctif*.

26. Cf. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique [...] op.cit.*, n° 86, p. 89.

27. V. *supra* n° 1 et MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, n° 126., pp. 140 in fine-141, v. ég. en note 17.

28. V. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, n° 77 à 79, n° 86.

29. V. spéc. MOTULSKY, *ibidem*, n° 79.

30. V. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, n° 126, pp. 140 in fine-141 : « (...) si la science juridique a fini par se débarrasser du préjugé, enraciné depuis le Droit romain, qui voudrait voir la charge de preuve céder devant le caractère négatif de la circonstance à prouver, c'est parce que, justement l'idée s'est fait jour que la nature des faits litigieux n'a aucun lien avec la charge de la preuve. ». C'est MOTULSKY qui souligne.

**IB) L'adage *Negativa non sunt probanda*, comme règle de principe**

**9. L'application explicite ou implicite de *Negativa non sunt probanda* au titre de l'art. 1315. –**

Comme nous venons de le voir, consacrer une dispense de prouver les faits négatifs revient à affirmer que **chaque plaideur a la charge de prouver les faits positifs allégués au soutien de sa prétention** (à l'exclusion des *faits négatifs*). Or, dans la plupart des cas, cette règle *suffit* à désigner le plaideur sur qui repose le risque de la preuve.

Il en est ainsi en particulier lorsque le fait allégué correspond aux exemples visés explicitement dans l'article 1315, c'est-à-dire lorsque le plaideur allègue l'existence d'une obligation, le paiement ou le fait de la libération. C'est pourquoi la grande majorité des solutions que la jurisprudence rattache à l'art. 1315 sont *de facto* des applications de *Negativa non sunt probanda*<sup>31</sup> : la charge de la preuve correspond effectivement – fût-ce accidentellement – à des faits positifs dans le chef du plaideur à qui elle est imputée. Il est d'ailleurs certain que le phénomène n'est pas purement accidentel.

Car les références explicites à *Negativa non sunt probanda* sont loin d'être inhabituelles. Au-delà de celles opérées par la CJUE et la CEDH que nous avons relevées dès l'abord (supra

n° 1), et avant même les décisions commentées, la Cour de cassation française a évoqué *explicitement* la dispense de prouver les faits négatifs dans d'assez nombreux arrêts, même s'il semble qu'elle ne l'ait fait que dans des arrêts de rejet<sup>32</sup> pour approuver l'application de la règle par les juges du fond (V. not. C. cass. Fr., Soc. 15 février 1989, n° 86-18.354<sup>33</sup>; Civ 1, 10 mai 1989, n° 87-12-447; Civ 2, 18 nov. 1999 n° 97-20.802; Civ. 2, 10 mai 2012, n° 11-13.757<sup>34</sup>; Civ 1<sup>ère</sup> 19 février 2014 n° 12-17935. 12-19714<sup>35</sup>; Civ 1<sup>ère</sup>, 30 nov. 2016, n° 15-25.249<sup>36</sup>; Com., 6 décembre 2016, 15.16577<sup>37</sup>). De même, la jurisprudence luxembourgeoise compte d'assez nombreuses références explicites à la règle, et la palme de la clarté revient d'ailleurs à la Cour d'appel du Luxembourg qui, dans une décision du 6 juillet 2006, présente clairement la règle comme le « *droit commun* »<sup>38</sup> gouvernant la matière.

Les décisions commentées viennent donc parachever une évolution jurisprudentielle cohérente. Elles confirment aussi que les critiques doctrinales n'ont pas suffi à déraciner une règle plurimillénaire qui fait toujours l'objet d'innombrables applications implicites ou explicites.

**10. Le problème des allégations complexes, et la détermination préalable de l'objet de la preuve. –**

Néanmoins, il pourrait sembler que certaines allégations (qui ne correspondent à aucun des exemples de l'art. 1315) soient

31. V. notamment les exemples cités in V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, art. préc, pp. 69 et s., au n° 37.
32. Le fait qu'une partie de ces arrêts évoquent un pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond dans l'appréciation des éléments de preuve n'affecte pas, corons nous, la valeur de ces références explicites à la dispense de prouver les faits négatifs : ces références explicites suggèrent justement un contrôle résiduel sur ce point. C'est d'ailleurs ce que confirment les arrêts commentés.
33. V. C. cass. Fr., Soc. 15 février 1989, n° 86-18.354 : « Mais attendu qu'après avoir, à bon droit, observé que l'envoi préalable à la délivrance de la contrainte d'une mise en demeure à l'assujetti était une formalité obligatoire dont l'inobservation était de nature à vicier la procédure de recouvrement forcé, le Tribunal, qui ne pouvait mettre à la charge du praticien la preuve négative de l'absence d'envoi du document, a relevé que la CARMF ne produisait ni la mise en demeure ni la justification de sa notification en sorte que la preuve de l'accomplissement de la formalité n'était pas apportée ».
34. Civ. 2, 10 mai 2012, n° 11-13.757, Inédit : « Que de ces constatations et énonciations, procédant de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis au débat pour qualifier un fait juridique dont la preuve est libre, la cour d'appel, qui n'avait pas dès lors à effectuer une plus ample recherche, a pu déduire sans exiger de l'employeur de preuve négative ni méconnaître l'équité du procès que la caisse justifiait ainsi avoir satisfait à son obligation d'information ».
35. Civ 1<sup>ère</sup> 19 février 2014 n° 12-17935. 12-19714, Inédit : « (...) attendu qu'ayant constaté que la prétention de Mme X... consistait à faire juger que la publication d'un ouvrage présentant comme des oeuvres de collaboration des créations de Charlotte Y... portait atteinte au droit moral d'auteur de cette dernière et que le succès de cette prétention supposait la preuve, non pas que Charlotte Y... était l'auteur des créations en cause, mais que le coauteur supposé n'avait, en fait, pas pris part au processus créatif, preuve négative impossible, la cour d'appel n'a pas inversé la charge de la preuve en décidant qu'il incombait en conséquence aux sociétés Bergerot et Sonnabend Gallery de démontrer l'exactitude des affirmations qui ressortaient de l'ouvrage attaqué quant à l'existence, à propos des meubles en cause, d'une collaboration créative de Charlotte Y... et Jean Z..., voire aux consorts Z..., qui revendiquaient la qualité de coauteur, ou d'auteur unique dans certains cas, de Jean Z... d'apporter la preuve de la participation effective de ce dernier au processus de création ; que le moyen n'est pas fondé ».
36. Civ 1<sup>ère</sup> 30 nov. 2016, 15-25.249, Publié au Bulletin : « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel a constaté que Mme X... avait ressenti, dès le saut, une douleur à l'épaule dont elle s'était immédiatement plainte et dont elle avait fait part au moniteur se trouvant à l'arrivée, et qui était liée à la blessure médicalement constatée

le lendemain ; qu'ayant ainsi caractérisé l'existence d'un lien de causalité entre le dommage invoqué et le saut, la cour d'appel, qui a considéré que les imprécisions affectant l'attestation produite par la victime sur certains points ne permettait pas de douter de sa sincérité et qui n'a pas exigé la preuve impossible d'un fait négatif en retenant que la société Latitude ne produisait aucun élément permettant d'exclure qu'un à-coup lié à la position de Mme X... lors du saut ou qu'une boucle dans l'élastique ou dans les autres liens puisse être à l'origine du traumatisme de l'épaule subi par la victime, a légalement justifié sa décision ».

37. C. Cass. Fr. Com., 6 décembre 2016, 15.16577, Inédit : « c'est sans inverser la charge de la preuve incombant à MM. X... et Y..., demandeurs au contredit, ni leur imposer la preuve d'un fait négatif, que la cour d'appel a constaté qu'ils ne prétendaient pas ne pas avoir participé à l'exploitation de l'entreprise ».
38. CA Lux. 6 juillet 2006, n° 29062, JUDOC 99867322 : « Selon le droit commun, applicable en l'espèce, il appartient au sous-traitant de rapporter la preuve positive, et de l'acceptation de sa personne par le maître de l'ouvrage, et de ses conditions de paiement par ce dernier, et non pas au maître de l'ouvrage de rapporter la preuve négative du refus d'acceptation » ; CA, 20 oct 1959, Pas 18, 11 : « La victime d'un accident de circulation survenu au cours d'un transport bénévole n'a qu'à rapporter la preuve positive d'une faute ou d'une négligence du conducteur, mais non pas, la preuve négative de l'absence d'une avarie mécanique du véhicule, d'un malaise subit ou d'une syncope du conducteur ou de toute autre circonstance purement hypothétique. » ; CA 13 juillet 1994, 15454, JUDOC 99416919 : « Ledit demandeur doit cependant établir la réalité de la cessation de toute cohabitation et de toute collaboration entre époux. La fin de la collaboration des époux suppose qu'un époux ne participe plus en rien, ni directement, ni indirectement, à l'activité lucrative de l'autre, de sorte qu'il n'y a plus de raison qu'il en partage le profit. Elle sera le plus souvent présumée à partir de la fin de la cohabitation. Il semble en effet que pour écarter le report, les juges doivent caractériser la poursuite d'actes de collaboration, dont la preuve incomberait donc à l'époux qui s'oppose au report. Il y a lieu de suivre ce principe suivant lequel la fin de la cohabitation présume la fin de la collaboration, le contraire imposant au demandeur en report d'établir une preuve négative (cf. Cour 1<sup>ère</sup> section, 29.6.1994, Galetto c/ Pia, no. 15383 et 15394 du rôle). » ; CA 7ème, 25 février 1992, n° 12949, JUDOC 99215205 « Attendu qu'il résulte des articles 573 et 574 précités que même si le tiers saisi affirme qu'il n'est plus débiteur du saisi, il doit indiquer dans sa déclaration l'acte ou les causes de sa libération invoquée les pièces susceptibles de justifier de la réalité de cette libération. Attendu que seul se trouve excepté de cette double formalité le tiers saisi qui affirme dans sa déclaration qu'il n'a jamais rien dû au saisi ; que c'est au créancier saisissant qu'il appartient dans ce cas d'établir qu'il n'y a eu débetion, le tiers saisi ne pouvant en effet être astreint à la preuve d'un fait négatif (cf. R.P.D.B., vbo saisie-arrêt nos 981 et 996) ».

rétives à *Negativa non sunt probanda*, car elles ne se présentent *a priori* ni comme des faits positifs, ni comme des faits négatifs, dans le chef d'un plaideur déterminé. C'est le cas surtout de certaines **allégations complexes**, qui traduisent l'allégation conjointe de plusieurs faits.

Il nous semble cependant que la difficulté sera le plus souvent résolue assez facilement si l'on s'appuie sur les règles gouvernant l'**objet de la preuve**, afin de procéder à une **décomposition analytique des allégations complexes**. Il faut s'en expliquer.

L'objet de la preuve, dont dépend la charge de la preuve (*supra* n° 8), répond à deux règles classiques :

(i) D'une part, **seuls les faits juridiquement pertinents sont objets de preuve**. Le juge doit donc d'abord vérifier la pertinence des faits allégués, *au regard de la règle de droit* (art. 61 NCPC Lux, 12 CPC Fr.), ce qui se répercute sur l'objet de la preuve : l'art. 58 NCPC Lux (9 CPC Fr.) ne vise que la charge de prouver les faits « *nécessaires au succès de (la) prétention* ».

(ii) D'autre part, en matière civile, **seuls les faits allégués et contestés sont objets de preuve**. C'est la règle du fait constant<sup>39</sup>. C'est une règle *probabiliste* (sauf *exception*, l'absence de contestation judiciaire rend le fait *probable*<sup>40</sup>) ; et c'est d'ailleurs là son principal fondement<sup>41</sup> : sauf en matière pénale, le *parti pris* méthodologique inhérent à la charge de la preuve est – et *doit*<sup>42</sup> être – compensé par des règles *probabilistes* (*supra* n° 7). En droit comparé<sup>43</sup>, la règle du fait constant est consacrée par des dispositions légales explicites dans de nombreux pays (y compris la Suisse<sup>44</sup>, l'Angleterre<sup>45</sup>, les États-Unis<sup>46</sup>, l'Allemagne<sup>47</sup>, la Pologne<sup>48</sup>, l'Italie<sup>49</sup>, et désormais la Belgique<sup>50</sup>). Si l'on hésite au sujet de la règle en France<sup>51</sup> (et au Luxembourg<sup>52</sup>), ceci n'empêche pas les tribunaux civils (et administratifs<sup>53</sup>) de l'appliquer massivement, en employant des formules types (« *il est constant* », « *il n'est pas contesté* », etc.) dont les occurrences se comptent en dizaines de milliers sous Légifrance. Lucie MAYER confirme d'ailleurs que la question n'est pas de savoir s'il s'agit d'une règle de droit<sup>54</sup>, mais si elle traduit une présomption de fait<sup>55</sup> et donc une simple faculté du juge ou si celui-ci a une obligation de l'appliquer<sup>56</sup>. Ajoutons

39. Sur laquelle v. not. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, n° 110 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, & S. GUINCHARD, *Procédure civile, Précis Dalloz*, 35<sup>ème</sup> éd., n° 545 ; G. BOLARD & V. BOLARD, in *Droit et pratique de la procédure civile*, par S. GUINCHARD et alii, Dalloz Action, 2021, n° 22, n°s 321, 93 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & MME FABRE MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., LDGJ, n° 639 ; A. PONSARD, in *Vérité et justice*, Rapport français, Travaux H. Capitant, t. 38, 1987, pp. 673 et s. ; Th. LEBARS, in *Droit judiciaire privé*, J. HERON, Th. LEBARS, & K. SALHI, 7<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, n° 281, *La théorie du fait constant*, SJ, 2002.I. 178 ; J. NORMAND, *Le juge peut-il tenir pour non établi un fait allégué et non contesté ? A-t-il, plus généralement, le pouvoir de mettre en doute ce qui, entre les parties, n'est pas sujet à discussion ?*, RTD Civ 1992 p. 447 ; V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, art. préc., pp. 69 et s., spéc. n°s 19 à 22 ; G. DE LEVAL & A. MASSET, *Preuve et vérité, Rapport général*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. LXIII/2013, Bruylant, pp. 720-721 ; Lucie MAYER, *Rapport français*, in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, op. cit., pp. 95 et s., spéc. n°s 37 et s. ; Th. HOSCHEIT, *Rapport luxembourgeois*, in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, op. cit., pp. 223 et s., spéc. pp. 234 et s.
40. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, art. préc., n° 9 b ; *Preuve et vérité*, lus et actores, art. préc., n° 22.
41. Il s'agit de satisfaire à l'exigence d'impartialité : V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, art. préc., n° 9 b.
42. Comme il s'agit de compenser un *parti pris* méthodologique (une faveur accordée à un plaideur au détriment de l'autre), la solution procède de l'impartialité - V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, art. préc., n° 9 b.
43. G. DE LEVAL & A. MASSET, *Preuve et vérité, Rapport général*, art. préc., p. 720 aux travaux de l'association Capitant, t. t. LXIII/2013, et les rapports nationaux dans le même ouvrage – Pour un aperçu conc. la Suisse, l'Angleterre, les États-Unis et l'Allemagne : v. V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, op. cit., n° 21.
44. V. not. l'art. 150 du CPC suisse qui définit l'« *Objet de la preuve* » : « *La preuve a pour objet les faits pertinents et contestés.* »
45. V. l'art. 16.5 (3) des *Civil Procedural Rules* ; cité in V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, art. préc., n° 21b.
46. V. l'art. 8 des *Federal Rules of Civil Proceedings*, cité in V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, art. préc., n° 21b, en notes 67 & 68.
47. V. ZPO, art. 138 ; et le rapport allemand de M. le Prof. Th. RIEHM & Th. A. HEISS in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, op. cit., p. 251 s., spéc. p. 282.
48. G. DE LEVAL & A. MASSET, *Preuve et vérité, Rapport général*, art. préc., p. 720 ; et v. ég. le rapport polonais de Jacek KRAUSS, p. 951.
49. G. DE LEVAL & A. MASSET, *Preuve et vérité, Rapport général*, art. préc., aux travaux de l'association Capitant, t. t. LXIII/2013, et les rapports nationaux dans le même ouvrage p. 720.
50. En Belgique, où la règle semblait mal affirmée, l'article 8.3, alinéa 1<sup>er</sup>, du nouveau droit de la preuve dispose désormais : « *Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les faits ou actes juridiques doivent être prouvés lorsqu'ils sont allégués et contestés.* » – Sur l'état du droit antérieur, v. le rapport belge de J.F. VAN DROOGHENBROECK, in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, op. cit., pp. 155

et s., spéc. n°s 17et s. ; et comp. G. DE LEVAL, *Journal des Tribunaux belge*, 2020, p. 187, en note 4.

51. En France, Lucie MAYER évoque les « *incertitudes de la jurisprudence* » sur cette question (in *Rapport français*, préc., spéc. p. 119, n° 42 s.). Ces hésitations sont nées dans les années 80 à la suite de certains arrêts de la Cour de cassation ayant affirmé que le juge « *n'est pas tenu* » de tenir pour constant les faits non contestés « *explicitement* », formule qui semblait autoriser la prise en compte de contestations *implicites*. Néanmoins, d'autres arrêts (tous inédits) ont repris la même formule (« *n'est pas tenu* ») sans référence à la contestation implicite (v. V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, art. préc., n° 21 e, et les réf. citées). Mais, beaucoup d'autres d'arrêts, en faisant – et en font toujours – une obligation pour le juge ; et c'est notamment le cas des plus récents (voir note ci infra note 58) ; à l'inverse, nous ne trouvons plus d'arrêts affirmant la simple faculté d'appliquer la règle depuis une dizaine d'années (voir note ci infra note 57).
52. Au Luxembourg, Th. HOSCHEIT penche pour la simple faculté du juge d'appliquer la règle – *Rapport luxembourgeois*, préc., spéc. pp. 254 et s. ; tandis que nous concluons à l'obligation (car la règle est liée à l'impartialité). En jurisprudence, plusieurs arrêts récents approuvent les juges du fond d'avoir appliqué la règle du fait constant (C. Cass. 21 mai 2015, n° 46/15, 2ème moyen ; C. cass. 11 mai 2107, n° 44/2017 ; C. cass 6 juillet 2017, n° 57/217), sans préciser s'il s'agissait ou non d'une obligation. Mais il nous semble que les raisons d'hésiter sont moins nettes qu'en France car la Cour de cassation luxembourgeoise, contrairement à la Cour de cassation française, n'a jamais remis en cause la doctrine traditionnelle en affirmant explicitement que le juge ne serait « pas tenu » d'appliquer la règle.
53. Sous Légifrance, les formules « *il est constant* » et « *il n'est pas contesté* » se retrouvent également en dizaines de milliers dans la jurisprudence administrative ; et le CE français ne semble pas considérer la règle comme une simple faculté : V. not. CE Fr., 6<sup>ème</sup> - 5<sup>ème</sup> ch. réunies, 22/07/2020, 428023, qui évoque un « *constat de faits constants n'appelant aucune appréciation.* » ; et CE, 6<sup>ème</sup> ch., 27 octobre 2016, 392326, Inédit (sanction d'une dénaturation des écritures ayant conduit à la prise en compte d'une prétendue contestation explicite).-ADDE : MOTULSKY, *Droit processuel*, Cours saint Jacques, 1973, pp. 50 et 85, qui évoque la charge de la contestation en contentieux administratif.
54. Lucie MAYER nous approuve sur ce point in, *Rapport français*, préc., spéc. p. 115, n° 38.
55. C'est la thèse du doyen Th. LE BARS qui est suivie par la doctrine majoritaire – Th. LEBARS, *Droit judiciaire privé*, J. HERON, Th. LEBARS, & K. SALHI, op. cit., n° 281. – Nous la contestons notamment parce que la règle est aussi appliquée à des actes juridiques - V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, art. préc. – Th. LEBARS admet que « *l'argument est sérieux* », mais estime que la théorie du fait constant dérogeant manifestement au droit de la preuve, « *on peut sans doute admettre qu'elle autorise l'établissement d'un acte par présomption judiciaire* ». – in *Droit judiciaire privé*, J. HERON, Th. LEBARS, & K. SALHI, op. cit., n° 281, en note 44. – Par ailleurs, Lucie MAYER suggère que la présomption pourrait voir son domaine restreint à l'établissement des actes d'une valeur inférieure au seuil de l'art. 1341 C. civ. – in, *Rapport français*, préc., spéc. p. 118. – Toutefois, l'analyse est de toute façon incompatible avec les arrêts qui concluent à l'obligation du juge, et les plus récents sont tous en ce sens : voir ci infra dans le texte et en notes 58 et 57.
56. En France, L. MAYER évoque les « *incertitudes de la jurisprudence* » sur cette question, in *Rapport français*, préc., spéc. p. 119, n°s 42 et s.

que tous<sup>57</sup> les arrêts les plus récents penchent vers l'obligation<sup>58</sup> (sauf une exception présentée comme telle<sup>59</sup>). En bref, sauf ces hésitations, et – surtout – **sauf de nécessaires exceptions<sup>60</sup>, la preuve ne porte que sur les faits pertinents, allégués et contestés.**

Dans une perspective méthodologique, l'imputation de la charge de la preuve suppose donc que le juge opère préalablement une **double vérification**. Ainsi :

i) Afin de vérifier quels faits sont *pertinents*, le juge doit procéder à une **décomposition analytique du présupposé de la règle de droit**. Ce travail d'analyse juridique ne doit pas être négligé ; et l'arrêt n° 2 du 7 septembre 2017 fournit un bon exemple des difficultés qu'il peut susciter : à la suite d'une analyse erronée de la règle de droit, les juges d'appel avaient vu l'objet de la preuve dans le *refus du bailleur* de donner la clef au locataire ; la Cour de cassation redresse l'analyse juridique en voyant le fait pertinent dans la *remise des clefs*. Or la remise des clefs était un fait positif *pour le bailleur*, alors que le refus du bailleur aurait été un fait positif *pour le locataire* (pour le bailleur, c'eût été l'absence de refus).

ii) Le juge doit aussi vérifier que les faits pertinents ont été **allégués et contestés**. Cette fois, la structure même de l'art. 1315 permet d'illustrer l'intérêt de la démarche : si p. ex. si le défendeur affirme qu'il a payé, c'est qu'il ne conteste pas l'existence de l'obligation. C'est l'analyse que suggèrent AUBRY & RAU<sup>61</sup> (qui permet au passage de lire une consécra-

tion implicite de la règle du fait constant dans l'art. 1315). En tout état de cause, la réduction de l'objet de la preuve à l'objet de la contestation (p. ex. le paiement) permet d'éviter un débat inutile (p. ex. sur l'existence de l'obligation), et d'identifier pour quel plaideur le fait à prouver se présente comme un fait positif : pour le défendeur à la demande en paiement, le paiement est un fait positif (mais l'inexistence de l'obligation est un fait négatif).

La décomposition analytique des allégations complexes ne doit pas être réduite à une démarche formaliste ; et ce serait un contresens de conclure qu'un fait comme l'*inexécution du contrat* est négatif parce que le mot qui le désigne est une négation. L'inexécution du contrat est un *fait complexe*, qui suppose une décomposition. Ainsi, la distinction entre obligations de moyen et de résultat affecte la définition des faits *pertinents*, ce qui se répercute sur l'*objet de la preuve* (et non pas *directement* sur la *charge de la preuve*<sup>62</sup>). Quelle que soit la nature de l'obligation, l'inexécution présuppose l'*existence* de l'obligation contractuelle<sup>63</sup>, qui est un fait *positif* pour le créancier. Quant au fait d'inexécution lui-même, la meilleure doctrine conclut à la même distinction pour les obligations de résultat<sup>64</sup> et pour les obligations de moyens<sup>65</sup> : si le créancier allègue une *inexécution partielle*, il doit la prouver ; s'il allègue une *inexécution totale*, c'est le débiteur qui doit prouver. C'est, nous semble-t-il, parce que la décomposition analytique de l'allégation révèle que l'inexécution totale est le plus souvent

57. En sens inverse, les décisions (toutes inédites) ayant affirmé clairement une simple faculté du juge (spéc. en indiquant qu'il « n'est pas tenu » de tenir pour constant le fait non contesté, sans employer les mots « expressément contesté ») sont assez rares et la dernière que nous ayons date de 2010 (Cass. Fr. Soc, 8 juin 2010, 08-45179, Civ 1, 19 nov 2002, 98-21.664 ; Com, 23 oct 2001, 99-12.111 ; Com, 15 octobre 1996, 94-16.871 ; Civ 3, 12 décembre 1990, 89-16.223 ; Civ 3, 24 octobre 1990, 89-14.236). Quant aux arrêts plus nombreux affirmant que le juge « n'est pas tenu » de tenir pour constant le fait non « expressément » contesté, ils sont ambigus (V. Lucie MAYER, Rapport français, préc., p.119) car on peut tout aussi bien y voir la consécration d'une exception en cas de contestation implicite ; et, de toutes façons, il semble qu'il y ait très peu d'arrêt de ce type depuis C. Cass. Fr., Civ 1ère, 25 juin 2016, 15.14-411, Inédit. Depuis cette date, la seule exception que nous trouvons est un arrêt qui suggère une exception (et qui confirme donc la règle) : v. C. Cass. Fr. 3, 25 juin 2020, 19-17178, Inédit ; la CA « n'était pas tenue de considérer que le fait allégué était constant au seul motif qu'il n'avait pas été expressément contesté par les tiers au contrat, le souscripteur étant non comparant. »).

58. Cass. Fr. Civ. 2ème, 9 juillet 2020, n° 19-13959 (Publié au Bulletin) : « **Vu l'article 4 du code de procédure civile (...)** En statuant ainsi, **alors que les parties s'accordaient sur le fait que c'était l'effectif de l'établissement de Chambéry qui avait baissé et non l'effectif global de l'entreprise, et que la société contestait le mode de tarification appliqué à cet établissement et non le taux retenu, la Cour nationale, qui a méconnu l'objet du litige, a violé »** (l'art. 4 CPC Fr.) ; Cass. Fr. Soc. 20 sept. 2018, 17-16666, Inédit : « **Vu l'article 4 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 1132-1, dans sa rédaction applicable en la cause, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail (...)** en statuant ainsi, **alors que l'adhésion syndicale du salarié n'était pas discutée par les parties et sans examiner si la rétrogradation du salarié dans sa classification indiciaire de 1987 à 1990 dont elle constatait l'existence, élément de nature à laisser supposer une discrimination, était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination syndicale, la cour d'appel a violé les textes susvisés »** ; Cass. Fr. Soc. 20 sept. 2018, 17-16275, Inédit : « **Vu l'article 4 du code de procédure civile, ...en statuant ainsi, alors qu'il n'était pas contesté que la société Paulhac ne relevait pas de la convention nationale de la boulangerie et de la boulangerie-pâtisserie mais de la convention collective du commerce de détail des fruits et légumes, épicerie et produits laitiers dont il était demandé l'application, la cour d'appel a violé le texte susvisé »** ; Cass. Fr. Com 10 juillet 2018, 16-23694, pourvoi incident, 3ème moyen, 1ère branche : « **en se déterminant ainsi, sans prendre en considération le prestige et la notoriété acquise, non contestés, de la dénomination sociale et du nom commercial de la société X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale** » – ; Cass. Fr. Com. 5 juillet 2016, n° 15-17004 (Publié au Bulletin) : « **Vu l'article 4 du code de procédure civile ; Attendu que pour rejeter la demande indemnitaire reconventionnelle de la société BMW, l'arrêt**

*retient que l'utilisation fautive de la dénomination « concessionnaire BMW/Mini » reprochée à la société Taurisson, comme le fait de se prévaloir de la qualité « d'agent BMW et MINI », ne sont pas prouvés par la seule production de la lettre recommandée les contenant et la production d'une publicité non datée ; Qu'en statuant ainsi, alors que la société Taurisson admettait l'utilisation faite du terme d'« agent » et de « concessionnaire BMW/mini » après la rupture du contrat mais en contestait le caractère fautif, la cour d'appel, qui a méconnu les termes du litige, a violé le texte susvisé » – ADDE : Cass. Fr. Soc 25 juin 2014, 13-25502 ; Cass. Fr. Soc 19 février 2014, 13-14608.*

59. V. C. Cass. Fr. 3, 25 juin 2020, 19-17178, Inédit, qui suggère une solution dérogatoire liée à un défaut de comparution du principal intéressé : la CA « n'était pas tenue de considérer que le fait allégué était constant au seul motif qu'il n'avait pas été expressément contesté par les tiers au contrat, le souscripteur étant non comparant. »

60. Les exceptions à la règle du fait constant s'imposent lorsque le calcul de probabilités qui sous-tend la solution n'est pas raisonnable : en général, l'absence de contestation judiciaire rend le fait probable ; mais on doute que ce soit le cas dans une série d'hypothèses particulières (défaut, contestation implicite, absence de contestation explicite du *quantum* d'une demande contestée en son principe, etc.). En droit comparé, ces exceptions font d'ailleurs souvent l'objet de dispositions spéciales. Mais, en France et au Luxembourg, nous redoutons que la cristallisation sur la question de principe n'induit un défaut de conceptualisation qui risque de conduire les tribunaux, non pas tant à ignorer cette règle instinctive, qu'à l'appliquer au contraire trop systématiquement dans des hypothèses où il faudrait y déroger.

61. Comp. AUBRY & RAU, 5<sup>ème</sup> éd. par E. BARTIN, t. XII, Paris, 1922, pp. 81-82, en note 13 : « **Quant à l'obligation imposée au défendeur d'établir l'existence des faits servant de base aux exceptions au moyen desquelles il entend repousser la demande dirigée contre lui, elle se justifie par la considération que, si le défendeur, au lieu de contester le fondement même de la demande, y oppose une exception proprement dite, il reconnaît au moins d'une manière hypothétique, l'existence du droit qui forme l'objet de la demande, et que, dès lors, sa résistance à la réalisation ou à l'exercice d'un droit ainsi reconnu, constitue de sa part une prétention dont il est tenu de prouver la légitimité.** ».

62. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 530, p. 600, qui écrivent que : « (...) la distinction des obligations de moyens et de résultat n'a guère d'incidence directe sur la charge de la preuve (...). C'est surtout l'objet de cette preuve qui diffère (...) »

63. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 530, p. 600., à propos des obligations de résultat.

64. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 530, p. 600.

65. Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation, Ph. Le Tourneau (dir.), Dalloz Action 2014/2015, n° 3235.



un *fait négatif* pour le créancier (sauf obligation de *ne pas faire*), alors que la preuve de l'inexécution partielle – c'est-à-dire la *mauvaise exécution* – repose généralement sur l'allégation d'un fait positif pour le créancier (négligence, imprudence, etc.). Mais, dans le cas (fréquent pour les obligations de résultat) où l'inexécution n'est pas contestée (n'étant pas sérieusement contestable), et où le débat ne porte que sur une cause d'exonération, l'objet – puis la charge – de la preuve sont déplacés. Etc.

En bref, c'est en vérifiant quels sont les faits pertinents, allégués et contestés, que le juge sera normalement en mesure de décomposer les allégations complexes et de ramener l'objet de la preuve à quelques faits élémentaires, dont chacun apparaîtra positif pour un plaideur et négatif pour l'autre.

#### 11. Règle de principe et exceptions. –

Pour le reste, affirmer que *Negativa non sunt probanda* est la règle de principe gouvernant la charge de la preuve en matière civile n'est pas dire qu'elle serait applicable dans la *totalité* des hypothèses soumises au juge, et qu'il faudrait y voir une règle indérogeable, insusceptible d'exceptions. Les véritables règles indérogeables sont très rares ; et la notion de règle de principe n'implique pas cette qualification. Une règle de principe, c'est, et c'est seulement, une règle générale, de *droit commun*, applicable – hors circonstances particulières – dans *la plupart des hypothèses qui se présentent au juge*.

Mais nous redirons que *Negativa non sunt probanda*, et l'art. 1315 qui exprime la règle, n'en sont pas moins susceptibles d'exceptions (*ci-infra* II.B). Simplement, ces exceptions ne peuvent être appréhendées convenablement sans tenir compte du lien entre la règle et le principe de la contradiction.

#### II) L'ADAGE *NEGATIVA NON SUNT PROBANDA*, CONSÉQUENCE DU PRINCIPE DE LA CONTRADICTION. –

12. L'adage *Negativa non sunt probanda* est une condition de l'effectivité de la contradiction (II.A) : c'est pourquoi les limites (et les exceptions) à la règle impliquent des aménagements permettant de sauvegarder la contradiction (II.B).

#### IA) L'adage *Negativa non sunt probanda*, ou l'effectivité de la contradiction. –

#### 13. La quasi-impossibilité de prouver les faits négatifs, et le principe de la contradiction. –

L'adage *Negativa non sunt probanda* est une conséquence naturelle du principe de la contradiction. C'est bien, nous l'avons

relevé, ce qu'implique le visa de l'art. 16 CPC Fr. opéré par l'arrêt N° 1 du 28 mars 2018 : l'imputation à un plaideur de la charge de prouver un fait négatif traduit – sauf exception – une violation du principe de la contradiction.

L'idée sous-jacente est que la preuve d'un fait négatif est une « *probatio diabolica, impossible à rapporter* »<sup>66</sup>. Augustin AYNES relève que cette idée est « *très répandue* »<sup>67</sup> ; et l'arrêt du 28 mars 2018 s'y réfère en évoquant explicitement une « *preuve négative, impossible à rapporter* ». Même si nous verrons que l'impossibilité de prouver les faits négatifs n'est qu'une *quasi-impossibilité*, elle traduit une difficulté bien réelle : comment prouver le néant ? Or si l'on impute à un plaideur la preuve quasi impossible d'un fait négatif, son adversaire qui aurait peut-être, lui, les moyens de prouver le fait positif inverse, n'a plus d'intérêt à le faire : on risque donc de paralyser le débat.

C'est pourquoi la dispense de preuve négative est effectivement rattachable au principe de la contradiction : le droit d'une partie de participer au débat, sous condition de rapporter une preuve *impossible*, c'est l'autorisation donnée à Cendrillon d'aller au bal. L'effectivité de la contradiction est anéantie à l'égard du plaideur, dont la faculté de débattre n'est que théorique et illusoire.

En bref, *Negativa non sunt probanda* est une condition de l'effectivité de la contradiction.

#### 14. Le rattachement de la règle au droit à un procès équitable. –

À cet égard, la règle peut aussi être rattachée au droit à un procès équitable, à plusieurs titres.

D'abord, la Cour EDH sanctionne l'atteinte au principe de la contradiction pour lui-même (c'est-à-dire même sans atteinte à l'égalité des armes<sup>68</sup>), de sorte que toutes les violations de l'art. 16 CPC Fr. sont *a priori* aussi des violations de l'art. 6 CEDH.

Ensuite, en l'occurrence, l'atteinte à la contradiction induite par la violation de *Negativa non sunt probanda* traduit également une *rupture d'égalité des armes* – i.e. une *inégalité dans la contradiction* : c'est seulement à l'égard du plaideur qui se voit imputer la charge de prouver un fait négatif que la contradiction est paralysée, tandis que son adversaire est dans une situation nettement plus avantageuse (non seulement il est dispensé de prouver un fait positif, mais il a le *bénéfice du doute*). On pourrait donc conclure à une violation de l'obligation « *d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter (...) ses preuves (...) dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* », consacrée par la Cour EDH dans l'arrêt *Dombo Beheer*<sup>69</sup>.

66. A. AYNES, in D. 2019, Pan 161.

67. A. AYNES écrit que « L'idée que la preuve d'un fait négatif serait une *probatio diabolica*, impossible à rapporter, est assez répandue » – in D. 2019, Pan 161.

68. C'est le cas par exemple lorsqu'un avis susceptible d'influencer la décision du tribunal n'a été communiqué à aucune des parties en cause – v. Cour

eur. D.H. *Nideröst-Huber c/ Suisse*, 18 février 1977, n° 18.990/91 – ; ou encore lorsque le juge relève un moyen d'office sans le soumettre au débat – V. not. Cour eur. D.H., arrêt *Čepeck c/ République tchèque*, 5 septembre 2013, n° 9815/10, § 45.

69. CEDH 27 oct. 1993, *Dombo Beheer*, Req. 14448/88.



Enfin, la violation de la contradiction induite par celle de *Negativa non sunt probanda* pourrait même être spécialement<sup>70</sup> rattachée à l'exigence d'impartialité. De fait, si la charge de la preuve implique déjà structurellement un parti pris méthodologique en faveur du plaideur qui a le bénéfice du doute et au détriment de celui qui supporte le risque de la preuve, l'imputation au plaideur défavorisé d'une preuve impossible radicalise le parti pris et lui donne une tournure définitive. Pour l'adversaire, le bénéfice du doute devient même un luxe inutile, puisque son adversaire n'a de toute façon pas les moyens de rapporter la preuve impossible qu'on lui impute.

Quelle qu'analyse il faille retenir pour rattacher la règle au procès équitable, nous avons relevé que la Cour EDH l'a d'ores et déjà exprimée dans l'arrêt Pescador Valero c. Espagne du 17 juin 2003 (24 sept 2003)<sup>71</sup> ; ou encore dans l'arrêt Meggi Cala c. Portugal du 2 février 2016<sup>72</sup>. L'on n'eût donc relevé aucun excès d'enthousiasme dans l'arrêt N° 1 du 28 mars 2018 ou dans l'arrêt N° 3 du 8 décembre 2016, si les Cours suprêmes française et luxembourgeoise avaient aussi visé l'art. 6 de la Convention EDH au soutien de leurs décisions, comme les pourvois les y invitaient. L'idée suivant laquelle la subsidiarité du droit européen implique « le rôle fondamental et prioritaire du juge interne dans la garantie des droits reconnus par la Convention<sup>73</sup> » ne vaut-elle pas invite à faire preuve d'audace interprétative ? En bref, nous appelons de nos vœux le rattachement clair par le juge interne de *Negativa non sunt probanda*, non pas seulement à l'art. 16 CPC Fr. (65 NCPC Lux.), mais à l'article 6 Convention EDH.

### 15. La relativité de la difficulté, et la possibilité d'exceptions. –

Il est vrai que l'impossibilité de prouver les faits négatifs n'est pas absolue, ou plus exactement qu'elle ne l'est pas toujours. La jurisprudence européenne en rend compte : elle évoque seulement une « charge de la preuve excessive »<sup>74</sup>, et affirme que « la charge de la preuve d'un fait négatif (...) pourrait se révéler difficile, voire impossible »<sup>75</sup>. De façon significative, un juge européen évoque une « preuve négative, quasi-impossible à rapporter »<sup>76</sup> (c'est nous qui soulignons). Il n'est pas toujours absolument impossible de prouver les faits négatifs : parfois c'est seulement très difficile.

*Grosso modo*, la preuve d'un fait négatif ne peut être rapportée de façon directe. Mais, dans certaines hypothèses, on parvient à prouver un fait négatif de façon indirecte en établissant un fait positif exclusif du fait négatif<sup>77</sup>. C'est le problème classique de l'alibi en matière pénale : « pour prouver que la personne n'était pas dans tel lieu, on prouvera qu'elle était dans un autre »<sup>78</sup>. Mais les amateurs de séries policières comprennent aisément ce que la faculté de prouver l'alibi a d'accidentel (*quid* lorsque l'on profite du calme de son domicile tous téléphones éteints ?) ; et quel dommage il y aurait à voir là un critère justifiant le renversement de la présomption d'innocence. Il s'ajoute à cela que les preuves indirectes reposent souvent sur des approximations : p. ex., la preuve du refus d'exécuter le contrat sera sans doute vu comme une preuve indirecte de l'inexécution ; mais en réalité, il est possible qu'un contractant refuse d'exécuter et se ravise ensuite ; ou qu'il refuse d'exécuter parce qu'il a déjà exécuté.

En outre, il faut nuancer la nuance car, dans certaines circonstances, les faits négatifs apparaissent bel et bien *catégoriquement* impossibles à prouver, surtout lorsque l'allégation du fait positif inverse n'est pas circonstanciée : p.ex., comment démontrer qu'on n'a *jamaï*s été convoqué à une réunion si on n'en connaît même pas la date supposée ? Ou qu'un paiement n'a *jamaï*s eu lieu ? Ou qu'un contrat n'a *jamaï*s été conclu ? Etc.

Au reste, même lorsque l'impossibilité de prouver les faits négatifs n'est absolue, elle n'en traduit pas moins une difficulté pratique considérable, et un obstacle bien réel à l'exercice de la contradiction. L'effectivité de la contradiction est parfois affaire de mesure. L'on ne saurait tirer argument de ce que, dans certains cas et avec de la chance, les faits négatifs peuvent faire l'objet de preuve indirecte, pour remettre en cause radicalement la règle plurimillénaire qui conduit à imputer la charge de la preuve au plaideur pour lequel le fait à prouver est un fait positif.

Simplement, si l'impossibilité de prouver les faits négatifs n'est pas toujours absolue, des exceptions à la règle deviennent envisageables. Nous allons voir que le droit positif consacre effectivement de telles exceptions, mais sans négliger l'obstacle bien réel à l'exercice de la contradiction qu'elles impliquent.

70. Il est vrai qu'ultimement toutes les atteintes du juge au principe de la contradiction peuvent être vues comme des atteintes à la contradiction, car l'impartialité est toujours le fondement de l'office du juge à l'égard de la contradiction : v.V. BOLARD, « La philosophie des principes directeurs du procès », *op. cit.*, n° 20 à 22.

71. CEDH Pescador Valero c. Espagne, 24 sept 2003 (17 juin 2003), *Requête* no 62435/00, para 26 : « (...) En outre, on voit difficilement par quels moyens le requérant aurait pu démontrer qu'il ne connaissait pas le juge en question avant le début de la procédure. Comme l'intéressé le souligne, une telle exigence équivaudrait à lui imposer une charge de la preuve excessive. » (violation de l'art. 6 para 1).

72. CEDH 2 février 2016, Meggi Cala c. Portugal, *Req* n° 24086/11, par 47 : « Il est vrai que, d'après l'arrêt de la Cour suprême du 7 décembre 2005, confirmé par son arrêt du 14 janvier 2009 (...), il appartient à l'accusé de se plaindre et de prouver qu'il n'a pas eu connaissance de l'arrêt qu'il souhaite attaquer. Le droit interne fait ainsi peser sur l'accusé la charge de la preuve d'un fait négatif, ce qui aux yeux de la Cour, pourrait se révéler difficile, voire

impossible. La Cour ne partage donc pas l'argument du Gouvernement sur ce point. »

73. N. FICERO, in *Droit et pratique de la procédure civile*, par S. GUINCHARD et alii, *Dalloz Action*, 2021/22, n° 31.19.

74. CEDH Pescador Valero c. Espagne, 24 sept 2003 (17 juin 2003), *Requête* no 62435/00, para 26, préc. en note 8.

75. CEDH 2 février 2016, Meggi Cala c. Portugal, *Req* no 24086/11, para 47 : préc. en note 9.

76. V. ég. CEDH 26 janvier 1933, **AFFAIRE W. c. SUISSE**, *Req.* n° 14379/88), OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE PETTITI : « On ne peut en effet renverser la charge de la preuve et exiger du détenu qu'il prouve qu'il ne prendra pas la fuite, **preuve négative quasi impossible à rapporter.** »

77. V. en ce sens F. TERRE, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., n° 490.

78. V. en ce sens F. TERRE, *ibidem*.

## IB) Les dérogations à *Negativa non sunt probanda*, et le principe de la contradiction

### 16. L'exclusion de la règle en matière pénale, et le principe de la contradiction. –

D'abord, et c'est plus qu'une exception, *Negativa non sunt probanda* est purement et simplement exclu en matière pénale. Il pourrait sembler que le constat formaliste suivant lequel l'art. 1315 du Code civil, qui consacre la règle, ne régit pas la matière pénale, suffise à justifier l'exclusion.

Mais puisque *Negativa non sunt probanda* traduit une conséquence naturelle du principe de la contradiction et que les exigences de la contradiction sont en principe les mêmes en matière pénale et civile<sup>79</sup>, la dérogation doit en réalité être assise sur un fondement substantiel, même en matière pénale.

Précisément, le fondement substantiel de l'exclusion de la règle réside dans la présomption d'innocence. Nous l'avons déjà relevé, c'est la présomption d'innocence qui commande que l'on exige une preuve objective<sup>80</sup> de culpabilité, et donc que le parti pris méthodologique lié à la charge de la preuve (le bénéfice du doute) joue sans compensation en faveur de l'accusé. C'est pour cette raison que le défendeur échappe pleinement au risque de la preuve, que l'adage *Actor incumbit probatio* s'applique réellement (i.e. à l'exclusion de *Reus excipiendo fit actor*). En conséquence, l'accusation supporte le risque de la preuve même si le fait à prouver est négatif pour elle (et positif pour l'accusé) : spécialement, c'est l'accusation qui a la charge de prouver l'absence de fait justificatif. L'accusé, quant à lui, n'a même pas la charge de prouver les faits positifs dans son chef (p.ex. le fait justificatif).

C'est donc par argument *a fortiori* que l'accusé ne peut pas non plus se voir imputer la charge de prouver un fait négatif, comme la CEDH le confirme dans l'arrêt Meggi Cala c. Portugal<sup>81</sup>. En fait, le droit au silence exclut même qu'il se voie imputer la charge de l'allégation ; mais le droit européen admet des atténuations à cette règle dans des circonstances

exceptionnelles<sup>82</sup>. Spécialement, dans l'arrêt Grayson et Barnham c. RU<sup>83</sup>, la Cour EDH répond à deux requérants qui prétendaient qu'on leur avait imputé la charge de prouver des faits négatifs qu'« il n'est pas incompatible avec la notion de procès équitable en matière pénale d'imposer aux requérants l'obligation de donner des explications crédibles sur leur situation patrimoniale. » Sans qu'il soit question d'imputer à l'accusé la charge de prouver des faits négatifs, il peut donc avoir la charge de les alléguer (« donner des explications », c'est alléguer).

Le fait que l'accusation, quant à elle, se voie imputer la charge de prouver des faits négatifs n'en implique pas moins une difficulté singulière ; et cette difficulté justifie d'importants aménagements permettant de sauvegarder l'effectivité de la contradiction malgré l'impossibilité relative de prouver les faits négatifs :

i) Le premier aménagement, structurel, tient à ce que l'impossibilité est plus ou moins dirimante suivant les pouvoirs et les temps dont dispose celui qui doit établir le fait négatif : or précisément, l'accusation dispose de pouvoirs coercitifs dont ne disposent pas les parties au procès civil et d'un temps accru (spéc. l'instruction), qui facilitent l'obtention de la preuve difficile qui lui incombe.

ii) Le second aménagement réside dans une exception au droit au silence, consistant à imputer à l'accusé une charge de l'allégation de certains faits à décharge, qui se présentent comme des faits négatifs pour l'accusation. Ainsi, l'accusation ne supporte la preuve négative de l'absence de fait justificatif qu'à condition que l'accusé ait formulé une allégation qui « n'est pas dépourvue de tout élément permettant de lui accorder crédit »<sup>84</sup>. Autrement dit, l'accusé n'a pas la charge de prouver le fait (négatif pour l'accusation), mais il a la charge d'alléguer le fait positif inverse ; et il faut même qu'il le fasse de façon circonstanciée (il faut des éléments permettant de lui accorder crédit). À l'aune de la contradiction, la solution est particulièrement intéressante : c'est justement lorsque le fait positif n'a pas été spécifiquement allégué que l'impossibilité de prouver le fait négatif inverse risque d'être absolue ; en

79. CEDH, *Werner c/ Autriche*, 24 nov 1997, n° 138/1996/757/956, § 66 : « 66. Peu importe, à cet égard, que l'affaire relève du contentieux civil, car il ressort de la jurisprudence en la matière (voir notamment les arrêts *Lobo Machado c. Portugal* et *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, Recueil 1996-I, respectivement p. 206, § 31, et p. 234, § 33, et l'arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, Recueil 1997-I, p. 108, § 28) que les exigences découlant du droit à une procédure contradictoire sont en principe les mêmes au civil comme au pénal. »

80. MOTULSKY écrit que le juge pénal dit « ce qu'il croit être la vérité objective » – MOTULSKY, *Droit processuel*, Cours Saint Jacques, 1973, p. 231. – V. ég. nos développements sur ce point in V. BOLARD, *Preuve et vérité*, lus et actores, Larcier 2015-3, pp. 69 et s., spéc. n° 41 et s. ; *Preuve et vérité* (version antérieure), Annales du droit lux., 2013, pp. 37 et s., spéc. n° 40 et s. ; *Preuve et vérité* au Luxembourg (version courte), in La preuve, op. cit., p. 883 s., n° 33 et s.

81. CEDH 2 février 2016, *Meggi Cala c. Portugal*, Req no 24086/11 : « Il est vrai que, d'après l'arrêt de la Cour suprême du 7 décembre 2005, confirmé par son arrêt du 14 janvier 2009 (...), il appartient à l'accusé de se plaindre et de prouver qu'il n'a pas eu connaissance de l'arrêt qu'il souhaite attaquer. Le droit interne fait ainsi peser sur l'accusé la charge de la preuve d'un fait négatif, ce qui aux yeux de la Cour, pourrait se révéler difficile, voire impossible. La Cour ne partage donc pas l'argument du Gouvernement sur ce point. »

82. Cour eur. D.H., arrêt *John Murray c/ Royaume-Uni*, 8 février 1996, n° 18731/91, § 47, où la CEDH affirme qu'« il est manifestement incompatible avec [le droit au silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer] de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer », mais admet une nuance : « il est tout aussi évident [...] que ces interdictions ne peuvent et

ne sauraient empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge. »

83. CEDH, *AFFAIRE GRAYSON et BARNHAM c. Royaume-Uni*, 23 septembre 2008, Requêtes nos 19955/05 et 15085/06 : « 35. Le premier requérant soutient que la preuve dont il s'est vu imposer la charge au sujet de ses actifs réalisables était celle d'un fait négatif (...) » ; « 36. Le second requérant affirme que (...) En pratique, il aurait été contraint d'apporter la preuve d'un fait négatif, à savoir qu'il ne possédait pas d'autres biens que le logement familial. » 49. La Cour souscrit aux conclusions de la Cour d'appel dans les arrêts rendus sur les présentes affaires (paragraphe 11 et 18, voir aussi l'affaire *R. v. Barwick* rapportée aux paragraphes 25-26 ci-dessus), selon lesquelles il n'est pas incompatible avec la notion de procès équitable en matière pénale d'imposer aux requérants l'obligation de donner des explications crédibles sur leur situation patrimoniale. Dès lorsqu'il avait été établi, dans l'un et l'autre cas, que les intéressés s'étaient livrés des années durant à un important et lucratif trafic de stupéfiants, il n'était pas déraisonnable d'attendre d'eux qu'ils fournissent des éclaircissements sur le sort des sommes dont le ministère public avait prouvé qu'elles s'étaient trouvées en leur possession, pas plus qu'il ne l'était d'exiger de leur part, au premier stade de la procédure, la preuve de la licéité de l'origine des fonds ou des actifs en question. Les requérants n'ignoraient rien de ces questions et n'auraient eu aucune difficulté à s'acquitter de l'obligation qui pesait sur eux s'ils avaient été sincères sur l'état de leur patrimoine. 50. Partant, il n'y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans le chef d'aucun des requérants. »

84. Trib. arr. Lux., 24 mars 2011, n° 1076/2011 du rôle ; Cass., 27 octobre 1977, Pas. 24, n° 7 ; voir également D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, Bruylant, 2002, p. 164.

revanche, lorsqu'il s'agit de contredire une allégation circonstanciée, la preuve du fait négatif devient plus raisonnable (on peut contredire les circonstances). Cette exception au droit au silence permet donc d'éviter que l'impossibilité de prouver les faits négatifs ne devienne absolue, et de sauvegarder l'effectivité de la contradiction.

### 17. Les exceptions à la règle en matière civile, et le principe de la contradiction. –

En matière civile, l'adage *Negativa non sunt probanda est a priori* applicable puisque c'est le sens même de l'art. 1315 C. civ. : mais la règle est susceptible d'exceptions. Toutefois, comme en matière pénale, ces exceptions supposent un fondement distinct de l'article 1315 ; et des aménagements permettant de sauvegarder l'effectivité de la contradiction :

a) Le fondement des exceptions à *Negativa non sunt probanda* ne peut résider dans l'art. 1315 C. civ. lui-même, puisque le texte ne fait que consacrer la règle de principe.

Mais, des **présomptions légales** peuvent justifier ces exceptions, et l'inflexion au principe de la contradiction qu'elles impliquent. C'est ce qu'illustre un arrêt du 10 mars 1971<sup>85</sup>, dans lequel la Cour de cassation française se fonde sur l'art. 16 du code électoral garantissant le droit civique au maintien sur les listes électorales pour affirmer que « l'inscription d'un citoyen sur la liste électorale de la commune créée, en faveur de son droit à y être maintenu, une **présomption** qui ne peut être détruite que par la preuve contraire qu'il ne rentre dans aucune des situations lui permettant de demeurer inscrit sur cette liste » ; et elle casse un arrêt qui s'était refusé à exiger la preuve d'un fait négatif en application de cette présomption. C'est donc un fondement légal autonome (l'art. 16 du code électoral) qui justifie la présomption dérogatoire au droit commun de l'art. 1315. Civ.

De même, au Luxembourg, la jurisprudence se fonde sur l'art. 1733 C. civ. pour imputer au locataire qui veut s'exonérer de sa responsabilité en cas d'incendie la preuve reconnue *négative* de son absence de faute<sup>86</sup> : ce qui revient à dire que l'art. 1733 justifie une présomption de faute, dérogatoire à l'art. 1315.

Par ailleurs, le **principe de la contradiction** lui-même pourrait justifier une exception à la règle, lorsque la preuve d'un fait positif s'avère plus catégoriquement impossible que la preuve du fait négatif inverse. La « *prohibition* » (générale) « *des preuves impossibles* »<sup>87</sup> suggérée par certains arrêts doit en effet elle aussi être rattachée à la contradiction : l'exigence d'une preuve impossible paralyse le débat, quelle que soit l'origine de l'impossibilité (p.ex. défaut d'accès aux preuves d'une des parties). Pour éviter un malentendu, cette prohibition générale ne peut pas valoir *règle de principe*, car l'impossibilité de prouver un fait positif ne se présente qu'accidentellement, dans des hypothèses spécifiques (p. ex., en droit du travail, l'employé a souvent un accès aux preuves restreint). À l'inverse, l'alternative entre fait positif et fait négatif est un critère général, applicable dans la plupart des cas. Nous ne souscrivons donc pas à la suggestion de CARBONNIER suivant laquelle on pourrait réviser l'art. 1315 en fixant le critère de la charge de la preuve dans l'accès aux preuves des plaideurs : en général, les plaideurs ont un accès aux preuves équivalent, et le critère est inopérant<sup>88</sup>. En revanche, la contradiction justifie que la prohibition des preuves impossibles joue à titre de correctif, quand l'impossibilité relative de prouver un fait négatif est contrebalancée par une impossibilité absolue de prouver le fait positif inverse. Au reste, on s'accommode évidemment mal de l'imputation à un plaideur de la preuve impossible d'un fait négatif lorsque cette impossibilité est *aggravée* par le fait que les éléments de preuve sont détenus par la partie adverse<sup>89</sup> : que reste-il alors de la libre contradiction ?

85. C. Cass. Fr., Civ 2ème, 10 mars 1971, 71-60.038, Publié au bulletin, second moyen : « vu l'article 16 du code électoral ; attendu qu'aux termes de ce texte, les listes électorales sont permanentes ; qu'il en résulte que l'inscription d'un citoyen sur la liste électorale de la commune créée, en faveur de son droit à y être maintenu, une **présomption** qui ne peut être détruite que par la preuve contraire qu'il ne rentre dans aucune des situations lui permettant de demeurer inscrit sur cette liste ; attendu que le jugement attaqué a ordonné la radiation de b... Victor, de dame z..., épouse b..., de Caliez Gaston et de dame y..., épouse Caliez, aux motifs que A... qui conteste leur inscription ne saurait être tenu de rapporter la preuve d'un fait négatif à savoir que ceux-ci ne remplissent pas les conditions pour être inscrits sur la liste électorale ; qu'il appartenait à ces derniers de rapporter la preuve qu'ils remplissent les conditions ; que les époux b... et les époux x... déclarent qu'ils paient des impôts à Vars, mais ne précisent pas lesquels et n'en justifient pas ; qu'il convient d'ordonner leur radiation de la liste électorale ; Attendu qu'en statuant ainsi, le tribunal a renversé la charge de la preuve et n'a pas donné de base légale à sa décision ; PAR CES MOTIFS (casse) ».

86. CA 26 juin 1991, n° 12813, JUDOC 99114440 : « L'article 1733 du Code civil dispose que le locataire "répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que le feu a éclaté sans sa faute" ; si le locataire n'a dès lors pas besoin d'établir d'une façon certaine et directe la cause de l'incendie mais qu'il lui suffit de rapporter la preuve négative, plus facile en apparence, de l'absence de faute, il doit cependant prouver de façon catégorique et certaine qu'il y a eu impossibilité de faute de sa part alors qu'il a pris toutes les précautions de nature à éviter un incendie ; L'absence de cause technique imputable au locataire et l'origine volontaire de l'incendie commis par un auteur inconnu ne sont pas concluants, alors qu'ils ne suffisent pas pour établir que le feu a éclaté nécessairement sans la faute du locataire ; ainsi ils n'excluent pas que l'incendie ait pu éclater du fait d'un tiers dont le locataire a à répondre et ayant libre accès aux locaux. » ; JP Lux, 3 déc. 1981, JUDOC 98107415 : « L'article 1733 du code civil se rattache à l'obligation de restitution, le

preneur étant responsable par le seul fait de la perte, sauf à démontrer lui-même la cause étrangère, le fait qui rend la perte non imputable ; La preuve de la cause étrangère ne doit pas nécessairement être faite in specie, la preuve inductive par laquelle le débiteur établit par l'ensemble des circonstances, qu'il a été dans l'impossibilité absolue de commettre une faute, étant admissible ; l'induction résultant de la preuve négative, à condition qu'elle soit décisive c'est-à-dire qu'elle exclue la faute comme explication possible de l'incendie, constitue une preuve suffisante du cas fortuit. Attendu qu'il y a lieu de relever que la jurisprudence qui admet que le preneur peut valablement s'exonérer par la preuve négative, d'absence de faute, arrive à un résultat sensiblement identique en exigeant l'établissement de faits qui démontrent " que l'incendie ne peut provenir que d'une cause étrangère non imputable au locataire " ce qui revient à la preuve indirecte de l'existence d'un cas fortuit de nature inconnue » ; CA 19/02/1935, Pas 13, 395, rôle n° 93502120, JUDOC 13395 : « En cas d'incendie d'un immeuble loué, il suffit au locataire, pour s'affranchir de la responsabilité que l'art. 1733 du code civil fait peser sur lui, de prouver que le feu a éclaté sans sa faute, en ce sens qu'il avait pris toutes les précautions voulues pour éviter un incendie ; l'art. 1733 nouveau n'exige plus, comme le faisait l'ancien texte, la preuve du fait précis qui a causé l'incendie ou la preuve de la nature spéciale du fait allégué par le locataire comme cas fortuit ; il suffit de rapporter la preuve négative, plus facile, qu'il n'y a pas eu faute du locataire, ce qui revient à la preuve indirecte de l'existence d'un cas fortuit de nature inconnue. » -

87. A. AYNES & X. VUITTON, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 64.

88. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, n° 180, p. 345 : « Si l'on tient à réviser l'a.1315, mieux vaudrait chercher à mettre le fardeau de la preuve en corrélation avec le rapport des forces entre les parties, en une formule telle que celle-ci : que la preuve incombe à chacun des plaideurs dans la mesure où il a accès aux informations qui sont nécessaires au débat. »

89. C. cass. Fr., Soc., 15 mai 2008, 07-40.088, Inédit.

En bref, les exceptions à l'art. 1315 C. civ supposent un **fondement légal autonome, tiré d'une présomption légale, sinon du principe de la contradiction lui-même.**

Toutefois, il faut le souligner, ces exceptions ne doivent pas être confondues avec le cas de figure où un plaideur chargé de prouver un fait positif en a *déjà* rapporté la preuve ; et où l'adversaire, qui le conteste, cherche – dans un second temps – à prouver le fait négatif inverse. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un acte authentique prouve un paiement total, et que l'adversaire soutient néanmoins que le paiement n'était que partiel<sup>90</sup> ; ou même lorsque le paiement (qui est un fait juridique) est prouvé par présomptions simples<sup>91</sup>, avant d'être remis en cause. En réalité, en pareille hypothèse, la contestation porte moins sur le fait lui-même, que sur **la preuve** qui en a *déjà* été rapportée par le jeu normal des **règles gouvernant les modes de preuve**. On pourrait présenter ces règles comme le fondement d'une exception à l'art. 1315 ; mais, il ne s'agit pas de cela, car le problème ne se rapporte plus au risque de la preuve (et au bénéfice du doute) : initialement, la charge de la preuve a bien été imputée au plaideur pour qui le fait était positif ; mais il a apporté cette preuve. En cherchant à renverser la solution, son adversaire ne combat plus seulement le doute : il cherche à remettre en cause une **vérité légale déjà acquise**, ce qui est plus difficile. C'est pourquoi la **contestation sur la preuve** est subordonnée au respect de règles parfois assez strictes (hiérarchie des modes de preuve, règles gouvernant la contestation des actes authentiques, etc.). À l'inverse, le plaideur initialement chargé de prouver un fait négatif au titre d'une véritable exception à l'art. 1315 voit sa tâche facilitée.

b) Les aménagements destinés à sauvegarder la contradiction en présence de telles exceptions consistent essentiellement en un **allègement de la charge de la preuve**. Ainsi, O. POELMANS écrit que : « *la partie à qui une (...) preuve négative incombe peut se contenter d'établir la vraisemblance de l'élément de fait qu'il invoque* »<sup>92</sup>. En jurisprudence, plusieurs décisions luxembourgeoises confirment que, lorsque la preuve d'un fait négatif est imputée à un plaideur, il faut « *se contenter d'une*

*preuve approximative, résultant de probabilités plus ou moins grandes.* »<sup>93</sup>

Pour le reste, comme en matière pénale (*supra* n° 16 *in fine*), le principe de la contradiction devrait conduire à imposer une charge de l'allégation renforcée au plaideur favorisé par le bénéfice du doute. Son adversaire, quant à lui, est doublement défavorisé : il supporte le risque de la preuve (il va perdre en cas de doute) ; et la tâche qui lui incombe de prouver un fait négatif se présente comme une quasi-impossibilité. Or, à défaut d'allégation circonstanciée du fait positif par son contradicteur, l'impossibilité de prouver le fait négatif inverse risque d'être absolue, et l'allègement de la charge de la preuve admis par la jurisprudence de s'avérer en définitive illusoire. C'est pourquoi la transposition de la solution consacrée en matière pénale devrait s'imposer par argument *a fortiori* : en matière civile, la charge de l'allégation est beaucoup mieux conceptualisée (v. art. 14 CPC Fr., 55 NCPC Lux.) ; et elle ne se heurte pas au droit au silence. Au contraire : toutes les parties au procès civil ont une obligation de collaborer à la manifestation de la vérité. En bref, en procédure civile également, l'imputation à un plaideur de la charge de prouver un fait négatif devrait être compensée par l'obligation faite à son adversaire d'alléguer le fait positif inverse *de façon circonstanciée*, afin de sauvegarder la contradiction.

\*  
\* \*

18. En définitive, toute l'économie du droit de la preuve confirme que l'adage *Negativa non sunt probanda* est une règle essentielle, exprimant une conséquence naturelle du principe de la contradiction. C'est certainement pour cette raison qu'elle persiste depuis le droit romain, et qu'en dépit des critiques dont elle a fait l'objet, elle continue d'innover largement la jurisprudence, qui la décline sans cesse de manière implicite ou explicite. En matière civile, la règle, qui exprime le sens véritable de l'article 1315 C. civ., n'est rien de moins que le droit commun de la charge de la preuve ; et le lien ainsi révélé entre un grand texte du Code civil et les droits de la défense paraît

90. C'est le cas de figure qui s'était présenté dans l'affaire jugée par C. cass. Fr. 7 décembre 1999, 97-11.334. Inédit : « Attendu (...) que l'acte authentique mentionnait la quittance donnée par le vendeur à l'acquéreur pour la totalité du prix, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article 1315 du Code civil en énonçant qu'il appartenait aux représentants du vendeur, qui contestaient que la totalité du prix ait été payée, d'en rapporter la preuve ».

91. V. C. Cass ; Fr. Chambre sociale, 7 décembre 2010, 09-42.965, Inédit.

92. O. POELMANS, Droit des obligations au Luxembourg, *op. cit.*, n° 392.

93. Trib. arr. Lux., 18 octobre 2011, n° 109186, JUDOC 100000226 : « La défenderesse avait en l'espèce la charge de la preuve d'un **fait négatif**, à savoir la non-remise du montant de 1.000.000. – LUF par le demandeur. Pareille preuve, qui en l'espèce est celle d'une proposition négative indéfinie, ne peut pas être rapportée de manière absolue, mais **il faut se contenter d'une preuve approximative, résultant de probabilités plus ou moins grandes.** » ; Trib. arr. Lux., 18 novembre 1992, n° 43280, JUDOC 99217596 : « Les demandeurs avaient en l'espèce la charge de la preuve d'un **fait négatif**, à savoir la **non-occupation de l'appartement par les défendeurs** aux fins invoquées dans leur requête en déguerpissement. Pareille preuve, qui en l'espèce est celle d'une proposition négative indéfinie, ne peut pas être rapportée de manière absolue, mais **il faut se contenter d'une preuve approximative, résultant de probabilités plus ou moins grandes.** ». Comp. ég. Trib. arr. Lux. 15 juillet 1988, n° 37069 ; 352/88, JUDOC 98810825 (qui estime toutefois qu'un vol constitue un fait négatif, alors que l'impossibilité relative de prouver le vol a sans doute une autre origine) : « *Si en matière*

*d'assurance-vol l'assurance ne peut exiger de son assuré de faire la preuve du vol lui-même, puisque ce vol constitue un fait négatif il n'en reste pas moins que, sauf conventions spéciales et expresses dérogeant au droit commun, cet assuré doit établir un nombre de faits positifs qui constitueront les circonstances de la disparition alléguée et qui rendront vraisemblable le vol* (cf. Cour d'appel de Paris (4e ch) 16 février 1948 RGAT 1948. 166) ; il n'y a pas lieu d'exiger de l'assuré une preuve rigoureuse, alors que généralement le vol et les circonstances qui l'entourent ne laissent pas de traces de nature à permettre une preuve matérielle, tangible et positive ; il convient par conséquent de se contenter de probabilités en ce sens que l'assuré doit simplement créer à son profit une apparence en établissant la vraisemblance du sinistre et de ses conditions à l'aide de simples présomptions, et même de façon indirecte, par l'exclusion de toute autre hypothèse ; il en est d'autant plus ainsi que le contrat d'assurance contre le vol est généralement conclu intuitu personae l'assureur tenant particulièrement compte de la personnalité et de l'honorabilité de l'assuré ; l'assureur doit cependant être admis à faire valoir tous éléments quelconques propres à ébranler le crédit attaché à la déclaration de l'assuré (Cour d'app (comm) 30.10.1985 Le Foyer / Djubei) ; Suivant les principes ordinaires de la preuve, énoncés à l'article 1315 du Code civil, il incombe à l'assuré, qui réclame à l'assureur l'exécution de son obligation de garantie en raison d'un sinistre, d'établir que celui-ci s'est réalisé dans les conditions prévues à la police pour le jeu de cette garantie (Cour d'appel(comm) précité) » - [https://judoc.public.lu/TAL\\_1988-07-15\\_19680.pdf](https://judoc.public.lu/TAL_1988-07-15_19680.pdf).



tra, somme toute, peu étonnant. Les dérogations supposent un fondement légal spécial ; et, pour compenser l'impossibilité relative de prouver les faits négatifs, la jurisprudence civile les assortit d'un allègement de la charge de la preuve. En matière pénale, il faut un droit aussi fondamental que la présomption d'innocence pour justifier l'exclusion de la règle ; et, pour éviter que l'impossibilité de prouver le fait négatif ne devienne absolue, l'accusé se voit imputer une charge de l'allégation circonstanciée du fait positif inverse, en dérogation au *droit au silence*. C'est dire qu'à chaque fois, des solutions énergiques et structurales ont été trouvées pour sauvegarder la contradiction, malgré la difficulté bien réelle qu'implique la quasi-impossibilité de prouver les faits négatifs. Ces exceptions, dérogoires au droit commun, ne font donc que confirmer la règle, et son lien avec les droits de la défense.

D'ailleurs, les principes, et les règles de principe, qui sont l'objet du droit processuel, sont presque toujours dérogeables. La découverte d'*exceptions* ne peut donc suffire à les remettre en cause radicalement, surtout lorsqu'elles sont aussi prégnantes que l'adage *Negativa non sunt probanda*, ou la règle du fait constant. Comme, en outre, ces règles très anciennes et très répandues sont aussi des règles instinctives, de bon sens, que les tribunaux n'ont sans doute jamais cessé d'appliquer, la

démarche revient à rouler un rocher de Sisyphe. La positivité de telles règles n'est jamais vraiment menacée. Mais, si, compte-tenu de l'importance excessive accordée à l'exception, on ne mesure plus l'importance de la règle et on renonce à la conceptualiser, elle risque d'être *mal* appliquée, à défaut pour les praticiens d'en comprendre l'utilité et la finalité. L'importance des principes, et des règles de principe, réside avant tout dans la cohérence intellectuelle, qu'ils produisent. Le principe, c'est par définition l'idée *première* qui résume l'ensemble, et permet de comprendre chaque règle, et chaque exception, dans un sens propre à servir la finalité du système. C'est donc l'idée appelée à *structurer la pensée*, qu'il faut analyser, expliquer et enseigner : car c'est elle qui produit la cohérence et la *clarté*. L'ignorer, c'est s'exposer à la confusion. Il ne s'agit pas d'ignorer l'exception ; mais l'exception n'affecte par hypothèse que des cas exceptionnels. À l'inverse, la règle de principe se décline, par définition, *dans les cas les plus fréquents*. Renoncer à la comprendre, c'est donc risquer d'innombrables erreurs.

**Vincent BOLARD**

*Avocat à la Cour-Docteur en droit  
Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg*



## CA LUX (RÉF.), 7<sup>ème</sup>, 10 FÉVR. 2021

Arrêt n° 22/21 – VII – REF  
Numéro CAL-2020-00829 du rôle

### Référés – Clause compromissoire – Compétence du juge des référés en présence d'une clause d'arbitrage – Référé-provision – Article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile – Condition d'urgence (oui).

*Si rien ne s'oppose en droit luxembourgeois à la coexistence de la compétence du juge de référés avec l'existence d'une clause d'arbitrage, cette compétence ne se justifie dans le cadre d'un référé-provision qu'à la condition qu'il y ait urgence pour le juge étatique d'intervenir.*

Voir com. p. 24.

#### Faits et antécédents de procédure :

Par deux contrats d'entreprise du 7 décembre 2018, intitulés « les Allées vertes – Lot I » et « les Allées vertes – Lot V », la société à responsabilité limitée SOC.1.) s'est engagée envers la société anonyme SOC.2.) à réaliser les travaux de bardage et de façade d'immeubles faisant l'objet des lots I et V.

En application de l'article 6.3 des contrats, la société SOC.2.) a versé lors de la signature des deux contrats un acompte correspondant à 15 % du montant forfaitaire de chacune des commandes (...), ces acomptes devant être restitués progressivement, par déduction de 15 % du montant de chaque facture émise.

La société SOC.2.) a payé les factures émises le 24 juillet 2019 par l'entreprise SOC.1.) sur base de deux états d'avancement des travaux pour un montant de (...), les factures afférentes déduisant, conformément à l'article 6.3 des contrats, le remboursement de l'avance de 15 % payée par la société SOC.2.) au moment de la signature des contrats (...).

Depuis le 24 juillet 2019 l'entreprise SOC.1.) ne s'était plus présentée sur le chantier, bien qu'elle se soit vue adresser une mise en demeure du 9 octobre 2019 de ce faire, conformément à l'article 16 des contrats.

Par courrier recommandé du 30 octobre 2019, la société SOC.2.) a résilié les contrats avec effet immédiat et par courrier du 12 décembre 2019, elle a mis l'entreprise SOC.1.) en demeure de lui payer au titre de l'acompte payé le solde de 122.519,19 euros qui ne se justifierait plus.

Par exploit d'huissier de justice du 11 février 2020, la société SOC.2.) a fait donner assignation à l'entreprise

SOC.1.) à comparaître devant le juge des référés aux fins de la voir condamner à lui payer par provision la somme de 122.520,09 euros, avec les intérêts légaux jusqu'à solde et une indemnité de procédure (...).

L'entreprise SOC.1.) a soulevé d'abord l'incompétence du juge des référés à connaître de la demande en provision, en présence d'une clause d'arbitrage prévue aux contrats du 7 décembre 2018 attribuant compétence pour le règlement des différends entre parties au centre d'arbitrage de la Chambre du Commerce du Grand-Duché de Luxembourg.

(...)

Elle a contesté le bien-fondé de la demande de provision (...).

Par ordonnance du 24 juillet 2020, un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du tribunal légitimement empêché, a reçu la demande, a rejeté les moyens d'incompétence et de nullité, s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, a évalué la créance de la société SOC.2.) à la somme de 122.520,09 euros et a condamné l'entreprise SOC.1.) à lui payer la prédite somme, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure (...).

Par acte d'huissier de justice du 1<sup>er</sup> septembre 2020, l'entreprise SOC.1.) a régulièrement relevé appel contre l'ordonnance du 24 juillet 2020, lui signifiée en date du 18 août 2020.

Elle demande à la Cour, par réformation du jugement entrepris, de dire que le tribunal des référés est incom-

pétent pour connaître de la demande au vu de la clause d'arbitrage prévue à l'article 20 des contrats litigieux, (...), sinon de rejeter toutes les prétentions adverses pour être non justifiées. (...)

La société SOC.2.) conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Elle fait valoir que la jurisprudence luxembourgeoise admettrait la compétence du juge des référés en présence d'une clause d'arbitrage, sans condition d'urgence, contrairement au droit français. Étant dérogatoire au droit commun, la clause compromissaire devrait s'interpréter restrictivement. Elle porterait uniquement sur le fond de l'affaire et rendrait seulement le tribunal incompetent sur le principal et à défaut de manifestation expresse, on ne saurait déduire de la clause compromissaire la renonciation par les parties à se pourvoir en référé.

(...)

Quant au bien-fondé de la demande, elle estime (...).

#### Appréciation de la Cour :

Quant à l'exception de compétence tirée de la clause d'arbitrage :

Il est constant en cause que les parties ont entendu soustraire leurs différends à la compétence des tribunaux judiciaires, étant donné qu'aux termes de l'article 20 des deux contrats d'entreprise signés entre parties le 7 décembre 2018, « tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage de la Chambre de Commerce du Grand-Duché de Luxembourg par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement ».

Tel que relevé à juste titre par le juge de première instance, la jurisprudence luxembourgeoise retient que « l'attribution de compétence à des arbitres est dérogatoire au droit commun. Pareille clause d'arbitrage doit s'interpréter restrictivement et porter uniquement sur le fond de l'affaire, et on ne saurait en déduire une renonciation par les parties à se pourvoir en référé. Le caractère provisoire des ordonnances de référé rend inopérant les conventions d'arbitrage en matière de référé » (Bulletin du Cercle François Laurent IV 1989 – Le référé ordinaire en droit luxembourgeois par Émile Penning, n° 11 p. 14 ; Cour d'appel 3 juin 2009, n° 34203 du rôle).

Le principe sus-énoncé se fonde sur trois arrêts des 5 décembre 1988 (n° 10606 du rôle), 30 janvier 1989 (n° 11039 du rôle) et 25 juin 1991 (n° 13074 du rôle). Ces arrêts ont été rendus à la suite de la réforme de la procédure des référés par le Règlement grand-ducal du 25 novembre 1983, lequel est largement inspiré des textes régissant le référé dans le Nouveau code de procédure civile français, l'arrêt du 5 décembre 1988 faisant notamment expressément référence à la jurisprudence fran-

çaise. Il en résulte que la jurisprudence luxembourgeoise en la matière s'oriente largement à la lumière de la jurisprudence française.

Or, tel que relevé par un auteur luxembourgeois (Bulletin du Cercle François Laurent II 1997, Patrick KINSCH, La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage, p. 71) si la doctrine française ne conteste guère l'opportunité de la compétence du juge des référés pour ordonner des mesures d'instruction *in futurum*, la question du référé-provision restait discutée à cette époque. « Les auteurs favorables à l'affirmation de la compétence du juge des référés estiment que le référé-provision est de nature à moraliser les relations juridiques en permettant au créancier d'obtenir rapidement un titre sanctionnant l'existence d'une obligation incontestable ; les adversaires de cette compétence font observer que le référé-provision n'est malgré l'apparence, pas une véritable mesure provisoire et que le fait de reconnaître la compétence du juge des référés pour allouer une provision au créancier, nonobstant clause compromissaire, entraîne le risque réel que le référé-provision se substitue en fait à l'arbitrage ». L'auteur indiquait encore qu'il existait déjà à l'époque en jurisprudence française une tendance à subordonner à une condition – normalement étrangère à ce type de référé – d'urgence la recevabilité d'une demande en référé-provision en présence d'une clause compromissaire.

Cette exigence que la condition d'urgence soit remplie pour que le recours au référé-provision soit possible en présence d'une clause compromissaire se trouve actuellement fermement ancrée en droit français, étant donné que tant la première et deuxième chambre civile que la chambre commerciale de la Cour de cassation française soumettent, dans le cas d'un litige qui relève au fond d'un tribunal arbitral, le recours au juge des référés à la condition d'urgence que ne requièrent pourtant ni l'ancien article 809 alinéa 2 (équivalent à l'article 933, alinéa 2 du NCPC luxembourgeois), ni l'ancien article 873, alinéa 2 du NCPC français (équivalent à l'article 933, alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC luxembourgeois) (L'arbitrage interne, Panorama de la jurisprudence récente par Jacques ÉTIENNE, conseiller à la Cour de cassation, article publié sur le site internet de la Cour de cassation française le 25 août 2016).

Actuellement, l'article 1449 du Code de procédure civile français dispose que :

« L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal judiciaire ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage. »

Désormais, la condition d'urgence, exigée auparavant par la jurisprudence, se trouve inscrite dans le texte légal applicable en la matière et la jurisprudence française se montre particulièrement rigoureuse dans l'appréciation de la condition d'urgence en cas de référé-provision (Revue de l'arbitrage 2020, n° 2, Observations de Jérôme BARBET, avocat au barreau de Paris, relatives à l'articulation entre l'arbitrage et le référé, analysant les arrêts CA Paris, 26 septembre 2019, CA Paris 26 juin 2019, CA 6 juin 2019, CA Lyon 17 septembre 2019, CA Paris 27 février 2020, CA Limoges 11 avril 2019 et CA Paris 31 octobre 2019).

Il est admis que l'exigence de cette condition de l'urgence conduit à la conciliation des principes qui *a priori* s'affrontent, à savoir d'une part, le respect de la volonté des parties, lesquelles ont entendu soustraire leurs litiges à une juridiction étatique et d'autre part, la nécessité d'accorder au créancier qui se heurte à la passivité abusive d'un débiteur incontestable d'obtenir par provision une somme dont il est, sans contestation sérieuse, titulaire (Jacques VUITTON et Xavier VUITTON, Les référés, 2<sup>ème</sup> édition Litec, n° 806 et suivants). L'exigence de l'urgence a encore être qualifiée de saine, étant donné que les parties, qui ont dénié toute compétence au juge étatique pour trancher un éventuel litige entre elles, ne sauraient être admises à faire appel à lui, quand bon leur semble, sans qu'une circonstance particulière, empêchant d'attendre une décision arbitrale, puisse le justifier. À défaut d'urgence, il appartient logiquement au créancier de mettre en œuvre la procédure de constitution du tribunal arbitral qu'il a choisi et de lui demander d'intervenir à titre provisoire (Jacques VUITTON et Xavier VUITTON, Les référés, 2<sup>ème</sup> édition Litec, n° 841).

Dès lors qu'en l'espèce, aucune justification plausible de procéder à une différenciation en droit luxembourgeois

par rapport au droit français n'est avancée par l'intimée, et dans la mesure où en droit luxembourgeois tant la réforme des textes applicables en matière de référé que la jurisprudence luxembourgeoise s'inspirent des textes et jurisprudences françaises en la matière, il y a lieu de suivre l'évolution du droit français en la matière, afin de concilier les mêmes principes juridiques existant en droit luxembourgeois, à savoir, le respect de la volonté des parties, et la nécessité d'accorder au titulaire d'une créance non sérieusement contestable la possibilité de recouvrer rapidement et par provision cette somme.

Il y a en conséquence lieu de retenir que si rien ne s'oppose en droit luxembourgeois à la coexistence de la compétence du juge de référés avec l'existence d'une clause d'arbitrage, cette compétence ne se justifie dans le cadre d'un référé-provision qu'à la condition qu'il y ait urgence pour le juge étatique d'intervenir.

La Cour constate cependant en l'espèce, que l'intimé n'invoque aucune urgence à se voir allouer la provision sollicitée et qu'une telle urgence ne résulte par ailleurs pas des éléments du dossier.

Dans ces conditions, il y a lieu, par réformation de l'ordonnance entreprise, de retenir que la clause d'arbitrage invoquée par l'entreprise SOC.1.) fait obstacle à la compétence du juge des référés à connaître de la demande en provision de la société SOC.2.) et que ce dernier aurait dû se déclarer incompétent pour connaître de cette demande, en l'absence de preuve que la condition d'urgence se trouve remplie en l'espèce.

(...)

*Dispositif conforme aux motifs.*

## Commentaire

### CLAUSE D'ARBITRAGE ET RÉFÉRÉ-PROVISION : LA NÉCESSITÉ DE L'URGENCE

Le juge des référés a-t-il compétence pour ordonner le versement d'une provision malgré l'existence d'une convention d'arbitrage liant les parties ?

On reconnaît là « *l'une des quaestiones disputatae du droit de l'arbitrage* »<sup>1</sup>, sur laquelle la Cour d'appel, statuant en référé, a pris position dans l'arrêt ci-avant reproduit. La réponse, directement inspirée du droit français, peut se lire en deux temps : certes, la présence d'une clause compromissoire n'exclut pas la compétence du juge référé ; celui-ci n'aura toutefois compétence pour condamner une partie au paiement d'une somme d'argent sur le fondement de l'article 933, alinéa 2, du Nou-

veau code de procédure civile que si la partie demanderesse (le prétendu « créancier » de l'obligation) prouve l'urgence à se voir allouer la provision qu'elle sollicite.

Le fait de réaffirmer que la stipulation d'une clause d'arbitrage n'empêche pas les parties liées par cette clause de solliciter des mesures auprès du juge étatique des référés n'est pas inutile. La Cour d'appel reprend ici la motivation du premier juge<sup>2</sup> en ce que celui-ci avait décidé que « *l'attribution de compétence à des arbitres est dérogoire au droit commun. Pareille clause d'arbitrage doit s'interpréter restrictivement et porter uniquement sur le fond de l'affaire, et on ne saurait en déduire une*

1. A. HORY, note sous Cass. fr., Com., 29 juin 1999, *Société Firma Waibel Kaeuffer*, Rev. Arbitrage, 1999, p. 817.

2. Trib. Arr. Luxembourg (réf.), 24 juillet 2020.

renonciation par les parties à se pourvoir en référé. Le caractère provisoire des ordonnances de référé rend inopérant les conventions d'arbitrage en matière de référé ».

S'il est fait référence à plusieurs arrêts antérieurs en ce qu'ils avaient déjà posé le principe du maintien de la compétence du juge des référés en présence d'une clause compromissoire<sup>3</sup>, il convient toutefois de rappeler que cette solution avait semblé être remise en cause par d'autres décisions, selon lesquelles devait être exclue la compétence du juge des référés faute pour les parties de ne pas avoir expressément soustrait de la compétence des arbitres les différends pour lesquels le juge des référés aurait été compétent<sup>4</sup>. Il résultait de ce courant jurisprudentiel que la clause compromissoire à portée générale (telle celle qui liait les deux sociétés luxembourgeoises parties au litige soumis à la Cour, qui était ainsi rédigée : « tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage de la Chambre de commerce du Grand-Duché de Luxembourg par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement ») devait être interprétée comme empêchant l'intervention du juge des référés, à moins que les parties n'aient expressément réservé la compétence de celui-ci.

L'arrêt ici rapporté revient au principe de solution traditionnelle<sup>5</sup>, et décide en conséquence que le juge des référés reste en

principe compétent pour ordonner des mesures provisoires en présence d'une clause compromissoire, à moins que les parties n'aient exclu sa compétence<sup>6</sup>.

La solution doit être pleinement approuvée. La clause compromissoire, par laquelle a été donné à l'arbitre le pouvoir de juger, interdit certes aux parties de saisir le juge étatique, sans quoi la convention d'arbitrage serait vidée de sa substance, mais doit appeler une interprétation restrictive du fait qu'elle est dérogatoire au droit commun<sup>7</sup>. Portant uniquement sur le fond de l'affaire, elle ne peut pas impliquer par elle-même<sup>8</sup> la renonciation au juge étatique des référés, appelé à rendre des décisions provisoires ne préjudiciant pas au principal<sup>9</sup>.

Mais que doit-il en être justement pour le référé-provision, là où l'on ne se trouve plus en présence d'un référé comme les autres<sup>10</sup> du fait que celui-ci « implique nécessairement une appréciation portant sur le fond »<sup>11</sup> et ainsi « se principalise »<sup>12</sup> ?

Le référé-provision, prévu à l'article 933, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile, permet en effet au juge des référés, « [d]ans tous les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (...), [d]'accorder une provision au créancier ».

On sait que le terme « provision » n'est pas à entendre nécessairement comme une portion de l'obligation. Le juge des référés a en effet le pouvoir de condamner le prétendu « débi-

3. CA, 5 décembre 1988, n° 10606 du rôle ; CA, 30 janvier 1989, n° 11039 du rôle ; CA, 25 juin 1991, n° 13074 du rôle ; CA, 3 juin 2009, n° 34203 du rôle. Est également cité l'article d'É. PENNING, « Le référé ordinaire en droit luxembourgeois », *Bull. Cercle François Laurent*, 1989, IV, n° 11, p. 14 (et n° 12, p. 26 concernant l'arrêt de la Cour d'appel du 25 juin 1991). Voir également P. KINSCH, « La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage », *Bull. Cercle François Laurent*, 1997, p. 1, et notamment pp. 69-70.
4. CA, 9 juillet 2008, n° 33323 du rôle ; CA, 21 octobre 2009, n° 34728 du rôle ; *J.T.L.* 2010, p. 72, obs. Patrick KINSCH.
5. En plus des décisions citées par l'arrêt, voir également CA, 15 décembre 2004, n° 28445 du rôle (qui retient ce même principe en usant d'une formule plus simple, selon laquelle « l'incompétence découlant [d'une convention d'arbitrage] à l'égard des tribunaux ordinaires ne s'étend pas au juge des référés » ; Trib. Arr. Luxembourg (réf.), 10 novembre 2008, n° 116469 du rôle ; CA (réf.), 11 mars 2015, n° 41833 du rôle, qui évoque ce principe de solution comme émanant d'« une jurisprudence constante » ; CA (réf.), 13 mai 2015, n° 41551 du rôle.
6. Il s'agira donc de vérifier dans chaque cas d'espèce si les parties auront renoncé dans leur convention d'arbitrage à la faculté de saisir le juge étatique d'une demande de mesures provisoires et conservatoires. Précisons que certains auteurs français limitent le pouvoir de la volonté des parties, en ce qu'il leur paraît difficile d'admettre l'exclusion de la compétence du juge des référés (au moins pour l'arbitrage interne) « dans les cas les plus graves et notamment en cas d'extrême urgence ou lorsque le juge des référés intervient à raison d'actes de justice privée, c'est-à-dire dans le cadre de sa mission minimum d'ordre public » (X. VUITTON et J. VUITTON, *Les référés. Procédure civile, Contentieux administratif, Procédure pénale*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2018, n° 302, p. 149).
7. Voir par exemple, É. LOQUIN, *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1034 : Arbitrage. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire, 2018, notamment n° 1 : « [L]es arbitres constituent une juridiction exceptionnelle, dérogatoire au droit commun. Ceux-ci sont compétents pour trancher un litige délimité par la volonté des parties dans la convention d'arbitrage. Cette singularité donne un régime original à la solution des litiges naissant de la compétence concurrente des juridictions étatiques et des juridictions arbitrales ».
8. Et que devrait-il en être si la convention d'arbitrage faisait référence à un règlement d'arbitrage qui excluirait la compétence du juge des référés ? Soulignons que l'arrêt de la Cour d'appel ne reprend pas à son compte l'argument de l'appelante selon lequel seule une « manifestation expresse » de volonté pourrait valoir renonciation par les parties à se pourvoir en référé en présence d'une convention d'arbitrage. La compétence des juridictions étatiques pour connaître du référé-provision pourrait dès lors, nous semble-t-il, être évincée par la référence que feraient les parties à un règlement d'arbitrage qui excluirait une telle intervention du juge des référés. Voir notamment Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international, Litec*, 1996, n° 1342, p. 74 ; Chr. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et

international », *LGDJ, Précis Domat droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., 2019, n° 183, p. 230 et n° 407 p. 400 (en matière d'arbitrage interne).

Tel n'est pas le cas du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Luxembourg (2020) – en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020 – (le « **Règlement d'arbitrage** »), lequel prévoit expressément en son article 20 (2) que les parties pourront solliciter des mesures provisoires ou conservatoires auprès du juge étatique malgré l'existence la convention d'arbitrage, et ce « [a]vant la remise du dossier à l'arbitre et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent ». Le même article de ce règlement prend soin de préciser que « [l]a saisine d'une autorité judiciaire pour obtenir de telles mesures ou pour faire exécuter des mesures semblables prises par un tribunal arbitral ne contrevient pas à la convention d'arbitrage, ne constitue pas une renonciation à celle-ci, et ne préjudicie pas à la compétence de l'arbitre à cette fin ». Le juge étatique subira la concurrence du tribunal qui pourra dès sa constitution et sauf accord de volonté contraire des parties, « ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère [a] comme appropriée » (article 21 du Règlement d'arbitrage). Une innovation notable est celle permettant à un arbitre, avant même la constitution du tribunal arbitral, de prononcer des mesures conservatoires ou provisoires urgentes (article 20 (1) et annexe III du Règlement d'arbitrage), en ce sens que celles-ci ne pourront « attendre la constitution d'un tribunal arbitral ». La décision de « l'arbitre statuant sur les mesures d'urgence » devra être rendue dans les quinze jours de la date à laquelle le dossier lui aura été remis (article 10 de l'annexe III du Règlement d'arbitrage) et cessera de lier les parties si « aucune demande d'arbitrage au fond n'a[ur]a été introduite auprès du Secrétariat dans les 30 jours suivant la notification de la décision » (article 12, a), de l'annexe III du Règlement d'arbitrage). L'arbitre d'urgence se voit ainsi consacré, et le Règlement d'arbitrage a pris soin de préciser que sa compétence ne sera pas exclusive, mais coexistera avec celle du juge étatique.

Voir également le projet de loi portant réforme de l'arbitrage et modification du titre I. du Livre III. « Des arbitrages » du Nouveau Code de procédure civile (doc. parl. n° 7671), qui envisage d'insérer un nouvel article 1231-9 dans le Nouveau Code de procédure civile aux fins de donner compétence au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (en-dehors des saisies) et qui prévoit également la compétence concurrente des tribunaux ordinaires et de la juridiction arbitrale pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires en vue de « donner la plus grande liberté possible aux parties » (Commentaire des articles, doc. parl. n° 7671, pp. 21-22).

9. Voir déjà P. KINSCH, « La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 67-68.
10. G. COUCHEZ, « Le référé-provision : mesure ou démesure ? », *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 161, notamment n° 7, p. 165.
11. G. COUCHEZ, *op. cit.*, n° 6, p. 164.
12. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les compétences internationale et territoriale du juge du provisoire », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien* (sous la dir. de Jacques VAN COMPERNOLLE et Giuseppe TARZIA), Bruylant, 1999, p. 479, notamment n° 27 p. 495.

teur » au montant total de l'obligation, et donc au montant de la demande susceptible d'être l'objet du fond du litige<sup>13</sup> (cette pratique étant appelée celle de la « provision à 100 % »<sup>14</sup>), à partir du moment où son existence n'est pas sérieusement contestable. Voilà d'ailleurs l'unique condition posée par la loi au référé-provision de droit commun<sup>15</sup> : le pouvoir juridictionnel du juge des référés de condamner le défendeur au paiement d'une provision est subordonné à la seule absence de contestation sérieuse de l'obligation<sup>16</sup>. Pour apprécier cette condition, le juge va nécessairement apprécier le bien-fondé de la prétention, « préjuger le fond »<sup>17</sup>, alors qu'en présence d'une clause compromissoire, le fond devrait être exclusivement tranché par les arbitres à qui les parties ont choisi de donner le pouvoir de juger. D'ailleurs, n'est-il pas légitime de se demander si, parce qu'une provision équivalente à la totalité de la somme réclamée pourra être octroyée par une décision immédiatement exécutoire<sup>18</sup>, une procédure au fond présentera encore un quelconque intérêt<sup>19</sup> ? L'instance ne s'arrêtera-t-elle pas là, au risque de voir les arbitres ne jamais être saisis de la question litigieuse ? On voit là les arguments qui semblent s'opposer à la compétence du juge des référés-provisions en présence d'une clause d'arbitrage<sup>20</sup>.

Mais le référé-provision, comme l'a expliqué Jacques NORMAND, permet aussi « d'assurer la moralisation de la vie juridique, d'éviter qu'il n'y ait à faire un procès là où l'existence de l'obligation ne souffre pas de discussion. Dans cette perspective, et s'agissant de protéger celui dont le droit n'est pas sérieusement contestable, il devrait être sans importance que ce procès doive avoir lieu devant un juge arbitral plutôt que devant une juridiction étatique »<sup>21</sup>. L'équité, combinée à la spécificité de cette

action, commande ainsi son maintien en présence d'une clause compromissoire. Le caractère par nature provisoire de la décision du juge des référés, laquelle sera dépourvue de l'autorité de la chose jugée au principal<sup>22</sup>, milite encore en faveur de la même solution. La décision du juge des référés ne s'imposera en effet pas aux arbitres qui pourront être appelés à trancher le fond du litige et qui auront toute liberté pour porter une appréciation différente sur les faits de la cause. La mesure ordonnée par le juge des référés pourra d'ailleurs être remise en cause par le juge étatique lui-même, soit parce que l'ordonnance aura été frappée d'appel<sup>23</sup> par la défenderesse qui aura été considérée comme débitrice de l'obligation et s'estimera avoir été injustement condamnée, soit parce que le juge des référés qui aura prononcé la mesure rétractera sa décision car des « circonstances nouvelles » auront apparues<sup>24</sup>. On reconnaît ici les arguments qui militent en faveur de la reconnaissance de la compétence du juge des référés pour condamner au montant d'une provision en dépit d'une clause d'arbitrage<sup>25</sup>.

Une solution de compromis s'imposait donc, afin, comme le résume la Cour d'appel, de concilier les principes antagonistes en présence que sont, d'une part, le respect de la volonté des parties, lesquelles ont entendu renoncer à la compétence des juridictions étatiques, et, d'autre part, le droit légitime du créancier d'être rempli de ses droits si ceux-ci sont incontestables. Cette solution, empruntée à la France<sup>26</sup>, va consister à soumettre le référé-provision en présence d'une clause d'arbitrage à une condition supplémentaire, condition qui n'existe pas pour le référé-provision « de droit commun », celle de l'urgence, seule à même de déroger à l'incompétence du juge éta-

13. Voir par exemple, Chr. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 410 p. 402. Est souvent évoquée à ce propos la fonction d'anticipation du juge des référés. Voir par exemple X. VUITTON et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 65, p. 37 ; X. VUITTON, *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1200-95 : Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés. – Fonctions du juge des référés., 2019, n° 80 ; A. MOURRE, *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 780 : Arbitrage commercial international. – Instance arbitrale. – Intervention du juge étatique. – Mesures provisoires et conservatoires, 2020, n° 26.
14. É. PENNING évoque à son propos « le système de la provision maxima » selon lequel « le montant de la provision n'a pas d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée » (É. PENNING, « Les procédures rapides en matière civile, commerciale et de droit du travail », *Bull. Cercle François Laurent*, 1993, n° 107, p. 124).
15. G. COUCHEZ, *op. cit.*, n° 2 pp. 161-162, parle à ce propos de « la "libération" du référé-provision » au regard de « l'autonomie des dispositions qui le réglementent ».
16. Nous retrouvons l'absence de contestation sérieuse comme condition de recevabilité du référé pour le référé-urgence prévu par l'article 932, alinéa 1<sup>er</sup>, du Nouveau Code de procédure civile. Sur la comparaison des différentes « critères d'application (...) qui fondent les pouvoirs du juge des référés », voir notamment Thierry HOSCHÉIT, « La juridiction du président du tribunal d'arrondissement : actualités et perspectives », *J.T.L.* 2015, p. 97, et notamment n° 13, p. 99.
17. Voir par exemple J. VINCENT, « Les pouvoirs du juge en matière de provision », in *Études offertes à Pierre Kayser*, vol. 2, Presses universitaires Aix-Marseille, 1979, p. 417, notamment p. 438, où l'auteur précise que le référé-provision « tranche sans l'avouer le fond du droit ».
18. Art. 938, alinéa 3, du NCPC.
19. Chr. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 186, p. 232, où ces auteurs relèvent que le référé-provision « est parfois devenu en pratique un mode de recouvrement des créances qui dispense d'agir au fond ».
20. Notons que certains auteurs sont opposés à la possibilité pour un juge des référés de connaître du référé-provision dès lors qu'a été stipulée une clause compromissoire : voir notamment H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. fr. Civ. 1, 29 novembre 1989 et Cass. fr., Civ. 1, 6 mars 1990, *Rev. Arbitrage*, 1990, p. 633 ; Ph. THERY, « *Judex Gladii* (des juges et de la contrainte en

territoire français) », *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 477.

21. J. NORMAND, « De quelques limites du référé provision », *RTD Civ.*, 1999, p. 177. Voir déjà, du même auteur, obs. *RTD Civ.*, 1985, p. 210 : le référé-provision est essentiellement fondé sur « la volonté d'assurer la protection immédiate du créancier, et par-delà, de moraliser les relations juridiques en déjouant les calculs de ceux qui, malgré l'évidence de leur dette, comptent sur la répugnance de l'adversaire à engager un procès et sur les lenteurs inhérentes à toute procédure pour retarder une échéance qu'ils doivent pourtant savoir inéluctable ». Voir encore Xavier VUITTON et Jacques VUITTON, *op. cit.*, n° 70 p. 39, selon lesquels « le référé-provision constitue un moyen efficace de moralisation de la vie juridique et judiciaire, qui empêche que le débiteur de mauvaise foi n'utilise tous les arcanes de la procédure au fond pour éviter de régler rapidement une dette incontestable, épargne les recours multiples et abusifs et apporte une solution rapide et efficace à un litige qui n'en méritait pas d'autre ».
22. Art. 938, alinéa 1<sup>er</sup>, du NCPC.
23. Art. 939, alinéa 1<sup>er</sup>, du NCPC.
24. Art. 938, alinéa 2, du NCPC.
25. Concernant l'exposé de ces arguments, voir également P. KINSCH, « La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage », *op. cit.*, p. 71, repris en grande partie dans la décision ici rapportée.
26. Voir en France, la solution arrêtée dès 1979 : Cass. fr., Civ. 3, 9 juillet 1979, *JCP* 1980, II, 19389 (2<sup>e</sup> esp.), même si la condition n'apparaît pas encore avec certitude (« l'existence d'un compromis d'arbitrage n'exclut pas la compétence du juge des référés, qui avait par ailleurs constaté l'urgence, pour accorder une provision au créancier d'une obligation non sérieusement contestable » ; voir la solution plus claire adoptée par Cass. fr., Civ. 1, 6 mars 1990, *op. cit.* (en matière d'arbitrage international) ; voir également l'unification du régime de l'arbitrage interne et de celui de l'arbitrage international par Cass. fr., Civ. 2, 2 avril 1997, *Bull. civ.*, II, n° 108 et Cass. fr., Civ. 1, 21 octobre 1997, *Bull. civ.*, I, n° 286 ; *Rev. Arbitrage*, 1998, p. 675, note L. DEGOS. La solution est constamment rappelée par la Cour de cassation française : voir par exemple Cass. fr., Civ. 2, 13 juin 2002, *Bull. civ.*, II, n° 130 ; Cass. fr., Civ. 1, 26 octobre 2011, *Procédures*, 2012, comm., 11. Voir également Philippe FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1341, pp. 742 et 743.



tique et de justifier la compétence exceptionnelle du juge des référés<sup>27</sup>. Il s'agit à notre connaissance de la première décision de nos cours et tribunaux qui pose cette solution, laquelle rencontre là encore notre totale approbation. L'urgence permettra d'éviter que la compétence arbitrale ne soit trop facilement contournée et que la convention d'arbitrage ne soit vidée de sa substance. Comme l'écrivent justement les juges de la Cour d'appel, à défaut d'urgence, il appartiendra au demandeur, non pas de saisir le juge étatique, mais de respecter les termes de la convention d'arbitrage et de provoquer la constitution du tribunal arbitral<sup>28</sup>. La condition de l'urgence a d'ailleurs été consacrée par le législateur français dans l'article 1449 du Code de procédure civile (tel qu'issu de sa rédaction par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011<sup>29</sup>), cité *in extenso* par la décision de la Cour d'appel ici étudiée.

Celle-ci n'a toutefois pas eu l'occasion de nous fournir un quelconque élément sur la manière dont sera appréciée cette condition, faute pour l'intimé (le prétendu « créancier ») d'avoir invoqué une quelconque urgence à se voir allouer la provision qu'il réclamait.

L'analyse des solutions françaises, et notamment celles rendues récemment par les juridictions du second degré citées par l'arrêt ici commenté<sup>30</sup>, tend à démontrer une appréciation assez sévère de cette condition<sup>31</sup>, qui porte tant sur la réalité de la menace qui pèse sur le recouvrement de la créance au regard de la situation du prétendu débiteur que sur le péril réellement encouru par le soi-disant créancier au cas où il n'obtiendrait pas l'allocation de la provision qu'il sollicite. Pour que l'urgence soit retenue, les difficultés de trésorerie alléguées par la demanderesse devront avoir été « directement » liées au retard de paiement des sommes demandées, le groupe de sociétés auquel appartiendrait la demanderesse devra lui-même être en défaut<sup>32</sup>, alors que l'inertie de la

demanderesse à agir en justice<sup>33</sup> tendra à faire rejeter toute urgence.

Soulignons enfin que la décision de la Cour d'appel ici commentée, bien qu'elle revendique s'inspirer des solutions françaises, ne fait nullement mention d'une autre condition exigée en France pour fonder la compétence du juge des référés-provisions alors qu'une convention d'arbitrage lie les parties : l'absence de constitution du tribunal arbitral<sup>34</sup>. Une fois le tribunal arbitral constitué<sup>35</sup>, le juge des référés perd en effet, en France, toute compétence<sup>36</sup>. Une décision précédemment rendue par la Cour d'appel le 25 juin 1991<sup>37</sup> avait adopté cette solution puisqu'elle précisait que l'existence d'une convention d'arbitrage formerait un obstacle à la compétence du juge des référés « *au cas de compromis lorsque le tribunal arbitral est déjà constitué et qu'il existe par conséquent une juridiction déjà saisie et capable de statuer sur ces questions qui requièrent célérité* ».

Cette solution a en tous cas été rejetée par le projet de loi portant réforme de l'arbitrage et modification du titre I. du Livre III. « Des arbitrages » du Nouveau Code de procédure civile<sup>38</sup>, déposé le 15 septembre 2020 (le « **Projet de loi** »)<sup>39</sup>. Celui-ci envisage en effet d'inclure un nouvel article 1227-4 dans le Nouveau Code de procédure civile, qui serait ainsi libellé :

« [a]ussi longtemps que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué ou lorsqu'il apparaît que le tribunal arbitral ne peut octroyer la mesure recherchée, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'une partie saisisse une juridiction étatique aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ».

Le commentaire des articles du Projet de loi<sup>40</sup> précise expressément que la solution se dissocie sur ce point de l'article 1449

27. Il s'agit bien d'une condition de la compétence des juges étatiques, sanctionnée par une exception d'incompétence, qui sera à soulever *in limine litis* (voir P. KINSCH, « La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage », *op. cit.*, p. 67 et Trib. Arr. Luxembourg, 20 mai 1987, n° 297/87) et non d'une condition à laquelle seraient subordonnés les pouvoirs du juge des référés, et donc la recevabilité de la demande (sur la distinction entre « compétence » et « pouvoirs » du juge des référés, voir notamment T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 3 p. 98 ; É. PENNING, « Les procédures rapides en matière civile, commerciales et de droit du travail », *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1993, p. 1, et notamment n° 30 p. 50).
28. Voir encore Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1345, pp. 745 et 746.
29. Ce texte a été récemment modifié par le décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019 en ce qu'il a uniquement procédé à la substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance par application de l'article 5 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
30. CA Paris, 26 septembre 2019, *Aleik Company for General Tradint Ltd. v. SAS Airbus Helicopters*, *Rev. Arbitrage*, 2020, p. 547 ; CA Paris, 26 juin 2019, *Société 2H Energy v. GE Energy Power Conversion France*, *Rev. Arbitrage*, 2020, p. 560 ; CA Paris, 6 juin 2019, *SARL ED2L v. SARL Nicot Couderc*, *Rev. Arbitrage*, 2020, p. 572 ; CA Lyon, 17 septembre 2019, *SAS Topcars v. SCI du 25 rue Robespierre*, *Rev. Arbitrage*, 2020, p. 577 ; CA Paris, 27 février 2020, *SARL Ecomar v. SCCV Les Hauts de Rivière Roche*, *Rev. Arbitrage*, 2020, p. 581 ; Limoges, 11 avril 2019, *Société JKLMDJ & C.S.R.L. v. SARL AB Développement, MMA IARD, SAS Sementhal*, *Rev. Arbitrage*, 2020, p. 588 ; CA Paris, 31 octobre 2019, *SAS Litech Management v. Société Business Asia Consultants*, *Rev. Arbitrage*, 2020, p. 596 ; toutes ces décisions ont fait l'objet d'observations de Jérôme BARBET aux références ci-avant indiquées.
31. Il en est ainsi du moins quant aux décisions rendues par la Cour d'appel de Paris. Celle-ci, dans son arrêt précité du 26 juin 2019, va d'ailleurs jusqu'à évoquer la nécessité d'une « *urgence manifeste* ». Voir toutefois, CA Lyon, 17 septembre 2019, *op. cit.*, qui est beaucoup moins stricte dans

son appréciation de l'urgence, se contentant de relever l'ancienneté de la créance et le montant de celle-ci (voir les observations critiques de J. BARBET, *op. cit.*). Voir dans le même sens, Limoges, 11 avril 2019, *op. cit.*

32. CA Paris, 26 juin 2019, *op. cit.*
33. CA Paris [cf mon commentaire dans l'arrêt], 6 juin 2019, *op. cit.*
34. Cette condition a d'abord été imposée en France en matière d'arbitrage international (Cass. fr., Civ. 2, 20 mars 1989, *Rev. Arbitrage*, 1989, p. 494, note G. COUCHEZ ; Cass. fr., Civ. 1, 29 mars 1989 et 6 mars 1990, *op. cit.*), puis en matière d'arbitrage interne (après avoir d'abord semblé être rejetée en cette matière) : Cass. fr., Civ. 1, 14 mars 1984, *Rev. Arbitrage*, 1985, p. 69, note G. COUCHEZ ; Cass. fr., Civ. 2, 2 avril 1996, RTD Com. 1997, p. 434, obs. É. LOQUIN. Elle a été légalisée dans l'article 1449 du Code de procédure civile français cité *in extenso* dans la décision ici commentée.
35. Sur les discussions qui ont pu naître entre saisine et constitution, cette dernière pouvant être l'aboutissement d'un processus assez long, mais au terme duquel le tribunal arbitral sera en mesure de statuer effectivement, voir notamment X. VUITTON et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 296, p. 146-147 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 950, pp. 551-552.
36. Certains auteurs ont souligné le fait que le tribunal arbitral, à qui était dévolu le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires dès sa constitution, pouvait se trouver démuné face à certaines situations. Sont notamment évoquées la contradiction entre l'urgence de la situation et la nécessité pour la partie voulant exécuter la décision du tribunal arbitral d'obtenir l'*exequatur*, le tribunal arbitral étant dépourvu d'*imperium* (voir notamment Chr. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 406, p. 399 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, PUF, Thémis droit*, 2016, n° 305, p. 233) et le délai potentiellement long endéans lequel le processus de constitution du tribunal arbitral sera finalisé (J.-B. RACINE, *ibid.*).
37. CA, 25 juin 1991, *op. cit.*
38. Doc. parl. n° 7671.
39. Et ce bien que ce soit « *en fin de compte essentiellement le régime de l'arbitrage international en droit français qui a servi de modèle de référence pour le détail du texte proposé* » (doc. parl. n° 7671, p. 3).
40. Doc. parl. n° 7671, p. 15.

du Code de procédure civile français<sup>41</sup>. Il restera encore à déterminer si la disposition projetée pourra être interprétée comme maintenant la compétence concurrente du juge étatique lorsque le règlement d'arbitrage choisi par les parties prévoit la possibilité pour celles-ci d'obtenir la désignation d'un arbitre d'urgence<sup>42</sup>, et ... si le référé-provision constituera bien une « mesure provisoire ou conservatoire » au sens de ce nou-

veau texte<sup>43</sup>. Compétence exclusive, compétence concurrente ? Cette question fera encore très certainement l'objet de nombreux débats.

**Armel WAISSE**

*Avocat à la Cour, chargée de cour  
associée à l'Université du Luxembourg*

41. De nombreux auteurs français ont contesté, ou regretté, l'interprétation *a contrario* qui a été faite par les juges de l'article 1449 du Code de procédure civile. Voir notamment X. VUITTON et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 303, pp. 149-150, qui regrettent que l'article 1449 du Code de procédure civile ne prévoient pas expressément la possibilité pour le juge des référés d'être saisi après la constitution du tribunal arbitral, surtout au regard du fait qu'il s'agit d'une juridiction permanente et que son ordonnance est exécutoire de droit sans *exequatur*, et pour qui le silence du texte ne devrait pas pouvoir faire obstacle à toute saisine du juge des référés en cours d'instance arbitrale, sauf volonté expresse des parties d'exclure la possibilité de recourir au juge des référés. Dans le même sens, Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 307 p. 234-235, qui rejette l'interprétation *a contrario* de l'article 1449 du Code de procédure civile français, et pour qui les parties pourraient saisir le juge des référés même après que le tribunal arbitral aura été constitué, en cas de « particulière urgence » et au cas où la mesure demandée serait « mieux à même d'être prononcée par un juge étatique que par un arbitre ». J.-B. RACINE précise que tel ne sera jamais le cas du référé-provision, du fait qu'il « touche de près au fond du droit » (*ibid.*, pp. 235-236). Voir encore É. LOQUIN, *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1034, *op. cit.*, n° 19 qui juge la solution arrêtée par le droit français « regrettable » (voir également n° 15 et n° 24) ou encore A. MOURRE, *op. cit.*, n° 5, qui juge malheureuse l'exclusion du juge étatique après constitution du tribunal arbitral (voir également n° 15 et 17 concernant la compétence concurrente retenue par

certaines droits comparés et certains règlements d'arbitrage). Voir encore J. BARBET, note sous Cour d'appel Versailles, 16 janvier 2020, *Rev. Arbitrage*, p. 602, et notamment p. 607.

42. Tel, par exemple, le Règlement d'arbitrage (tel que défini *supra*, note de bas de page n° 8). Voir, à ce propos, la demande de précision sollicitée dans par la Chambre de commerce dans son avis sur le Projet de loi (doc. parl. n° 7671/03, p. 5 et 6).

43. Voir par exemple la solution donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes (« CJCE ») le 17 novembre 1998 (*Van Uden Maritime BV Deco-Line*, aff. C-391/95, *Rev. Arbitrage*, 1999, p. 152, note H. GAUDEMET-TALLON) lorsqu'elle a été appelée à se prononcer sur le point de savoir si le référé-provision pouvait être qualifié de mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 24 de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (la « Convention de Bruxelles »). Pour la CJCE (pt. 45, 46 et 47 de sa décision), le paiement à titre de provision d'une contre-prestation ne constitue pas une mesure provisoire. Il n'en serait autrement que si deux conditions étaient cumulativement remplies : des garanties de remboursement seraient octroyées au défendeur si le demandeur n'obtenait pas gain de cause au fond, et la mesure sollicitée ne porterait que sur des avoirs déterminés du défendeur se situant ou devant se situer dans la sphère de compétence du juge saisi.

## CA LUX., 10<sup>ème</sup>, 15 JANV. 2020

Arrêt n° 11/20 X

### Prescription de l'action publique – Point de départ – Infraction clandestine ou occulte – Abus de biens sociaux – Infraction clandestine par nature (oui) – Report du point de départ de la prescription au jour où l'infraction est apparue et à pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique

*À l'instar d'autres infractions dites « astucieuses » et relevant du droit pénal des affaires, l'abus de biens sociaux fut qualifié par la Cour d'appel, dans son arrêt du 15 janvier 2020, d'infraction clandestine par nature, c'est-à-dire dont la clandestinité est un élément constitutif ou est inhérente à l'infraction.*

*Pour justifier cette qualification, qui semble nouvelle pour l'abus de biens sociaux et qui est loin d'être une évidence, la juridiction du second degré s'est ici référée à l'absence d'indication explicite du retrait litigieux au sein du bilan tel que publié, nonobstant une inscription comptable dans la documentation interne à la société.*

*Suivant en cela une solution établie de longue date par les juridictions françaises et codifiée par le législateur, les juges d'appel ont déduit du caractère occulte de l'infraction un report du point de départ du délai de prescription de l'action publique, permettant d'entrer en voie de condamnation.*

*Malgré les dispositions du Code de procédure pénale et le caractère d'infraction instantanée, le point de départ du délai de prescription n'est plus fixé au jour où l'ensemble des éléments constitutifs sont réalisés mais au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.*

*Voir com. p. 30.*

#### EXTRAIT

– Quant à l'infraction d'abus de biens sociaux reprochée à P1.)

À l'audience de la Cour, le mandataire d'P1.) a réitéré son moyen tiré de la prescription des faits et souligne qu'P1.) a été acquitté de l'ensemble des préventions, sauf de celle de l'abus de biens sociaux. Il considère que la théorie de l'infraction collective ne saurait plus s'appliquer en l'absence d'autres détournements ou infractions retenues à l'encontre de son mandant. L'infraction ne saurait pas non plus être qualifiée d'infraction clandestine, étant donné que le capital social et les comptes sociaux avaient été déposés au Registre de commerce et des sociétés.

Selon le représentant du ministère public, le délit d'abus de biens sociaux est considéré par la jurisprudence comme infraction clandestine dont le point de départ du délai de prescription commence à courir à partir du moment où elle est apparue dans des conditions qui permettent une poursuite pénale, soit à partir de la dénonciation par les SOC1.) des agissements des deux prévenus en date du 7 octobre 2011.

Le tribunal a exposé les différents changements législatifs portant augmentation du délai de prescription des délits et leur entrée en vigueur et a considéré qu'en l'occurrence le délit d'abus de biens sociaux constitue ensemble les escroqueries à subvention et les délits de blanchiment afférent, une infraction collective.

La prescription de l'action publique étant d'ordre public, elle peut être opposée en tout état de cause, même devant le juge du fait saisi après cassation (Cass, 28 juillet 1900, P. V, 417).

En ce qui concerne le fait unique d'abus de biens sociaux retenu en définitive à l'encontre d'P1.), la Cour considère que le concept de l'infraction collective ne saurait dès lors plus s'appliquer.

Le report du point de départ du délai de prescription au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique constitue une exception prétorienne aux règles de droit commun en matière de prescription de l'action

LEGITECH

publique consacrée par la jurisprudence pour les infractions dites clandestines ou occultes.

Les infractions occultes ou clandestines par nature sont des infractions astucieuses dont la clandestinité est un élément constitutif ou est inhérente à l'infraction, c'est-à-dire, la réalisation de l'infraction ne se conçoit pas en dehors de la clandestinité. Dans cette catégorie rangent, par exemple, l'abus de confiance, la tromperie, l'atteinte à l'intimité de la vie privée, mais aussi l'abus de biens sociaux. Pour ces infractions, le point de départ de la prescription doit être fixé, non au jour de leur commission effective, mais au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

La Cour considère qu'en l'occurrence le prélèvement de la moitié du capital social, onze jours après la constitution de la société, constitue une infraction clandestine. Le

retrait n'apparaît pas, en tant que tel, dans les comptes annuels soumis à l'obligation de publication au Registre de commerce et des sociétés, à savoir le bilan, le compte « Pertes et Profits » et l'annexe, vu qu'il a été comptabilisé dans le bilan sous « Créances » et à titre de contrepartie comptable, sous le poste de « Perte de l'exercice », écritures comptables dont le libellé ne révèle pas un prélèvement par P1.).

Par ailleurs, le livre journal et les différents postes comptables du plan comptable généralisé, internes à la société qui retracent précisément l'opération, à savoir le « Compte courant associé » et le compte « Avoirs en banque » ne sont pas publiés.

(...)

(Dispositif conforme aux motifs)

### Commentaire

En ce qu'elle constitue un moyen d'ordre public mettant fin aux poursuites, la prescription de l'action publique a naturellement vocation à alimenter les débats devant le juge pénal. Malgré une admission apparemment aisée due à la clarté des textes, la prescription soulève néanmoins des divergences de vues et des problématiques dont les conséquences sur la répression pénale peuvent être déterminantes, notamment en présence d'infractions complexes. Tel est le cas de l'arrêt du 15 janvier 2020 de la Cour d'appel, relatif à la prescription de l'abus de biens sociaux.

Les faits à la base de la décision étant relativement simples, ceux-ci peuvent être résumés en ces quelques lignes.

En l'espèce, il était reproché à un dirigeant de droit et actionnaire d'avoir prélevé une partie du capital social depuis le compte bancaire de la société, en liquide, peu de temps après la constitution de cette dernière.

Ce prélèvement avait été comptabilisé dans le poste n° 4602 intitulé « D&C divers », compte courant de l'actionnaire.

Le solde de ce compte courant d'actionnaire s'était ainsi retrouvé en position débitrice sur une certaine période.

À noter cependant qu'un taux débiteur à hauteur de 5,25 % avait été imputé à l'actionnaire du fait de cette dette et que cette dernière avait été entièrement remboursée par la suite, le solde passant même en position créancière.

Toutefois, pour retenir le prévenu dans les liens de la prévention, le tribunal de première instance avait affirmé que celui-ci avait « ainsi exposé l'actif de la société à un risque injustifié, dès le début de la constitution de la société, en prélevant une somme importante, constituant plus de la moitié du capital social et l'exposant ainsi, du moins pendant une certaine période, à un risque de ne pas pouvoir faire face à ses dettes et de ne pas se voir rembourser cet argent. »

Condamné à une unique amende, le prévenu avait par la suite interjeté appel, soutenant que le comportement qui lui était reproché était prescrit.

La Cour d'appel, pour confirmer les premiers juges, a rejeté l'exception d'extinction de l'action publique en se fondant sur la désormais bien connue théorie des infractions occultes, considérant que le point de départ du délai de prescription se situait non pas au jour du détournement mais « au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ».

Prise isolément, cette solution n'a rien de surprenant, l'infraction d'abus de biens sociaux se prêtant fréquemment à l'exception prétorienne repoussant le point de départ du délai de prescription, malgré sa contradiction avec les textes. Néanmoins, le raisonnement suivi par la Cour pour parvenir à cette conclusion mérite quelques commentaires.

#### 1. Le recours traditionnel à la théorie de l'infraction occulte ou clandestine

Dans son arrêt du 15 janvier 2020, la Cour d'appel a commencé son appréciation de la question de la prescription en rappelant que le report du point de départ du délai de celle-ci est « une exception prétorienne aux règles de droit commun en matière de prescription de l'action publique consacrée par la jurisprudence pour les infractions dites clandestines ou occultes ».

Il est vrai qu'à la lecture combinée des articles 637 et 638 du Code de procédure pénale, la prescription de l'action publique en matière délictuelle est de cinq ans à compter du jour où l'infraction a été commise.

Aussi, en présence d'une infraction instantanée telle que l'abus de biens sociaux, la prescription devrait logiquement

commencer à courir au jour du détournement, ou, en d'autres termes, au jour de la réalisation de l'ensemble de ses éléments constitutifs<sup>1</sup>.

Néanmoins, la jurisprudence luxembourgeoise<sup>2</sup>, sous l'impulsion des juridictions françaises<sup>3</sup>, a développé la théorie de l'infraction dite occulte ou clandestine pour reporter le point de départ du délai de prescription<sup>4</sup>.

Pour reprendre les termes de la chambre du conseil de la Cour d'appel, « *suivant la jurisprudence de la chambre criminelle [française], le point de départ de la prescription de l'action publique doit être reporté dans trois cas, à savoir : d'abord, lorsque l'infraction s'exécute sous forme de remises successives de fonds ou d'actes réitérés, ensuite, lorsqu'elle est considérée comme occulte ou clandestine par nature et, enfin, lorsque des actes irréguliers ont été dissimulés* »<sup>5</sup>.

Cette théorie de l'infraction occulte appliquée à l'abus de biens sociaux a fait l'objet d'un long cheminement jurisprudentiel en France, parfois fluctuant, voire contradictoire dont les grandes lignes peuvent être retracées comme suit.

Il est important de souligner en premier lieu que les juges luxembourgeois n'ont repris qu'une partie du système développé par leurs voisins français à propos de l'abus de biens sociaux, dont le texte d'incrimination luxembourgeois est expressément inspiré du droit français.

En effet, il est admis par les juridictions françaises que la prescription de l'action publique ne peut commencer à « *courir, sauf dissimulation, qu'à compter de la présentation des comptes annuels* » par lesquels les dépenses litigieuses ont été mises indûment à la charge de la société<sup>6</sup>. Cette jurisprudence est désormais constante depuis de nombreuses années<sup>7</sup> et fait office de règle de principe.

Dès lors, de manière générale, et en l'absence de toute dissimulation de la part de l'auteur, l'infraction d'abus de biens sociaux, qui ne se conçoit qu'au sein des sociétés commerciales, se prescrit à compter de la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale des actionnaires.

Comme expliqué, cette solution ne se retrouve pas dans la jurisprudence nationale<sup>8</sup>.

En revanche, en cas de dissimulation, le point de départ du délai de prescription est systématiquement reporté au jour où l'infraction est apparue dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Dans cette hypothèse, les autorités de poursuite, puis le juge pénal se doivent de démontrer et de prouver les actes de dissimulation.

Tel est le cas par exemple en présence de fausses factures non causées destinées à justifier dans les comptes sociaux des opérations fictives, appuyées également par de faux contrats<sup>9</sup>.

Cette théorie de l'infraction occulte ou clandestine, développée donc par la jurisprudence, a pu soulever de vives critiques de la part de la doctrine, affirmant que « *peu ou prou, [...] l'abus de biens sociaux est devenu une infraction imprescriptible* »<sup>10</sup>.

En outre, se pose évidemment la question de sa compatibilité avec le principe de légalité si cher aux pénalistes, le texte du Code de procédure pénale ne prévoyant nullement la possibilité de faire varier le point de départ de la prescription.

Malgré ces critiques, les juridictions répressives font fréquemment usage de cette solution, pour de nombreuses infractions, comme le trafic d'influence ou le faux<sup>11</sup>.

Cependant, l'application qui en fut faite dans le cas d'espèce commenté à propos de l'abus de biens sociaux prête le flanc à la critique.

## 2. L'abus de biens sociaux par inscription en compte courant d'associé, une infraction occulte par nature ?

Il convient de rappeler que selon les juridictions luxembourgeoises, l'infraction d'abus de biens sociaux requiert traditionnellement la réunion des éléments constitutifs suivants :

1. la qualité de dirigeant, de fait ou de droit,
2. un usage des biens sociaux ou du crédit de la société,
3. un usage contraire à l'intérêt social,
4. à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement,
5. la mauvaise foi.

En toute logique, et en l'absence d'une reprise de la solution française quant à la soumission des comptes annuels, le point de départ de la prescription devrait se situer au jour où ces cinq éléments constitutifs ont été réunis ou au jour où l'état infractionnel a cessé si l'on se tourne vers la qualification d'infraction continue<sup>12</sup>.

1. Trib. arr. Lux., 5 mars 2014, n° 715/2014.

2. Trib. arr. Lux., 29 mars 2007, n° 1125/2007.

3. Cass. crim., 10 août 1981, n° 80-93.092 ; *Bull. crim.* n° 244 ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, jurispr. p. 696, note J.C. ; *Rev. sociétés* 1983, p. 369, note B. BOULOC.

4. Pour une étude concernant le trafic d'influence, v. les conclusions du premier avocat général John PETRY sous Cour d'appel, 3 déc. 2013, *Pas.* 37, p. 86.

5. Ch. C. Cour, 28 février 2013, 127/13.

6. Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81.482 ; *Bull. crim.* n° 159 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 127, note B. BOULOC ; *Bull. Joly* 1997, p. 953, § 342, note J.-F. BARBIÈRI.

7. Cass. crim., 30 janvier 2013, n° 12-80.107 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 371, note H. MATSOPOULOU. – Cass. crim., 22 janvier 2014, n° 12-87.170 ; *Dr. sociétés*

2014, comm. 72, obs. R. SALOMON. – Cass. crim., 2 avr. 2014, n° 13-80.010 ; *Rev. sociétés* 2014, p. 592, note B. BOULOC ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 109, obs. R. SALOMON.

8. Pour une décision fixant par principe le point de départ au jour du dépôt du bilan au RCSL, v. T. arr. Lux., 4 mars 2021, n° 487/2021.

9. Cass. crim., 16 nov. 2005, n° 05-31.185 ; *Rev. sociétés* 2006, p. 602, note B. BOULOC ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 29, obs. R. SALOMON.

10. W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », fasc. 85 ; *sociétés, JCl. Lois pénales spéciales*, 2017, n° 97.

11. Trib. arr. Lux., 23 avril 2015, n° 1204/2015.

12. Ce qui aurait pu être avancé dans le cas d'espèce mais dont l'étude détaillée ne relève pas de la présente note.



Or, pour rejeter la prescription de l'action publique, la Cour a suivi un raisonnement audacieux et a opté pour une application spécifique de la théorie des infractions occultes dont le résultat s'avère fort surprenant.

En l'espèce, pour les juges d'appel, « *les infractions occultes ou clandestines par nature sont des infractions astucieuses dont la clandestinité est un élément constitutif ou est inhérente à l'infraction, c'est-à-dire, la réalisation de l'infraction ne se conçoit pas en dehors de la clandestinité. Dans cette catégorie rangent, par exemple, l'abus de confiance, la tromperie, l'atteinte à l'intimité de la vie privée, mais aussi l'abus de biens sociaux* ».

Bien que cette formulation soit fréquemment utilisée par le juge pénal dans d'autres décisions, celle-ci excluait toutefois systématiquement la référence à l'abus de biens sociaux.

Cependant, de manière étonnante et pour l'instant vraisemblablement isolée, la Cour a ici rapidement affirmé le caractère occulte par nature de l'abus de biens sociaux.

Il suffit pourtant de se référer à la définition classique qui en est donnée par la Cour elle-même pour se convaincre du contraire.

Selon la juridiction du second degré, est clandestine par nature l'infraction qui l'est intrinsèquement, c'est-à-dire lorsque cette infraction ne peut pas être consommée en dehors de la clandestinité ou quand celle-ci correspond à l'un de ses éléments constitutifs.

À l'inverse de certaines infractions, comme l'exemple type de la dissimulation d'enfants réprimée par l'article 361 du Code pénal, la clandestinité n'est pas un élément constitutif de l'abus de biens sociaux.

La clandestinité n'est pas non plus inhérente à l'infraction d'abus de biens sociaux.

Il va de soi que la plupart des abus de biens sociaux ne sont pas réalisés au grand jour sur la place publique, mais cette affirmation peut être évidemment transposée à toutes les infractions, l'auteur ayant par principe la volonté de cacher ses méfaits.

Un abus de biens sociaux peut être entièrement réalisé quand bien même il serait public et connu de plusieurs personnes. Tel est le cas par exemple du dirigeant qui use, au vu et au su de tous, de biens de la société à des fins purement privées (usage d'un véhicule, du personnel ou du matériel appartenant à la société). Dans cette hypothèse, aucune clandestinité ne peut être relevée alors que l'infraction sera pourtant constituée sans aucune difficulté.

La rémunération excessive du dirigeant, la conclusion d'un contrat ruineux, l'abstention délibérée de recouvrer des créances de la société, l'abus de voix par un président d'un conseil d'administration ayant usé de son statut pour faire avaliser divers avantages financiers sont des exemples d'abus de biens sociaux traditionnellement reconnus par la jurispru-

dence. Sont-ils forcément occultes ou clandestins ? Assurément non, parfois même au contraire.

Les plus grandes réserves sont donc émises quant à la qualité d'infraction occulte par nature à propos de l'abus de biens sociaux, d'autant que plus que les raisons avancées par la Cour d'appel sont peu satisfaisantes.

Pour justifier sa décision, la Cour a ainsi affirmé que « *le prélèvement de la moitié du capital social, onze jours après la constitution de la société, constitue une infraction clandestine* », ajoutant que « *le retrait n'apparaît pas, en tant que tel, dans les comptes annuels soumis à l'obligation de publication au Registre de commerce et des sociétés, à savoir le bilan, le compte « Pertes et Profits » et l'annexe, vu qu'il a été comptabilisé dans le bilan sous « Créances » et à titre de contrepartie comptable, sous le poste de « Perte de l'exercice », écritures comptables dont le libellé ne révèle pas un prélèvement par P1.* »

La Cour a également pu préciser que « *par ailleurs, le livre journal et les différents postes comptables du plan comptable généralisé, internes à la société qui retracent précisément l'opération, à savoir le « Compte courant associé » et le compte « Avoirs en banque » ne sont pas publiés.* »

Loin de convaincre, ces développements installent une confusion pour le moins indésirable.

En effet, affirmer d'une part que l'abus de biens sociaux est une infraction occulte par nature et d'autre part qu'elle tire ce qualificatif de l'absence du retrait bancaire au sein du bilan tel que publié est contradictoire.

Si la Cour est arrivée à la conclusion que l'abus de biens sociaux est par nature occulte, c'est, comme expliqué précédemment, que la clandestinité lui est inhérente de manière générale, théorique, peu importe le mode de réalisation de l'espèce<sup>13</sup>.

Il est donc maladroit et erroné de justifier cette solution en se fondant sur un type très particulier d'abus de biens sociaux, parmi une multitude d'autres comportements qui peuvent également permettre de qualifier l'infraction, comme expliqué *supra*.

En d'autres termes, une infraction est toujours clandestine par nature ou elle ne l'est pas, mais ne peut pas l'être en fonction des caractéristiques du cas d'espèce.

Cependant, il est vrai qu'une étude du caractère dissimulé du *modus operandi* trouverait toute sa justification face à une infraction qui n'est pas clandestine par nature mais qui peut le devenir par commission, ce qui est fréquemment le cas en matière d'abus de biens sociaux.

Tel qu'a pu le relever à juste titre le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans une précédente affaire, « *le délit d'abus de biens sociaux [...] est un délit astucieux, souvent clandestin et donc consciencieusement dissimulé* », lequel peut être dissimulé par « *la pratique des comptes occultes, des fausses factures,*

13. CA, 3 décembre 2013, Pas. 37, p. 69.

(ce qui) rend difficile la découverte des faits constitutifs de ce type de délit »<sup>14</sup>.

Mais là encore, l'exposé fait par la Cour dans l'arrêt commenté paraît insuffisant pour qualifier une quelconque dissimulation de la part de l'auteur.

Rappelons que pour caractériser une infraction dissimulée par exécution, les juges se doivent de relever précisément une véritable manœuvre délibérée de la part du délinquant afin de masquer ses méfaits<sup>15</sup>.

Typiquement en cette matière, la dissimulation peut résulter de fausses écritures comptables, intentionnellement opérées par le prévenu.

Il est ainsi parfaitement envisageable qu'un compte courant d'actionnaire débiteur faisant suite à un retrait bancaire puisse être « maquillé » au niveau comptable par le jeu de fausses écritures ou de faux justificatifs, ce qui pourrait démontrer une volonté de manœuvre délibérée de la part de l'auteur. Dans cette hypothèse, il est alors impératif que le juge pénal en fasse la démonstration.

Selon la jurisprudence, « le concept d'infraction clandestine pré-suppose cependant que l'auteur des faits ait dissimulé ou du moins essayé de dissimuler ses actes rendant difficile la découverte des faits. Il s'agit là d'une question factuelle qui doit être appréciée au cas par cas »<sup>16</sup>.

En l'espèce, tel ne semble pourtant pas être le cas. Le retrait litigieux a été bel et bien comptabilisé dans le bilan, même si ce n'est pas « en tant que tel » vu qu'il a été comptabilisé sous « Créances » et se retrouve même explicitement au sein des écritures comptables internes à la société.

Il est donc difficile d'imaginer que la Cour ait pu retenir la dissimulation du détournement (si elle l'avait voulu) en ce qu'il n'apparaît pas explicitement dans le bilan publié, et ceci peut-être pour des raisons tout à fait légales tenant à la législation du droit des sociétés ou du Registre de commerce et des sociétés. En outre, le retrait apparaissait clairement dans les documents comptables internes à la société et qui, logiquement, ont pu (du) être consultés par des tiers, à commencer par les professionnels en charge des comptes.

Notons qu'un tel débat n'est pourtant pas nouveau devant la Cour d'appel, celle-ci s'étant déjà amplement prononcée concernant le trafic d'influence<sup>17</sup>, considérant que cette infraction n'était pas clandestine par nature mais pouvait le devenir par réalisation.

La Cour avait à l'époque procédé à juste titre à une analyse en deux étapes de l'infraction. Dans un premier temps, elle avait exclu le caractère occulte par nature de l'infraction de trafic d'influence, cette dernière pouvant être réalisée sans aucune clandestinité. Dans un second temps, elle avait étudié avec précision la possibilité d'une dissimulation dans l'exécution de l'infraction propre au cas d'espèce.

Dans l'arrêt présentement commenté, le raisonnement suivi par la Cour et la solution qui en découle s'exposent donc à la critique.

Non seulement le qualificatif audacieux d'infraction occulte par nature n'est pas convaincant, voire erroné, mais celui-ci repose en outre sur une justification qui apparaît inexacte en fait et en droit.

Ceci est d'autant plus regrettable que la théorie des infractions occultes relève exclusivement de la jurisprudence, laquelle peut être mouvante, si ce n'est contradictoire, ce qui n'est guère compatible avec le principe de légalité et la prévisibilité en résultant normalement, laquelle est légitimement attendue en matière pénale.

### 3. La consécration légale de la théorie de l'infraction occulte : une planche de salut ?

Le schéma développé par les juridictions en France au fil des années ne souffre plus aujourd'hui des critiques liées à son caractère *contra legem* et à l'imprescriptibilité *de facto* qu'il instaure dans la mesure où le législateur est venu codifier et encadrer la théorie de l'infraction occulte.

Désormais, selon l'article 9-1 nouveau du Code de procédure pénale français, le délai de prescription de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder 12 années révolues pour les délits à compter du jour où l'infraction a été commise.

En outre, le législateur français a pris le soin de définir l'infraction occulte comme celle qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire. De son côté, l'infraction dissimulée est celle dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte.

Se trouve ainsi légalement consacrée la distinction entre infractions clandestines par nature ou par exécution.

Il ne fait nul doute qu'un encadrement législatif de cette pratique prétorienne serait également à souhaiter au Luxembourg, dans un souci évident de visibilité et de sécurité juridique, l'arrêt ici commenté illustrant les possibles dérives du report du point de départ du délai de prescription.

Une définition légale de l'infraction occulte ou dissimulée ainsi qu'un délai maximum de la prescription apporterait sans conteste une sécurité nécessaire au justiciable, face à jurisprudence parfois contradictoire et donc assez peu prévisible, comme le démontre une décision postérieure<sup>18</sup>.

**Florent KIRMANN**  
*Avocat à la Cour*

14. Trib. arr. Lux., 26 janvier 2006, n° 447/2006.

15. Trib. arr. Lux., 3 juillet 2014, n° 1887/2014 ; Trib. arr. Lux., 4 mars 2021, n° 487/2021.

16. *Idem.*

17. CA, 3 décembre 2013, *préc.*

18. Trib. arr. Lux., 4 mars 2021, n° 487/2021.

## THE TRUE STORY OF THE ACTIVE ROLE OF COURTS IN CONSUMER LITIGATION

Les deux contributions qui suivent et qui abordent le thème du relevé d'office du juge en matière de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs sont issues des actes d'un colloque qui s'est tenu à Cagliari le 1<sup>er</sup> juin 2018 sur le thème de l'usage que font les juges nationaux de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. L'ouvrage aborde de nombreuses facettes du dialogue, souvent fructueux et parfois complexe et compliqué, entre ces juges et la Cour de Justice, qu'il s'agisse du choix de référer ou non une question préjudicielle à la Cour, de la façon dont sa jurisprudence est reçue et de l'impact qu'elle a sur le droit national. Je souhaite remercier ma co-auteure, le Professeur Anna-Maria Mancaleari, d'avoir accepté que ces deux contributions soient reproduites dans la Revue des procédures.

L'ouvrage *National Judges and the Court of Justice of the European Union*, publié dans la collection *Consumatori e Mercato*, peut être téléchargé en libre accès sur le site des éditions RomatRE-Press : <http://romatpress.uniroma3.it/>

**Élise POILLOT**

*Professeur en droit civil à l'Université du Luxembourg  
Directrice de la Clinique du droit*

### INTRODUCTION TO THE SPEECH GIVEN BY ÉTIENNE RIGAL

The following text is a testimony of an ordinary judge, Etienne Rigal, who was tired of deciding cases only on the grounds of the legal arguments that were invoked by the counsels of credit institutions, tired of seeing consumers not challenging unfair terms, not understanding what was happening to them. Facing the maze of laws, aimed at protecting consumers but little understood by the latter, consumers would simply fail to act. So judge Rigal decided to take an active stance, thus becoming not an activist but just a judge wishing to «have the right to make people respect [the law]»<sup>1</sup>. Therefore, he randomly selected a case from the files regarding consumer loans piled up on the corner of his desk. This is how the story of the *Cofidis* case<sup>2</sup> began, one of the most famous cases brought by the "ex officio power" of the judge in consumer disputes as well as the second step in the development of a now well-established case law and legal theory of the Court of Justice of the European Union: the active role of courts in consumer litigation<sup>3</sup>. The speech that fol-

lows was delivered by Judge Rigal at the conference that took place in Cagliari on the 1<sup>st</sup> of June 2019, where it was simultaneously translated into Italian. In order to convey the very essence of the text, it was decided that it would be published in French. The following developments are a short introduction to his speech.

In his speech, Etienne Rigal explained why he sought an interpretation of Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts and he somehow delegated the process of taking a decision to someone else. The main reason was that, when deciding such cases, he sat as a single judge. In his opinion, the preliminary request submitted to the Court of Justice of the European Union reflects a personal decision, a personal vision of the case at issue. It puts the referring judge at risk since the interpretation given by the European Court will be binding not only upon the same judge but upon the whole domestic judiciary. Sitting alone, he was in search of "collegiality". In

1. CARRÈRE, *Other lives but mine* (translated by Linda Coverdale), London, Serpent's Tail, 2012.  
2. Case C-473/00 *Cofidis*, EU:C:2002:705.  
3. A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Cambridge, Intersentia, 2018, Foreword

by E. POILLOT, Introduction by E. RIGAL; *adde, inter alia*, E. MIŠČENIĆ, *The Effectiveness of Judicial Enforcement of the EU Consumer Protection Law*, in Z. Meškić, I. Kunda, D. Popović, E. Omerović (eds), *Balkan Yearbook of European and International Law*, Cham, Springer, vol. 2019.

the specific context of the *Cofidis* case, the preliminary request offered him the possibility to choose the panel he wanted to take part in when deciding the case as well as to request the Court of Justice to hand down an interpretation, thus making it possible to challenge the interpretation of the law given by his national supreme Court. The preliminary request that he submitted was carefully conceived and drafted with a University Professor and other first instance judges he decided to involve in the lengthy and complex process of posing a question to the Court of Justice of the European Union. One could wonder why he, as a judge, as someone whose profession is to decide cases, in a certain sense chose to delegate his decision to another Court. The answer is very simple. What Etienne Rigal expected from the European Court of Justice was not a ruling. He was asking the Luxembourg judges to confirm or override his interpretation of the law. This was no delegation. This was a request to share the power held as a judge, – that of interpreting the law. In Etienne Rigal's view, law cannot but be the expression of "universalism". It is inclusive of all individuals, it is the last resort for those who have nothing. The law is a living thing made for the living. In France, judges are told that statutory interpretation simply requires the identification of the literal meaning of the enacted words. As a consequence, French judges do not sufficiently refer to preparatory works. Yet, the objective, or at least one of the objectives of consumer law is to protect the weaker party.

Protecting and affording a fair treatment to citizens, this is, in Etienne Rigal's opinion, the essence of what law should aim at in a democratic State. This was his state of mind when he sought for the interpretation by the Court of Justice of the European Union in the *Cofidis* case, a case that was, according to him, perfectly tailored for a teleological interpretation. Etienne Rigal was angry. The jurisprudence of the French Supreme Court (*Cour de cassation*) he should have followed in order to decide the case was clearly in breach of European law as it rendered the enforcement of the protection envisaged in Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts excessively difficult. Indeed, the said jurisprudence did not ensure consumers' effective protection. His anger was stronger than his fear, that is, the fear that the European Court could take a different view and declare his interpretation ill-founded.

Anger and fear are emotions, but they also play a part in a judge's ruling. Judge Rigal also feared that the efforts of the people who supported him in the process of seeking for a preliminary ruling – Bernadette Ferrarese, the university Professor who acted as his strategist, his colleagues – Juliette Devynck and Philippe Florès, who proof-read the request for interpretation he sent to the European Court of Justice – might collapse. During his

speech, Judge Rigal proudly emphasised the collaboration he fostered and carried out with an academic, quite a rare circumstance in France, where the judiciary rarely meets the academia. He also recalled how much he owes to his Spanish colleague from Barcelona Dr Fernandez Seijo, who paved the way for a fairer interpretation of the law on unfair terms. Etienne Rigal also told the audience an interesting anecdote. In the first case (*Océano Grupo*) related to the question whether a national judge could raise of his own motion the issue of the existence of an unfair term in a consumer contract, referred to the European Court of Justice by judge Fernandez Seijo the French government had defended in its written opinion sent to the Court the possibility for the judge to do so, whereas in the *Cofidis* case, the French government took an opposite stance. Clearly, in the *Cofidis* case, it had become a matter of "national pride". Years later, Etienne Rigal met one of the French government representatives who had drafted the French opinion, who told him how ashamed he had been to be forced to defend a viewpoint he did not share.

There is one last thing that deserves to be said, before letting the reader discover Etienne Rigal's beautiful text. The *Cofidis* case was only the beginning of a new approach, that of the active role of courts in consumer litigation, which became a landmark in the field of consumer law, leading Member States to adapt their procedural systems to the requirements of judges finally empowered to question the existence of unfair terms on their own motion<sup>4</sup>.

To briefly explain how the story started we must go back to 1998, when the case was decided<sup>5</sup>. An action had been initiated by a professional against consumers who purchased encyclopaedias by instalments and failed to pay all the sums due. The purchase contract included an exclusive jurisdiction clause in favour of the seat of the trader in Barcelona, a city where none of the defendants were domiciled. The referring court considered such a clause to be unfair, in which case it would have had to declare the action inadmissible. The preliminary issue was whether the court was actually empowered to make the finding of unfairness of its own motion. The European norm at stake, Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, did not provide for any such power of the judge. Nevertheless, the Court of Justice of the European Union took the view that «the protection provided for consumers by Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts entails the national court being able to determine of its own motion whether a term of a contract before it is unfair when making its preliminary assessment as to whether a claim should be allowed to proceed before the national courts». This interpretation was grounded on the argument that «the aim of Article 6 of the Directive, which requires Member

4. France, for example, introduced new provisions in its consumer code. Article R-632-1 of the French Consumer Code now imposes a duty on judges to raise an issue on the existence of an unfair term of their own motion.

5. Joined cases C-240/98 and C-244/98 *Océano Grupo*, EU:C:2000:675.

States to lay down that unfair terms are not binding on the consumer, would not be achieved if the consumer were himself obliged to raise the unfair nature of such terms. In disputes where the amounts involved are often limited, the lawyers' fees may be higher than the amount at stake, which may deter the consumer from contesting the application of an unfair term. While it is the case that, in a number of Member States, procedural rules enable individuals to defend themselves in such proceedings, there is a real risk that the consumer, particularly because of ignorance of the law, will not challenge the term pleaded against him on the grounds that it is unfair<sup>6</sup>. Therefore, the Court considered that «effective protection of the consumer may be attained only if the national court acknowledges that it has power to evaluate terms of this kind of its own motion»<sup>7</sup>. The Court also resorted to article 7 § 1 of the Directive, as it requires Member States to implement adequate and effective means to prevent the continued use of unfair terms. Building on this case law, in the *Cofidis* case<sup>8</sup> the Court further elaborated that «a national provision which, in proceedings brought by a seller or supplier against a consumer on the basis of a contract concluded between them, prohibits the national court, on expiry of a limitation period, from finding, of its own motion or following a plea raised by the consumer, that a term of the contract is unfair». Etienne Rigal made his reference «after finding in *Océano Grupo* the means to challenge the course of domestic law». He, as Emmanuel Carrère, the novelist who made the *Cofidis* story famous beyond lawyers' circles wrote, discovered «the crucial move that [would] change the tide of the battle»<sup>9</sup>.

The question referred by Etienne Rigal in the *Cofidis* case regarded the conformity of a legal provision (former Article L-311-37 of the French Consumer Code – *Code de la Consommation*), with effective consumer protection. According to such provision, the actions brought before the first instance court (*tribunal d'instance*) had to be «raised within two years of the event which gives rise to them and are otherwise time-barred»<sup>10</sup>. Unfortunately for consumers, the French Cour de cassation had interpreted «the biennial foreclosure period in such a way as to cover not only actions by the creditor but also by the borrower, who could no longer contest, under the form of claim or defence, the credit contract on the basis of the breach of the legal formalities set out for the conclusion of the consumer credit contract. The starting date for the calculation of the biennial period was moreover determined as from the date of the conclusion of the contract. The wording and the systematic reading of the provision left doubts as to whether the plea of unfairness [of the contract term]

should also be deemed to be covered by the foreclosure period»<sup>11</sup>. As accurately analyzed by Dr. Anthi Beka in her book on the «Active Role of Courts in Consumer Litigation», the reference done by Etienne Rigal was therefore «a conscious move»<sup>12</sup> (not to say resistance) from a lower court «to change the course of the much criticized case-law of the *Cour de Cassation* and to ensure that it would not be applicable to the plea of unfairness»<sup>13</sup>. The reference made by the national court to the debarment from action when a plea of unfairness was raised, «appears to be a "Trojan" horse to strip consumer law of its protective scope»<sup>14</sup>. However, a purposive interpretation could reveal that the true purpose was to prevent accrual of interest and consumer over-indebtedness by inciting the creditor to act promptly and with due diligence.

One argument that was invoked by some French scholars<sup>15</sup> to support the interpretation of the Cour de cassation was that «the foreclosure is a way to constrain an act of bad faith (*mauvaise foi*) on the part of the consumer, in the case in which he might initiate an action of breach of the formal requirements for the formation of the contract years after the conclusion of the contract with the purpose of obtaining a free credit»<sup>16</sup>. Although «the objective of combating bad faith being [was] legitimate as such»<sup>17</sup>, unfortunately «the restrictive interpretation of the application of the foreclosure period had actually led to unfair results»<sup>18</sup>. The interpretation of the moment from which the foreclosure two-year period starts running created «a different treatment between the creditor and the consumer»<sup>19</sup>. As a consequence, for the creditor the event giving rise to the dispute was the default on the part of the consumer. For the consumer instead, the triggering effect to raise the breach of the provisions set for her protection was the conclusion of the contract. From a more general perspective, the forfeiture period «was interpreted in such a way as to cover not only actions brought by the creditor but also actions by the borrower, who could no longer contest, either in the form of a claim or defence, the credit contract on the basis of the breach of the legal formalities set out by the law for the conclusion of the consumer contract»<sup>20</sup>. This created a «procedural imbalance between creditors and consumers»<sup>21</sup>, severely criticized in academia but also by first instance judges because the «creditor could legally initiate action for payment after the elapse of the two-year foreclosure period, while at that stage it would be no longer possible for the consumer to contest payment on the basis of the breach of the legal provisions»<sup>22</sup>. As rightly pointed out by A. Beka, «this is a vicious effect of deviation from the rule *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad*

6. At point 26 of the case.

7. *Ibid.*

8. Case C-473/00 *Cofidis*, EU:C:2002:705.

9. E. CARRÈRE, p. 179.

10. The wording of the provision when the preliminary request was submitted was: «[...] The actions for payment that are brought before [the first instance] court by reason of default by the borrower shall be time-barred two years after the event giving rise to them occurred [...]».

11. A. BEKA, p. 145.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*, at p. 146.

15. X. LAGARDE, *Forclusion biennale et Crédit à la Consommation. Réforme de l'article L.311-37 du Code de la Consommation*, *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 2002, n° 4, I 106.

16. *Ibid.*, at p. 147.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*



*excipendum*, which allows submissions that can no longer be adduced as claims to be invoked as a defence»<sup>23</sup>. And such «a deviation is not justified with regard to non-sophisticated parties protected by consumer legislation»<sup>24</sup>. At that time, another point needed to be clarified: that of the extension of the application of the two-year time-bar period also to the plea of unfairness of a contractual term. When referring the case to the European Court of Justice, Etienne Rigal also intended «to ensure that the objection of unfairness would not be subject to the same procedural regime of foreclosure as the plea based on the breach of the provisions on the formalities of the conclusion of the consumer credit contract»<sup>25</sup>. Should this have been the case, «the national law [would have jeopardised] the effectiveness of Union law on unfair terms»<sup>26</sup>. As a consequence, the decision of the Court of Justice of the European Union «was given on the basis of the assumption that the foreclosure period also referred to the raising of the plea of unfairness»<sup>27</sup>.

Judges Fernandez Seijo and Rigal opened fire on the inefficiency of domestic legal systems with regard to consumers' protection in the field of unfair terms<sup>28</sup>. The decisions rendered by the European Court of Justice in the *Océano Grupo* and *Cofidis* cases encouraged first instance judges to refer preliminary questions of interpretation to the Court of Justice of the European Union. Spanish judges were particularly active in fighting procedural injustice through such means. Since the *Océano Grupo* case, the Court has rendered twenty-three decisions related to the procedural imbalance that struck Etienne Rigal and his predecessors and led them to combat such injustice through preliminary rulings on the ground of articles 6 and 7 of the 93/13/EEC Directive on unfair terms in consumer contracts<sup>29</sup>. The active role of the Court then expanded beyond the scope of unfair terms. Directive 2008/48/EC on consumer credit<sup>30</sup>, and more specifically articles 8 et

23 thereof, were also interpreted as imposing an obligation on national courts, that is, to examine, of their own motion, whether the creditor complied with his pre-contractual obligation to assess the consumer's creditworthiness<sup>31</sup>. Directive 99/44/EC on non-conformity led to two different approaches. While national courts are required of their own motion to determine whether the purchaser may be classified as a consumer within the meaning of that directive even if the purchaser has not relied on that status<sup>32</sup>, and therefore have the obligation to assess the purchaser's "consumer status", it appears that judges are only permitted to substitute of their own motion the reduction of the price, not sought by the consumer, for the rescission of the contract in case of non-conformity of the goods at issue, yet the latter is a power vested in them, not an obligation<sup>33</sup>. Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises<sup>34</sup>, Directive 87/102/EEC on consumer credit<sup>35</sup> and Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices were also the battlefield with a view to achieving efficient consumer protection, yet the victories were less spectacular in this field. In the *Rampion and Godard* case, regarding Directive 87/102, national judges were only allowed «to apply of their own motion the provisions transposing Article 11(2) of Directive 87/102 into national law»<sup>36</sup>. With regard to Directive 2005/29, the Luxembourg judges responded negatively to the question of a Spanish court asking whether a law that does not provide for the review by the courts of unfair commercial practices, whether of their own motion or at the request of one of the parties, is contrary to Article 11 of that directive because that national legislation hinders or prevents review by the courts of contracts or acts which may contain unfair commercial practices. This judgement could certainly be perceived as a halt in the development of the theory of the active role of courts in consumer litigation<sup>37</sup>. But we should recall that the Court is bound by the objec-

23. *Ibid.*, at p. 147.

24. *Ibid.*, at p. 148.

25. *Ibid.*, at p. 149.

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*

28. He also sought a preliminary ruling in the *Aziz* case, C-415/11, EU:C:2013:164, a key decision in the field of consumer procedural law, on which see *inter alia* A. BEKA, pp. 130-142.

29. This contribution only refers to cases decided before April 2020. Cases C-168/05, *Mostaza Claro*, EU:C:2002:705; C-243/08, *Pannon GSM*, EU:C:2009:350; C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, EU:C:2009:615; C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt.*, EU:C:2010:659; C-76/10, *Pohotovost'*, EU:C:2010:685; C-472/10, *Invitel*, EU:C:2012:242; C-618/10, *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349; C-397/11, *Jörös, Fővárosi Bíróság*, EU:C:2013:340; C-472/11, *Banif Plus Bank*, EU:C:2013:88; C-415/11, *Aziz*, EU:C:2013:164; C-488/11, *Asbeek Brusse and de Man Garabito*, EU:C:2013:341; joined cases C-537/12 et C-116/13, *Banco Popular Español*, EU:C:2013:759; C-348/14, *Bucura*, EU:C:2015:447; C-32/14, *ERSTE Bank Hungary Zrt.*, EU:C:2015:637; C-49/14, *Finanmadrid EFC*, EU:C:2016:98; C-377/14, *Radlinger and Radlingerová*, EU:C:2016:283; C-122/14, *Aktiv Kapital Portfolio*, EU:C:2016:486; C-168/15, *Tomášová*, EU:C:2016:602; C-568/14 à C-570/14, *Fernández Oliva*, EU:C:2016:828; C-421/14, *Banco Primus*, EU:C:2017:60; C-176/17, *Profi Credit Polska*, EU:C:2018:293; C-407/18, *Addiko Bank*, EU:C:2019:537; C-511/17, *Litner*, EU:C:2020:188 (case decided on March 11 2020), the latter case led the Court to somehow limit the scope of the *ex officio* power of the judge by deciding that «Article 6(1) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts must be interpreted as meaning that a national court, hearing an action brought by a consumer seeking to establish the unfair nature of certain terms in a

contract that that consumer concluded with a professional, is not required to examine of its own motion and individually all the other contractual terms, which were not challenged by that consumer, in order to ascertain whether they can be considered unfair, but must examine only those terms which are connected to the subject matter of the dispute, as delimited by the parties, where that court has available to it the legal and factual elements necessary for that task, as supplemented, where necessary, by measures of inquiry» and «article 4(1) and Article 6(1) of Directive 93/13 must be interpreted as meaning that, while all the other terms of the contract concluded between a professional and that consumer should be taken into consideration in order to assess whether the contractual term forming the basis of a consumer's claim is unfair, taking such terms into account does not entail, as such, an obligation on the national court hearing the case to examine of its own motion whether all those terms are unfair».

30. Repealing Directive 87/102/EEC.

31. Case C-679/18, *QPR Finance*, EU:C:2020:167.

32. Case C-497/13, *Faber*, EU:C:2015:357.

33. Case C-32/12, *Duarte Hueros*, EU:C:2013:637.

34. Repealed by the 2011/83/EU Directive on consumer rights, case C-237/08, *Martin Martin*, EU:C:2009:792.

35. Repealed by the 2008/48/EU Directive on consumer credits. Case C-429/05, *Rampion et Godard*, EU:C:2007:575.

36. Case C-429/05, *Rampion et Godard*, EU:C:2007:575. It should however be stressed that the judge did not give the Court the opportunity to decide that there was an obligation to raise of his own motion the provision at stake, by not referring in the question posed to the Court to an obligation.

37. Case C-109/17, *Bankia*, EU:C:2018:735.

tive of the legislation it is called to interpret. From that standpoint, undisputedly Directive 2005/29 on unfair commercial practices does not have the same purpose as Directive 93/13 on unfair terms. Directive 2005/29 «is purely concerned with regulating the conduct of traders in their dealing with consumers»<sup>38</sup>, and «consequently, the enforcement of the prohibitions in the [Directive] is viewed as primarily a matter for public bodies and other organisations with an interest in combating unfair commercial practices to take legal action and/or complain to a relevant administrative authority»<sup>39</sup>. In contrast, Directive 93/13 «offers a good example of an insurance-like, welfarist approach to consumer protection»<sup>40</sup>. Moreover, it provides a sanction for the infringement of its provisions, which is not the case with Directive 2005/29. Whilst Directive 93/13 seeks to address the inequality of power between the parties that is created by the unfair term, Directive 2005/29 only seeks to put an end to unfair practices, without an impact on the validity of the contract. This certainly shows the difference in said approaches. Besides, as previously observed, the CJEU recently took a rather socially sensitive approach to consumer protection in a case regarding Directive 2008/48 on consumer credit<sup>41</sup> by imposing on national courts the duty to raise of their own motion the issue of whether the creditor complied with his pre-contractual obligation to assess the consumer's creditworthiness. The decision is rather interesting because the EU's consumer policy in the field of consumer credit «has not necessarily been to increase credit consumption; rather it has sought to promote competition and ensure consumers have a transparent choice on fair conditions»<sup>42</sup>. The theory advocating the active role of courts in consumer litigations is still thriving.

With the *Océano Grupo* and *Cofidis* cases, the seeds of an effective procedural protection of consumers had been sown. And indeed, the battle fought by these judges has not only forged a Europeanized model of the legal framework for an active consumer protection by the courts, it has also stood as a pillar of procedural consumer law, touching upon a fundamental aspect of civil procedure. After the *Océano Grupo* and *Cofidis* cases, the narrative of consumer procedural law has evolved, and will continue to evolve, to incorporate the specific aspects of consumer law into the procedures themselves and how the same affects different types of proceedings (namely payment, insolvency and mortgage cases). And in fact, the theory developed by the Court of Justice of the European Union has transformed the judicial mind-set in different jurisdictions. It has revealed how seemingly technical, procedural rules can encompass a humanized perception of procedures. Behind the courts' procedural rulings, the *ex officio* theory allows citizens' true stories to unfold before the judges' eyes and allows courts, be they the Court of Justice of the European Union or a first-instance national court, to take on the role of "guardian of EU fundamental rights". The need for such a guardian, and the courts' assumption of that role, is more crucial than ever because the on-going crisis transcends finance and now strikes at the very pillars of the Member States' and EU's policies; the courts' application of this theory in consumer law makes it plain that, contrary to some frequently expressed opinions, EU law is not a disembodied set of rules interpreted by judges far removed from citizens' daily life. This is another of Etienne Rigal's victories, one that exceeds the technical aspects of the law, the happy ending of a true story.

## DISCOURS PRONONCÉ PAR ÉTIENNE RIGAL

La question que j'avais posée était celle de la conformité d'un délai de forclusion de deux ans avec la finalité de la directive 93/13/CE, ce délai courant du contrat écoulé interdisant au juge de faire valoir le caractère abusif d'une clause.

La Cour de cassation française interdisait le relevé d'office et imposait un bref délai de forclusion pour ce qui était du constat de violations de la loi par les organismes de crédit à la consommation. Il s'agissait d'une pratique bancaire qui laissait croire à un crédit gratuit (le contrat était présenté avec le titre « Offre gratuite de réserve

d'argent ») quand il était remboursable selon un intérêt annuel de 17 %. Ce faisant la Cour rendait inefficace la protection du consommateur pourtant recherchée par la loi communautaire, en cela transcrite par la loi française. Permettez-moi un hommage et des remerciements en préambule à cette intervention. Hommage à notre collègue juge à Barcelone qui a le premier pris l'initiative de saisir la CJEU d'une question préjudicielle quant à l'office du juge en matière d'éradication d'une clause abusive dans l'affaire *Océano Grupo*. Il est le pionnier, le seul père de cet élan des juges vers le droit communautaire de la consommation et la Cour. Je lui voue une estime et

38. G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2018, p. 85. It should however be noted that the newly passed Directive 2019/2161 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules aims to improve the effectiveness of consumer protection by establishing criteria related to the penalties that should be imposed on rogue traders, meaning that the

enforcement of Directive 2005/29 prohibitions is now viewed as a matter of EU interest. Therefore, the Court of Justice of the European Union could take a different interpretive approach in the future.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.* at p. 131.

41. Case C-679/18, *QPR Finance*, EU:C:2020:167.

42. G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, T. WILHELMSSON, p. 215.

une reconnaissance éternelle. Je sais le risque qu'il a pris dans un domaine jusqu'alors inexploré. J'ai peut-être été le second de cordée, mais il restera le guide.

Il m'est aujourd'hui demandé de partager mon expérience et je veux tout d'abord parler de l'idée même de la question préjudicielle avec cette caractéristique que je suis un juge questionnant mais également le membre d'une institution interrogée pour avis. Juge questionnant car j'ai saisi le CJEU, mais également la Cour de cassation française en 2016 et 2017. Membre questionné car j'exerce les fonctions de vice-président de la commission des clauses abusives, saisie par des juges pour avis.

Le premier constat que je veux faire est celui que les questions préjudicielles posées d'office émanent de juges statuant seuls et non en collégialité. Il y a sans doute dans le fait d'interroger l'expression d'un engagement personnel et d'un risque qui ne peuvent relever que d'une démarche individuelle. J'ajoute que parfois et ce fût mon cas, la juridiction communautaire est saisie dans le contexte d'une résistance à une jurisprudence nationale. Il y a dans la collégialité un apport de raison et c'est essentiel, mais poser une question ressort également et pour partie au moins d'une part de passion. Telle est du moins mon expérience. Il y a là la part du juge et cette part personnelle peut être difficilement partageable avec ceux que le seul tableau de service a désigné comme nos partenaires. La collégialité qui m'était nécessaire a été une collégialité choisie, un partage avec une universitaire et des juges d'instance ayant les mêmes aspirations.

Le second point sur lequel je veux m'arrêter est le suivant : pourquoi interroger et ce faisant déléguer la décision à autrui ? Le métier du juge est évidemment celui de juger, d'interpréter le droit et il n'y a pas lieu de se décharger de cette fonction sur autrui. L'an passé au sein de la commission des clauses abusives nous avons été interrogés par un juge qui d'évidence nous confiait son dossier qu'elle ne savait ou ne voulait pas traiter ; je dois dire à quel point j'ai trouvé cela désagréable.

La démarche juste à mon sens est celle de présenter une interprétation choisie, une analyse et de la soumettre à la validation, ici pour ce qui nous réunit, de la Cour européenne.

Je reste juge et ce faisant interprète mais dans une démarche déontologique qui s'inscrit dans la hiérarchie des juridictions.

Là encore, il y a deux étapes qui renvoient, d'une part, à la part individuelle du juge et, d'autre part, au collectif des juridictions.

Comme membre de la commission des clauses abusives, j'ai ce même sentiment de partage lorsque saisi pour avis d'un juge dans sa question nous confirmons sa proposition d'interprétation. Je sais à quel point mon collègue s'est investi et je reçois la part de confiance qu'il nous a

fait. Il a été plus douloureux de ne pas le suivre quand tel a été notre avis.

Je voudrais dire mon attachement au droit comme outil d'universalisme ; j'aime ce mot universalisme que j'entends de moins en moins prononcé en France. J'aime penser que le droit est ce qui reste à celui qui n'a rien et je voudrais faire miens ces mots d'un juriste qui est ma référence, Paul Bouchet, qui nous appelle nous les juges à « faire du droit une matière vivante pour les vivants ».

Je suis d'un pays dont la tradition est celle d'une interprétation essentiellement littérale du droit. Je continue de m'étonner que la Cour de cassation au travers de ces arrêts mais même de leurs rapports préalables, ne cite que trop rarement les travaux préparatoires des lois. La finalité ou plutôt une des finalités des directives et lois nationales en droit de la consommation est celle de la protection de la partie faible au contrat. Protéger, équilibrer, je retrouve là une valeur universelle, je crois même le fondement primaire de l'existence du droit dans une démocratie.

L'interprétation finaliste favorable au consommateur me semblait offerte par la Cour à la lecture de l'arrêt *Océano Grupo*, sans lequel nous n'aurions pas agi. Bernadette Le Baut Ferrarese défendait l'idée que l'autonomie processuelle des États devait être limitée quand elle contrevenait à l'objectif protecteur des directives.

Par prudence, nous avons souhaité dans un premier temps rester dans le champ de la directive "clauses abusives" et non dans celui de celle relative au crédit à la consommation, alors même que les contrats concernés étaient des crédits revolving. D'abord parce que nous avions ce précédent *Océano Grupo*. Plus encore parce que l'article 5 de la directive "clauses abusives" instaurait une obligation de résultat qui nous semblait solidifier notre interprétation. J'en rappelle les termes : « *Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux* ».

Tout cela nous a guidés et face à la jurisprudence française de l'époque, il nous a semblé que seule la Cour pouvait permettre à notre droit de retrouver sa vocation et son efficacité protectrice.

Je dois ici rappeler quelle était l'état de la jurisprudence française.

Il était inséré à la loi relative au crédit à la consommation une disposition interdisant l'action en justice au-delà d'un délai de forclusion de deux années courant de l'événement fondant le procès. L'intention du législateur était celle d'obliger les banques à agir sans tarder en présence d'impayés, afin de ne pas laisser le consommateur s'installer dans son défaut de paiement. Cependant, la Cour de Cassation avait étendu le

champ d'application du délai de forclusion aux actions en contestation du contrat et interdisait tout contrôle de la régularité du contrat deux ans après sa formation. Par ailleurs, elle interdisait le relevé d'office par le juge des irrégularités.

Ma colère était née de cela, d'une jurisprudence de ma Cour de cassation nationale qui de fait rendait inefficace la protection du consommateur telle que l'avait exprimée la CJEU dans l'arrêt *Océano Grupo*. Colère également d'une pratique bancaire qui laissait croire à un crédit gratuit (le contrat était présenté avec le titre en grands caractères rouges « Offre gratuite de réserve d'argent »), quand il était remboursable selon un intérêt annuel de 17 %, ce taux étant mentionné au verso du contrat et en caractères si petits qu'ils étaient difficilement lisibles.

Faire vivre le droit par une autre interprétation : la colère plus forte que la peur, une colère mêlée de respect, celui de la hiérarchie des cours. Et le juge ne devait rien dire de cet abus tel les trois singes chinois...

La colère est une émotion, là encore la part du juge et à dire vrai, une autre émotion nous habitait, la crainte, disons le même, la peur.

Peur du juge orgueilleux d'être désavoué et de passer pour un incompetent. Plus encore, peur de figer le droit dans le sens contraire à celui de nos interprétations et de ruiner les efforts de tous ceux qui se retrouvaient avec nous dans cette résistance, avec ses enjeux. C'est là que nos propres réticences, nos hésitations et freins personnels ont été les plus présents.

Outre la conviction juridique forte et orgueilleuse que notre raisonnement était rigoureux, ce qui a emporté notre décision, la mienne, c'est l'affirmation que l'éthique qui s'imposait au juge devait me conduire à me soumettre à l'avis de la Cour européenne. Le juge ne tire sa légitimité que de son respect des normes et des autorités normatives. Je me devais à ce respect.

Cela ne devrait pas être dit mais ce sentiment, cette peur était bien présente et m'est resté 'pendant les deux années d'attente de l'arrêt, fluctuant au gré de l'avis nous confortant de la commission, mais également de l'avis défavorable de l'avocat général, lequel contestait le caractère abusif des clauses.

Une petite anecdote. Le gouvernement français en des termes très forts et résolu avait pris parti pour le relevé d'office dans le cadre des échanges préalables à l'arrêt *Océano Grupo* et je m'attendais à son soutien dans l'affaire *Cofidis/Fredout*, après tout notre point de vue ne critiquait pas la loi mais son interprétation de celle-ci par les juges. Mais l'orgueil n'affecte pas que le juge et la France a défendu son droit, développant des arguments qu'elle avait précédemment rejetés. Plus tard, j'ai rencontré un des rédacteurs de cet avis, il m'a dit sa gêne car, à titre

personnel et comme ses collègues, il soutenait notre point de vue.

Je veux insister sur le lien entre juges et chercheurs en droit et, ici à l'instant d'un colloque nous réunissant, témoigner de la disponibilité des universitaires lorsque nous, juges, les invitons à nous rejoindre dans la mise en œuvre du droit réel. En France, il est rare que le magistrat requière l'aide du professeur, chacun sa chapelle ; c'est une erreur tant nous nous complétons. Mon universitaire aidante se nomme Bernadette Le Baut Ferrarese et je n'ai aucune difficulté à dire qu'elle a été la rédactrice de la part communautaire de mes jugements interrogeant la Cour, elle a été la spécialiste sans laquelle je n'aurais pu agir. Elle fût la stratège, j'ai été le tacticien et celui qui a mené la charge.

J'ajoute que ces jugements ont préalablement été lus, corrigés et au final co-écrits par deux autres juges d'instances Juliette Devynck et Philippe Flores.

Je crois en cette nécessité d'un travail partagé, collégial et dans le même temps, je vois que l'initiative doit parfois passer par une décision solitaire. Alors va pour la collégiale choisie, d'appartenance.

Quelques mots sur la procédure française s'agissant des questions préjudicielles.

Je dois d'abord dire que le juge français a cette chance d'être libre dans ses jugements et notre hiérarchie n'a pas à être informé de notre volonté préjudicielle, le serait-elle qu'elle s'interdirait de réagir.

Le jugement rendu, je l'ai simplement communiqué pour information au président de mon tribunal, qui ne m'en a d'ailleurs rien dit.

Nous rendons des jugements ouvrant droit à appel, si l'affaire concerne une créance de 4000 euros ou plus, mais si la somme demandée est moindre, seul un pourvoi en cassation est ouvert aux parties.

Au surplus, ce pourvoi n'est pas recevable contre un jugement avant dire droit, tel celui posant une question préjudicielle.

J'ai donc choisi un dossier de moins de 4 000 euros, sachant qu'aucun recours n'était possible contre mon jugement interrogeant la Cour européenne.

L'étape essentielle a été celle du choix de l'affaire.

Souhaitant me fonder sur la directive "clauses abusives", il a fallu trouver un crédit dont la clause financière était de mon point de vue trompeuse et le contrat LIBRAVOU répondait à mon sens à cette exigence, tant dans sa présentation et son intitulé, il pouvait laisser croire à une "réserve d'argent" gratuite.

Enfin, j'ai choisi une instance au cours de laquelle le débiteur n'avait pas comparu, par souci de ne pas perturber un plaideur m'ayant par exemple demandé des délais de paiement et qui se serait vu sans réponse durant deux années et n'y aurait sans doute rien compris.

Mon choix s'est donc arrêté sur ce contrat LIBRAVOU proposé par COFIDIS et qui me semblait scandaleux en sa présentation. Parmi mes dossiers de ce prêteur, celui octroyé à Monsieur Jean Louis Fredout remplissait toutes mes conditions et c'est avec un frémissement d'excitation que je l'ai reçu.

Ce choix fait, il a fallu être patient, informer les parties de la possibilité d'une question préjudicielle et recueillir leurs observations. L'avocat de COFIDIS ignorait l'existence de telles questions et m'a dit ne rien avoir à en dire, le temps de la rédaction du jugement est venu et je l'ai vécu avec un grand enthousiasme.

La question que j'avais posée était celle de la conformité d'un délai de forclusion de deux ans avec la finalité de la directive, ce délai courant du contrat, écoulé interdisant au juge de faire valoir le caractère abusif d'une clause. La réponse de la Cour a été au-delà de la question posée. Dès lors que le relevé d'office a été reconnu comme pouvant s'exercer sans délai. Il me semble que cette affirmation limpide, très forte et de portée générale était peut-être la part du juge de la Cour, comme une invitation à poursuivre. Je n'ai pas été le seul à l'entendre ainsi. Conforté par l'avis favorable apportée par la Commission dans l'affaire *Cofidis*, j'avais saisi la Cour, d'une seconde question ayant trait au pouvoir du juge de relever d'office des violations non plus à la directive clauses abusives, mais à celle ayant trait au crédit à la consommation et l'affaire devait être plaidée en décembre 2002. C'était le second étage de notre démarche déterminée mais prudente, un pas après l'autre. L'affaire devait être plaidée en décembre 2002 et le juge rapporteur a invité les parties à se référer à l'arrêt *Cofidis/Fredout* rendu quelques jours plus tôt. Une semaine avant cette audience à Luxembourg la banque s'est désistée de son procès devant ma juridiction, mettant fin au litige et dessaisissant ainsi la Cour communautaire.

Il a fallu réinterroger la Cour et Philippe Flores l'a fait, conduisant la Cour à l'arrêt *Rampion* du 4 octobre 2007. J'en rappelle le dispositif : « La directive 87/102, telle que modifiée par la directive 98/7, doit être interprétée en ce sens qu'elle permet au juge national d'appliquer d'office les dispositions transposant en droit interne son article 11, paragraphe 2 ». Là encore, Philippe s'est interrogé, devait-il poser la question en terme de devoir du juge de relever d'office, qui était notre point de vue ou de simple pouvoir ; la prudence est restée de mise et il n'a franchi que la première marche, celle du pouvoir. La Cour a répondu à cette seule question, laissant un débat entre juges français, les tenants du devoir et ceux du pouvoir. La cordée doit se continuer sur ce point.

J'ai parlé de moi au moment de questionner et de ma part personnelle, je vais continuer et dire que j'ai reçu ma part en retour, au travers du sentiment d'avoir été un bon juriste, d'avoir été utile. Philippe Flores, mon ami, a plus tard lui-même interrogé la Cour sur la question du relevé d'office, là aussi dans un jugement nous réunissant. Quand la réponse également positive lui est parvenue, il m'a écrit ce message : « La Cour a statué, tu sais, maintenant, je peux prendre ma retraite ». Son devoir était accompli et lui comme moi vivons avec cette satisfaction.

Quelques mots pour finir des suites de ces cet arrêt *Cofidis/Fredout* et *Rampion*.

Dès avant l'arrêt *Cofidis* et au vu des débats devant la Cour, le législateur français par la loi du 11 décembre 2001 a limité l'application du délai de forclusion aux actions en paiement consécutives à une défaillance de l'emprunteur. Dès lors, les actions intentées par le consommateur-emprunteur ou les exceptions relevées par le juge ne relevaient plus de ce délai. La loi du 3 janvier 2008 a fait suite à l'arrêt *Rampion* créant un article l'article L. 141-4 du code de la consommation, qui énonçait que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

**Étienne RIGAL**



# Panorama de Jurisprudence

## I. L'ACTION

CJUE, 6 OCT. 2020

Affaires jointes C-245/19 et C-246/19

**Renvoi préjudiciel – Directive 2011/16/UE – Coopération administrative dans le domaine fiscal – Articles 1<sup>er</sup> et 5 – Injonction de communication d'informations à l'autorité compétente d'un état membre, agissant à la suite d'une demande d'échange d'informations de l'autorité compétente d'un autre état membre – Personne détentrice des informations dont l'autorité compétente du premier état membre enjoint la communication – Contribuable visé par l'enquête à l'origine de la demande de l'autorité compétente du second état membre – Tierces personnes avec lesquelles ce contribuable entretient des relations juridiques, bancaires, financières ou, plus largement, économiques – Protection juridictionnelle – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 47 – Droit à un recours effectif – Article 52, paragraphe 1 – Limitation – Base légale – Respect du contenu essentiel du droit à un recours effectif – Existence d'une voie de recours permettant aux justiciables en cause d'obtenir un contrôle effectif de l'ensemble des questions de fait et de droit pertinentes ainsi qu'une protection juridictionnelle effective des droits que leur garantit le droit de l'Union – Objectif d'intérêt général reconnu par l'Union – Lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales – Proportionnalité – Caractère "vraisemblablement pertinent" des informations visées par l'injonction de communication – Contrôle juridictionnel – Portée – Éléments personnels, temporels et matériels à prendre en considération**

*Le droit à un recours juridictionnel effectif est consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre d'une procédure de coopération administrative transfrontalière donnant lieu à une demande de renseignements, ce droit n'a pas besoin d'être assuré dans l'État requis s'il est effectivement garanti dans l'État requérant. En ce, ce droit est aménagé de façon différente selon qu'il est invoqué par l'administré résidant dans l'État requérant dont la situation fait l'objet de la demande de renseignements, par le tiers établi dans l'État requis auquel s'adresse la demande de renseignements ou par le tiers concerné par la demande de renseignements établi dans l'État requis.*

Voir obs. p. 60.

### EXTRAITS

- 1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation, d'une part, des articles 7, 8 et 47 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») et, d'autre part, de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et de l'article 5 de la directive 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE (JO 2011, L 64, p. 1, et rectificatif JO 2013, L 162, p. 15), telle que modifiée par la directive 2014/107/UE du Conseil, du 9 décembre 2014 (JO 2014, L 359, p. 1) (ci-après la « directive 2011/16 »).
- 2 Ces demandes ont été introduites dans le cadre de deux litiges opposant l'État luxembourgeois, respectivement, à la société B, pour le premier, et aux sociétés B, C et D ainsi qu'à F.C., pour le second, au sujet de deux décisions du directeur de l'administration des contributions directes (Luxembourg) faisant injonction, respectivement, à la société B et à la banque A de lui communiquer certaines informations, à la suite de demandes d'échange d'informations entre États membres en matière fiscale.

## Le cadre juridique

### Le droit de l'Union

#### La directive 2011/16

3 Les considérants 1, 2, 9 et 27 de la directive 2011/16 indiquent :

« (1) À l'ère de la mondialisation, il est plus que jamais nécessaire pour les États membres de se prêter mutuellement assistance dans le domaine fiscal. La mobilité des contribuables, le nombre d'opérations transfrontalières et l'internationalisation des instruments financiers connaissent une évolution considérable, ce qui fait qu'il est difficile pour les États membres d'établir correctement le montant des impôts et taxes à percevoir. Cette difficulté croissante a des répercussions sur le fonctionnement des systèmes fiscaux et entraîne un phénomène de double imposition, lequel incite à la fraude et à l'évasion fiscales [...]

(2) C'est pourquoi un État membre ne peut gérer son système fiscal interne sans disposer d'informations provenant d'autres États membres, notamment pour ce qui est de la fiscalité directe. Afin de surmonter les effets négatifs de ce phénomène, il est indispensable de mettre au point un nouveau mécanisme de coopération administrative entre les administrations fiscales des États membres. Il est nécessaire de disposer d'instruments propres à instaurer la confiance entre les États membres par l'établissement de règles, d'obligations et de droits identiques dans toute l'Union européenne.

[...]

(9) Il importe que les États membres échangent des informations concernant des cas particuliers lorsqu'un autre État membre le demande et fassent effectuer les recherches nécessaires pour obtenir ces informations. La norme dite de la "pertinence vraisemblable" vise à permettre l'échange d'informations en matière fiscale dans la mesure la plus large possible et, en même temps, à préciser que les États membres ne sont pas libres d'effectuer des "recherches tous azimuts" ou de demander des informations dont il est peu probable qu'elles concernent la situation fiscale d'un contribuable donné. [...]

[...]

(27) Tous les échanges d'informations visés dans la présente directive sont soumis aux dispositions d'application de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative

à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données [(JO 1995, L 281, p. 31)] [...]. Toutefois, il convient d'envisager des limitations de certains droits et obligations prévus par la directive [95/46], afin de sauvegarder les intérêts visés à l'article 13, paragraphe 1, [sous] e), de ladite directive. Ces limitations sont nécessaires et proportionnées compte tenu des pertes de recettes potentielles pour les États membres et de l'importance capitale des informations visées par la présente directive pour l'efficacité de la lutte contre la fraude. »

4 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 2011/16, intitulé « Objet », énonce, à son paragraphe 1 :

« La présente directive établit les règles et procédures selon lesquelles les États membres coopèrent entre eux aux fins d'échanger les informations vraisemblablement pertinentes pour l'administration et l'application de la législation interne des États membres relative aux taxes et impôts visés à l'article 2. »

5 L'article 5 de cette directive, intitulé « Procédure régissant l'échange d'informations sur demande », est libellé comme suit :

« À la demande de l'autorité requérante, l'autorité requise communique à l'autorité requérante les informations visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, dont elle dispose ou qu'elle obtient à la suite d'enquêtes administratives. »

6 L'article 7 de ladite directive prévoit que les communications visées à l'article 5 de celle-ci doivent être effectuées le plus rapidement possible et, sauf cas particuliers, dans des délais de deux mois ou de six mois selon que l'autorité requise est déjà ou n'est pas déjà en possession des informations demandées.

7 L'article 25 de la directive 2011/16, intitulé « Protection des données », dispose, à son paragraphe 1 :

« Tous les échanges d'informations effectués en vertu de la présente directive sont soumis aux dispositions d'application de la directive [95/46]. Toutefois, aux fins de la bonne application de la présente directive, les États membres limitent la portée des obligations et des droits prévus à l'article 10, à l'article 11, paragraphe 1, et aux articles 12 et 21 de la directive [95/46] dans la mesure où cela est nécessaire afin de sauvegarder les intérêts visés à l'article 13, paragraphe 1, [sous] e), de ladite directive. »

#### La directive 95/46

8 L'article 10, l'article 11, paragraphe 1, et les articles 12 et 21 de la directive 95/46 prévoient, le premier, les

modalités d'information des personnes physiques qui sont concernées par un traitement de données à caractère personnel dans le cas où ces données sont collectées auprès d'elles, le deuxième, les modalités d'information de ces personnes physiques dans le cas où lesdites données n'ont pas été collectées auprès de celles-ci, le troisième, le droit d'accès desdites personnes physiques aux données en cause et, le quatrième, la publicité des traitements de données à caractère personnel.

9 L'article 13, paragraphe 1, sous e), de cette directive prévoit que les États membres peuvent prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus, notamment, à l'article 10, à l'article 11, paragraphe 1, et aux articles 12 et 21 de ladite directive lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder un intérêt économique ou financier important d'un État membre ou de l'Union, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal.

10 L'article 22 de la même directive énonce :

« Sans préjudice du recours administratif qui peut être organisé [...] antérieurement à la saisine de l'autorité judiciaire, les États membres prévoient que toute personne dispose d'un recours juridictionnel en cas de violation des droits qui lui sont garantis par les dispositions nationales applicables au traitement en question. »

*Le règlement (UE) 2016/679*

11 La directive 95/46 a été abrogée, avec effet au 25 mai 2018, par le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46 (règlement général sur la protection des données) (JO 2016, L 119, p. 1, et rectificatif JO 2018, L 127, p. 2), dont l'article 1<sup>er</sup>, intitulé « Objet et objectifs », précise notamment qu'il établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et qu'il protège les libertés et les droits fondamentaux des personnes physiques, en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel. Par ailleurs, l'article 94, paragraphe 2, de ce règlement précise que les références à la directive 95/46 s'entendent désormais comme étant faites audit règlement.

12 Les articles 13, 14 et 15 du règlement 2016/679 reprennent respectivement, en les modifiant, les dispositions qui figuraient antérieurement à l'article 10, à l'article 11, paragraphe 1, et à l'article 12 de la directive 95/46.

13 L'article 23, paragraphe 1, sous e), dudit règlement, qui reprend, en la modifiant, la disposition figurant antérieurement à l'article 13, paragraphe 1, sous e), de cette directive, énonce que le droit de l'Union et le droit des États membres peuvent, par la voie de mesures législatives, limiter la portée des obligations et des droits prévus, notamment, aux articles 13 à 15 du même règlement lorsqu'une telle limitation respecte l'essence des libertés et des droits fondamentaux et qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir certains objectifs importants d'intérêt public général, et notamment un intérêt économique ou financier important de l'Union ou d'un État membre, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal, de la santé publique et de la sécurité sociale.

14 L'article 79, paragraphe 1, du règlement 2016/679, qui reprend, en le modifiant, l'article 22 de la directive 95/46, prévoit que, sans préjudice de tout recours administratif ou extrajudiciaire qui lui est ouvert, chaque personne physique concernée par un traitement de données à caractère personnel a droit à un recours juridictionnel effectif si elle considère que les droits que lui confère ce règlement ont été violés du fait d'un traitement de ces données effectué en violation dudit règlement.

#### **Le droit luxembourgeois**

*La loi du 29 mars 2013*

15 L'article 6 de la loi du 29 mars 2013 portant transposition de la directive 2011/16 et portant 1) modification de la loi générale des impôts, 2) abrogation de la loi modifiée du 15 mars 1979 concernant l'assistance administrative internationale en matière d'impôts directs (*Mémorial A 2013*, p. 756), dispose :

« À la demande de l'autorité requérante, l'autorité requise luxembourgeoise lui communique les informations vraisemblablement pertinentes pour l'administration et l'application de la législation interne de l'État membre requérant relative aux taxes et impôts [...], dont elle dispose ou qu'elle obtient à la suite d'enquêtes administratives. »

*La loi du 25 novembre 2014*

16 La loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale et modifiant la loi du 31 mars 2010 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande (*Mémorial A 2014*, p. 4170, ci-après la « loi du 25 novembre 2014 ») est applicable, notamment, aux demandes d'échange d'informations visées à l'ar-

- ticle 6 de la loi du 29 mars 2013, citée au point précédent du présent arrêt.
- 17 Aux termes de l'article 2 de la loi du 25 novembre 2014 :
- « (1) Les administrations fiscales sont autorisées à requérir les renseignements de toute nature qui sont demandés pour l'application de l'échange de renseignements tel que prévu par les [c]onventions et lois auprès du détenteur de ces renseignements.
- (2) Le détenteur des renseignements est obligé de fournir les renseignements demandés, en totalité, de manière précise, sans altération, endéans le délai d'un mois à partir de la notification de la décision portant injonction de fournir les renseignements demandés. Cette obligation comprend la transmission des pièces sans altération sur lesquelles les renseignements sont fondés.
- [...] »
- 18 L'article 3 de cette loi, dans sa version applicable aux litiges au principal, prévoyait :
- « (1) L'administration fiscale compétente vérifie la régularité formelle de la demande d'échange de renseignements. La demande d'échange de renseignements est régulière en la forme si elle contient l'indication de la base juridique et de l'autorité compétente dont émane la demande ainsi que les autres indications prévues par les [c]onventions et lois.
- [...]
- (3) Si l'administration fiscale compétente ne détient pas les renseignements demandés, le directeur de l'administration fiscale compétente ou son délégué notifie par lettre recommandée adressée au détenteur des renseignements sa décision portant injonction de fournir les renseignements demandés. La notification de la décision au détenteur des renseignements demandés vaut notification à toute autre personne y visée.
- [...] »
- 19 L'article 5, paragraphe 1, de ladite loi énonce :
- « Si les renseignements demandés ne sont pas fournis endéans le délai d'un mois à partir de la notification de la décision portant injonction de fournir les renseignements demandés, une amende administrative fiscale d'un maximum de 250 000 euros peut être infligée au détenteur des renseignements. Le montant en est fixé par le directeur de l'administration fiscale compétente ou son délégué. »
- 20 L'article 6 de la même loi, dans sa version applicable aux litiges au principal, était libellé de la façon suivante :
- « (1) Aucun recours ne peut être introduit contre la demande d'échange de renseignements et la décision d'injonction visées à l'article 3, paragraphes 1<sup>er</sup> et 3.
- (2) Contre les décisions visées à l'article 5, un recours en réformation est ouvert devant le tribunal administratif au détenteur des renseignements. [...] Le recours a un effet suspensif. [...]
- [...] »
- La loi du 1<sup>er</sup> mars 2019*
- 21 La loi du 1<sup>er</sup> mars 2019 portant modification de la loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale (*Mémorial A 2019*, p. 112, ci-après la « loi du 1<sup>er</sup> mars 2019 ») est entrée en vigueur le 9 mars 2019.
- 22 L'article 3, paragraphe 1, de la loi du 25 novembre 2014, telle que modifiée par la loi du 1<sup>er</sup> mars 2019, dispose :
- « L'administration fiscale compétente vérifie la régularité formelle de la demande d'échange de renseignements. La demande d'échange de renseignements est régulière en la forme si elle contient l'indication de la base juridique et de l'autorité compétente dont émane la demande ainsi que les autres indications prévues par les [c]onventions et lois. L'administration fiscale compétente s'assure que les renseignements demandés ne sont pas dépourvus de toute pertinence vraisemblable eu égard à l'identité de la personne visée par la demande d'échange de renseignements et à celle du détenteur des renseignements ainsi qu'aux besoins de la procédure fiscale en cause. »
- 23 L'article 6, paragraphe 1, de la loi du 25 novembre 2014, telle que modifiée par la loi du 1<sup>er</sup> mars 2019, énonce :
- « Contre la décision d'injonction visée à l'article 3, paragraphe 3, un recours en annulation est ouvert devant le tribunal administratif au détenteur des renseignements. [...] »
- Les litiges au principal et les questions préjudicielles**
- 24 Les litiges au principal ont chacun pour origine une demande d'échange d'informations adressée par l'administration fiscale du Royaume d'Espagne à celle du Grand-Duché de Luxembourg, en vue d'obtenir des



informations relatives à F.C., une personne physique ayant sa résidence en Espagne, où celle-ci est visée, en tant que contribuable, par une enquête ayant pour objet de déterminer sa situation au regard de la législation fiscale nationale.

#### **Affaire C-245/19**

- 25 Le 18 octobre 2016, l'administration fiscale espagnole a adressé à l'administration fiscale luxembourgeoise une première demande d'échange d'informations au sujet de F.C.
- 26 Le 16 juin 2017, le directeur de l'administration des contributions directes a donné suite à cette demande en adressant à la société B une décision lui faisant injonction de communiquer des informations relatives à la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 31 décembre 2014 et portant sur les éléments suivants :
- les contrats conclus par la société B avec les sociétés E et F au sujet des droits de F.C. ;
  - tout autre contrat conclu, soit au cours de la période en cause, soit antérieurement ou postérieurement à cette période mais prenant effet au cours de celle-ci et relatif à F.C. ;
  - toutes les factures émises ou reçues en rapport avec ces contrats ainsi que leur mode de recouvrement et leur paiement, et
  - le détail des comptes bancaires et des établissements financiers dans lesquels est déposée la trésorerie comptabilisée au bilan.
- 27 Cette décision précisait, par ailleurs, qu'elle ne pouvait pas faire l'objet d'un recours, conformément à l'article 6 de la loi du 25 novembre 2014.
- 28 Par requête déposée au greffe du tribunal administratif (Luxembourg) le 17 juillet 2017, la société B a introduit un recours visant à obtenir, à titre principal, la réformation de ladite décision et, à titre subsidiaire, l'annulation de celle-ci.
- 29 Par jugement du 26 juin 2018, le tribunal administratif s'est déclaré compétent pour connaître de ce recours en ce que celui-ci tendait à l'annulation de la décision du 16 juin 2017 et a partiellement annulé cette dernière. S'agissant de sa compétence, il a considéré que l'article 6, paragraphe 1, de la loi du 25 novembre 2014 n'était pas conforme à l'article 47 de la Charte en ce qu'il excluait l'existence d'un recours direct contre une décision portant injonction de communiquer des informations à l'administration fiscale, de telle sorte que cette disposition devait être laissée inappliquée. Quant au fond, il a estimé que certaines des informations demandées par le directeur de l'administration des contributions directes n'étaient pas vraisemblablement pertinentes aux fins de l'enquête menée par l'administration fiscale espagnole, en conséquence de quoi la décision du 16 juin 2017
- 30 Par requête déposée au greffe de la Cour administrative (Luxembourg) le 24 juillet 2018, l'État luxembourgeois a fait appel de ce jugement.
- 31 Dans le cadre de cet appel, il fait valoir que l'article 6, paragraphe 1, de la loi du 25 novembre 2014 ne méconnaît pas l'article 47 de la Charte dès lors qu'il ne s'oppose pas à ce que la personne qui est destinataire d'une décision portant injonction de communiquer des informations à l'administration fiscale et qui détient les informations sollicitées puisse, dans l'hypothèse où elle ne s'est pas conformée à cette décision et où une sanction lui a été infligée pour ce motif, contester à titre incident ladite décision dans le cadre du recours en réformation qu'elle peut former contre une telle sanction, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, de cette loi. En conséquence, ce serait à tort que le tribunal administratif a écarté l'article 6, paragraphe 1, de ladite loi et s'est déclaré compétent pour connaître du recours en annulation qui lui avait été soumis. En outre, cette juridiction aurait considéré à tort que certaines des informations visées par la décision du 16 juin 2017 n'étaient pas vraisemblablement pertinentes au sens de la directive 2011/16.
- 32 Dans sa décision de renvoi, la Cour administrative se demande, en premier lieu, si les articles 7, 8, 47 et 52 de la Charte imposent de reconnaître, à la personne qui est destinataire d'une décision lui faisant injonction de communiquer des informations dont elle est détentrice à l'administration fiscale, le droit de former un recours direct contre cette décision, en complément de la possibilité, pour une telle personne, de contester à titre incident ladite décision, dans le cas où elle ne respecte pas celle-ci et où une sanction lui est ultérieurement infligée pour ce motif, en vertu de la loi du 25 novembre 2014, telle qu'interprétée à la lumière de l'arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373).
- 33 En second lieu, la juridiction de renvoi se demande, en cas de réponse affirmative à cette première interrogation, quelle est la portée du contrôle que le juge peut être invité à effectuer, dans le cadre d'un tel recours direct, sur le caractère vraisemblablement pertinent des informations en cause, à la lumière des articles 1<sup>er</sup> et 5 de la directive 2011/16.
- 34 Dans ces conditions, la Cour administrative a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :
- « 1) Est-ce que les articles 7 [et] 8 et [l'article] 52, paragraphe 1, de la Charte [...], lus éventuellement ensemble avec l'article 47 [de celle-ci], doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'op-

posent à une législation [...] d'un État membre qui, dans le cadre du régime de procédure en matière d'échange de renseignements sur demande mis en place notamment en vue de la mise en œuvre de la directive 2011/16 [...], exclut tout recours, notamment judiciaire, de la part du tiers détenteur des renseignements, contre une décision à travers laquelle l'autorité compétente de cet État membre l'oblige à lui fournir des informations en vue de donner suite à une demande d'échange de renseignements émanant d'un autre État membre ?

- 2) En cas de réponse affirmative à la première question, est-ce que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et l'article 5 de la directive 2011/16 doivent être interprétés, le cas échéant en tenant compte du caractère évolutif de l'interprétation de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'[Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) concernant le revenu et la fortune], en ce sens qu'une demande d'échange, ensemble [avec] une décision d'injonction de l'autorité compétente de l'État membre requis y donnant suite, satisfait au critère de l'absence d'un défaut manifeste de pertinence vraisemblable dès lors que l'État membre requérant indique l'identité du contribuable concerné, la période concernée par l'enquête dans l'État membre requérant et l'identité du détenteur des renseignements visés, tout en sollicitant des renseignements concernant des contrats et les facturations et paiements afférents non précisés mais qui sont délimités par les critères tenant, premièrement, au fait qu'ils auraient été conclus par le détenteur de renseignements identifié, deuxièmement, à leur applicabilité durant les années d'imposition concernées par l'enquête des autorités de l'État requérant et, troisièmement, à leur lien avec le contribuable concerné identifié ? »

#### **Affaire C-246/19**

- 35 Le 16 mars 2017, l'administration fiscale espagnole a adressé à l'administration fiscale luxembourgeoise une seconde demande d'échange d'informations concernant F.C.
- 36 Le 29 mai 2017, le directeur de l'administration des contributions directes a donné suite à cette demande en adressant à la banque A une décision par laquelle il lui faisait injonction de communiquer des informations relatives à la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 31 décembre 2014 et portant sur les documents et éléments suivants :
- le(s) nom(s) du (des) titulaire(s) actuel(s) d'un compte bancaire déterminé ;

- le(s) nom(s) de la (des) personne(s) autorisée(s) à effectuer des opérations sur ce compte ;
- le(s) nom(s) de la (des) personne(s) ayant ouvert ledit compte ;
- les relevés du même compte pendant la période en cause ;
- le(s) bénéficiaire(s) effectif(s) du compte en question ;
- le point de savoir si un autre compte bancaire a été ouvert après le 31 décembre 2014 auprès de la banque A et si les fonds versés sur celui-ci proviennent d'un compte précédemment ouvert auprès de cette banque ;
- les relevés de tout actif financier détenu par F.C. dans la société B, dans la société D ou dans toute autre société contrôlée par F.C. pendant la période en cause, et
- les relevés des actifs financiers où F. C. apparaît comme bénéficiaire effectif pendant cette période.

- 37 Cette décision précisait, par ailleurs, qu'elle ne pouvait pas faire l'objet d'un recours, conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la loi du 25 novembre 2014.
- 38 Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 17 juillet 2017, les sociétés B, C et D ainsi que F. C. ont introduit un recours visant à obtenir, à titre principal, la réformation de ladite décision et, à titre subsidiaire, l'annulation de celle-ci.
- 39 Par jugement du 26 juin 2018, le tribunal administratif s'est déclaré compétent pour connaître de ce recours en ce que celui-ci tendait à l'annulation de la décision du 29 mai 2017 et a partiellement annulé cette dernière, en se fondant sur des motifs analogues à ceux qui sont résumés au point 29 du présent arrêt.
- 40 Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 24 juillet 2018, l'État luxembourgeois a fait appel de ce jugement.
- 41 Dans sa décision de renvoi, la Cour administrative exprime des interrogations analogues à celles résumées aux points 32 et 33 du présent arrêt, tout en mettant en exergue le fait que l'affaire C-246/19 a pour origine des recours introduits non pas par une personne destinataire d'une décision lui faisant injonction de communiquer des informations dont elle est détentrice à l'administration fiscale d'un État membre, comme c'est le cas de l'affaire C-245/19, mais par des personnes ayant d'autres qualités, à savoir, d'une part, celle de contribuable visé par une enquête ouverte par l'administration fiscale d'un autre État membre et, d'autre part, celle de tierces personnes entretenant des relations juridiques, bancaires, financières ou, plus largement, économiques avec ce contribuable.

42 Dans ces conditions, la Cour administrative a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Est-ce que les articles 7 [et] 8 et [l'article] 52, paragraphe 1, de la Charte, lus éventuellement ensemble avec l'article 47 [de celle-ci], doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation [...] d'un État membre qui, dans le cadre du régime de procédure en matière d'échange de renseignements sur demande mis en place notamment en vue de la mise en œuvre de la directive 2011/16 [...], exclut tout recours, notamment judiciaire, de la part du contribuable visé par [une] enquête dans [un autre État membre] et d'une tierce personne concernée, contre une décision à travers laquelle l'autorité compétente [du premier] État membre oblige un détenteur de renseignements à lui fournir des informations en vue de donner suite à une demande d'échange de renseignements émanant [de cet] autre État membre ?
- 2) En cas de réponse affirmative à la première question, est-ce que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et l'article 5 de la directive 2011/16 doivent être interprétés, le cas échéant en tenant compte du caractère évolutif de l'interprétation de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE [concernant le revenu et la fortune], en ce sens qu'une demande d'échange, ensemble [avec] une décision d'injonction de l'autorité compétente de l'État membre requis y donnant suite, satisfont au critère de l'absence d'un défaut manifeste de pertinence vraisemblable dès lors que l'État membre requérant indique l'identité du contribuable concerné, la période concernée par l'enquête dans l'État membre requérant et l'identité du détenteur des renseignements visés, tout en sollicitant des renseignements concernant des comptes bancaires et des actifs financiers non précisés mais qui sont délimités par les critères tenant, premièrement, au fait qu'ils seraient détenus par un détenteur de renseignements identifié, deuxièmement, aux années d'imposition concernées par l'enquête des autorités de l'État requérant et, troisièmement, à leur lien avec le contribuable concerné identifié ? »
- 43 Par décision du président de la Cour du 3 mai 2019, les affaires C-245/19 et C-246/19 ont été jointes aux fins de la procédure écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

## Sur les questions préjudicielles

### Sur les premières questions dans les affaires C-245/19 et C-246/19

#### Observations liminaires

- 44 Par ses premières questions dans les affaires C-245/19 et C-246/19, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 47 de la Charte, lu conjointement avec les articles 7 et 8 ainsi qu'avec l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que la législation d'un État membre mettant en œuvre la procédure d'échange d'informations sur demande instituée par la directive 2011/16 exclue qu'une décision par laquelle l'autorité compétente de cet État membre oblige une personne détentrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente d'un autre État membre, puisse faire l'objet de recours formés, premièrement, par une telle personne, deuxièmement, par le contribuable qui est visé, dans cet autre État membre, par l'enquête à l'origine de ladite demande et, troisièmement, par des tierces personnes concernées par les informations en cause.
- 45 Ainsi qu'il résulte de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, les dispositions de celle-ci s'adressent aux États membres uniquement lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'Union.
- 46 Constitue une telle mise en œuvre du droit de l'Union, emportant l'applicabilité de la Charte, l'adoption, par un État membre, d'une législation précisant les modalités de la procédure d'échange d'informations sur demande instituée par la directive 2011/16 (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, points 34 à 37), notamment en prévoyant la possibilité, pour l'autorité compétente, de prendre une décision obligeant une personne détentrice d'informations à lui fournir ces dernières.
- 47 L'article 47 de la Charte énonce, à son premier alinéa, que toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif, dans les conditions prévues à cet article. À ce droit correspond l'obligation faite aux États membres, à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union.
- 48 Les articles 7 et 8 de la Charte consacrent, le premier, le droit au respect de la vie privée et, le second, le droit à la protection des données à caractère personnel.

- 49 Aucun de ces trois droits fondamentaux ne constitue une prérogative absolue, chacun d'entre eux devant, en effet, être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société (voir, s'agissant du droit à un recours effectif, arrêt du 18 mars 2010, *Alassini e.a.*, C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, point 63 ainsi que jurisprudence citée, et, en ce qui concerne les droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, arrêt du 16 juillet 2020, *Facebook Ireland et Schrems*, C-311/18, EU:C:2020:559, point 172 ainsi que jurisprudence citée).
- 50 Ainsi, dans l'hypothèse où plusieurs droits garantis par la Charte sont en présence dans un cas d'espèce donné et susceptibles d'entrer en conflit l'un avec l'autre, la nécessaire conciliation qui doit s'opérer entre ces droits, aux fins d'assurer un juste équilibre entre la protection attachée à chacun d'entre eux, peut conduire à leur apporter une limitation (voir, en ce sens, arrêts du 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, points 63 à 65, et du 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, point 46).
- 51 Par ailleurs, l'article 52, paragraphe 1, de la Charte prévoit que des limitations peuvent être apportées à l'exercice des droits et des libertés garantis par celle-ci à condition, premièrement, que ces limitations soient prévues par la loi, deuxièmement, qu'elles respectent le contenu essentiel des droits et des libertés en cause, et, troisièmement, que, dans le respect du principe de proportionnalité, elles soient nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui.
- 52 En l'occurrence, toutefois, les trois droits fondamentaux en présence ne sont pas susceptibles d'entrer en conflit l'un avec l'autre, mais ont vocation à s'appliquer de façon complémentaire. En effet, le caractère effectif de la protection que l'article 47 de la Charte est censé accorder au titulaire du droit garanti par celui-ci ne peut se manifester et s'apprécier que par rapport à des droits matériels, tels que ceux visés aux articles 7 et 8 de la Charte.
- 53 Plus précisément, il découle des premières questions dans les affaires C-245/19 et C-246/19, lues à la lumière de la motivation qui les sous-tend, que la juridiction de renvoi demande si l'article 47 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'une législation nationale peut priver une personne détentricrice d'informations, un contribuable visé par une enquête fiscale et des tierces personnes concernées par ces informations de la possibilité de former un recours direct contre une décision d'injonction de communication desdites informations à l'administration fiscale, décision dont cette juridiction considère qu'elle est de nature à porter atteinte aux droits garantis à ces différentes personnes par les articles 7 et 8 de la Charte.
- Sur le droit à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte*
- 54 Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour, le droit à un recours effectif est invocable sur la seule base de l'article 47 de la Charte, sans que le contenu de celui-ci doive être précisé par d'autres dispositions du droit de l'Union ou par des dispositions du droit interne des États membres (arrêts du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, point 78, et du 29 juillet 2019, *Torubarov*, C-556/17, EU:C:2019:626, point 56).
- 55 Cela étant, la reconnaissance de ce droit, dans un cas d'espèce donné, suppose, ainsi qu'il ressort de l'article 47, premier alinéa, de la Charte, que la personne qui l'invoque se prévale de droits ou de libertés garantis par le droit de l'Union.
- *Sur le droit à un recours effectif de la personne détentricrice d'informations à laquelle l'autorité compétente décide d'enjoindre leur communication*
- 56 Ainsi qu'il résulte des énonciations de la juridiction de renvoi résumées au point 26 du présent arrêt et des dispositions nationales reprises aux points 17 à 19 de cet arrêt, la personne détentricrice d'informations en cause au principal est une personne morale à laquelle l'autorité nationale compétente a adressé une décision d'injonction de communication de ces informations, dont le non-respect est susceptible d'entraîner l'infliction d'une sanction.
- 57 S'agissant, en premier lieu, de la question de savoir si une telle personne doit se voir reconnaître le bénéfice du droit à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte en présence d'une telle décision, il convient, d'emblée, de relever qu'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que constitue un principe général du droit de l'Union la protection des personnes, tant physiques que morales, contre des interventions de la puissance publique dans leur sphère d'activité privée, qui seraient arbitraires ou disproportionnées (arrêts du 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, 46/87 et 227/88, EU:C:1989:337, point 19, ainsi que du 13 septembre 2018, *UBS Europe e.a.*, C-358/16, EU:C:2018:715, point 56).
- 58 Or, cette protection peut être invoquée par une personne morale, en tant que droit garanti par le droit de l'Union, au sens de l'article 47, premier alinéa, de la Charte, en vue de contester en justice un acte lui faisant grief, tel qu'une injonction de communication d'informations ou une sanction infligée pour cause de non-respect de cette injonction (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, points 51 et 52).

- 59 Il s'ensuit qu'une personne morale à laquelle l'autorité nationale compétente a adressé une décision d'injonction de communication d'informations telle que celles en cause au principal doit se voir reconnaître le bénéfice du droit à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte en présence d'une telle décision.
- 60 En ce qui concerne, en second lieu, la question de savoir si l'exercice de ce droit peut être limité par une législation nationale, il découle de la jurisprudence de la Cour qu'une limitation peut être apportée à l'exercice du droit à un recours effectif devant un tribunal consacré à l'article 47 de la Charte, par le législateur de l'Union ou, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, par les États membres, si les conditions prévues à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte sont respectées (voir, en ce sens, arrêt du 15 septembre 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, points 46 et 49).
- 61 En l'occurrence, il ne résulte d'aucune disposition de la directive 2011/16, dont la législation en cause au principal assure la mise en œuvre, que le législateur de l'Union ait entendu limiter l'exercice du droit à un recours effectif, en présence d'une décision d'injonction de communication d'informations telle que celles en cause au principal.
- 62 Par ailleurs, la directive 2011/16 renvoie, à son article 25, paragraphe 1, à la réglementation de l'Union relative au traitement des données à caractère personnel, en prévoyant que tous les échanges d'informations effectués en vertu de cette directive sont soumis aux dispositions de la directive 95/46, qui a, comme cela a été rappelé au point 11 du présent arrêt, été abrogée et remplacée avec effet au 25 mai 2018, soit postérieurement à l'adoption des décisions en cause au principal, par le règlement 2016/679, dont l'objectif consiste notamment à assurer et à préciser le droit à la protection des données à caractère personnel garanti par l'article 8 de la Charte.
- 63 Or, l'article 22 de la directive 95/46, dont l'article 79 du règlement 2016/679 reprend la substance, souligne que toute personne doit disposer d'un recours juridictionnel en présence d'une violation des droits qui lui sont garantis par les dispositions applicables au traitement de telles données.
- 64 Il s'ensuit que le législateur de l'Union n'a pas limité lui-même l'exercice du droit à un recours effectif consacré à l'article 47 de la Charte et qu'il est loisible aux États membres de limiter cet exercice, à condition de respecter les exigences prévues à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.
- 65 Ainsi qu'il a été rappelé au point 51 du présent arrêt, cette disposition exige, notamment, que toute limitation apportée à l'exercice des droits et des libertés garantis par la Charte respecte le contenu essentiel de ces derniers.
- 66 À cet égard, il découle de la jurisprudence de la Cour que le contenu essentiel du droit à un recours effectif consacré à l'article 47 de la Charte inclut, entre autres éléments, celui consistant, pour la personne titulaire de ce droit, à pouvoir accéder à un tribunal compétent pour assurer le respect des droits que le droit de l'Union lui garantit et, à cette fin, pour examiner toutes les questions de droit et de fait pertinentes pour résoudre le litige dont il se trouve saisi (voir, en ce sens, arrêts du 6 novembre 2012, *Otis e.a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, point 49, ainsi que du 12 décembre 2019, *Aktiva Finants*, C-433/18, EU:C:2019:1074, point 36). En outre, pour accéder à un tel tribunal, cette personne ne saurait se voir contrainte d'enfreindre une règle ou une obligation juridique et de s'exposer à la sanction attachée à cette infraction (voir, en ce sens, arrêts du 1<sup>er</sup> avril 2004, *Commission/Jégo-Quéry*, C-263/02 P, EU:C:2004:210, point 35 ; du 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, EU:C:2007:163, point 64, ainsi que du 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 104).
- 67 Or, en l'occurrence, il ressort des énonciations de la juridiction de renvoi résumées au point 32 du présent arrêt que, eu égard à la législation en cause au principal, ce n'est que si la personne destinataire d'une décision d'injonction de communication d'informations telle que celles en cause au principal ne respecte pas cette décision, d'une part, et si elle se voit ultérieurement infliger une sanction pour ce motif, d'autre part, qu'elle dispose d'une possibilité de contester à titre incident ladite décision, dans le cadre du recours qui lui est ouvert contre une telle sanction.
- 68 Il s'ensuit que, en présence d'une décision d'injonction de communication d'informations qui serait arbitraire ou disproportionnée, une telle personne ne peut pas accéder à un tribunal, à moins d'enfreindre cette décision en refusant d'obtempérer à l'injonction qu'elle comporte et de s'exposer, ainsi, à la sanction attachée au non-respect de celle-ci. Partant, cette personne ne peut pas être regardée comme jouissant d'une protection juridictionnelle effective.
- 69 Dans ces conditions, il doit être considéré qu'une législation nationale telle que celle en cause au principal, qui exclut la possibilité, pour une personne détentrice d'informations à laquelle l'autorité nationale compétente adresse une décision d'injonction de communication de ces informations, de former un recours direct contre cette décision, ne respecte pas le contenu essentiel du droit à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte et, par conséquent, que l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci s'oppose à une telle législation.



– Sur le droit à un recours effectif du contribuable visé par l'enquête à l'origine de la décision d'injonction de communication d'informations

- 70 Ainsi qu'il découle des énonciations de la juridiction de renvoi résumées au point 24 du présent arrêt, le contribuable en cause au principal est une personne physique qui a sa résidence dans un État membre autre que celui dont relève l'autorité ayant adopté les décisions d'injonction de communication d'informations en cause au principal et qui est visée, dans cet État membre, par une enquête tendant à déterminer sa situation au regard de la législation fiscale dudit État membre.
- 71 Par ailleurs, le libellé des décisions d'injonction de communication d'informations en cause au principal, repris aux points 26 et 36 du présent arrêt, fait apparaître que les informations dont ces décisions enjoignent la communication à l'autorité qui les a adoptées portent sur des comptes bancaires et sur des actifs financiers dont cette personne serait titulaire ou bénéficiaire ainsi que sur diverses opérations juridiques, bancaires, financières ou, plus largement, économiques susceptibles d'avoir été réalisées par ladite personne ou par des tierces personnes agissant pour son compte ou dans son intérêt.
- 72 S'agissant, en premier lieu, de la question de savoir si une telle personne doit se voir reconnaître le bénéfice du droit à un recours effectif consacré à l'article 47 de la Charte, en présence de telles décisions, il convient de relever que cette personne est à l'évidence titulaire, d'une part, du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 7 de la Charte et, d'autre part, du droit à la protection des données à caractère personnel garanti par l'article 8, paragraphe 1, de celle-ci, qui est étroitement lié, s'agissant des personnes physiques, au droit au respect de la vie privée de ces dernières [arrêts du 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke et Eifert, C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, point 47, ainsi que du 18 juin 2020, Commission/Hongrie (Transparence associative), C-78/18, EU:C:2020:476, points 123 et 126].
- 73 En outre, il découle de la jurisprudence constante de la Cour que la communication d'informations relatives à une personne physique identifiée ou identifiable à un tiers, y compris une autorité publique, ainsi que la mesure qui impose ou permet cette communication, sont, sans préjudice de leur éventuelle justification, constitutives d'ingérences dans le droit de cette personne au respect de sa vie privée ainsi que dans son droit à la protection des données à caractère personnel la concernant, indépendamment du point de savoir si ces informations présentent un caractère sensible ou non et quelle que soit leur utilisation ultérieure, sauf si ladite communication intervient dans le respect des dispositions du droit de l'Union et, le cas échéant, des dispositions du droit interne prévues à cet effet [voir, en ce sens, arrêts du 18 juin 2020, Commission/Hongrie (Transparence associative), C-78/18, EU:C:2020:476, points 124 et 126, ainsi que du 16 juillet 2020, Facebook Ireland et Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, point 171 et jurisprudence citée].
- 74 Ainsi, la communication à l'autorité nationale compétente d'informations relatives à une personne physique identifiée ou identifiable, telles que les informations mentionnées au point 71 du présent arrêt, et la mesure qui, à l'instar des décisions visées au même point, impose cette communication, sont susceptibles de violer le droit au respect de la vie privée de la personne en cause ainsi que son droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
- 75 Partant, un contribuable tel que celui visé au point 70 du présent arrêt doit se voir reconnaître le bénéfice du droit à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte en présence d'une décision d'injonction de communication d'informations telle que celles en cause au principal.
- 76 En ce qui concerne, en second lieu, la question de savoir si l'exercice de ce droit peut être limité, en vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, en excluant qu'une telle personne puisse former un recours direct contre cette décision, il convient de rappeler qu'une telle limitation doit, premièrement, être prévue par la loi, ce qui implique notamment, ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour, que sa base légale en définit la portée de manière claire et précise (arrêts du 17 décembre 2015, WebMind-Licenses, C-419/14, EU:C:2015:832, point 81, et du 8 septembre 2020, Recorded Artists Actors Performers, C-265/19, EU:C:2020:677, point 86).
- 77 En l'occurrence, le libellé de la législation nationale en cause au principal fait apparaître que cette exigence est respectée.
- 78 Deuxièmement, le contenu essentiel du droit à un recours effectif doit être respecté, cette exigence devant être appréciée, notamment, au regard des éléments énoncés au point 66 du présent arrêt.
- 79 À cet égard, il découle de la jurisprudence de la Cour que ladite exigence n'implique pas, en tant que telle, que le titulaire de ce droit dispose d'une voie de recours directe ayant pour objet, à titre principal, de mettre en cause une mesure donnée, pour autant qu'il existe par ailleurs, devant les différentes juridictions nationales compétentes, une ou plusieurs voies de recours lui permettant d'obtenir, à titre incident, un contrôle juridictionnel de cette mesure assurant le respect des droits et des libertés que le droit de l'Union lui garantit, sans devoir s'exposer à cette fin au risque de se voir infliger une sanction en cas de non-respect de la mesure en cause (voir, en

ce sens, arrêts du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, points 47, 49, 53 à 55, 61 et 64, ainsi que du 21 novembre 2019, Deutsche Lufthansa, C-379/18, EU:C:2019:1000, point 61).

- 80 En l'occurrence, il doit être relevé, à ce titre, que la situation du contribuable visé par une enquête est différente de celle de la personne détentrice d'informations concernant celui-ci. En effet, ainsi qu'énoncé au point 68 du présent arrêt, cette dernière personne se trouverait, en l'absence de possibilité de former un recours direct contre une décision qui lui est adressée et qui lui impose une obligation juridique de communiquer les informations en cause, privée de toute protection juridictionnelle effective. En revanche, le contribuable visé n'est pas destinataire d'une telle décision et n'est soumis à aucune obligation juridique par cette dernière, ni, partant, au risque de se voir infliger une sanction en cas de non-respect de celle-ci. Par conséquent, un tel contribuable n'est pas contraint de se placer dans l'illégalité pour pouvoir exercer son droit à un recours effectif, de sorte que la jurisprudence citée à la seconde phrase du point 66 du présent arrêt ne lui est pas applicable.
- 81 Par ailleurs, une décision d'injonction de communication d'informations telle que celles en cause au principal intervient dans le cadre de la phase préliminaire de l'enquête visant le contribuable en cause, au cours de laquelle sont recueillies des informations relatives à la situation fiscale de ce contribuable et qui ne revêt pas un caractère contradictoire. En effet, seule la phase ultérieure de ladite enquête, qui s'ouvre par l'envoi d'une proposition de rectification ou de redressement au contribuable visé, d'une part, revêt un caractère contradictoire impliquant de permettre à ce contribuable d'exercer son droit d'être entendu (voir, en ce sens, arrêt du 22 octobre 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, points 40 et 44) et, d'autre part, est susceptible de déboucher sur une décision de rectification ou de redressement adressée audit contribuable.
- 82 Or, cette dernière décision constitue un acte à l'égard duquel le contribuable visé doit disposer d'un droit de recours effectif supposant que le tribunal saisi du litige soit compétent pour examiner toutes les questions de droit et de fait pertinentes pour résoudre ce litige, comme évoqué au point 66 du présent arrêt, et, en particulier, pour vérifier que les preuves sur lesquelles se fonde cet acte n'ont pas été obtenues ou utilisées en violation des droits et des libertés garantis à l'intéressé par le droit de l'Union (voir, par analogie, arrêt du 17 décembre 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, points 87 à 89).
- 83 Partant, lorsqu'une décision d'injonction de communication d'informations telle que celles en cause au principal conduit l'autorité nationale ayant demandé ces informations à adopter une décision de rectification ou de redressement qui se fonde, en tant que preuves, sur lesdites informations, le contribuable visé par l'enquête a la possibilité de contester, à titre incident, la première de ces décisions ainsi que les conditions d'obtention et l'utilisation des preuves recueillies grâce à celle-ci, dans le cadre du recours qu'il peut former contre la seconde desdites décisions.
- 84 Par conséquent, une législation nationale telle que celle en cause au principal doit être considérée comme ne portant pas atteinte au contenu essentiel du droit à un recours effectif garanti au contribuable visé. De surcroît, elle ne restreint pas l'accès de ce contribuable aux voies de recours prévues conformément à l'article 79, paragraphe 1, du règlement 2016/679, qui reprend, en le modifiant, l'article 22 de la directive 95/46, si ledit contribuable considère que les droits que lui confère ce règlement ont été violés du fait d'un traitement de données à caractère personnel le concernant.
- 85 Troisièmement, comme énoncé au point 51 du présent arrêt, une telle législation nationale doit, dans le respect du principe de proportionnalité, être nécessaire et répondre effectivement à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union. Il y a donc lieu de vérifier successivement si elle répond à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union et, dans l'affirmative, si elle respecte le principe de proportionnalité (voir, en ce sens, arrêts du 5 juillet 2017, Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, point 39, ainsi que du 12 juillet 2018, Spika e.a., C-540/16, EU:C:2018:565, point 40).
- 86 À cet égard, la juridiction de renvoi souligne que la législation en cause au principal met en œuvre la directive 2011/16, dont le considérant 27 envisage que des limitations nécessaires et proportionnées soient apportées à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel les concernant, telle qu'assurée par la directive 95/46, et dont les considérants 1 et 2 énoncent qu'elle a pour objectif de contribuer à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales, en renforçant la coopération entre les autorités nationales compétentes en ce domaine.
- 87 Or, cet objectif constitue un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte [voir, en ce sens, arrêts du 22 octobre 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, point 32 ; du 17 décembre 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, point 76, ainsi que du 26 février 2019, X (Sociétés intermédiaires établies dans des pays tiers), C-135/17, EU:C:2019:136, points 74 et 75], susceptible de permettre qu'une limitation soit apportée à l'exercice des droits garantis par les articles 7, 8 et 47 de celle-ci, pris individuellement ou conjointement.

- 88 Il s'ensuit que l'objectif poursuivi par la législation nationale en cause au principal constitue un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union.
- 89 Cet objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales se traduit notamment, aux articles 5 à 7 de la directive 2011/16, par la mise en place d'une procédure d'échange d'informations sur demande permettant aux autorités nationales compétentes de coopérer efficacement et rapidement entre elles, en vue de recueillir des informations dans le cadre d'enquêtes visant tel ou tel contribuable donné (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, points 46, 47 et 77).
- 90 Or, l'intérêt attaché à l'efficacité et à la rapidité de cette coopération, qui concrétise l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales sous-tendant la directive 2011/16, impose notamment de respecter l'ensemble des délais prévus à l'article 7 de cette directive.
- 91 Eu égard à cette situation, il y a lieu de considérer qu'une législation nationale excluant qu'un recours direct puisse être formé, contre une décision d'injonction de communication d'informations telle que celles en cause au principal, par le contribuable visé par l'enquête à l'origine de la demande d'échange d'informations ayant conduit l'autorité nationale compétente à adopter cette décision, est propre à réaliser l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales poursuivi par la directive 2011/16 et nécessaire à la réalisation de cet objectif.
- 92 En outre, elle n'apparaît pas disproportionnée dès lors, d'une part, qu'une telle décision ne soumet le contribuable visé à aucune obligation juridique ni à aucun risque de sanction, et, d'autre part, que ce contribuable a la possibilité de contester cette décision à titre incident, dans le cadre d'un recours contre une décision ultérieure de rectification ou de redressement.
- 93 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que l'article 47 de la Charte, lu conjointement avec les articles 7 et 8 ainsi qu'avec l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale telle que celle en cause au principal exclue qu'une décision par laquelle l'autorité compétente d'un État membre oblige une personne détentrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente d'un autre État membre, puisse faire l'objet d'un recours direct formé par le contribuable qui est visé, dans cet autre État membre, par l'enquête à l'origine de cette demande.
- *Sur le droit à un recours effectif des tierces personnes concernées*
- 94 Ainsi qu'il découle des points 26, 36 et 71 du présent arrêt, les tierces personnes concernées auxquelles se réfère la juridiction de renvoi sont des personnes morales avec lesquelles le contribuable visé par l'enquête à l'origine des décisions d'injonction de communication d'informations en cause au principal entretient ou est susceptible d'entretenir des relations juridiques, bancaires, financières ou, plus largement, économiques.
- 95 Il convient, en premier lieu, de déterminer si de telles tierces personnes doivent, dans une situation telle que celle en cause au principal, se voir reconnaître le bénéfice du droit à un recours effectif consacré à l'article 47 de la Charte.
- 96 À cet égard, il doit être observé que, à l'instar d'une personne morale détentrice d'informations à laquelle l'autorité nationale compétente adresse une décision d'injonction de communication de ces informations, ces tierces personnes peuvent se prévaloir de la protection dont toute personne physique ou morale jouit, en vertu du principe général du droit de l'Union évoqué au point 57 du présent arrêt, contre des interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique dans leur sphère d'activité privée, même si la communication à une autorité publique d'informations juridiques, bancaires, financières ou, plus largement, économiques les concernant ne peut en aucun cas être considérée comme touchant au cœur de cette activité [voir, en ce sens, Cour EDH, 16 juin 2015 (déc.), *Othymia Investments BV c. Pays-Bas*, CE:ECHR:2015:0616DEC007529210, § 37; 7 juillet 2015, *M. N. et autres c. San Marino*, CE:ECHR:2015:0707JUD002800512, § 51 et 54, ainsi que 22 décembre 2015, *G.S. B. c. Suisse*, CE:ECHR:2015:1222JUD002860111, § 51 et 93].
- 97 Dès lors, de telles tierces personnes doivent se voir reconnaître le bénéfice du droit à un recours effectif en présence d'une décision d'injonction de communication d'informations qui pourrait violer leur droit à cette protection.
- 98 En ce qui concerne, en second lieu, la question de savoir si l'exercice du droit à un recours effectif garanti aux tierces personnes concernées par les informations en cause peut être limité de telle sorte que celles-ci ne puissent pas former un recours direct en présence d'une telle décision, il doit être souligné, premièrement, que la législation nationale en cause au principal définit, de manière claire et précise, la limitation qu'elle apporte à l'exercice de ce droit.
- 99 S'agissant, deuxièmement, de l'exigence tenant au respect du contenu essentiel du droit à un recours effectif, il importe de relever que les tierces per-

sonnes concernées par les informations en cause ne sont, à la différence de la personne détentrice de ces informations à laquelle l'autorité compétente d'un État membre a adressé une décision d'injonction de communication de celles-ci, soumises ni à une obligation juridique de communiquer lesdites informations ni, partant, au risque de se voir infliger une sanction en cas de non-respect d'une telle obligation juridique. Partant, la jurisprudence citée à la seconde phrase du point 66 du présent arrêt ne leur est pas applicable.

- 100 Par ailleurs, il est vrai que la communication d'informations concernant lesdites tierces personnes à une autorité publique, par la personne destinataire d'une décision enjoignant leur communication à cette autorité publique, est susceptible de porter atteinte au droit de ces tierces personnes d'être protégées contre des interventions arbitraires ou disproportionnées des autorités publiques dans leur sphère d'activité privée et, ce faisant, de leur causer un préjudice.
- 101 Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la possibilité, pour un justiciable donné, d'agir en justice aux fins de faire constater la violation des droits qui lui sont garantis par le droit de l'Union et d'obtenir la réparation du préjudice que lui a causé cette violation assure une protection juridictionnelle effective à ce justiciable, dès lors que le tribunal saisi du litige dispose de la possibilité de contrôler l'acte ou la mesure qui est à l'origine de ladite violation et dudit préjudice (voir, en ce sens, arrêt du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, point 58).
- 102 Il s'ensuit, en l'occurrence, que le respect du contenu essentiel du droit à un recours effectif n'exige pas que des justiciables tels que les tierces personnes qui sont concernées par les informations en cause, sans toutefois être soumises à une obligation juridique de communiquer ces informations ni, partant, à un risque de se voir infliger une sanction en cas de non-respect d'une telle obligation juridique, aient, par ailleurs, la possibilité de former un recours direct contre la décision d'injonction de communication desdites informations.
- 103 Troisièmement, il doit être rappelé que la législation nationale en cause au principal poursuit un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union, comme énoncé aux points 86 à 88 du présent arrêt.
- 104 Quant à l'exigence tenant au caractère nécessaire et proportionné de cette législation au regard d'un tel objectif, elle est à considérer, comme cela découle des points 90 à 92 du présent arrêt, comme étant satisfaite compte tenu, d'une part, des délais qui doivent être respectés pour assurer l'efficacité et la rapidité de la procédure d'échange d'informations concrétisant l'objectif de lutte contre la fraude et

l'évasion fiscales internationales qui sous-tend la directive 2011/16, et, d'autre part, de la possibilité, pour les personnes concernées, d'agir en justice aux fins de voir constater une violation des droits qui leur sont garantis par le droit de l'Union et réparer le préjudice causé par celle-ci.

- 105 Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux premières questions dans les affaires C-245/19 et C-246/19 que l'article 47 de la Charte, lu conjointement avec les articles 7 et 8 ainsi qu'avec l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprété en ce sens :
- qu'il s'oppose à ce que la législation d'un État membre mettant en œuvre la procédure d'échange d'informations sur demande instituée par la directive 2011/16 exclue qu'une décision par laquelle l'autorité compétente de cet État membre oblige une personne détentrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente d'un autre État membre, puisse faire l'objet d'un recours formé par une telle personne, et
  - qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une telle législation exclue qu'une telle décision puisse faire l'objet de recours formés par le contribuable qui est visé, dans cet autre État membre, par l'enquête à l'origine de ladite demande, ainsi que par des tierces personnes concernées par les informations en cause.

#### **Sur la seconde question dans l'affaire C-245/19**

- 106 Eu égard aux réponses apportées aux premières questions dans les affaires C-245/19 et C-246/19 et à la circonstance que les secondes questions dans ces affaires n'ont été posées qu'en cas de réponse affirmative à celles-ci, il y a lieu de répondre uniquement à la seconde question dans l'affaire C-245/19.
- 107 Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et l'article 5 de la directive 2011/16 doivent être interprétés en ce sens qu'une décision par laquelle l'autorité compétente d'un État membre oblige une personne détentrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente d'un autre État membre, est à considérer, prise ensemble avec cette demande, comme portant sur des informations qui n'apparaissent pas, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable dès lors qu'elle indique l'identité de la personne détentrice des informations en cause, celle du contribuable qui est visé par l'enquête à l'origine de la demande d'échange d'informations et la période de la demande d'échange d'informations et la période couverte par cette dernière, et qu'elle porte sur des contrats, des facturations et des paiements qui, tout en n'étant pas identifiés de façon précise,

- sont délimités au moyen de critères tenant, premièrement, au fait qu'ils ont été respectivement conclus ou effectués par la personne détentrice, deuxièmement, à la circonstance qu'ils sont intervenus pendant la période couverte par cette enquête et, troisièmement, à leur lien avec le contribuable visé.
- 108 L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2011/16 prévoit que les États membres coopèrent entre eux aux fins d'échanger les informations vraisemblablement pertinentes pour l'administration et l'application de leur législation interne en matière fiscale.
- 109 Pour sa part, l'article 5 de cette directive énonce que, à la demande de l'autorité nationale qui entend se voir communiquer de telles informations, dénommée « autorité requérante », l'autorité à laquelle cette demande est adressée, dénommée « autorité requise », les lui communique, le cas échéant après les avoir obtenues à la suite d'une enquête.
- 110 L'expression « vraisemblablement pertinentes » figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2011/16 vise, ainsi que la Cour l'a déjà relevé, à permettre à l'autorité requérante de demander et d'obtenir toutes les informations dont elle peut raisonnablement considérer qu'elles se révéleront pertinentes aux fins de son enquête, sans toutefois l'autoriser à dépasser de manière manifeste le cadre de celle-ci ni imposer une charge excessive à l'autorité requise (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, points 63 et 66 à 68).
- 111 En outre, cette expression doit être interprétée à la lumière du principe général du droit de l'Union tenant à la protection des personnes physiques ou morales contre des interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique dans leur sphère d'activité privée, visé au point 57 du présent arrêt.
- 112 À cet égard, il y a lieu d'observer que, si l'autorité requérante, qui est maîtresse de l'enquête à l'origine de la demande d'échange d'informations, dispose d'une marge d'appréciation pour évaluer, selon les circonstances de l'affaire, la pertinence vraisemblable des informations demandées, elle ne saurait pour autant demander à l'autorité requise des informations ne présentant aucune pertinence pour cette enquête (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, points 70 et 71).
- 113 Ainsi, une décision d'injonction de communication d'informations par laquelle l'autorité requise donnerait suite à une demande d'échange d'informations de l'autorité requérante visant à faire effectuer une recherche d'informations « tous azimuts », telle que visée au considérant 9 de la directive 2011/16, s'apparenterait à une intervention arbitraire ou disproportionnée de la puissance publique.
- 114 Il en découle que des informations qui seraient demandées aux fins d'une telle recherche « tous azimuts » ne sauraient, en tout état de cause, être considérées comme étant « vraisemblablement pertinentes » au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2011/16.
- 115 À cet égard, l'autorité requise doit contrôler que la motivation de la demande d'échange d'informations qui lui a été adressée par l'autorité requérante est suffisante pour établir que les informations en cause n'apparaissent pas dépourvues de toute pertinence vraisemblable eu égard à l'identité du contribuable visé par l'enquête à l'origine de cette demande, aux besoins d'une telle enquête et, dans l'hypothèse où il est nécessaire d'obtenir les informations en cause auprès d'une personne détenant celles-ci, à l'identité de cette dernière (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, points 76, 78, 80 et 82).
- 116 Par ailleurs, dans l'hypothèse où cette personne a formé un recours contre la décision d'injonction de communication d'informations qui lui a été adressée, la juridiction compétente doit contrôler que la motivation de cette décision et de la demande sur laquelle celle-ci se fonde est suffisante pour établir que les informations en cause n'apparaissent pas, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable eu égard à l'identité du contribuable visé, à celle de la personne détenant ces informations et aux besoins de l'enquête en cause (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, point 86).
- 117 C'est donc au regard de ces éléments qu'il convient de déterminer si une décision d'injonction de communication d'informations telle que celle à l'origine du litige au principal dans l'affaire C-245/19, prise ensemble avec la demande d'échange d'informations sur laquelle elle se fonde, porte sur des informations qui n'apparaissent pas, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable.
- 118 À ce sujet, il convient de relever qu'une telle décision, prise ensemble avec une telle demande, porte, à l'évidence, sur des informations qui n'apparaissent pas, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable en ce qu'elle indique l'identité du contribuable visé par l'enquête à l'origine de cette demande, la période couverte par cette enquête ainsi que l'identité de la personne qui est détentrice d'informations concernant des contrats, des facturations et des paiements conclus ou effectués pendant cette période et liés au contribuable en cause.



- 119 Les doutes de la juridiction de renvoi proviennent, toutefois, du fait que cette décision, prise ensemble avec cette demande, porte sur des contrats, des facturations et des paiements qui ne sont pas identifiés de façon précise.
- 120 Il doit être observé, d'une part, que ladite décision, prise ensemble avec ladite demande, porte, sans conteste, sur des informations qui n'apparaissent pas, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable en ce qu'elle vise des contrats, des facturations et des paiements qui ont été conclus ou effectués, pendant la période couverte par l'enquête, par la personne détentrice d'informations à leur sujet et qui présentent un lien avec le contribuable visé par cette enquête.
- 121 D'autre part, il convient de rappeler que tant ladite décision que ladite demande sont intervenues, ainsi qu'il résulte du point 81 du présent arrêt, au cours de la phase préliminaire de ladite enquête, dont l'objet est de recueillir des informations dont l'autorité requérante n'a, par hypothèse, pas une connaissance précise et complète.
- 122 Dans ces circonstances, il apparaît vraisemblable que certaines des informations qui sont visées par la décision d'injonction de communication d'informations à l'origine du litige au principal dans l'affaire C-245/19, prise ensemble avec la demande d'échange d'informations sur laquelle elle se fonde, s'avèrent en définitive, au terme de l'enquête menée par l'autorité requérante, non pertinentes à la lumière des résultats de cette enquête.
- 123 Toutefois, compte tenu des appréciations figurant aux points 118 et 120 du présent arrêt, cette situation ne saurait impliquer que les informations en cause puissent être considérées, aux fins du contrôle visé aux points 115 et 116 de cet arrêt, comme apparaissant, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable et, dès lors, comme ne répondant pas aux exigences découlant de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et de l'article 5 de la directive 2011/16.
- 124 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la seconde question dans l'affaire C-245/19 que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et l'article 5 de la directive 2011/16 doivent être interprétés en ce sens qu'une décision par laquelle l'autorité compétente d'un État membre oblige une personne détentrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente d'un autre État membre, est à considérer, prise ensemble avec cette demande, comme portant sur des informations qui n'apparaissent pas, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable dès lors qu'elle indique l'identité

de la personne détentrice des informations en cause, celle du contribuable qui est visé par l'enquête à l'origine de la demande d'échange d'informations et la période couverte par cette dernière, et qu'elle porte sur des contrats, des facturations et des paiements qui, tout en n'étant pas identifiés de façon précise, sont délimités au moyen de critères tenant, premièrement, au fait qu'ils ont été respectivement conclus ou effectués par la personne détentrice, deuxièmement, à la circonstance qu'ils sont intervenus pendant la période couverte par cette enquête et, troisièmement, à leur lien avec le contribuable visé.

#### Sur les dépens

- 125 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux des dites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

- 1) L'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lu conjointement avec les articles 7 et 8 ainsi qu'avec l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprété en ce sens :
  - qu'il s'oppose à ce que la législation d'un État membre mettant en œuvre la procédure d'échange d'informations sur demande instituée par la directive 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, telle que modifiée par la directive 2014/107/UE du Conseil, du 9 décembre 2014, exclue qu'une décision par laquelle l'autorité compétente de cet État membre oblige une personne détentrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente d'un autre État membre, puisse faire l'objet d'un recours formé par une telle personne, et
  - qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une telle législation exclue qu'une telle décision puisse faire l'objet de recours formés par le contribuable qui est visé, dans cet autre État membre, par l'enquête à l'origine de ladite demande, ainsi que par des tierces personnes concernées par les informations en cause.
- 2) L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et l'article 5 de la directive 2011/16, telle que modifiée par la directive 2014/107, doivent être interprétés en ce sens qu'une décision par laquelle l'autorité compétente d'un État membre oblige une personne détentrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente

d'un autre État membre, est à considérer, prise ensemble avec cette demande, comme portant sur des informations qui n'apparaissent pas, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable dès lors qu'elle indique l'identité de la personne détentrice des informations en cause, celle du contribuable qui est visé par l'enquête à l'origine de la demande d'échange d'informations et la période couverte par cette dernière,

et qu'elle porte sur des contrats, des facturations et des paiements qui, tout en n'étant pas identifiés de façon précise, sont délimités au moyen de critères tenant, premièrement, au fait qu'ils ont été respectivement conclus ou effectués par la personne détentrice, deuxièmement, à la circonstance qu'ils sont intervenus pendant la période couverte par cette enquête et, troisièmement, à leur lien avec le contribuable visé.

## C. CONST., 19 MARS 2021

N° 00146 du registre

### Principes de l'état de droit, d'accès au juge et de recours effectif – Convention européenne des droits de l'homme – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Socle commun

*Le droit à un recours juridictionnel effectif est consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre d'une procédure de coopération administrative transfrontalière donnant lieu à une demande de renseignements, ce droit n'a pas besoin d'être assuré dans l'État requis s'il est effectivement garanti dans l'État requérant. En ce, ce droit est aménagé de façon différente selon qu'il est invoqué par l'administré résidant dans l'État requérant dont la situation fait l'objet de la demande de renseignements, par le tiers établi dans l'État requis auquel s'adresse la demande de renseignements ou par le tiers concerné par la demande de renseignements établie dans l'État requis.*

Voir obs. p. 60.

#### EXTRAITS

Statuant sur un recours en reformation sinon en annulation formé par les époux AB contre une décision du directeur de l'Administration des Contributions Directes du 28 juillet 2015 en matière d'échange de renseignements, le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, deuxième chambre, avait, par jugement du 10 janvier 2019, soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« Le principe de l'État de droit ainsi que le principe de la légalité se dégagent des dispositions constitutionnelles et plus particulièrement de l'article 95 de la Constitution consacre-t-il implicitement mais nécessairement les principes de l'État de droit et de la légalité. Dans l'affirmative, l'article 6 (1) de la loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale, en ce qu'il consacre une interdiction légale d'introduire un recours contentieux contre une demande d'échange de renseignements étrangère, respectivement contre la décision d'injonction corrélative émanant des autorités luxembourgeoises est-il conforme au principe de l'État de droit ainsi qu'au principe de la légalité ? ».

Par arrêt du 28 mai 2019, la Cour avait déclaré recevable la question préjudicielle en tant que posée par rapport au principe de l'État de droit entrevu sous les aspects d'accès à un juge et de recours effectif et avait sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de Justice de l'Union Européenne, (ci-après « la CJUE »), se soit prononcée sur la question préjudicielle dans le même domaine d'accès à un juge en matière d'échange de renseignements sur demande dans

le contexte fiscal lui soumise par arrêt de la Cour administrative du 14 mars 2019 (n° 41487C du rôle).

Par arrêt du 6 octobre 2020 (affaires C-245/19 et C-246/19) la CJUE a dit pour droit :

« L'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, lu conjointement avec les articles 7 et 8 ainsi qu'avec l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprété en ce sens :

- qu'il s'oppose à ce que la législation d'un État membre mettant en œuvre la procédure d'échange d'informations sur demande instituée par la directive 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CE, telle que modifiée par la directive 2014/1107/UE du Conseil, du 9 décembre 2014, exclue qu'une décision par laquelle l'autorité compétente de cet État membre oblige une personne détentrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente d'un autre État membre, puisse faire l'objet d'un recours formé par une telle personne, et
- qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une telle législation exclue qu'une telle décision puisse faire l'objet de recours formés par le contribuable qui est visé, dans cet autre État membre, par l'enquête à l'origine de ladite demande, ainsi que par des tierces personnes concernées par les informations en cause.

(...). ».

Le contentieux administratif visé par l'article 95bis de la Constitution ne comporte que les recours dirigés contre des décisions administratives individuelles et actes réglementaires émanant d'autorités luxembourgeoises, de sorte que la question est, dans la branche visant l'existence d'un éventuel recours contre une demande d'échange de renseignements étrangère, dépourvue de pertinence.

Dans la présente affaire où l'article 6, paragraphe 1, de la loi du 25 novembre 2014, dans sa version applicable au jour de la prise de décision directoriale du 28 juillet 2015, exclut tout recours contre l'injonction directoriale avant statué dans le cadre d'une procédure d'échange d'informations, la Cour est amenée à considérer la situation de contribuables non-résidents, demeurant en Suisse, dont le cas d'imposition est concerné par la demande d'échange d'informations. Dès lors, la question de l'ouverture éventuelle d'un recours au tiers détenteur d'informations ou à un tiers intéressé à la date pertinente est étrangère à l'objet de la question préjudicielle.

Les contribuables concernés par la procédure au principal résident dans un État qui n'est, certes, pas situé à l'intérieur de l'Union européenne, mais qui en tant qu'État membre du Conseil de l'Europe et en termes d'État de droit, est soumis aux garanties de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « la CEDH »), dont les garanties en matière d'accès au juge et de recours effectif sont à considérer comme équivalentes à celles découlant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (ci-après « la Charte »). La CEDH et la Charte forment avec le principe fondamental de l'État de droit et les principes d'accès au juge et de recours effectif un socle commun.

S'il est constant en cause que le droit de l'Union européenne ne s'applique pas au cas des demandeurs au principal et qu'il n'y a pas mise en œuvre de la directive 2011/16/UE, précitée, à leur encontre, la demande de renseignements étant formulée sur le fondement de la Convention helvético-luxembourgeoise de non double imposition du 21 janvier 1993, approuvée par une loi du 16 décembre 1993, il n'en reste pas moins que la solution dégagée par la CJUE sur le fondement de l'article 47 de la Charte est appelée à servir à la Cour de référence en ce que les questions d'accès au juge et de recours effectif en cause au principal ont, outre les principes constitutionnels afférents dégagés par l'arrêt précité du 28 mai 2019, des dispositions correspondantes aux articles 6 et 13 de la CEDH applicables à des ressortissants résidant en Suisse, sous les aspects d'accès au juge et de recours effectif dans la mesure où des droits civils ou des éléments du droit pénal au sens de la CEDH sont en jeu.

Plus particulièrement, tel que l'arrêt précité de la CJUE l'a également relevé, des questions de protection de la vie privée au sens de l'article 7 de la Charte et de l'article 8 de la CEDH sont susceptibles de se poser.

La réponse à la question préjudicielle requiert la recherche d'un équilibre entre, d'un côté, les objectifs majeurs de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales et l'évitement autant que possible de toutes les formes de blanchiment d'argent afférentes, sous-tendant notamment, en phase administrative préliminaire, les demandes d'échange de renseignements entre administrations fiscales de pays différents et, d'un autre côté, le respect des droits des contribuables visés, en tant que citoyens, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit d'accès à un juge, l'existence d'un recours effectif et la protection de leur vie privée.

L'équilibre à trouver doit résulter d'une juste mise en balance, le principe de proportionnalité étant un principe à valeur constitutionnelle (cf. arrêt du 22 janvier 2021, n° 00152 du registre).

En procédant suivant un contrôle de proportionnalité et en se référant à l'arrêt précité du 6 octobre 2020 de la CJUE, la Cour rejoint la solution y dégagée suivant laquelle, à l'instar de l'article 47 de la Charte, ni les principes constitutionnels d'accès au juge et de recours effectif découlant du principe fondamental de l'État de droit, ni le principe de légalité, ensemble l'article 95 de la Constitution ne s'opposent à ce qu'une législation, par une disposition telle que l'article 6 de la loi du 25 novembre 2014, exclue qu'une injonction directoriale prise dans le cadre de la procédure d'échange d'informations puisse faire l'objet d'un recours dans l'État requis, en l'occurrence au Grand-Duché de Luxembourg, formé par les contribuables qui résident dans un autre pays européen, membre du Conseil de l'Europe, auquel s'applique la CEDH, et suivant laquelle cette exclusion de recours présuppose que dans l'État de résidence des contribuables concernés, ceux-ci aient la possibilité, à travers un recours effectif, de voir contrôler la légalité de l'injonction directoriale prise dans l'État requis, dans le cadre d'un recours contre une décision ultérieure de rectification ou de redressement fiscaux, étant entendu que l'injonction directoriale ne crée aucune obligation juridique à l'encontre desdits contribuables, ni ne les expose à un quelconque risque de sanction en découlant directement.

En conclusion, par rapport à la question posée, l'article 6 de la loi du 25 novembre 2014, dans sa version originaire, concernant des contribuables non-résidents dont le cas d'imposition est concerné par l'injonction directoriale prise dans le cadre de la procédure d'échange d'informations sur demande, en ce qu'il ne prévoit, dans l'État requis, pas de recours dans leur chef, n'est contraire ni aux principes constitutionnels d'accès au juge et de recours effectif découlant directement du principe fondamental de l'État de droit, ni au principe de légalité ensemble l'article 95 de la Constitution, à condition que ces contribuables puissent se réclamer soit des dispositions de la Charte, soit de celles de la CEDH en matière d'accès au juge et de recours effectif ou disposer d'un droit équivalent.

Dans la mesure où les contribuables non-résidents visés au principal, demeurant dans un pays membre du Conseil

de l'Europe, peuvent se prévaloir, outre de leur propre Constitution, des dispositions des articles 6 et 13 de la CEDH, toujours dans la limite de la question posée, l'article 6 de la loi du 25 novembre 2014, dans sa version originaire, concernant le cas de pareils contribuables non-résidents n'est pas contraire aux principes constitutionnels ensemble l'article 95 de la Constitution visés à la question préjudicielle.

### Observations

La matière de l'entraide administrative dans le domaine fiscal donne ces dernières années lieu à une jurisprudence fournie permettant d'affirmer le principe du droit à un recours juridictionnel effectif, de déterminer ses bases juridiques et de dégager ses limites. L'essentiel du travail préparatoire émane des juridictions administratives qui procèdent par renvoi de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne et à la Cour constitutionnelle dont nous reproduisons ici les réponses.

#### A. *La Cour de justice de l'Union européenne*

Sur base d'une demande d'entraide administrative en provenance de l'administration fiscale espagnole visant à établir la situation fiscale d'un contribuable résidant en Espagne, le directeur de l'administration des contributions directes fait injonction à une société luxembourgeoise tierce de fournir un certain nombre de documents. La législation en vigueur à ce moment au Luxembourg prévoit que cette décision ne peut pas faire l'objet d'un recours, ce que précise la décision du directeur. Statuant sur le recours dirigé par la société luxembourgeoise contre la décision du directeur nonobstant cette disposition légale, le tribunal administratif la déclare contraire à l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux et admet le recours. Au fond, il est décidé que certaines informations sollicitées ne sont vraisemblablement pas pertinentes et ne doivent partant pas être communiquées. L'État luxembourgeois relève appel de ce jugement en faisant valoir que le recours dont dispose la société contre la décision de sanction qui intervient le cas échéant après qu'elle n'ait pas donné suite à la demande de communication des informations suffirait pour satisfaire aux exigences de l'article 47 de la Charte. Au fond, ce serait à tort que le jugement de première instance aurait estimé que certaines informations sollicitées ne seraient vraisemblablement pas pertinentes.

### PAR CES MOTIFS

#### la Cour constitutionnelle :

statuant en continuation de l'arrêt du 28 mai 2019 ;

dit que la question préjudicielle, pour autant qu'elle vise l'existence d'un éventuel recours contre une demande d'échange de renseignements étrangère, est dépourvue de pertinence ;

dit que par rapport à la question préjudicielle posée et au cas au principal visé de contribuables non-résidents demeurant dans un pays membre du Conseil de l'Europe, l'article 6 de la loi du 25 novembre 2014, dans sa version originaire, n'est pas contraire au principe fondamental de l'État de droit ensemble les principes d'accès au juge et de recours effectif, ni au principe de légalité ensemble l'article 95 de la Constitution.

Quelques mois plus tard, sur base d'une demande d'entraide administrative en provenance de l'administration fiscale espagnole visant à établir la situation fiscale du même contribuable, le directeur de l'administration des contributions directes fait injonction à une banque luxembourgeoise de fournir un certain nombre de documents et d'informations. La décision du directeur précise à nouveau qu'elle ne peut pas faire l'objet d'un recours. Statuant sur le recours introduit contre cette décision par le contribuable en question et trois sociétés entretenant des relations juridiques, bancaires, financières ou économiques avec ce contribuable, le tribunal administratif adopte en substance la même approche que dans la 1<sup>re</sup> affaire. L'État luxembourgeois relève également appel de ce jugement.

Dans les deux affaires, qui se distinguent essentiellement par la circonstance que dans la 1<sup>re</sup> affaire, le recours est introduit par le destinataire de la demande de renseignements, tandis que dans la 2<sup>e</sup> affaire les recours sont introduits d'une part par le contribuable personnellement concerné et d'autre part par des personnes tierces (en ce qu'elles ne sont ni destinataire de la demande de renseignement ni le contribuable visé), la Cour administrative saisit la CJUE afin de voir clarifiées les suites de la jurisprudence *Berlioz* (CJUE 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373).

La 1<sup>re</sup> question à laquelle la CJUE devait répondre était de savoir si une législation nationale peut priver le justiciable du droit de former un recours direct contre une décision d'injonction de communication desdites informations à l'administration fiscale. Cette question se déclinait en trois sous-questions, visant :

- la personne détentrice des informations
- le contribuable visé par l'enquête fiscale
- les tierces personnes concernées par ces informations.



La CJUE, après avoir retenu que chacune de ces catégories de personnes pouvait se prévaloir du droit à un recours effectif, répond à cette question :

- par la négative en ce qui concerne la personne détentrice des informations, alors qu'il ne saurait être admis qu'un tel recours ne lui soit ouvert qu'après qu'elle se soit mise dans l'illégalité en ne respectant pas la décision d'information et se soit vue infliger de ce fait une sanction
- par l'affirmative en ce qui concerne le contribuable visé par l'enquête fiscale, alors qu'en l'espèce l'atteinte au droit à un recours effectif est justifiée par un motif d'intérêt général (la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales) et que le contribuable peut faire valoir ses droits dans le cadre de la procédure fiscale de son État de résidence
- par l'affirmative en ce qui concerne les tierces personnes concernées par ces informations, alors que celles-ci n'en-courent pas de sanction en cas de défaut de communication des informations, qu'elles sont en mesure d'obtenir réparation du préjudice que la divulgation des informations pourrait leur causer (au titre d'une atteinte à leurs droits à la protection des données personnelles et de la vie privée, qui étaient essentiellement en cause dans cette affaire) et que l'atteinte au droit à un recours effectif est justifiée en l'espèce par un motif d'intérêt général (la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales).

Donnant réponse à la 2<sup>e</sup> question qui était posée dans la 1<sup>re</sup> affaire, concernant l'étendue du contrôle admis dans l'État requis au regard de la condition que la demande d'information doit porter sur des informations vraisemblablement pertinentes, la CJUE répond que tant l'autorité fiscale requise que la juridiction saisie d'un recours doivent pouvoir vérifier cette condition, en limitant le contrôle à ce qui ne serait manifestement pas vraisemblable.

### B. La Cour constitutionnelle

Les faits à la base de l'arrêt de la Cour constitutionnelle sont en grande partie identiques à ceux couverts par le premier volet de la deuxième affaire portée devant la CJUE : un contribuable résidant à l'étranger y fait l'objet d'une procédure de

vérification et l'autorité fiscale étrangère adresse une demande de renseignements à l'administration fiscale luxembourgeoise, sur quoi le directeur de celle-ci émet une décision de demande de renseignement à l'encontre d'un détenteur d'informations établi au Luxembourg, indiquant qu'en application de la loi luxembourgeoise, cette décision ne peut pas faire l'objet d'un recours. Les contribuables exercent un recours contre cette décision devant la juridiction administrative.

La différence essentielle entre les deux affaires réside d'un point de vue du droit applicable dans le constat que les contribuables ici en cause ne résident pas dans un État membre de l'Union européenne, mais en Suisse, et que la demande de renseignement ne prend pas appui sur un texte issu du droit de l'Union européenne, mais sur une convention bilatérale helvético-luxembourgeoise, de sorte que l'intégralité du droit de l'Union européenne, et notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne pouvait trouver à s'appliquer.

Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle avait sursis à statuer par arrêt du 28 mai 2019 en attendant l'issue de l'affaire portée devant la CJUE. Celle-ci ayant statué en date du 6 octobre 2020, la Cour constitutionnelle reprend la procédure et rend sa décision à peine six mois plus tard. Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle constate en substance l'équivalence des droits conférés par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur lequel s'était appuyé la CJUE et les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, applicables en l'espèce, pour aboutir à la même réponse : le droit à un recours effectif fait partie de l'agencement intangible de l'État de droit, mais il peut faire l'objet d'aménagements et n'a notamment pas besoin d'être garanti dans l'État requis si le contribuable dispose d'un droit de recours dans l'État de la résidence fiscale, ce dont la Cour admet le principe pour la Suisse en tant qu'État ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme.

**Thierry HOSCHEIT**  
*Magistrat*

## C. ADM., 14 JANV. 2021

**Contentieux administratif – Recours contre les actes à caractère réglementaire – Intérêt à agir – Prise en compte de l'intérêt à agir virtuel des personnes auxquelles l'acte a vocation à s'appliquer**

*La question de l'intérêt à agir, en présence d'un acte administratif à caractère réglementaire, se pose souvent en termes de virtualité, étant donné que le grief que provoque cet acte réglementaire ne s'actualisera dans le chef des administrés qu'au fur et à mesure qu'il trouvera à s'appliquer. Ainsi, les actes administratifs à caractère réglementaire sont susceptibles d'être attaqués par toutes les personnes auxquelles ils s'appliquent, par celles auxquelles ils ont vocation à s'appliquer et par celles qui sans y être à proprement parler soumises en subissent directement les effets. D'ailleurs, priver l'administré de son recours contre un acte réglementaire s'il ne dispose que d'un intérêt virtuel reviendrait à le priver définitivement de ce recours, compte tenu des délais pour introduire un recours contre un acte administratif à caractère réglementaire, et celui-ci ne disposerait donc plus que de la possibilité lui conférée par l'article 95 de la Constitution pour attaquer un acte réglementaire.*

Voir obs. p. 66.

Le 31 août 2018, le règlement grand-ducal portant reclassement de certaines carrières de fonctionnaires et d'employés communaux, publié au Mémorial A n° 762 du 31 août 2018, ci-après « *le règlement grand-ducal du 31 août 2018* », a été adopté. En vertu de son article 4, ce règlement « *sort ses effets au 1<sup>er</sup> janvier 2018* ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 26 novembre 2018, l'association sans but lucratif ..., en abrégé et ci-après « (ASBL) », ainsi que onze fonctionnaires communaux, à savoir Madame (A), Monsieur (B), Monsieur (C), Monsieur (D), Monsieur (E), Monsieur (F), Madame (G), Monsieur (H), Monsieur (I), Monsieur (J) et Monsieur (K), ci-après désignés collectivement par « *les parties appelantes* », firent introduire un recours en annulation contre le règlement grand-ducal du 31 août 2018.

Par un jugement du 8 mai 2020, le tribunal administratif déclara ce recours irrecevable pour défaut d'intérêt à agir dans le chef des parties demanderesse et condamna ceux-ci aux frais de l'instance.

Pour arriver à cette conclusion, le tribunal rappela tout d'abord qu'aux termes de l'article 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, ci-après « *la loi du 7 novembre 1996* », le recours contre les actes à caractère réglementaire n'est ouvert qu'aux personnes justifiant d'une lésion ou d'un intérêt personnel, direct, actuel et certain, d'une part, et

que si l'annulation est susceptible de profiter personnellement et directement au requérant en ce sens que sa situation, de fait ou de droit, doit s'en trouver améliorée, d'autre part.

Sur ce, le tribunal nota, en ce qui concerne Madame (A), Monsieur (B) et Monsieur (F), qu'il ressortait de leurs conclusions que ceux-ci voyaient une amélioration de leur traitement au 1<sup>er</sup> janvier 2018 par l'effet du règlement grand-ducal du 31 août 2018, de sorte que même si ceux-ci estimaient être moins bien traités que d'autres catégories de fonctionnaires communaux visées par ce règlement, l'annulation du règlement grand-ducal du 31 août 2018 n'aurait pour seul effet que d'annuler la valorisation de leur carrière et partant une diminution de leur traitement, pour en conclure que l'annulation sollicitée du règlement grand-ducal du 31 août 2018 n'était pas susceptible de leur profiter personnellement et directement. Il en conclut que Madame (A), Monsieur (B) et Monsieur (F) ne justifiaient pas d'un intérêt à agir contre le règlement grand-ducal du 31 août 2018.

Quant au recours formé par Monsieur (C), Monsieur (D), Monsieur (K) et Monsieur (E), le tribunal releva que selon leurs propres conclusions, leur traitement n'était pas affecté par l'application du règlement grand-ducal du 31 août 2018. Ceux-ci étant en plus restés en défaut de démontrer dans quelle mesure l'annulation du règlement grand-ducal en question serait susceptible de leur profiter personnellement et directement au sens que leur situa-

tion, de fait ou de droit, s'en trouverait améliorée, il leur dénia partant un intérêt à agir.

Le tribunal conclut également au défaut d'intérêt à agir dans le chef de Monsieur (G) (il faut lire Madame), Monsieur (H) et Messieurs (I) et (J) au motif que ceux-ci n'avaient pas précisé quel était leur intérêt personnel à obtenir l'annulation du règlement grand-ducal du 31 août 2018.

Quant à l'(ASBL), le tribunal retint que même en admettant que celle-ci représente près de 75 % des personnes titulaires d'un grade de bachelor scientifique employés par les communes et les syndicats de communes et a pour but de défendre l'intérêt collectif de ses membres, distinct de l'intérêt général, les parties demandresses ne justifiaient pas, au regard des conclusions prises au sujet de l'intérêt à agir des parties demandresses *sub 2)* à 12), dans quelle mesure l'annulation du règlement grand-ducal du 31 août 2018 profiterait à ses autres membres, le simple fait que les augmentations de traitement en résultant n'atteindraient pas le niveau d'autres carrières au sein de la fonction communale ne suffisant pas à cet égard. Se référant encore aux conclusions des parties demandresses, selon lesquelles « *pour le commun des ingénieurs-technicien le bénéfice de la réforme n'est que de 12-15, voire tout au plus 45 points indiciaires* », le tribunal en conclut que l'annulation du règlement grand-ducal litigieux aurait pour effet direct une diminution des traitements de ces derniers, de manière à ôter un intérêt à agir dans le chef de l'(ASBL).

Par requête d'appel déposée au greffe de la Cour administrative le 15 juin 2020, les parties appelantes ont fait entreprendre le jugement précité du 8 mai 2020 dont elles sollicitent la réformation dans le sens de voir dire leur recours initial recevable et, par évocation de l'affaire, voir annuler le règlement grand-ducal du 31 août 2018, sinon à voir renvoyer le dossier devant les premiers juges.

Le délégué du gouvernement soulève l'irrecevabilité de l'appel introduit par l'(ASBL), au motif que celle-ci ne disposerait pas de l'agrément requis par l'article 7, paragraphe (2), de la loi du 7 novembre 1996 pour pouvoir introduire un recours devant le juge administratif contre un acte à caractère réglementaire.

Il convient de relever de prime abord que le délégué du gouvernement ne conteste pas dans le chef de l'(ASBL) la capacité pour ester en justice, l'accomplissement en tant qu'association sans but lucratif des dépôts et publications légaux par cette dernière n'étant pas remis en cause par la partie étatique.

Le moyen de la partie étatique ainsi invoqué consiste à dénier à l'(ASBL) la qualité pour agir en instance d'appel contre ledit jugement, dès lors que la loi du 7 novembre 1996 subordonne le recours en justice des associations sans but lucratif contre un acte à caractère réglementaire à la possession d'un agrément spécial.

Or, l'(ASBL) était partie demandresse en première instance, de sorte qu'elle a qualité pour relever appel du jugement du 8 mai 2020, qui lui fait grief pour avoir déclaré son recours contre l'acte à caractère réglementaire du 31 août 2018 irrecevable en lui déniait un intérêt à agir.

Il s'ensuit que l'(ASBL) peut se prévaloir de la qualité et d'un intérêt à agir pour interjeter appel contre ledit jugement précisément afin de voir contrôler par le juge d'appel le bien-fondé de la décision d'irrecevabilité de son recours telle que dégagée par les premiers juges.

La question de savoir si l'(ASBL) dispose de l'agrément légalement requis pour agir en justice contre un acte à caractère réglementaire s'analyse en question de fond en appel qui conditionne le bien-fondé de l'appel et non pas la recevabilité de l'appel.

Par voie de conséquence, le moyen d'irrecevabilité de l'appel est à rejeter.

L'appel ayant par ailleurs été interjeté dans les formes et délai de la loi, il est recevable. Quant au fond, les parties appelantes exposent que le règlement grand-ducal du 31 août

2018 attaqué aurait transposé au niveau communal un mécanisme qui avait été introduit au

niveau des fonctionnaires et employés de l'État par la loi du 25 juillet 2018 portant reclassement de certaines carrières de fonctionnaires et d'employés de l'État, ci-après « *la loi du 25 juillet 2018* ». Cette loi aurait eu pour objet de modifier les modalités du mécanisme de reclassement par grades de certains agents de l'État et de corriger ainsi certaines iniquités découlant de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État. Ainsi, l'article 3 de cette loi du 25 juillet 2018 aurait eu pour unique objectif de favoriser les seuls intérêts des éducateurs gradués pour permettre une revalorisation de leur carrière, dévalorisée par la réforme de 2015. Elles soulignent qu'elles n'entendent pas critiquer la revalorisation opérée de la carrière des éducateurs gradués, mais qu'elles critiquent en substance que ce mécanisme qui n'est applicable que pour certaines carrières, ait été « *aveuglement* » transposé dans le règlement grand-ducal entrepris en créant de la sorte une grave inégalité de traitement à leur détriment.

En ce qui concerne la question de l'intérêt à agir, les parties appelantes critiquent en substance les premiers juges pour leur avoir dénié un intérêt à agir en se basant sur des considérations jurisprudentielles générales sans les appliquer au cas d'espèce qui viserait un acte à caractère réglementaire. Elles se prévalent, à cet égard, d'une jurisprudence qui admettrait un intérêt à agir virtuel pour agir à l'encontre d'un acte à caractère réglementaire. Or, il serait indubitable qu'elles disposeraient toutes d'un tel intérêt virtuel à agir contre le règlement grand-ducal du 31 août 2018 qui leur serait applicable.

Quant à l'exigence de pouvoir justifier d'un intérêt direct et personnel, distinct de l'intérêt général et de l'existence d'un lien suffisamment direct entre l'acte querellé et leur situation personnelle, les parties appelantes font valoir que comme le règlement grand-ducal du 31 août 2018 s'applique aux fonctionnaires communaux dont les carrières sont visées par les articles 43 à 47 du règlement grand-ducal du 28 juillet 2017 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires communaux et comme elles rentreraient dans cette catégorie, il existerait un lien suffisamment important entre le règlement grand-ducal du 31 août 2018 et leur situation personnelle, puisqu'il leur est directement applicable.

Les parties appelantes critiquent ensuite les premiers juges pour leur avoir dénié un intérêt à agir principalement pour la raison qu'elles ne répondent pas à la condition exigeant que l'annulation soit susceptible d'améliorer leur situation de fait ou de droit.

Il se poserait dès lors la question de savoir ce qu'il faut entendre par le fait d'améliorer leur situation de fait ou de droit. Elles reprochent, dans ce contexte, aux premiers juges de s'être contentés d'une analyse purement matérielle en justifiant le défaut d'intérêt à agir par le fait que certaines des parties appelantes, à savoir Madame (A), Monsieur (B) et Monsieur (F), ne tireraient qu'un avantage minime de la réglementation querellée. Il suffirait ainsi d'accorder un avantage même minime à un groupe de personnes discriminé pour leur enlever le droit d'accès à un tribunal, ce qui serait contraire au principe du droit d'accès effectif des citoyens aux juridictions, tel que consacré par la Convention européenne des droits de l'homme.

Concernant Messieurs (C), (D), (K) et (E), les parties appelantes critiquent encore le tribunal pour avoir retenu que le simple fait que ceux-ci ne tirent aucun avantage pécuniaire personnel du règlement grand-ducal du 31 août 2018 les empêcherait de voir leur situation de fait ou de droit améliorée en cas d'annulation du règlement.

Quant à l'(ASBL), les parties appelantes reprochent aux premiers juges d'avoir retenu que le seul fait que les augmentations de traitement de leurs membres n'atteindraient pas le niveau des fonctionnaires d'autres carrières ne suffirait pas à lui conférer un intérêt à agir suffisant.

En guise de conclusion, les parties appelantes reprochent essentiellement aux premiers juges de leur avoir dénié un intérêt à agir au motif que leur situation ou celle des membres de l'(ASBL) serait améliorée ou resterait inchangée par l'effet du règlement grand-ducal du 31 août 2018 et que l'annulation de ce dernier ne permettrait pas d'améliorer factuellement leur situation et que, ce faisant, les premiers juges auraient négligé le volet de l'amélioration de leur situation de droit. Or, d'après les parties appelantes, il serait évident que le règlement grand-ducal du 31 août 2018 porterait préjudice à leur situation de droit en créant

une inégalité substantielle entre des fonctionnaires placés dans la même situation et en violant ainsi l'article 10bis de la Constitution. Elles en concluent que l'annulation dudit règlement grand-ducal permettrait donc nécessairement d'améliorer leur situation de droit et qu'elles disposeraient partant d'un intérêt à agir à le voir annuler.

La partie étatique, pour sa part, conclut à l'irrecevabilité du recours pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de l'(ASBL), dès lors qu'elle ne disposerait pas de l'agrément légalement requis pour introduire un recours contre un acte à caractère réglementaire, qu'elle n'aurait aucune représentativité au sein du secteur communal et qu'elle n'occuperait aucun mandat officiel en tant qu'organisation syndicale. De même, l'(ASBL) ne se serait jamais présentée à une élection en vue de la constitution soit de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics, soit d'une délégation des fonctionnaires et employés communaux.

En ce qui concerne l'intérêt à agir des onze fonctionnaires communaux, le délégué du gouvernement se rallie aux conclusions du tribunal administratif à cet égard.

En effet, concernant les parties appelantes, Madame (A) et Messieurs (B) et (F), le délégué du gouvernement soutient que ceux-ci restent en défaut de préciser quel serait l'intérêt pour eux à obtenir l'annulation du règlement grand-ducal du 31 août 2018, qui n'aurait comme seule conséquence dans leur chef que d'annuler la valorisation de leur carrière et partant une diminution de leur rémunération.

Quant aux parties appelantes, à savoir Monsieur (C), Monsieur (D), Monsieur (K), Monsieur (E), Madame (G), Messieurs (I) et (J) et Monsieur (H), le délégué du gouvernement estime que c'est à bon droit que le tribunal a retenu que celles-ci ne sont ou bien pas concernées par le règlement grand-ducal du 31 août 2018, ou bien omettent de préciser quel est leur intérêt personnel à obtenir son annulation.

Le délégué du gouvernement ajoute que l'unique argument des parties appelantes, selon lequel l'article 3 du règlement grand-ducal du 31 août 2018 ne leur serait pas applicable, serait erroné, au motif que cette disposition aurait été introduite expressément pour une catégorie de fonctionnaires spécifiques, à savoir ceux dont l'ancienne carrière a connu des avancements de carrière dépassant un seul grade, ce qui aurait conduit pour ces agents à des situations iniques issues de leur reclassement. Or, les onze parties appelantes, personnes physiques, relèveraient toutes de l'ancienne carrière de l'ingénieur-technicien, qui aurait connu un développement de carrière graduel, comportant les grades 9, 10, 11, 12 et 13.

Les parties appelantes soulignent, en termes de réplique, que l'(ASBL) serait bien représentative, alors qu'elle représenterait 233 agents titulaires d'un diplôme de bachelier scientifique sur un total de 310 fonctionnaires et employés

communaux de ce sous-groupe de traitement, tout en insistant sur le fait que cette association aurait justement été créée pour défendre les intérêts de ses membres. Elles réfutent encore l'argumentation de la partie étatique selon laquelle elles n'auraient aucun intérêt à voir annuler le règlement grand-ducal du 31 août 2018 au motif que celui-ci soit avantagerait leur situation en valorisant leur carrière, soit ne l'affecterait aucunement ou du moins pas négativement. Or, il serait évident que ce règlement grand-ducal mettrait à mal leur situation de fait ou à tout le moins de droit, de sorte qu'elles justifieraient d'un intérêt personnel, direct et virtuel à le voir annuler.

En termes de duplique, le délégué du gouvernement donne encore à considérer que d'après l'article 3 de ses statuts, l'(ASBL) aurait pour mission de défendre non seulement les intérêts des ingénieurs-techniciens, mais également ceux des éducateurs gradués. Or, l'annulation du règlement grand-ducal du 31 août 2018 serait de nature à causer un préjudice certain aux éducateurs gradués engagés par une entité communale. Il en conclut que l'(ASBL) ne pourrait pas uniquement se prévaloir d'un intérêt collectif direct et unique.

Les questions de recevabilité de la requête introductive de première instance s'analysent en question de fond en appel. Cependant, le respect de la bonne logique juridique implique que les questions de recevabilité du recours initial remises en question en appel soient examinées avant le fond du litige, étant donné qu'une décision d'irrecevabilité du recours initial empêcherait tout examen du fond du litige.

Aux termes de l'article 7 de la loi du 7 novembre 1996 :

« (1) *Le tribunal administratif statue encore sur les recours dirigés pour incompétence, excès et détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés, contre les actes administratifs à caractère réglementaire, quelle que soit l'autorité dont ils émanent.*

(2) *Ce recours n'est ouvert qu'aux personnes justifiant d'une lésion ou d'un intérêt personnel, direct, actuel et certain.*

*Par dérogation à l'alinéa qui précède, le recours est encore ouvert aux associations d'importance nationale, dotées de la personnalité morale et agréées au titre d'une loi spéciale à exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits constituant une infraction au sens de cette loi spéciale.*

*Le recours visé ci-avant n'est ouvert dans le chef des associations que pour autant que l'acte administratif à caractère réglementaire attaqué tire sa base légale de la loi spéciale dans le cadre de laquelle l'association requérante a été agréée. (...) ».*

En ce qui concerne l'intérêt à agir dans le chef de l'(ASBL), il résulte des alinéas 2 et 3 du paragraphe (2) de l'article 7, précité, que le recours contre les actes administratifs à

caractère réglementaire est ouvert aux associations d'importance nationale, dotées de la personnalité morale et agréées au titre d'une loi spéciale à exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits constituant une infraction au sens de cette loi spéciale, étant précisé que ce recours ne leur est ouvert que pour autant que l'acte administratif attaqué tire sa base légale de la loi spéciale dans le cadre de laquelle l'association requérante a été agréée.

Il n'est pas contesté en cause que l'(ASBL), qui affirme défendre l'intérêt de ses membres, ne dispose pas de l'agrément ministériel requis pour exercer un recours contre le règlement grand-ducal du 31 août 2018. Elle ne justifie partant pas de l'intérêt à agir légalement nécessaire pour que son recours contre ledit acte à caractère réglementaire soit recevable.

Il suit de ce qui précède que le recours de l'(ASBL) est à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt juridiquement protégé et que le jugement entrepris est à confirmer sur ce point, quoique pour d'autres motifs.

En ce qui concerne l'intérêt à agir des onze parties appelantes 2) à 12), il n'est pas contesté en cause qu'en leur qualité de fonctionnaires communaux, elles sont directement et personnellement concernées par le règlement grand-ducal du 31 août 2018.

Elles justifient leur intérêt à agir en substance par le fait que le règlement grand-ducal du 31 août 2018 leur causerait un traitement inique par rapport au mode de reclassement réservé à d'autres carrières.

Il convient de rappeler que la question de l'intérêt à agir, en présence d'un acte administratif à caractère réglementaire, se pose souvent en termes de virtualité, étant donné que le grief que provoque cet acte réglementaire ne s'actualisera dans le chef des administrés qu'au fur et à mesure qu'il trouvera à s'appliquer. Ainsi, les actes administratifs à caractère réglementaire sont susceptibles d'être attaqués par toutes les personnes auxquelles ils s'appliquent, par celles auxquelles ils ont vocation à s'appliquer et par celles qui sans y être à proprement parler soumises en subissent directement les effets. D'ailleurs, priver l'administré de son recours contre un acte réglementaire s'il ne dispose que d'un intérêt virtuel reviendrait à le priver définitivement de ce recours, compte tenu des délais pour introduire un recours contre un acte administratif à caractère réglementaire, et celui-ci ne disposerait donc plus que de la possibilité lui conférée par l'article 95 de la Constitution pour attaquer un acte réglementaire.

La Cour arrive partant à la conclusion que les parties appelantes 2) à 12) disposent d'un intérêt à agir suffisant pour voir examiner la légalité du règlement grand-ducal du 31 août 2018.

Cette conclusion n'est pas invalidée par la question de l'impact de l'application dudit règlement grand-ducal



sur leur carrière actuelle ou future, voire du prétendu traitement inégalitaire par rapport à la carrière d'autres agents, et notamment les éducateurs gradués, de telles considérations, qui touchent plutôt à la question de la légalité du règlement grand-ducal du 31 août 2018, étant sans incidence quant à l'appréciation de leur intérêt à agir.

C'est dès lors à tort que les premiers juges ont dénié aux parties appelantes 2) à 12) un intérêt à agir contre le règlement grand-ducal du 31 août 2018 et qu'ils ont déclaré irrecevable le recours en annulation de celles-ci, de sorte qu'il a lieu de réformer le jugement entrepris du 8 mai 2020 dans cette mesure.

Si les parties appelantes concluent à l'évocation par la Cour du fond de l'affaire et que la partie étatique, sans

directement s'exprimer par rapport à la faculté d'évocation de la Cour, conclut en ordre subsidiaire quant au fond, la Cour considère toutefois, dans l'intérêt d'une saine administration de la justice, qu'il est plus opportun de renvoyer le dossier au fond devant les premiers juges en prosécution de cause, eu égard aux exigences du double degré de juridiction ensemble celles du respect des droits de la défense.

Il résulte des considérations qui précèdent que l'appel est partiellement fondé et que le jugement entrepris est à réformer dans le sens que le recours initial des parties appelantes, à l'exception de celui de l'(ASBL), est à déclarer recevable.

(Dispositif conforme)

### Observations

La possibilité de former des recours contre les actes de nature réglementaire qui n'existaient pas devant le Comité du contentieux du Conseil d'État est, on le sait, l'un des traits marquants de la réforme de la justice administrative de 1996.

Pourtant, le législateur de 1996 était hésitant, craignant de voir les nouvelles juridictions administratives submergées sous un véritable flot de recours. Le rapport final de la commission parlementaire est éloquent à ce sujet : « Peut-on imaginer que chaque citoyen ou chaque habitant de la commune puisse agir contre un règlement ? Ceci créerait le danger d'une situation chaotique où des centaines de règlements seraient pendants en justice »<sup>1</sup>.

L'article 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, qui ouvre la possibilité de « recours dirigés pour incompétence, excès et détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés, contre les actes administratifs à caractère réglementaire, quelle que soit l'autorité dont ils émanent » tout en précisant que ce recours « n'est ouvert qu'aux personnes justifiant d'une lésion ou d'un intérêt personnel, direct, actuel et certain », est le reflet de cette crainte. Il comporte en effet une double restriction.

La première restriction, qui ne saute pas aux yeux à la lecture du texte de loi, résulte du fait que la notion d'« acte administratif à caractère réglementaire » a acquis, en droit administratif luxembourgeois, une signification très spécifique. La jurisprudence administrative considère en effet que « le législateur luxembourgeois n'a pas prévu dans le chef des juridictions de

l'ordre administratif un recours en annulation ouvert directement contre toute disposition à caractère réglementaire, mais a limité le recours direct en annulation à l'encontre d'un acte administratif à caractère réglementaire aux seuls actes de nature à produire un effet direct sur les intérêts privés d'une ou de plusieurs personnes dont ils affectent immédiatement la situation sans nécessiter pour autant la prise d'un acte administratif individuel d'exécution »<sup>2</sup>. C'est une lecture qui prend appui sur les travaux préparatoires de la loi de 1996, et en particulier sur l'avis du Conseil d'État du 9 mai 1996. Face aux craintes exprimées plus haut, mais aussi pour préserver la primauté du contrôle incident de la légalité prévu par l'article 95 de la Constitution, le Conseil d'État avait en effet préconisé de limiter le nouveau recours aux « actes que l'autorité administrative émet en tant que puissance publique dans un domaine où la loi l'habilite à fixer d'autorité des situations juridiques par la voie d'actes administratifs à caractère général qui affectent directement des intérêts privés, sans qu'il soit nécessaire de prendre des actes administratifs individuels »<sup>3</sup>. Selon les décisions de jurisprudence citées plus haut, le fait que le législateur a suivi la proposition terminologique du Conseil d'État et visé les « actes administratifs à caractère réglementaire » (et non pas plus généralement les actes à caractère réglementaire) impose de donner à cette notion la signification proposée par le Conseil d'État. Comme l'observe G. Krieger, « la jurisprudence luxembourgeoise rajoute donc une distinction supplémentaire entre les actes administratifs à caractère réglementaire suivant que l'acte administratif réglementaire a un effet direct susceptible d'affecter les intérêts privés d'une ou de plusieurs personnes ou non »<sup>4</sup>. Seuls les

1. Rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés du 5 juillet 1996 sur le projet de loi portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, doc. parl. n° 3940A<sup>7</sup>, p. 24.  
2. Trib. adm., 16 février 2000 n° 11491 du rôle ; Trib. adm., 8 octobre 2001 n° 13445 du rôle, confirmé par Cour adm., 7 mai 2002 n° 14197C du rôle ; Trib. adm., 12 novembre 2001 n° 13173 du rôle ; Trib. adm., 5 juin 2002

n° 13947 du rôle ; Trib. adm., 23 mars 2005 n° 18671 du rôle ; Trib. adm., 11 janvier 2018 n° 38064 du rôle.

3. Avis du Conseil d'État du 9 mai 1996 sur le projet de loi portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et fiscal, doc. parl. n° 3940A<sup>1</sup>, p. 8.  
4. G. KRIEGER, « Le recours direct contre les actes administratifs à caractère réglementaire », in *Droit administratif et fiscal. 10 années de juridictions administratives*, Luxembourg, éd. Portalis, 2007, n° 8, p. 94.

actes à caractère réglementaire « à effet direct » ou « d'application immédiate »<sup>5</sup> paraissent<sup>6</sup> donc pouvoir faire l'objet d'un recours en annulation.

La seconde restriction découle de l'exigence que l'auteur du recours démontre l'existence d'un « intérêt personnel, direct, actuel et certain ». En soi classique, elle connaît une lecture rigoureuse à la lumière des travaux préparatoires, et notamment du rapport final de la Commission parlementaire, où l'on peut lire que « pour éviter un recours populaire : – l'intérêt doit être direct, il ne faut pas savoir seulement si un règlement est applicable à une personne mais surtout s'il a des conséquences directes pour elle ; – l'intérêt doit être personnel et non général ; – l'intérêt doit être actuel et certain : l'incidence du règlement attaqué sur la situation du requérant doit être effective ou du moins probable et non pas seulement éventuelle »<sup>7</sup>.

L'arrêt de la Cour administrative du 14 janvier 2021 atténue considérablement cette seconde exigence, en admettant, pour les besoins de l'effectivité du recours, qu'un intérêt virtuel suffise pour former un recours. Ce n'est pas la première décision de la Cour dans ce sens : un précédent arrêt du 13 juin 2019 avait déjà ouvert la brèche<sup>8</sup>.

L'arrêt ne se prononce pas sur l'interprétation restrictive de la notion d'acte à caractère réglementaire adoptée par la jurisprudence citée plus haut. L'annotateur de l'arrêt de la Cour administrative du 13 juin 2019 avance cependant qu'elle serait elle-aussi caduque, estimant qu'« il est donc permis de considérer que l'article 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 précitée sera dorénavant interprété par les juridictions administratives comme englobant toute norme réglementaire, quelle que soit sa nature, à condition de faire preuve d'un intérêt à agir direct ou virtuel »<sup>9</sup>.

Il fort est possible que cette opinion se confirme, car l'interprétation très spécifique de la notion d'acte de nature réglementaire ne découle pas d'une disposition légale explicite mais résulte plutôt d'une interprétation fondée sur la volonté du législateur de restreindre ce recours aux seuls actes affectant directement les citoyens. Il paraît probable, en tout cas, qu'on assistera dans les années qui viennent à un rééquilibrage des conditions d'admissibilité des recours contre les actes réglementaires avec, selon toute probabilité, une plus grande ouverture de ceux-ci.

**Marc THEWES**  
*Avocat à la Cour*

5. R. ERGEC, *Le contentieux administratif en droit luxembourgeois*, mis à jour par Francis Delaporte, Luxembourg, éd. Pasirisie luxembourgeoise, 2020, n° 38, p. 28.
6. Il existe un courant jurisprudentiel contraire, qui semble cependant s'être arrêté en 2008, selon lequel « le tribunal administratif est compétent pour connaître des recours en annulation dirigés contre toute disposition à caractère réglementaire, peu importe que ledit acte administratif à caractère réglementaire est ou n'est pas de nature à produire un effet direct sur les intérêts privés d'une ou de plusieurs personnes ou qu'il nécessite, en vue d'affecter immédiatement la situation d'une telle personne, la prise d'un acte administratif individuel d'exécution, cette question devant être examinée lors de l'analyse de la recevabilité du recours, dans le cadre de l'appréciation de l'intérêt à agir » (Trib. adm., 26 sept. 2001 n° 11992 du rôle, confirmé par Cour adm., 6 juin 2002 n° 14136C du rôle ; Trib. adm., 26 septembre 2001 n° 11993 du rôle, confirmé par Cour adm., 6 juin 2002 n° 14139C du rôle ; Trib. adm., 11 déc. 2002 n° 10000 du rôle ; Trib. adm., 20 juin 2007 n° 22160 du rôle, confirmé par Cour adm., 10 avril 2008 n° 23265C du rôle).
7. Rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés du 5 juillet 1996 sur le projet de loi portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, doc. parl. n° 3940A<sup>7</sup>, p. 24.
8. « Si, en principe, un intérêt simplement éventuel ne suffit pas pour déclarer un recours contre un acte administratif recevable, le problème de l'intérêt

- à agir, en présence d'un acte administratif à caractère réglementaire se pose souvent en termes de virtualité, étant donné que le grief que provoque cet acte réglementaire ne s'actualisera dans le chef des administrés qu'au fur et à mesure qu'il trouvera à s'appliquer. Ainsi, en attendant que l'acte réglementaire reçoive l'application qui lui fait grief, un administré ne pourra justifier que d'un intérêt virtuel pour en solliciter l'annulation. Un tel intérêt virtuel est à considérer comme suffisant pour que le recours introduit par un administré contre un acte administratif réglementaire soit recevable. En effet, les actes administratifs à caractère réglementaire sont susceptibles d'être attaqués par toutes les personnes auxquelles ils s'appliquent, par celles auxquelles ils ont vocation à s'appliquer et par celles qui sans y être à proprement parler soumises en subissent directement les effets. D'ailleurs, priver l'administré de son recours contre un acte réglementaire s'il ne dispose que d'un intérêt virtuel reviendrait à le priver définitivement de ce recours, compte tenu des délais pour introduire un recours contre un acte administratif à caractère réglementaire, et celui-ci ne disposerait donc plus que de la possibilité lui conférée par l'article 95 de la Constitution pour attaquer un acte réglementaire » (Cour adm., 13 juin 2019, n° 42403C, *RLDP* n° 4, décembre 2019, p. 162, note Marc Besch, « Consécration par la Cour administrative de l'intérêt virtuel pour agir contre un acte réglementaire : une interprétation large de la loi »).
9. M. BESCH, « Consécration par la Cour administrative de l'intérêt virtuel pour agir contre un acte réglementaire : une interprétation large de la loi », note sous Cour adm., 13 juin 2019, n° 42403C, *RLDP*, 2019, n° 4, p. 162.

## TRIB. ARR. LUX., 8<sup>ème</sup>, 9 JUIN 2020

Jugement civil n° 2020TALCH08/00130, n° TAL-2019-00989 du rôle

**Application – Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 – Commission européenne – Transmission par voie diplomatique de l'acte introductif d'instance à la Commission européenne – Irrégularité – Sanction – Nullité de fond absolue**

*Après avoir décidé d'appliquer le règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil à la Commission européenne, le jugement sous examen a considéré que la transmission par voie diplomatique de l'acte introductif d'instance n'était pas régulière et a en conséquence annulé la procédure à l'encontre de la Commission européenne.*

*Voir obs. p. 81.*

### EXTRAITS

#### LE TRIBUNAL

Ouï Doris H. par l'organe de la société d'avocats DCL AVOCATS S.à r.l. constituée, représentée par Maître Guy PERROT.

Ouï Maître A et la société anonyme BÂLOISE ASSURANCES LUXEMBOURG S.A. par l'organe de Maître Jean MINDEN, avocat constitué.

#### Objet

L'action de Doris H. tend à la mise en œuvre de la responsabilité de Maître A pour fautes commises dans l'exercice de sa profession.

#### Procédure

Par acte d'huissier de justice du 9 octobre 2018, Doris H., comparant par la société à responsabilité limitée DCL AVOCATS S.à r.l., représentée par Maître Guy PERROT, a assigné Maître A, la société anonyme BÂLOISE ASSURANCES LUXEMBOURG S.A. (ci-après « la société BÂLOISE ») et la Commission Européenne, prise en sa qualité de garante du droit de l'Union Européenne, devant le Tribunal de ce siège.

Maître Jean MINDEN s'est constitué pour Maître A et la société BÂLOISE en date du 11 octobre 2018.

Par acte d'huissier de justice du 4 décembre 2018, Doris H. a procédé à la réassignation de la Commission Euro-

péenne sur base de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile.

L'affaire a été inscrite au rôle sous le numéro TAL-2019-00989. Elle a été soumise à l'instruction de la 8<sup>ème</sup> section.

L'instruction a été clôturée une première fois par ordonnance du 22 octobre 2019.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience des plaidoiries du 5 novembre 2019. L'affaire a été prise en délibéré à la même date.

La Commission européenne n'a pas comparu.

Par jugement n° 2019TALCH08/00259 du 26 novembre 2019, le Tribunal a, avant tout autre progrès en cause, ordonné la révocation de l'ordonnance de clôture du 22 octobre 2019 pour permettre à Doris H. de justifier de la signification de l'assignation du 9 octobre 2018 à la COMMISSION EUROPÉENNE, ainsi que de la forme de signification entreprise et, le cas échéant, de la régularité de cette signification au regard de l'article 13 du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil et de la position de la Belgique quant à cette disposition.

Suite à ce jugement, la société d'avocats DCL AVOCATS S.à r.l. a conclu en date des 6 janvier 2020 et 28 janvier 2020.

Maître Jean MINDEN a conclu en date du 22 janvier 2020.

L'instruction a été clôturée une deuxième fois suivant ordonnance de clôture du 1<sup>er</sup> avril 2020.

Par voie de bulletin du 22 avril 2020, l'affaire a été renvoyée à l'audience du 5 mai 2020 pour prise en délibéré selon les modalités déterminées par l'article 2 du règlement grand-ducal du 17 avril 2020 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite et portant adaptation temporaire de la procédure de référé exceptionnel devant le juge aux affaires familiales (Journal officiel A301 du 17 avril 2020).

Les mandataires des parties ont été informés par ce même bulletin de la composition du Tribunal. Ils n'ont pas sollicité à plaider oralement et ont procédé au dépôt de leur farde de procédure au greffe du Tribunal.

L'affaire a été prise en délibéré à l'audience du 5 mai 2020 par le Président de chambre.

### Prétentions et moyens des parties

#### A) Doris H.

##### 1. Sur la question de la régularité des exploits introductifs d'instance pour autant que dirigés à l'encontre de la COMMISSION EUROPÉENNE

Suite au jugement du 26 novembre 2019, Doris H. verse en cause les accusés de réception émis par la COMMISSION EUROPÉENNE relatifs à l'assignation du 9 octobre 2018 et à la réassignation du 4 décembre 2018. La remise des actes d'huissier de justice à la COMMISSION EUROPÉENNE serait dès lors établie en cause.

En ce qui concerne la forme de la signification de l'assignation introductive d'instance, Doris H. soutient qu'en vertu de l'article 17 du Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE »), des articles 234, 244 à 250, 290 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »), ainsi que du Traité instituant un Conseil unique et une Commission unique des Communautés européennes, la COMMISSION EUROPÉENNE serait une institution indépendante des États membres et détiendrait le monopole de l'initiative législative au sein de l'Union européenne. Elle serait chargée de veiller à la bonne application de ces normes, ainsi que de toute décision prise en vue de leur mise en œuvre, à savoir le droit dérivé, qui comporterait en particulier les règlements et les directives.

Dans cette perspective, Doris H. soutient que la COMMISSION EUROPÉENNE ne saurait être simultanément chargée du respect des traités et être destinataire du droit dérivé. Aucun traité, ni aucune déclaration conjointe des États membres ne prévoirait l'applicabilité du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du

Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil (ci-après « **règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007** ») à la COMMISSION EUROPÉENNE, ni que les actes à lui signifier devraient l'être conformément aux dispositions qu'il édicte. Sur base du « *principe d'indépendance* », la COMMISSION EUROPÉENNE ne serait donc pas soumise aux dispositions dudit règlement.

Elle ne serait pas davantage assimilable à une personne résidant sur le territoire d'un État membre, en l'occurrence la Belgique, alors que le traité d'Amsterdam de 1997 et son protocole n° 8 sur la fixation des sièges des institutions et de certains organismes et services des Communautés européennes, ainsi qu'EUROPOL, confirmant la localisation à Bruxelles du siège de la Commission, ne contiendraient aucune disposition permettant de considérer que la COMMISSION EUROPÉENNE puisse être assimilée à une personne résidant en Belgique. Elle conserverait un statut extraterritorial sur le territoire belge et serait ainsi totalement indépendante de la Belgique où est fixé son siège social.

Corrélativement, l'opposition de la Belgique à ce qu'il soit fait usage sur son territoire de la faculté de procéder directement et sans contrainte par les soins d'agents diplomatiques ou consulaires serait sans incidence, ni pertinence concernant la régularité de la signification.

Ce serait donc à bon droit que l'huissier de justice aurait procédé à une signification via le ministère des affaires étrangères conformément à l'article 156 du Nouveau Code de procédure civile.

Subsidiairement, Doris H. conclut que même à supposer que l'assignation et la réassignation n'aient pas été valablement signifiées à la COMMISSION EUROPÉENNE, il n'y aurait pas lieu à application de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile, alors que cette dernière serait assignée à une autre fin que les autres parties défenderesses. L'assignation serait donc recevable. Doris H. conteste les développements adverses. À titre plus subsidiaire encore, si « *par impossible votre Tribunal venait à considérer que la demande tendant à « voir la Commission européenne prendre fait et cause pour Madame H., et l'entendre en ses moyens et explications » serait une demande visant aux mêmes fins que la demande de condamnation dirigée contre Maître A, alors Madame H. demande acte, dans cet ordre de subsidiarité, qu'elle se désiste de sa demande en ce qu'elle est dirigée contre la Commission* ». Un tel désistement impliquerait que la procédure du défaut profit-joint n'aurait plus lieu d'être.

#### 2. Au fond (rappel)

Au dernier état de ses conclusions, Doris H. demande au Tribunal de condamner Maître A à lui payer :

- la somme de 55.594 euros à titre de dommages et intérêts dus en raison du manquement de Maître A à saisir la Cour de cassation dans le délai légal de deux mois, avec les intérêts conformément à l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, sinon avec les intérêts au taux légal, à compter de la mise en demeure du 31 août 2018, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde ;
- la somme de 6.647,44 euros au titre des frais et honoraires d'avocat qu'elle aurait inutilement acquittés, avec les intérêts de retard à compter du paiement des mémoires d'honoraires en date des 26 octobre 2014 et 4 novembre 2014, sinon à compter de la mise en demeure du 31 août 2014, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde ;
- la somme de 25.000 euros sur le fondement de la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle au titre des honoraires d'avocat qu'elle a exposés ;
- la somme de 25.000 euros à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle demande encore la majoration du taux d'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de la signification du jugement à intervenir, la capitalisation des intérêts conformément à l'article 1154 du Code civil, la déclaration de jugement commun à Maître A et à la société BÂLOISE, ainsi que la condamnation de Maître A aux frais et dépens de l'instance.

À l'appui de ses demandes, Doris H. fait exposer qu'elle aurait en date du 24 janvier 2013 introduit un recours devant le Conseil arbitral de la Sécurité sociale aux fins de contester une décision prise le 20 décembre 2012 par le Comité directeur de la Caisse nationale d'assurance pension (ci-après « **la CNAP** ») ayant seulement partiellement fait droit à sa demande en obtention d'une pension vieillesse anticipée dès l'âge de 60 ans, en refusant de lui octroyer le complément de retraite auquel elle prétendait sur base de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (ci-après « **le règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004** »).

Dans le cadre des instances engagées d'abord devant le Conseil arbitral de la Sécurité sociale, ensuite en appel devant le Conseil supérieur de la Sécurité sociale, Maître A, auquel elle aurait eu recours pour défendre ses intérêts, aurait demandé que la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « **CJUE** ») soit saisie d'une question préjudicielle intéressant l'interprétation de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004.

Doris H. aurait cependant été déboutée de son recours tant en première instance, qu'en deuxième instance.

Par courrier électronique du 15 mai 2015, Doris H. aurait informé Maître A du fait qu'elle s'est vue notifier l'ar-

rêt en date du 13 mai 2015 : « *Vorgestern wurde uns das Urteil des Conseil supérieur de la Sécurité hinsichtlich des Rechtsstreits mit der CNAP zugestellt* ». Elle aurait dès lors sollicité un rendez-vous en précisant que « *ich erinnere mich daran, dass Sie mir sagten, dass die Fristen für die Anfechtung des Urteils vor dem Kassationsgericht nur innerhalb einer sehr kurzen Frist möglich ist* ».

Par la suite, Maître A aurait introduit un recours en cassation à l'encontre de l'arrêt du Conseil supérieur de la Sécurité sociale du 4 mai 2015, signifié à Doris H. en date du 13 mai 2015, par voie de mémoire signifié le 11 août 2015.

Suivant arrêt du 24 mars 2016, la Cour de cassation aurait néanmoins rejeté le recours comme étant irrecevable pour ne pas avoir été introduit dans le délai de deux mois à partir de la notification de l'arrêt attaqué.

En droit, Doris H. fait soutenir que l'exercice des voies de recours dans les délais impartis constitue une obligation de résultat en ce qu'il ne comporte aucun aléa. En l'occurrence, le délai pour se pourvoir en cassation aurait expiré le 13 juillet 2015, de sorte que la responsabilité de Maître A serait engagée.

En ce qui concerne son dommage, Doris H. se réfère à la théorie de la perte d'une chance.

Le fait que le Conseil arbitral de la Sécurité sociale, puis le Conseil supérieur de la Sécurité sociale ont rejeté la demande de Doris H. à voir saisir la CJUE d'une question préjudicielle sur la portée de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2014, avant de rejeter sa demande principale en réformation, sinon en annulation de la décision de la CNAP, ne serait pas de nature à établir que la Cour de cassation, avait-elle été saisie d'un pourvoi recevable, aurait à son tour refusé de poser la question préjudicielle.

Doris H. invoque à cet égard l'article 267 b) du TFUE qui retiendrait une obligation de poser la question préjudicielle à charge des juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel en droit interne. Ce principe ne souffrirait d'exception que lorsqu'il existe déjà une jurisprudence en la matière ou lorsque la manière correcte d'appliquer la règle communautaire apparaît de toute évidence.

En l'occurrence, il n'existerait pas de jurisprudence de la CJUE sur la portée de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004.

De surcroît, il y aurait une différence de rédaction de la disposition litigieuse entre la version française, empruntant le pluriel « *bénéficiaire de prestations* », et la version allemande, empruntant le singulier « *Leistungsempfänger* ».

Au vu de cette divergence, qui aurait été au cœur des discussions tenues devant les juges du fond et ayant une incidence sur la solution à donner au litige, la Cour de cas-



sation aurait été tenue de saisir la CJUE. En effet, la disposition litigieuse étant équivoque, la Cour de cassation n'aurait pas pu faire application de la théorie de l'acte clair.

Doris H. se prévaut encore d'un avis rendu par le Professeur VAN DER MEI qui établirait à suffisance que l'interprétation de l'article 58 retenue par les juridictions de fond n'aurait pas été entérinée par la CJUE.

Enfin, elle demande au Tribunal de voir la Commission européenne, assignée en sa qualité de gardienne du respect du droit de l'Union, prendre fait et cause pour elle et l'entendre en ses moyens et explications, notamment sur les points de savoir si la différence de formulation de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 justifiait la saisine obligatoire de la CJUE et si cet article devait bien être interprété comme permettant à Doris H. de percevoir un complément de pension à Luxembourg quand bien même ses droits à pension en Allemagne n'étaient pas encore ouverts.

Face aux contestations adverses, la partie requérante invoque le principe de l'estoppel et fait conclure que Maître A ne saurait à l'heure actuelle se contredire à son détriment en soutenant dans le cadre de la présente procédure un raisonnement diamétralement opposé à celui développé devant les juridictions sociales. À l'époque, il aurait en effet considéré qu'il disposait de bons moyens juridiques pour obtenir l'annulation de l'arrêt du Conseil supérieur de la sécurité sociale du 4 mai 2015, ainsi que, le cas échéant, la saisine de la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation dudit article 58.

Doris H. aurait eu des chances de succès plus que sérieuses, voire une chance dépourvue d'aléa, que la Cour de cassation soumette à la CJUE la question préjudicielle sur la portée de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 et d'obtenir ainsi une décision différente de celle adoptée par les juridictions de fond qui tiendrait compte du complément de retraite prévu par cet article.

En conclusion, par son manquement à introduire un pouvoir en cassation dans le délai de deux mois à compter de la notification à personne de l'arrêt du 4 mai 2015, Maître A aurait fait perdre à Doris H. 100 % des chances qu'elle aurait eu de recevoir son complément de retraite, soit un montant total de 55.594 euros sur la période allant de mars 2012 à février 2015 inclus. Subsidièrement, elle demande que ce montant soit déterminé par voie d'expertise.

Eu égard au résultat obtenu devant les juridictions sociales, elle aurait également inutilement exposé des frais et honoraires d'avocat de l'ordre de 6.647,44 euros.

Étant donné que Doris H. aurait été contrainte de recourir aux services rémunérés d'un avocat pour assurer la défense de ses droits dans le cadre du présent litige, elle

réclame encore la condamnation de Maître A à lui payer le montant de 25.000 euros. Face aux contestations adverses, elle soutient que les frais d'avocat devraient nécessairement être payés et qu'il ne serait pas nécessaire de les prouver en raison de leur caractère confidentiel. Elle se réfère à cet égard à un arrêt rendu le 11 juillet 2012 par la Cour d'appel (n° 31.933 et 33.051 du rôle). Les honoraires d'avocat constitueraient un préjudice réparable, indépendant de l'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

## B) Maître A et la société BÂLOISE

### 1. Sur la question de la régularité des exploits introductifs d'instance pour autant que dirigés à l'encontre de la COMMISSION EUROPÉENNE

Maître A et la société BÂLOISE contestent le raisonnement adverse, alors que le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 aurait une portée générale et serait obligatoire dans tous ses éléments. Il s'imposerait ainsi dans la totalité de ses dispositions aux institutions, aux États membres, aux autorités et ressortissants de ceux-ci.

Ils renvoient à un arrêt rendu le 19 décembre 2012 par la CJUE qui aurait retenu que « *dès que le destinataire d'un acte judiciaire réside à l'étranger, la signification ou la notification de cet acte relèvent nécessairement du champ d'application dudit règlement et doivent [...] être réalisées par les moyens mis en place par le règlement lui-même* ». Rien ne justifierait la non-application du règlement à la COMMISSION EUROPÉENNE.

Les règles relatives à la signification des exploits d'assignation, à la saisine des Cours et Tribunaux, ainsi que la procédure du défaut profit-joint inscrite à l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile seraient d'ordre public. Leur inobservation constituerait une irrégularité de fond entraînant la nullité des exploits concernés.

Étant donné que la signification de l'assignation et de la réassignation n'aurait pas été opérée dans la forme requise par le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007, il y aurait lieu d'en prononcer la nullité.

Subsidièrement, il y aurait lieu d'ordonner un sursis à statuer tant qu'il ne serait pas établi que l'acte introductif d'instance a été transmis à la COMMISSION EUROPÉENNE dans le respect des dispositions du règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007.

### 2. Au fond (rappel)

Maître A et la société BÂLOISE se rapportent à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité en la forme de la demande. Au fond, ils s'y opposent.

Ils demandent la condamnation de Doris H. à leur payer chacun une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de l'ordre

de 1.500 euros, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de leur mandataire.

En fait, les parties défenderesses exposent que par voie de décision du 17 juillet 2012, la CNAP aurait accordé une pension de vieillesse anticipée à Doris H. d'un montant mensuel brut de 124,97 euros avec effet à partir du 1<sup>er</sup> mars 2012. Cette décision aurait pris en compte une période d'assurance au Grand-Duché de Luxembourg s'élevant à 38,004 mois seulement.

Doris H. aurait été déboutée de son recours exercé auprès du Comité directeur de la CNAP (décision motivée du 20 décembre 2012), auprès du Conseil arbitral de la Sécurité sociale Gugement du 18 juillet 2014), ainsi que de son appel interjeté devant le Conseil supérieur de la Sécurité sociale (arrêt du 4 mai 2015).

Pour statuer ainsi, les juridictions sociales auraient jugé que Doris H. ne serait pas en droit de revendiquer le bénéfice du régime du complément de pension inscrit à l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 parce que celle-ci, au moment de l'allocation de la pension de vieillesse anticipée au Luxembourg, n'aurait bénéficié que de cette seule prestation et non pas d'une pluralité de prestations telle qu'exigée par le prédit article 58.

En ce qui concerne l'instance subséquente de cassation, les parties défenderesses admettent que suivant arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 2016, le pourvoi en cassation a été déclaré irrecevable pour ne pas avoir été introduit dans le délai légal de deux mois. La faute de Maître A qui a négligé de se pourvoir en cassation dans le délai légal n'est pas contestée.

Elles contestent cependant que cette faute ait engendré un préjudice réel et sérieux dans le chef de Doris H., alors que le pourvoi en cassation n'aurait eu aucune chance d'avoir une issue favorable pour elle. Sa position résulterait en effet d'une lecture erronée de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 qui disposerait ce qui suit :

*« 1. Le bénéficiaire de prestations auquel le présent chapitre s'applique ne peut, dans l'État membre de résidence et en vertu de la législation duquel une prestation lui est due, percevoir un montant de prestations inférieur à celui de la prestation minimale fixée par ladite législation pour une période d'assurance ou de résidence égale à l'ensemble des périodes prises en compte pour la liquidation conformément au présent chapitre.*

*2. L'institution compétent de cet État membre lui verse, pendant la durée de sa résidence sur son territoire, un complément égal à la différence entre la somme des prestations dues en vertu du présent chapitre et le montant de la prestation minimale ».*

La finalité de cette disposition serait de garantir qu'un bénéficiaire de rentes partielles dans plusieurs États membres n'atteignant pas la pension minimum prévue

dans la législation de l'État de résidence, puisse bénéficier d'un complément pour que cette pension minimale soit atteinte.

Il serait évident que la notion de « *bénéficiaire de prestations* » au paragraphe 1 de l'article 58 et la notion de « *somme des prestations* » au paragraphe 2 dudit article indiqueraient que le complément de pension ne se concevrait que si le demandeur est bénéficiaire de prestations dans plusieurs États membres.

Le complément de pension étant égal à la différence entre la somme des prestations dues et le montant de la prestation minimale prévue par la législation de l'État membre de résidence, il tomberait sous le sens qu'une pension devrait être due dans au moins deux États membres. Il serait manifestement injuste et inéquitable de faire payer un complément de pension à l'État de résidence si l'intéressé n'a pas droit à une prestation dans un autre État membre considéré.

Cette interprétation se trouverait confirmée par les arrêts TORRI du 30 novembre 1977, BROWNING du 17 décembre 1981 et BOGUSLAWA-ZANIEWICZ-DYBECK du 7 décembre 2017 rendus par la CJCE/CJUE sous le régime précédent de l'article 50 du règlement (CE) n° 1408/71. Ces arrêts confirmeraient implicitement, mais nécessairement que cette disposition ne pourrait viser qu'un assuré bénéficiant d'une pluralité de prestations.

Or, Doris H. n'aurait bénéficié que d'une pension de vieillesse anticipée au Luxembourg (obtenue à partir de l'âge de 57 ans), mais pas encore d'une pension de vieillesse en Allemagne en raison d'une limite d'âge non encore atteinte.

Aux termes d'un courrier de la Caisse de pension allemande du 4 juin 2012, celle-ci aurait d'ailleurs expressément attiré l'attention de Doris H. sur le fait qu'elle ne serait bénéficiaire d'une pension en Allemagne qu'à compter du 1<sup>er</sup> mars 2015. Dans le cadre du même courrier, la Caisse de pension allemande aurait même demandé si elle souhaitait maintenir sa demande en allocation d'une pension anticipée au Luxembourg pour éviter qu'elle ne se retrouve dans une situation financière potentiellement délicate.

Dans ces conditions, indépendamment de la question de la tardiveté du recours, et même en cas de recours, le pourvoi en cassation introduit par la partie requérante n'aurait eu aucune chance d'aboutir. Toute différence de formulation de la disposition litigieuse dans les versions française et allemande est contestée par les parties défenderesses. En application de la théorie de l'acte clair, la Cour de cassation n'aurait pas été contrainte de saisir la CJUE d'une question préjudicielle, alors que l'application correcte du droit de l'Union européenne s'imposerait en l'espèce avec une évidence telle qu'elle ne laisserait place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée.

En tout état de cause, les parties défenderesses contestent le préjudice invoqué par la partie requérante tant en son principe qu'en son *quantum*.

Le montant de 6.647,44 euros réclamé au titre des frais et honoraires d'avocat payés par Doris H. concernerait les seules prestations faites par Maître A entre le 24 septembre 2013 et le 11 septembre 2014, de sorte à ne couvrir que les devoirs diligentés en 1<sup>ère</sup> instance et en partie en 2<sup>ème</sup> instance. Ces devoirs auraient permis à la partie requérante d'obtenir des décisions de justice soigneusement motivées par le Conseil arbitral de la Sécurité sociale et par le Conseil supérieur de la Sécurité sociale. Ses prestations n'auraient donc nullement été inutiles. Les prestations relatives à l'instance engagée devant la Cour de cassation n'auraient pas été facturées.

En tout état de cause, la société BÂLOISE ne pourrait pas faire l'objet d'une condamnation en rapport avec la demande en remboursement des honoraires payés de 6.647,44 euros, alors qu'aux termes l'article 1<sup>er</sup> de la police d'assurance RC professionnelle des avocats de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg toutes les réclamations relatives aux frais et honoraires seraient exclues.

En ce qui concerne les demandes en condamnation aux montants respectifs de 25.000 euros au titre des honoraires d'avocats exposés dans le cadre du présent litige, ainsi que sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, les parties défenderesses font valoir qu'elles feraient double emploi entre elles et seraient, en tant que telles, à déclarer irrecevables. Elles ne seraient pas davantage fondées, ni en fait, ni en droit.

#### **Motifs de la décision**

##### A) Quant à la régularité de la signification des actes d'assignation et de réassignation à la COMMISSION EUROPÉENNE

Dans le cadre de son jugement du 26 novembre 2019, le Tribunal a relevé qu'en application de l'article 156 (3) b) du Nouveau Code de procédure civile, il est tenu de surseoir à statuer en attendant que la partie requérante établisse que l'acte d'assignation initial a effectivement été remis à la COMMISSION EUROPÉENNE, alors qu'aucun récépissé n'était fourni en cause concernant l'assignation du 9 octobre 2018.

Sur base du récépissé actuellement versé en cause par Doris H., le Tribunal constate qu'il est effectivement établi en cause que la COMMISSION EUROPÉENNE a reçu l'assignation du 9 octobre 2018 en date du 7 novembre 2018, ce à travers une « *lettre datée du 23 octobre 2018 [de la] Direction du protocole et de la chancellerie du Ministère des Affaires étrangères et européenne du Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg* ».

La réception matérielle de cet acte par la COMMISSION EUROPÉENNE est dès lors établie en cause.

Conformément à l'article 156 (1) du Nouveau code de procédure civile « à l'égard des personnes domiciliées ou résidant à l'étranger, la signification est faite dans les formes de transmission convenues entre le Luxembourg et le pays du domicile ou de la résidence du destinataire ».

Le Tribunal a d'ores et déjà relevé dans son jugement du 26 novembre 2019 que :

- La signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale dans les États membres de l'Union Européenne est régie par le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 ;
- Aux termes de l'article 7 § 1 du le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007, « L'entité requise procède ou fait procéder à la signification ou à la notification de l'acte soit conformément à la législation de l'État membre requis, soit selon le mode particulier demandé par l'entité d'origine, sauf si ce mode est incompatible avec la loi de cet État membre » ;
- L'article 13, § 1<sup>er</sup> dudit règlement, applicable à la transmission des actes directement par les soins des agents diplomatiques ou consulaires d'un État, prévoit que « Tout État membre a la faculté de faire procéder directement et sans contrainte par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires à la signification ou à la notification d'actes judiciaires aux personnes résidant sur le territoire d'un autre État membre », avec possibilité ouverte aux États membres de s'opposer à l'usage de cette faculté sur son territoire ;

Le Tribunal a encore constaté que la Belgique s'est justement opposée à l'usage de cette faculté, qui a pourtant été suivie par l'huissier de justice luxembourgeois pour la transmission de l'assignation du 9 octobre 2018 et de la réassignation du 4 décembre 2018.

Les parties ont conclu de part et d'autre sur la problématique.

Les dispositions relatives à la signification ou à la notification des exploits règlent en détail la question de savoir sous quelles conditions un acte d'huissier peut être considéré comme ayant été signifié ou notifié régulièrement, à personne, à domicile ou résidence. Le but poursuivi par ces principes est évident : il s'agit d'assurer par des règles strictes que l'on doit pouvoir considérer comme relevant de l'organisation judiciaire, un maximum de garanties au profit de la partie signifiée ou notifiée pour que celle-ci ait effectivement connaissance de l'acte et puisse adopter l'attitude appropriée. Il s'agit d'assurer la protection des droits de la défense. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence affecte les irrégularités commises à cet égard d'une nullité de fond à laquelle l'article 264, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas applicable (cf. Les nullités de procédure en droit judiciaire privé luxembourgeois, Thierry HOSCHEIT in Bulletin Laurent 1999, II, p. 31 et s. ; Cour d'appel, 23 novembre 2005, n° 30573 du rôle, LJUS 99860581).

En effet, le défaut de signification entache la procédure de nullité. Il s'agit d'une nullité de fond absolue, l'absence d'une signification de l'exploit introductif d'instance à la partie défenderesse ayant comme conséquence que l'instance n'est pas liée et que dès lors l'existence même de l'instance est affectée (v. en ce sens concernant la signification d'un acte d'appel : CA, 1<sup>ère</sup> chambre, arrêt n° 103/18 du 30 mai 2018, n° CAL-2018-00303 du rôle).

Il convient de rejeter d'emblée tout développement de Doris H. basé sur la procédure du défaut profit-joint de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile, alors que la problématique litigieuse n'intéresse pas la question de la nécessité de procéder à la réassignation de la COMMISSION EUROPÉENNE ou non, mais la question de savoir si le Tribunal peut être valablement saisi par un acte d'huissier de justice signifié de manière éventuellement irrégulière.

Doris H. conclut à l'inapplicabilité du règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 aux significations d'actes ayant comme destinataire la COMMISSION EUROPÉENNE, alors que celle-ci ne serait pas soumise audit règlement, que le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 ne prévoirait pas son applicabilité aux institutions européennes et que la COMMISSION EUROPÉENNE ne pourrait pas être assimilée à une personne résidant sur le territoire belge, alors qu'elle conserverait un statut extraterritorial et serait totalement indépendante de la Belgique.

En premier lieu, en ce qui concerne la question de savoir si le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 est susceptible de s'appliquer à la signification d'un acte ayant comme destinataire la COMMISSION EUROPÉENNE – sans préjudice à ce stade des développements quant à la question de savoir si la COMMISSION EUROPÉENNE dispose d'une personnalité juridique propre – le Tribunal souligne que l'article 288 du TFUE prévoit expressément que : « [l]e règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».

Les parties défenderesses soutiennent dès lors à juste titre que le règlement « s'impose ainsi dans la totalité de ses dispositions aux institutions, aux États membres, aux autorités et ressortissants de ceux-ci » (S. VAN RAEPENBUSCH, Droit institutionnel de l'Union européenne, éd. Larcier, 2016, p. 401).

Ce moyen laisse donc d'être fondé.

En deuxième lieu, s'il ne peut pas être mis en doute que la COMMISSION EUROPÉENNE, en tant qu'institution européenne, est indépendante de la Belgique (cf. article 17, §3, alinéa 2<sup>ème</sup> du TUE), cette évidence n'emporte cependant pas qu'elle dispose d'un « statut extraterritorial ».

Ce moyen – non autrement étayé que par la considération suivant laquelle : « le traité d'Amsterdam de 1997 et

son protocole n° 8 sur la fixation des sièges des institutions et de certains organismes et services de Communautés européennes ainsi que d'Europol [...] ne contiennent aucune disposition permettant de considérer que la Commission puisse être assimilée à une personne résidant en Belgique » (cf. conclusions de Maître Guy PERROT du 28 janvier 2020, p. 3 et 4) – tombe donc à faux et est à rejeter.

En conclusion, sans préjudice quant à la question de savoir si la COMMISSION EUROPÉENNE dispose d'une personnalité juridique propre, le Tribunal retient qu'il aurait appartenu à Doris H. de procéder à la signification de son assignation conformément aux règles édictées par le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007.

La transmission des actes introductifs à la COMMISSION EUROPÉENNE étant intervenue en violation des règles prévues par le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007, elle ne peut valoir « signification », de sorte que l'instance n'est pas liée à l'égard de cette dernière.

Conformément aux développements précédents, la procédure engagée à l'encontre de la COMMISSION EUROPÉENNE encourt dès lors l'annulation. Les demandes formulées à son égard sont à déclarer irrecevables.

#### B) Quant à la recevabilité

Maître A et la société BÂLOISE contestent la recevabilité des demandes en répétition des honoraires d'avocats et en allocation d'une indemnité de procédure, alors que ces demandes feraient double emploi entre elles.

Ce moyen laisse d'être fondé, alors que la possibilité pour une partie de réclamer une indemnité de procédure dans les conditions imposées par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ne prive pas cette partie de son droit de recevoir réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi en relation avec la faute commise par son adversaire, y compris les honoraires d'avocat, et de réclamer ces honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice (Cour de cassation, arrêt n° 5/12 du 9 février 2012, JTL 2012, n° 20, page 54).

La recevabilité des demandes principales n'étant pour le surplus pas autrement contestée et un moyen d'irrecevabilité à soulever d'office par le Tribunal n'étant pas donné, il y a lieu de retenir que celles-ci sont recevables pour avoir été introduites dans les formes et délais de la loi.

#### C) Quant au fond

Conformément à l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile, « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

Dans le même sens, l'article 1315 du Code civil prévoit que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Au vu de ces principes directeurs régissant la charge de la preuve, il incombe à la partie requérante de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de ses prétentions.

### 1. Quant aux faits

Les faits tels qu'ils résultent de l'ensemble des éléments soumis au Tribunal, et notamment des décisions de justice antérieurement intervenues entre parties, peuvent être résumés comme suit :

En date du 28 novembre 2011, Doris H. a saisi la CNAP d'une demande en obtention d'une pension de vieillesse anticipée à partir de l'âge de 57 ans.

À cette époque, Doris H. a pu justifier des périodes d'assurance pension suivantes :

- 37,916 années de carrière d'assurance pension sous la législation allemande courant de 1969 à 2008 ;
- 38 mois d'assurance pension sous la législation luxembourgeoise.

Par décision présidentielle du 17 juillet 2012, il a été confirmé à Doris H. qu'elle dispose du droit de toucher une pension de vieillesse anticipée à partir du 1<sup>er</sup> mars 2012. Compte tenu du prorata des périodes d'assurance sous la législation luxembourgeoise dans la carrière d'assurance mixte globale de la partie requérante, le montant mensuel brut de cette pension de vieillesse anticipée a été fixé à 124,97 euros. Conformément à une décision de la *Deutsche Rentenversicherung* du 10 septembre 2012, aucun droit à une pension de vieillesse allemande n'était cependant susceptible de naître dans le chef de Doris H. avant le 24 février 2015, alors qu'elle n'avait pas encore atteint l'âge de la retraite prévu par la législation allemande.

Afin de parfaire le montant de sa pension de vieillesse anticipée luxembourgeoise pendant la période au cours de laquelle elle ne peut pas encore se faire allouer une pension de vieillesse allemande, Doris H. a dès lors poursuivi l'attribution du complément en se référant à l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004.

En date du 9 août 2012, elle a ainsi formé opposition à l'encontre la décision présidentielle du 17 juillet 2012.

Cette opposition a été rejetée suivant décision du Comité directeur de la CNAP du 20 décembre 2012.

Par requête du 24 janvier 2013, Doris H. a personnellement formé recours contre la décision du 20 décembre 2012 en

invoquant notamment une interprétation erronée de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004.

Maître A s'est présenté au du Conseil arbitral de la Sécurité sociale comme le litis-mandataire de la partie requérante par courrier du 2 septembre 2013.

Suivant décision du Conseil arbitral de la Sécurité sociale du 18 juillet 2014 (reg. n° CNAP 47/13), le recours de Doris H. sur base de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 a été rejeté aux motifs que :

« l'article 58 du règlement communautaire précité visant l'attribution d'un complément de pension dont la requérante souhaite se prévaloir pour parfaire sa pension luxembourgeoise à hauteur de la pension minimale sans proratisation dispose comme suit :

« 1. Le bénéficiaire de prestations auquel le présent chapitre s'applique ne peut, dans l'État membre de résidence et en vertu de la législation duquel une prestation lui est due, percevoir un montant de prestations inférieur à celui de la prestation minimale fixée par ladite législation pour une période d'assurance ou de résidence égale à l'ensemble des périodes prises en compte pour la liquidation conformément au présent chapitre.

2. L'institution compétente de cet État membre lui verse, pendant la durée de sa résidence sur son territoire, un complément égal à la différence entre la somme des prestations dues en vertu du présent chapitre et le montant de la prestation minimale »,

que si en l'espèce, le montant de la pension luxembourgeoise a été fixé à 124,96 euros en raison de l'effet de la proratisation à due concurrence de ses 38 mois d'assurance pension luxembourgeoise, montant dont il est rappelé qu'il contient déjà la majoration certes proratisée par la suite, est inférieur à une pension mini male due comme si toute la carrière [avait] été réalisée au Luxembourg, force est de constater qu'en l'absence de pension de vieillesse allemande en raison d'une limite d'âge non encore atteinte, la dame M., épouse H., ne bénéficie que d'une seule prestation et qu'elle ne fait pas partie du champ d'application personnel de l'article 58 relatif au complément de pension visant un assuré qui bénéficie d'une pluralité de prestations,

que pour ce seul motif, le recours de la requérante tendant à voir parfaire le montant de sa pension luxembourgeoise à hauteur de la pension minimale prévue à l'article 220 du Code de la sécurité sociale en faisant abstraction de la règle communautaire de proratisation n'est pas fondé car admettre par impossible le contraire, le calcul contreviendrait aux principes et règles posées par le règlement communautaire 883/2004 précité et reviendrait à accorder un complément de pension sans objet ni base légale dès lors qu'elle ne s'est pas encore vu ouvrir le droit à une pension de vieillesse allemande [...] ».

Sa demande en renvoi en interprétation de la problématique devant la CJUE a également été rejetée, alors que



le Conseil arbitral de la Sécurité sociale « n'a été saisi d'aucune question préjudicielle libellée de façon claire et précise et indiquant les fondements sur lesquels une pareille question est censée reposer ». La juridiction indique encore que « le terme allemand de « Leistungsempfänger » pouvant désigner un singulier ou un pluriel, c'est valablement et à juste titre que la [CNAP] s'est référée aux textes officiels français et anglais pour conclure au pluriel et qu'il n'y a pas lieu à interprétation ».

Doris H., comparant par Maître A, a déposé sa requête d'appel en date du 9 septembre 2014.

Dans le cadre de son acte d'appel, elle a contesté qu'elle ne ferait pas partie du champ d'application personnel de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004, alors que le Conseil arbitral de la Sécurité sociale n'aurait avancé aucune argumentation valable pour justifier sa décision. Cet article ne prévoirait aucunement que le bénéficiaire de prestations doit voir son droit à la pension ouvert sous au moins une autre législation d'un État membre avant de pouvoir bénéficier du complément prévu à l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004. Elle a réitéré sa demande (subsidaire) à voir « renvoyer l'interprétation de l'article 58 du règlement 883/2004 à la [CJUE] ».

Par arrêt n° 2015/0110 du 4 mai 2015, le Conseil supérieur de la Sécurité sociale a rejeté la demande de renvoi d'une question préjudicielle à la CJUE et a dit l'appel non fondé. Il a retenu à cet égard ce qui suit :

*« Il se dégage clairement de [l'article 58], tel qu'il a été à juste titre retenu par les premiers juges, que le régime du complément ne s'applique pas à Doris H. qui, au moment de l'allocation de la pension de vieillesse anticipée au Luxembourg, ne bénéficiait que de cette seule prestation et non pas d'une pluralité de prestations tel qu'exigé par l'article 58.*

*L'article 58 étant clair et précis et ne prêtant pas à interprétation, il n'y a pas lieu de saisir la CJUE d'une question en interprétation de l'article 58 tel que sollicité par l'appelante, aucune question préjudicielle libellée de façon claire et précise n'ayant par ailleurs été posée par la partie appelante.*

*Le jugement attaqué est partant à confirmer sans qu'il n'y ait lieu de procéder par renvoi de question préjudicielle ».*

Il résulte des pièces versées en cause que cet arrêt a été notifié à Doris H. en date du 13 mai 2015.

Par courrier électronique du 15 mai 2015, Doris H. s'adresse à Maître A dans les termes suivants :

*« Vorgestern wurde uns das Urteil des Conseil supérieur de la sécurité sociale hinsichtlich des Rechtsstreits mit der CNAP zugestellt. Das Ergebnis ist enttäuschend und spiegelt exakt ihre Einschätzung von der Verhandlung wider [...].*

*Ich erinnere mich aber daran, dass Sie mir sagten, dass die Fristen für die Anfechtung des Urteils vor dem Kassationsgericht nur innerhalb einer sehr kurzen Frist möglich ist. Deswegen hatte ich Sie am Mittwoch bereits um Rückruf gebeten [...].*

*Dürfen wir Sie bitten, uns dringend einen oder (bei Bedarf) zwei Termine in der kommenden Woche anzubieten, um den Recours zu besprechen und fertig zu stellen. Wir sind nämlich anschließend bis zum 4. Juni nicht in Luxemburg.*

Il est constant en cause que le pourvoi en cassation contre l'arrêt du 4 mai 2015 n'a été signifié qu'en date du 11 août 2015 et déposé au greffe de la Cour de cassation qu'en date du 12 août 2015.

Suivant arrêt n° 32/16 de la Cour de cassation du 24 mars 2016, le pourvoi en cassation litigieux a partant été déclaré irrecevable pour ne pas avoir été introduit dans le délai de deux mois à partir du jour de la notification à personne de l'arrêt attaqué, délai prévu à l'article 7 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

## 2. Quant à la responsabilité de Maître A

La responsabilité civile de l'avocat est gouvernée par les règles de droit commun du Code civil en matière de responsabilité. Cette responsabilité de l'avocat, à l'égard de son client, est de nature contractuelle.

En général, les obligations qu'assume l'avocat, sont de moyens, en raison du caractère aléatoire de l'activité qu'il est appelé à déployer. Dans des cas plus exceptionnels, par contre, l'obligation de l'avocat peut être une obligation de résultat, à savoir ceux où il n'y a pas d'aléa.

Dans le cas d'espèce, l'obligation dont il s'agit dans le chef de Maître A, à savoir l'obligation de se pourvoir régulièrement en cassation contre l'arrêt du 4 mai 2015, dans les délais légaux, n'a comporté aucun aléa. L'obligation assumée par Maître A était partant une obligation de résultat.

Comme une véritable sécurité juridique n'existe dans aucun domaine, il est raisonnable de qualifier cette obligation d'obligation de résultat atténuée, permettant à l'avocat de s'exonérer par la preuve de l'absence de faute (cf. G. RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Pasicrisie, 3<sup>ème</sup> édition, n° 544, p. 509).

En l'espèce, il est constant en cause que Maître A a omis d'introduire un pourvoi en cassation endéans le délai légal de 2 mois. La faute de celui-ci, au demeurant non contestée, est dès lors acquise en cause.

Encore faut-il, pour qu'il puisse être fait droit à la demande de Doris H., qu'un préjudice dans son chef soit établi, étant entendu qu'un lien causal doit exister entre le

préjudice allégué et l'inexécution de l'obligation contractuelle par l'avocat.

- a. *Quant à la demande de Doris H. en allocation de dommages et intérêts correspondant à son complément de retraite sur la période allant de mars 2012 à février 2015 inclus (55.594 euros)*

En ce qui concerne la demande en allocation de dommages et intérêts correspondant à son complément de retraite sur la période allant de mars 2012 à février 2015 inclus (55.594 euros), il convient de faire application de la théorie de la perte d'une chance.

La perte d'une chance réelle d'obtenir un avantage donne lieu à réparation s'il existe un lien de causalité entre la faute et la perte de cette chance. L'existence d'une chance n'implique aucune certitude quant à la réalisation du résultat espéré de sorte que le préjudicié peut obtenir la réparation de la perte d'une chance même s'il n'est pas certain que sans la faute le résultat aurait été obtenu.

Autrement dit, une condamnation pour la perte d'une chance requiert, d'une part, que le juge ne puisse laisser subsister aucun doute sur le lien de causalité entre la faute et le dommage, la perte d'une chance et, d'autre part, que la perte d'une chance soit la perte certaine d'un avantage probable. Il doit mesurer l'importance de cette chance et évaluer l'étendue du dommage. La probabilité découlant du caractère sérieux et raisonnable de la chance perdue, doit être complétée par la considération que la valeur économique de la chance perdue susceptible de réparation ne peut constituer en la somme totale de la perte finalement subie ou du gain perdu.

Le critère principal dans l'appréciation de la perte d'une chance est la probabilité. S'il est probable que l'on aurait pu obtenir le marché, alors la perte de la chance sera prise en considération. Si par contre ces perspectives d'obtention sont très minimes, la solution inverse devra être retenue.

Pour être obtenue, l'indemnisation de la perte d'une chance suppose donc établi que la chance perdue ait été suffisamment sérieuse et qu'elle fut effectivement anéantie par l'événement dommageable. La chance doit donc avoir été réellement perdue, une personne ne peut invoquer une quelconque perte de chance dès lors, précisément, que ses chances demeurent intactes.

L'indemnisation de la perte d'une chance ne déroge pas au principe de certitude du dommage, lequel réside ici dans la certitude de l'interruption du processus de chance (CA, 7<sup>ème</sup> chambre, arrêt n° 116/ 16 du 6 juillet 2016, n° 38.194 et références y citées).

En d'autres termes, étant admis que la perte d'une chance constitue une forme de préjudice certain, la victime doit en obtenir réparation dès que la chance existait. La perte d'une chance constitue un dommage en elle-

même. Ce ne sont pas les montants convoités qui constituent le dommage, mais l'espoir de les gagner. Dans l'allocation des dommages-intérêts, il faut tenir compte de l'importance de cet espoir, qui doit avoir été sérieux. La chance a dû être véritable et non pas une quelconque chimère. Il s'agit là d'une application du principe de la réparation du préjudice certain, car ce qui est certain, ce n'est pas l'événement ou l'évolution futurs escomptés, mais bien la perte de la chance de les voir se réaliser (TAL, 4<sup>ème</sup> chambre, jugement n° 2018TALCH04/00311 du 5 juillet 2018, n° 178.745 du rôle et références y citées).

Au vu des principes sus-énoncés, il appartient à Doris H., qui s'est vue privée de l'exercice du pourvoi en cassation en raison de la négligence de son avocat, de prouver qu'elle avait des chances réelles et sérieuses, et non éventuelles seulement, de voir réaliser l'évènement futur favorable convoité, à savoir l'allocation du complément de retraite en application de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004.

À cet égard, il incombe au Tribunal de souligner d'emblée qu'il ne suffit pas à Doris H., qui sollicite l'allocation à titre de dommages et intérêts correspondant à son complément de retraite sur la période allant de mars 2012 à février 2015 inclus (55.594 euros), de prouver qu'elle aurait eu des chances que la Cour de cassation saisisse la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004, mais encore que la CJUE interprète cet article dans un sens qui lui aurait été favorable et que l'application subséquente par les juridictions nationales de la jurisprudence européenne débouche dans son chef dans l'allocation du complément de retraite sollicité.

Cette chance s'apprécie en fonction de la probabilité de parvenir à une solution favorable sans la faute retenue à l'encontre de l'avocat.

Pour apprécier cette probabilité, le Tribunal prend égard aux pièces et informations fournies par les parties, étant néanmoins entendu que le dépôt régulier du pourvoi n'établit pas en lui-même l'existence d'une chance de voir ultérieurement accueillir sa demande en allocation du complément de retraite par le juge du fond.

Face aux contestations des parties défenderesses, Doris H. se prévaut en premier lieu du principe de *l'estoppel* pour conclure que Maître A ne pourrait pas se contredire au détriment d'autrui en réfutant actuellement le bienfondé de l'argumentation qu'il a lui-même développé devant les juridictions sociales.

Ce moyen tombe à faux sans qu'il n'y ait lieu de l'analyser plus avant, alors que Maître A ne s'est à aucun moment prononcé à titre personnel au cours des instances introduites devant les juridictions sociales, mais toujours en sa qualité de litis-mandataire de Doris H., soit au nom et pour le compte de cette dernière, et en reprenant d'ail-

leurs les moyens mis en avant par la requérante elle-même dans le cadre de son recours du 9 août 2012.

La circonstance que Maître A conteste actuellement le bienfondé de l'argumentation développée par lui devant les juridictions sociales n'étant pas envisagé sous un autre angle que l'interdiction de se contredire au détriment, cette considération n'est pas de nature à influencer sur la solution à donner au présent litige.

Il convient dans ce contexte de rappeler que l'examen auquel le Tribunal doit se livrer ne peut s'effectuer que dans le cadre des moyens invoqués par les parties. Son rôle ne consiste pas à procéder à un réexamen général et global de la situation des parties, ni à suppléer à la carence des parties et à rechercher lui-même les moyens en droit et en fait qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

Concernant ensuite les chances de voir la Cour de cassation saisir la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004, le Tribunal relève que l'article 267 du TFUE prévoit ce qui suit en matière de faculté ou d'obligation de saisir la CJUE :

*« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :*

*a) sur l'interprétation des traités,*

*b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.*

*Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.*

*Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.*

*Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».*

En matière d'interprétation, le renvoi préjudiciel devant la CJUEH n'est donc obligatoire que pour les juridictions dont la décision n'est pas susceptible de recours, à savoir en pratique la Cour de cassation pour les juridictions de l'ordre judiciaire. En effet, lorsqu'un recours existe, l'exercice de celui-ci est de nature à corriger une éventuelle erreur dans l'application du droit de l'Union.

En revanche, en cas de difficultés d'interprétation, les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont tenues de saisir la CJUE d'une question préjudicielle.

Une telle obligation est justifiée afin d'assurer l'unité du droit de l'Union et son application uniforme sur le territoire de l'ensemble des États membres : *« une juridiction statuant en dernier ressort constitue par définition la dernière instance devant laquelle les particuliers peuvent faire valoir les droits que le droit communautaire leur reconnaît. Une violation de ces droits par une décision d'une telle juridiction qui est devenue définitive ne pouvant normalement plus faire l'objet d'un redressement, les particuliers ne sauraient être privés de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir par ce biais une protection juridique de leurs droits. C'est d'ailleurs, notamment, afin d'éviter que ces droits conférés aux particuliers par le droit communautaire soient méconnus que, en vertu de l'article 234 alinéa 3, du Traité CE, une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue de saisir la Cour »* (CJCE, 30 sept. 2003, Köbler, aff. C-224/1, Rec. CJCE-110239, pts. 34 et 35). Dans l'ordre judiciaire, cette obligation pèse donc au premier chef sur la Cour de cassation.

Ce principe d'obligation de renvoi préjudiciel pour interprétation doit cependant immédiatement être nuancé, dans la mesure où il existe un certain nombre d'hypothèses où la juridiction peut refuser de poser une telle question.

C'est d'abord le cas lorsque la question soulevée a déjà été tranchée par la Cour de justice à l'occasion d'une espèce analogue (CJCE, 6 octobre 1982, Cilfit, aff. 283/81, Rec. CJCE 34 15, pt. 13). Il en va de même lorsque la jurisprudence établie de la Cour de justice permet de résoudre le problème (CJCE, 6 oct. 1982, préc., pt 13). Le juge n'est pas davantage tenu de saisir la Cour de justice lorsque la teneur du droit de l'Union ne souffre pas de doute : *« l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté »* (même arrêt, pt. 13).

(Dalloz, Répertoire de procédure civile, Question préjudicielle, n° 23 à 25).

Doris H. soutient qu'il n'existerait aucune jurisprudence de la CJUE procédant à une interprétation de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 et conteste que cet article puisse être considéré comme acte clair. Elle se prévaut de l'existence d'une différence de rédaction entre la version française, empruntant le pluriel *« bénéficiaire de prestations »*, et la version allemande, empruntant le singulier *« Leistungsempfänger »*. Elle soutient qu'au vu de cette divergence de rédaction des textes, la Cour de cassation aurait été tenue de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation. Elle se prévaut encore d'un avis rendu par le Professeur VAN DER MEI qui établirait à suffisance que l'interprétation de l'article 58 retenue par les juridictions de fond n'aurait pas été entérinée par la CJUE.

Maître A et la société BÂLOISE font conclure qu'en application de la théorie de l'acte clair, la Cour de cassation n'aurait pas été contrainte de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004. La notion de « bénéficiaire de prestations » au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 58 et la notion de « somme des prestations » au paragraphe 2<sup>ème</sup> dudit article indiqueraient que le complément de pension ne se concevrait que si le demandeur est bénéficiaire de prestations dans plusieurs États membres. Cette interprétation se trouverait d'ailleurs

confirmée par les arrêts TORRI du 30 novembre 1977, BROWNING du 17 décembre 1981 et BOGUSLAWA-ZANIEWICZ-DYBECK du 7 décembre 2017 rendus par la CJCE/CJUE sous le régime précédent de l'article 50 du règlement (CE) n° 1408/71. Ces arrêts confirmeraient implicitement, mais nécessairement que cette disposition ne pourrait viser qu'un assuré bénéficiant d'une pluralité de prestations.

L'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 dispose ce qui suit :

<u>Version française</u>	<u>Version allemande</u>
<p style="text-align: center;"><b>Attribution d'un complément</b></p> <p>1. Le bénéficiaire de prestations auquel le présent chapitre s'applique ne peut, dans l'État membre de résidence et en vertu de la législation duquel une prestation lui est due, percevoir un montant de prestation inférieur à celui de la prestation minimale fixée par ladite législation pour une période d'assurance ou de résidence égale à l'ensemble des périodes prises en compte pour la liquidation conformément au présent chapitre.</p> <p>2. L'institution compétente de cet État membre lui verse, pendant la durée de sa résidence sur son territoire, un complément égal à la différence entre la somme des prestations dues en vertu du présent chapitre et le montant de la prestation minimale.</p>	<p style="text-align: center;"><b>Gewährung einer Zulage</b></p> <p>1. Ein Leistungsempfänger, auf den dieses Kapitel Anwendung findet, darf in dem Wohnmitgliedstaat, nach dessen Rechtsvorschriften ihm eine Leistung zusteht, keinen niedrigeren Leistungsbetrag als die Mindestleistung erhalten, die in diesen Rechtsvorschriften für eine Versicherungs- oder Wohnzeit festgelegt ist, die den Zeiten insgesamt entspricht, die bei der Feststellung der Leistung nach diesem Kapitel berücksichtigt wurden.</p> <p>2. Der zuständige Träger dieses Mitgliedstaats zahlt der betreffenden Person während der gesamten Zeit, in der sie in dessen Hoheitsgebiet wohnt, eine Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen der Summe der nach diesem Kapitel geschuldeten Leistungen und dem Betrag der Mindestleistung.</p>

Tel que les différentes décisions intervenues l'ont déjà souligné, l'emploi dans la traduction allemande de la disposition litigieuse du terme invariable « *Leistungsempfänger* » au § 1<sup>er</sup> de l'article 58 peut désigner tant le singulier que le pluriel. Le Tribunal souligne des lors en premier lieu qu'il n'existe pas stricto sensu de divergence entre les deux versions linguistiques du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004.

Il est cependant exact que tandis que la version française du texte vise de manière non-équivoque un bénéficiaire d'une pluralité de prestations, le terme « *Leistungsempfänger* » pourrait éventuellement être sujet à interprétation.

Or, en l'occurrence, le fait que le terme allemand « *Leistungsempfänger* » vise, à l'instar de la version française, un bénéficiaire d'une pluralité de prestations résulte clairement du paragraphe 2<sup>ème</sup> de l'article 58 qui, pour définir le mode de calcul du complément de retraite, se réfère sans aucune équivoque à la « *Summe der nach diesem Kapitel geschuldeten Leistungen* ».

Conformément aux conclusions des parties défenderesses, cette lecture se trouve confirmée implicitement, mais nécessairement par les jurisprudences européennes versées en cause et notamment d'un arrêt rendu le 7 décembre 2017 par la CJUE (aff. C-189-16) sur base de

l'article 50 du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié en 1996 et 1998, et qui a finalement été remplacé par le règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004, présentement sous analyse. La CJUE y a notamment retenu ce qui suit :

« [S]elon une jurisprudence constante, l'article 50 du règlement n° 1408/71 vise les cas où les carrières du travailleur au titre des législations des États auxquelles il a été soumis ont été relativement brèves, de sorte que le montant total des prestations dues par ces États n'atteint pas un niveau de vie raisonnable (arrêts du 30 novembre 1977, Torri, 64/77, EUC : 1977 : 197, point 5, et du 17 décembre 1981, Browning, 22/81, EUC : 1981:316, point 12).

En vue de remédier à cette situation, cet article 50 dispose que, lorsque la législation de l'État de résidence prévoit une prestation minimale, la prestation due par cet État sera augmentée d'un supplément égal à la différence entre la somme des prestations dues par les différents États, aux législations desquels le travailleur a été soumis, et cette prestation minimale (arrêt du 30 novembre 1977, Torri, 64/77, EUC : 1977 : 197, point 6) » (CJUE, 7 décembre 2017, aff. C-189-16, § 57 et 58).



Au vu des considérations qui précèdent, l'opinion du professeur VAN DER MEI, qui conclut que « *[a]rticle 58 does not make the right to a pension supplement conditional upon the person concerned being entitled to a pension in the State of residence and another Member State. Put even more strongly: Article 58 simply cannot be interpreted in this manner as this would run counter to the core objectives of the coordination regime set in place by Regulation 883/2004* », établi pour compte de Doris H., ne convainc pas.

En conclusion, le Tribunal retient partant que le règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 constitue un acte clair, de sorte que la Cour de cassation n'aurait pas été obligée en vertu de 267 du TFUE de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004.

En considération de tout ce qui précède, Doris H. manque donc à établir qu'elle aurait eu des chances sérieuses que la Cour de cassation saisisse la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 58 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004, que la CJUE interprète cet article dans un sens qui lui aurait été favorable et que l'application subséquente par les juridictions nationales de la jurisprudence européenne débouche dans son chef dans l'allocation du complément de retraite sollicité.

La demande de Doris H. en allocation de dommages et intérêts correspondant à son complément de retraite sur la période allant de mars 2012 à février 2015 encourt dès lors le rejet.

b. *Quant à la demande en remboursement des frais d'avocat payés à Maître A*

Le Tribunal tient à préciser à titre préliminaire qu'au vu de l'assignation introductive du 9 octobre 2018, la demande en paiement n'est dirigée qu'à l'encontre de Maître A.

Étant donné que la société BÂLOISE n'est assignée qu'aux fins de déclaration de jugement commun, il n'y a pas lieu d'analyser plus avant la question de savoir si la police d'assurance souscrite par le Barreau de Luxembourg couvre ou non des contestations relativement aux honoraires d'avocat.

Il convient ensuite de rappeler que les obligations assumées par l'avocat constituent en général des obligations de moyens, ce en raison du caractère aléatoire de l'activité qu'il est appelé à déployer.

En l'occurrence, Doris H. se prévaut de l'inutilité des honoraires payés à Maître A « *eu égard au résultat obtenu devant les juridictions sociales* ».

Il convient de préciser d'emblée qu'il est constant en cause que Maître A n'a pas réclamé des honoraires relativement à la procédure de cassation.

Dans ces conditions, les honoraires dont Doris H. réclame actuellement remboursement ne se rapportant pas à

la procédure de cassation, mais à l'assistance devant le Conseil arbitral de la Sécurité sociale et le Conseil supérieur de la Sécurité sociale, le Tribunal retient premièrement que ces honoraires ne constituent pas un dommage qui se trouve dans un lien de causalité avec l'omission fautive de Maître A d'introduire le pourvoi en cassation endéans le délai légal de deux mois.

Doris H. est pour le surplus restée en défaut de développer autrement « l'inutilité » alléguée de ces honoraires, alors qu'elle ne reproche à Maître A aucune faute quelconque en relation avec les procédures de première et deuxième instance. Elle ne lui reproche pas ne pas avoir rempli son mandat à bon escient, respectivement de ne pas avoir satisfait à l'obligation de moyen lui incombant.

À considérer que la référence abstraite au « *résultat obtenu* » tend à reprocher à Maître A d'avoir perdu ces instances, force est de constater que Doris H. ne caractérise donc aucune faute se trouvant à l'origine de la perte du procès.

S'agissant d'une obligation de moyens, dont une violation n'est pas rapportée en cause, il y a lieu de rejeter la demande de Doris H. tendant au remboursement de la somme de 6.647,44 euros au titre des frais et honoraires d'avocat acquittés au profit de Maître A.

Il convient à cet égard de rappeler que l'examen auquel le Tribunal doit se livrer ne peut s'effectuer que dans le cadre des moyens invoqués par les parties. Son rôle ne consiste pas à procéder à un réexamen général et global de la situation des parties, ni à suppléer à la carence des parties et à rechercher lui-même les moyens en droit et en fait qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

3. Quant à la demande en répétition des frais d'avocat engagés dans la présente procédure

Doris H. a formulé une demande en indemnisation à hauteur de 25.000 euros du chef des frais et honoraires d'avocat exposés pour faire valoir ses droits.

Au vu de l'issue du litige, à défaut de toute faute établie dans le chef des parties défenderesses en rapport avec la présente instance, cette demande est à rejeter pour être non fondée.

D) Quant aux demandes accessoires

Aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, « *lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine* ».

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation, arrêt n° 60/15 du 2 juillet 2015, JTL 2015, p. 166).



En l'espèce, le Tribunal retient qu'aucune des parties ne justifie de l'iniquité requise pour pouvoir prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Les parties sont donc à débouter de leurs demandes respectives.

Il convient de déclarer le jugement commun à la société BÂLOISE.

En ce qui concerne finalement les frais et dépens de l'instance, l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que la partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision spéciale et motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge de l'autre partie.

En l'espèce, Doris H., succombant à l'instance, est à condamner aux frais et dépens de l'instance.

#### PAR CES MOTIFS

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, huitième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement à l'égard de A et de la société anonyme BÂLOISE ASSURANCES LUXEMBOURG S.A., et par défaut à l'égard de la COMMISSION EUROPÉENNE ;

vu l'ordonnance de clôture du 1<sup>er</sup> avril 2020 ;

vu le règlement grand-ducal du 17 avril 2020 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite et portant adaptation temporaire de la procédure de référé exceptionnel devant le juge aux affaires familiales (Journal officiel A301 du 17 avril 2020) ;

#### Observations

L'intérêt de cette décision réside dans l'application à la Commission européenne, dont le siège est à Bruxelles, du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil (ci-après le « Règlement »).

Dans cette espèce où la régularité de la signification de l'assignation introductive d'instance avait été relevée d'office par le Tribunal puisque l'huissier avait signifié l'acte en application de l'article 13, §1<sup>er</sup> du Règlement par les soins des agents diplo-

1. « Tout État membre a la faculté de faire procéder directement et sans contrainte par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires à la signification ou à la notification d'actes judiciaires aux personnes résidant

statuant en continuation du jugement n° TAL-2019-00989 du 26 novembre 2019 ;

déboutant de toutes autres conclusions comme mal fondées ;

dit nuls l'exploit d'assignation de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette ;

du 9 octobre 2018 pour autant que dirigé à l'encontre de la COMMISSION EUROPÉENNE, ainsi que l'exploit de réassignation de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 4 décembre 2018 ;

laisse les frais de ces exploits d'assignation et de réassignation de la COMMISSION EUROPÉENNE à charge de Doris H. ;

reçoit les demandes en la forme pour le surplus ;

les déclare recevables ;

les dit non fondées ;

en déboute ;

dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

en déboute ;

déclare le jugement commun à la société anonyme BÂLOISE ASSURANCES LUXEMBOURG S.A. ;

condamne Doris H. aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Jean MINDEN, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

matiques alors que la Belgique s'était opposée à cette faculté de signification, la partie demanderesse a soutenu que le Règlement ne s'appliquait pas à la Commission européenne en vertu de l'article 17 du Traité sur l'Union européenne, des articles 234, 244 à 250, 290 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que du Traité instituant un Conseil unique et une Commission unique des Communautés européennes. Pour le demandeur, la Commission européenne serait une institution indépendante des États membres et détiendrait le monopole de l'initiative législative au sein de l'Union européenne. Elle serait chargée de veiller à la bonne application de ces normes, ainsi que de toute décision prise en vertu de leur mise en œuvre, à savoir le droit dérivé, qui comporterait en particulier les règle-

sur le territoire d'un autre État membre », avec la possibilité pour les États membres de s'opposer à l'usage de cette faculté sur son territoire.

ments et les directives. Dans cette perspective, la Commission européenne ne saurait être simultanément chargée du respect des traités et être destinataire du droit dérivé. En vertu du « principe d'indépendance », la Commission ne serait pas soumise aux dispositions du Règlement.

Le Tribunal n'a pas suivi ce premier moyen en application de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui dispose que « [l]e règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre » et a conclu que le Règlement « s'impose ainsi dans la totalité de ses dispositions aux institutions, aux États membres, aux autorités et ressortissants de ceux-ci » (S. VAN RAEPPENBUSH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, éd. Larcier, 2016, p. 401).

À titre subsidiaire, il était soutenu que la Commission européenne ne serait pas assimilable à une personne résidant sur le territoire d'un État membre. Elle serait totalement indépendante de la Belgique où est fixé son siège social en vertu d'un statut « extraterritorial ».

À l'examen de ce second moyen, le Tribunal admet bien volontiers que la Commission européenne, en tant qu'institution européenne, est indépendante de la Belgique en vertu de l'article 17, §3, alinéa 2 du Traité sur l'Union européenne, mais n'a pas retenu le « statut extraterritorial » invoqué par la partie demanderesse.

Le Tribunal a donc décidé que le Règlement s'appliquait à la signification des actes à la Commission européenne.

En conséquence de l'application du Règlement à la Commission européenne, le Tribunal a retenu que la transmission de l'acte introductif d'instance étant intervenue en violation du Règlement, a annulé la procédure à son égard, en se basant sur la jurisprudence selon laquelle le défaut de signification entache la procédure d'une nullité de fond absolue à laquelle l'article 264, alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile (ci-après le NCPC) ne s'applique pas, l'absence de signification de l'exploit introductif d'instance à la partie défenderesse ayant comme conséquence que l'instance n'est pas liée et que dès lors l'existence même de l'instance est affectée.

Le droit luxembourgeois prévoit des règles de signification des actes selon que le destinataire de l'acte est domicilié soit au Luxembourg<sup>2</sup>, soit à l'étranger<sup>3</sup> ou encore lorsqu'il n'a ni domicile ou résidence connus<sup>4</sup>. En cas de violation de ces dispositions, l'article 165 du NCPC prévoit expressément que « ce qui est prescrit par les articles 155 à 161, 163 et 164, est observé à peine de nullité » sans toutefois se prononcer si une telle nullité est une nullité de fond ou une nullité de forme.

La décision sous examen permet de rappeler que les irrégularités dans le cadre de la signification des actes sont encore traitées comme des nullités de fond<sup>5</sup> qui permettent au Tribunal de les soulever d'office et de prononcer la nullité de l'acte sans devoir justifier d'un grief.

Elle met encore en lumière le fait que la jurisprudence n'est toujours pas fixée sur le régime de nullité applicable en cas d'irrégularité dans la transmission des actes qui oscille encore entre la distinction classique de nullité de fond et de nullité de forme nécessitant dans ce dernier cas la preuve d'un grief pour encourir la nullité, malgré les tentatives de la doctrine<sup>6</sup> et de la jurisprudence<sup>7</sup> de ne faire dépendre les règles relatives à la transmission des actes qu'à un régime de nullité de protection dont seul importerait le fait que le destinataire de l'acte ait eu connaissance de l'acte afin d'écartier dans ce cas toute sanction. Selon la nullité de protection tirée du droit français, les règles relatives à la transmission des actes n'ont que pour but d'informer le destinataire de l'existence de l'acte et de son contenu. Si cet objectif est atteint, aucune nullité ne devrait être prononcée en cas d'irrégularité dans la transmission.

Une telle approche permet aux tribunaux d'écartier la nullité même dans le cas où le destinataire de l'acte ne comparait pas si, bien entendu, le demandeur arrive à démontrer que le destinataire a effectivement eu connaissance de l'acte<sup>8</sup>. Or, une telle approche n'a pas été retenue par le Tribunal dans notre cas d'espèce qui s'est contenté de déclarer l'acte de signification nul sur le fondement de la nullité de fond sans se pencher sur les circonstances particulières de l'espèce. Or, en l'espèce, la Commission européenne avait bien eu connaissance de l'acte car elle avait informé la partie demanderesse qu'elle n'entendait pas intervenir dans cette instance.

Il est à regretter que la jurisprudence reste encore fluctuante sur ce thème. Le formalisme lié à la signification des actes participe à un État de droit fiable garantissant le droit de la défense et le principe de la contradiction. Interpréter les agissements ou les actes d'une partie qui ne comparait pas pour arriver à la conclusion que l'acte de signification serait valable permet une évacuation rapide des affaires mais insère une part de subjectivité et d'insécurité juridique qui ne devrait pas avoir sa place dans la transmission des actes qui, soit respecte les règles, soit ne les respecte pas. C'est en tout cas le parti pris par la présente décision.

**Donata GRASSO**  
*Avocat à la Cour*

2. Art. 155 du NCPC.  
3. Art. 156 du NCPC.  
4. Art. 157 du NCPC.  
5. CA, 23 novembre 2005, Pas. 33, p. 185.

6. Th. HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, 2<sup>e</sup> éd., Éditions Paul Bauler, 2019, p. 348, n° 572.  
7. CA, 13 février 2014, n° 40097 du rôle.  
8. CA, 11 février 2015, n° 40635 du rôle.

## TRIB. ARR. LUX., 14<sup>ème</sup>, 11 JANV. 2021

Jugement n° 2021TALCH14/00006 du rôle n° TAL-2020-00840

### Compétence *ratione valoris* – Valeur de la demande – Montant des frais d'expertise extrajudiciaire – Cumul des demandes – Art. 9 NCPC

*Les frais d'expertise extrajudiciaire ne tombant pas dans les dépens, le montant réclamé doit être pris en considération pour déterminer la compétence du tribunal en application de l'article 9 NCPC. La demande de dommages et intérêts pour le préjudice matériel correspondant à la remise en état d'un immeuble et la demande de remboursement des frais d'expertise extrajudiciaire exposés pour évaluer ce montant se fondent sur les mêmes faits et procèdent de la même cause de sorte que la compétence du tribunal est déterminée par la valeur totale des prétentions.*

Voir obs. p. 85.

#### EXTRAITS

##### LE TRIBUNAL

[...] Par jugement rendu le 13 novembre 2019, le Tribunal de paix s'est déclaré incompétente *ratione valoris* pour connaître de la demande de HV après avoir constaté que ce dernier réclame au dernier stade la somme de 3.350. – euros à titre de frais d'expertise, outre la somme de 8.674,52 euros, de sorte que sa demande dépasse le seuil de compétence du Tribunal de paix.

Par exploit du 9 janvier 2020, HV a régulièrement relevé appel contre le jugement du 13 novembre 2019.

##### Moyens et prétentions des parties

À l'appui de son acte d'appel, HV soutient que le premier juge se serait à tort déclaré incompétent pour connaître du bien-fondé de sa demande. Seule la valeur de la demande principale chiffrée à la somme de 8.874,52 euros devrait être prise en considération pour déterminer la compétence du ressort du tribunal saisi. Les frais d'expertise avancés ne devraient pas être pris en considération pour déterminer la compétence du tribunal.

HV conclut à la reformation du jugement entrepris et demande le renvoi devant le Tribunal de paix pour statuer sur le fond du litige.

Subsidiairement, HV demande le rejet des moyens d'irrecevabilité soulevés par le FONDS qui serait à condamner à réparer en nature les vices et malfaçons sous peine d'une astreinte sinon à lui payer la somme de 8.674,52 euros.

Le FONDS conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Contrairement à la position soutenue par HV les frais d'expertise extrajudiciaires seraient à inclure dans réévaluation du quantum de la demande, entraînant de ce fait l'incompétence *ratione valoris* du Tribunal de paix. Lesdits frais ne sauraient être inclus dans les dépens de l'instance.

En outre, les couts de remise en état auraient été manifestement sous-évalués par l'expert mandaté par HV de sorte que ce dernier aurait manqué à son obligation d'évaluer sincèrement sa demande eu égard aux dispositions de l'article 5 du Nouveau Code de procédure civile.

La demande de HV est contestée au fond.

[...].

##### Compétence

Les parties sont en désaccord quant à la compétence du tribunal de paix saisi. En particulier, elles sont en désaccord quant à la question de savoir si les frais d'expertise extrajudiciaires exposés tombent dans les dépens.

HV estime que les frais d'expertise ne sauraient être pris en considération pour déterminer la compétence du tribunal car ils feraient partie des dépens, fait contesté par le FONDS.

Il résulte de la combinaison des articles 2 et 20 du Nouveau Code de procédure civile, que le tribunal d'arrondissement est compétent en matière civile et commerciale, personnelle ou mobilière et en matière immobilière pour une

valeur excédant la somme de 10.000. – euros tandis que le juge de paix est compétent, en matière civile et commerciale, personnelle ou mobilière et en matière immobilière, en dernier ressort jusqu'à la valeur de 2.000. – euros, et a charge d'appel jusqu'à la valeur de 10.000. – euros.

Le taux de compétence est déterminé par la seule valeur du montant principal, à l'exclusion des intérêts et frais.

À titre préliminaire, il convient de constater que principalement HV conclut à la condamnation du FONDS à réparer en nature les vices et malfaçons constatés sinon subsidiairement à lui payer la somme de 8.674,52 euros, montant évalué par l'expert.

En tout état de cause, le FONDS serait à condamner à lui rembourser les frais d'expertise évalués au dernier stade des conclusions à la somme de 3.350. – euros.

L'objet de la demande introduite par HV tend à déclarer le FONDS responsable du dommage lui accru, partant à le condamner à exécuter à ses frais, les travaux de réparation, sinon subsidiairement le condamner au paiement du coût de la réparation, évalué à la somme de 8.674,52 euros.

La demande principale de HV équivaut à une action en réparation d'un dommage. En effet, cette demande tend à voir réparer le dégât causé à l'immeuble acquis.

Le choix de HV de demander principalement la réparation en nature ne confère pas à sa demande un caractère indéterminé car redétermination de la demande n'est pas insurmontable.

HV évalue lui-même le coût des travaux de remise en état à la somme de 8.674,52 euros, montant réclame ainsi que la somme de 3.350. – euros à titre de frais exposés pour l'expertise extrajudiciaire.

Aux termes de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile, « Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens, sauf au tribunal à laisser la totalité, ou une fraction des dépens à la charge d'une autre partie par décision spéciale et motivée. »

L'article 240 du même code poursuit « Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine. »

Contrairement aux dispositions légales applicables en France, la législation luxembourgeoise ne contient aucune énumération des dépens.

Les dépens sont constitués par une partie des frais engendrés lors d'un procès. Les dépens ne comprennent que les seuls débours relatifs à des actes ou des procédures judiciaires : en sont exclus les honoraires des experts non désignés par un juge.

Cependant, il est loisible au justiciable d'en demander le remboursement, par d'autres voies, soit en obtenant une condamnation spéciale à leur paiement au besoin au titre de dommages et intérêts, soit en ayant recours à l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile au titre des frais non compris dans les dépens.

Au vu des considérations précédentes, c'est à bon droit que le premier juge a décidé que les frais d'expertise extrajudiciaire exposés par HV ne tombent pas dans les dépens.

Par conséquent, le montant réclame doit être pris en considération pour déterminer la compétence du tribunal saisi.

Les sommes de 8.674,52 euros au titre de réparation pour les vices et malfaçons ainsi que de 3.350. – euros au titre de frais d'expertise extrajudiciaire sont demandées.

Aux termes de l'article 9 du Nouveau Code de procédure civile, lorsque plusieurs demandes formées par la même partie contre le même défendeur et procédant de causes différentes sont réunies en une même instance, la compétence et le taux du ressort sont déterminés par la nature et la valeur de chaque demande considérée isolément. Si les demandes réunies procèdent de la même cause, la compétence et le taux du ressort sont déterminés par la valeur totale de ces demandes.

La cause est définie comme étant l'acte ou le fait juridique qui constitue le fondement direct et immédiat du droit réclame.

Si, en cas de pluralité de demandes, les prétentions réunies sont fondées sur les mêmes faits, la compétence et le taux du ressort sont déterminés par la valeur totale des prétentions.

En l'espèce, HV demande des dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi correspondant au coût de la remise en état de son immeuble ainsi que le remboursement des frais d'expertise extrajudiciaire exposés.

Ces deux demandes se basent sur les mêmes faits : les frais d'expertise exposés ont été nécessaires pour déterminer l'existence et l'ampleur des vices et malfaçons allégués par HV.

Contrairement à la position de l'appelant, ses demandes sont à considérer comme procédant de la même cause, de sorte que la compétence du tribunal est déterminée par la valeur totale des prétentions.

Eu égard aux développements antérieurs, c'est à bon droit que le premier juge s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de HV portant sur le montant total de (8.674,52 + 3.350. – =) 12.024,52.

#### **Demandes accessoires**

Tant HV que le FONDS concluent à l'allocation de la somme de 2.000. – euros à titre d'indemnité de procé-

ture sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, pour l'instance d'appel.

Au vu de l'issue du litige, la demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel formulée par l'appelant requiert un rejet.

Dans la mesure où il paraît inéquitable de laisser à la charge du FONDS l'intégralité des frais exposés par lui non compris dans les dépens, il y a lieu de condamner HV à payer une indemnité de procédure de 300. – euros pour l'instance d'appel.

Aux termes de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile, « toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens sauf au tribunal à laisser la totalité, ou une fraction des dépens a charge d'une autre partie par décision spéciale et motivée ».

La condamnation de la partie perdante n'est que la constatation que celui qui a triomphé en justice doit pouvoir se faire rembourser des frais qu'il a exposés. Elle ne suppose aucune appréciation sur la légitimité de la demande ou l'il-légitimité de la défense. Dans la notion de « succombance » se trouve l'idée qu'une prétention de la partie n'a pas été admise (cf. JCL Procédure civile, fasc. 400-85 : Dépens – Condamnation aux dépens, n° 34 et 42).

Au vu des principes exposés ci-avant et de l'issue finale du litige, le tribunal confirme le jugement entrepris pour autant qu'il a condamné HV aux frais et dépens de la première instance.

Il y a également lieu de condamner HV aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Marc THEWES.

Quant à la demande tendant à l'exécution provisoire du présent jugement, il est rappelé qu'en tant que dérogation à l'effet suspensif des voies de recours, il ne peut y avoir exécution provisoire que lorsque la décision à exécuter est susceptible d'un recours et que ce recours est suspensif. Le présent jugement étant un jugement d'appel et compte

tenu du fait que le recours en cassation en matière civile n'a, en général, pas d'effet suspensif, la demande tendant à voir déclarer le jugement exécutoire par provision est à rejeter (cf. Juris-Classeur Procédure, V° exécution provisoire, fascicule 516, n°s 5 et 6).

#### PAR CES MOTIFS

Le tribunal d'arrondissement de et a Luxembourg, quatorzième chambre, siégeant en matière civile et en instance d'appel, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

le déclare non fondé,

partant,

confirme le jugement entrepris,

dit recevable mais non fondée la demande de HV en

obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

partant en déboute,

dit recevable et fondée la demande de l'établissement public FONDS DU LOGEMENT, en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel, à concurrence de 300 euros,

partant condamne HV à payer à l'établissement public FONDS DU LOGEMENT une indemnité de procédure de 300 euros,

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent jugement,

condamne HV aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Marc THEWES, avocat concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

#### Observations

Devant la justice de paix, un particulier a réclamé 8674,52 euros à titre de dommages et intérêts et 3350 euros à titre des frais d'expertise extrajudiciaire. La justice de paix s'est déclarée incompétente *ratione valoris* et le Tribunal d'arrondissement statuant en appel confirme cette décision. Les frais d'expertise extrajudiciaire ne tombant pas dans les dépens, le montant réclamé doit être pris en considération pour déterminer la compétence du tribunal en application de l'article 9 NCPC. La demande de dommages et intérêts pour le préjudice matériel correspondant à la remise en état d'un immeuble et

la demande de remboursement des frais d'expertise extrajudiciaire exposés pour évaluer ce montant se fondent sur les mêmes faits et procèdent de la même cause de sorte que la compétence du tribunal est déterminée par la valeur totale des prétentions.

Cette décision didactique du Tribunal d'arrondissement offre l'occasion de revenir sur le calcul du taux du litige. La valeur du litige concerne l'importance de la demande envisagée par rapport à son montant ; il s'agit de l'importance pécuniaire de la contestation. Il résulte de la combinaison des articles 2



et 20 du Nouveau Code de procédure civile, que le tribunal d'arrondissement est compétent en matière civile et commerciale, personnelle ou mobilière et en matière immobilière pour une valeur excédant la somme de 10.000. – euros tandis que le juge de paix est compétent, en matière civile et commerciale, personnelle ou mobilière et en matière immobilière, en dernier ressort jusqu'à la valeur de 2.000. – euros, et a charge d'appel jusqu'à la valeur de 10.000. – euros. Le taux de compétence est déterminé par la seule valeur du montant principal, à l'exclusion des intérêts et frais. Si la demande est déterminable, la partie demanderesse doit procéder à son évaluation (article 5 et 6 NCPC et l'article 23 qui renvoie à ces articles). Lorsque le litige porte sur une somme d'argent, en matière mobilière ou immobilière, la compétence se détermine eu égard au contenu de la demande et ces articles de préciser que le demandeur est tenu d'en donner une évaluation en argent. Le principal, capital, fruits et intérêts au jour de la demande sont pris en compte dans l'évaluation de la demande à l'exclusion des intérêts et frais de procédure (article 2 NCPC) ainsi que d'éventuelles astreintes (article 48 NCPC). *Quid* des frais d'expertise judiciaire ? Ceux-ci n'étant pas compris dans les dépens, ils doivent être pris en considération pour déterminer la compétence du tribunal en application de l'article 9 NCPC. Conformément à cette disposition, en cas de pluralité des demandes d'un même demandeur, celles-ci s'additionnent à condition de procéder de la même cause. On se serait volontiers passé de cette référence à la cause<sup>1</sup>, mais la tendance jurisprudentielle est en faveur de l'unicité de la cause<sup>2</sup>, ce que confirme cette décision du Tribunal d'arrondissement. Dans la continuité, si plusieurs demandes émanent de demandeurs différents, elles s'additionnent dès lors qu'elles reposent sur un titre commun. Elles sont appréciées séparément en l'absence d'un tel titre. « *Un exemple de pluralité de demandeurs peut se manifester en cas d'accident de la circulation à la suite duquel l'assureur a dédommagé son assuré en vertu du contrat casco. L'assureur poursuit alors le supposé responsable en remboursement des montants qu'il a payés à son assuré, tandis que ce dernier assigne le supposé responsable en paiement des montants non couverts par sa police. Assureur et*

*assuré peuvent agir par le même acte introductif d'instance, mais leurs titres sont différents puisque l'action de l'assureur repose sur le contrat d'assurance en vertu duquel il est subrogé dans les droits de l'assuré tandis que l'action de l'assuré repose sur le fait juridique de l'accident* »<sup>3</sup>. Pour compléter ce rapide panorama, on rappellera que les demandes reconventionnelles ne se cumulent pas. Ainsi si chacune des demandes est de la compétence de la Justice de paix, le fait que le cumul des deux demandes soit d'une valeur supérieure à 10 000 euros est sans pertinence, la Justice de paix reste compétente (article 11 NCPC). Si la demande reconventionnelle est supérieure à 10.000 euros, la Justice de paix peut se déclarer incompétente pour la seule demande reconventionnelle et vider la demande principale. Elle peut aussi se déclarer incompétente pour l'ensemble afin de maintenir une certaine unité au règlement du litige (article 11 al. 2 NCPC). Pour éviter les abus, il n'est pas tenu compte des demandes reconventionnelles en dommages et intérêts fondées exclusivement sur la demande initiale (article 13 NCPC). Enfin concernant les demandes additionnelles et nouvelles, il convient également de distinguer selon que la Justice de paix ou le Tribunal d'arrondissement a été saisi sur le fondement de la demande principale. Si la Justice de paix est saisie et que la demande a pour effet de porter la valeur de la demande au-delà de 10 000 euros, elle doit se déclarer incompétente si le défendeur le demande mais le défendeur peut également consentir à une prorogation de compétence (article 18 NCPC). La réduction de la demande (exceptionnelle) n'aura pas d'effet devant la Justice de paix tout comme, l'augmentation de la demande n'aura pas d'effet sur la compétence du Tribunal d'arrondissement. Malgré la rédaction regrettable de l'article 23 NCPC, la diminution de la demande ou une demande additionnelle inférieure à 10.000 euros n'a pas d'incidence sur la compétence du Tribunal d'arrondissement.

**Séverine MENÉTREY**  
Professeure de droit judiciaire  
à l'Université du Luxembourg

1. L'art. 35 C.p.c. français fait référence aux prétentions fondées sur les mêmes faits ou connexes ce qui est plus clair.  
2. Voy. CA Lux., 18 janvier 2006, *Pas*, 33, p. 159 : « Le critère légal de la détermination de la valeur des actions qui comportent plusieurs prétentions est celui de l'unicité de la cause. La cause, c'est le contrat ou le fait juridique qui sert de fondement immédiat à la demande ». La Cour d'appel précise en outre que, « en matière contractuelle, différents chefs de demande ne proviennent d'une même cause que lorsqu'ils découlent du même contrat, du même lien juridique. La connexité seule entre les chefs de demande ne

suffit pas pour autoriser le cumul. Au cas de fournitures successives, l'action doit, pour la compétence et pour le ressort, être évaluée en considérant le prix total des fournitures réunies, quand bien même les diverses fournitures ont donné lieu à des actes juridiques distincts. Cette règle s'applique quand les parties sont en situation de compte ou lorsque des livraisons ont été faites en exécution d'une commande continue ».

3. TH. HOSCHUIT, *Le droit judiciaire au Grand-Duché de Luxembourg*, op. cit., n° 188.

## CJUE, 18 NOV. 2020

Affaire C-519/19

**Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile et commerciale – Règlement (UE) n° 1215/2012 – Contrat de transport aérien – Clause attributive de juridiction contractée par le passager ayant la qualité de consommateur – Créance de ce passager à l'égard de la compagnie aérienne – Cession de cette créance à une société de recouvrement de créances – Opposabilité de la clause attributive de juridiction par la compagnie aérienne à la société cessionnaire de la créance dudit passager – Directive 93/13/CEE**

*Le droit de l'Union européenne ne rend pas opposable au cessionnaire de la créance résultant d'un contrat la clause d'élection de for convenue entre les cocontractants originaires.*

*La réglementation protectrice des consommateurs dérivant du droit de l'Union européenne, applicable au contrat originaire en raison de la qualité des parties contractantes, reste applicable au cessionnaire professionnel qui acquiert la créance du consommateur.*

Voir obs. p. 94.

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 25, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2012, L 351, p. 1), ainsi que de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO 1993, L 95, p. 29).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant, d'une part, Passenger Rights sp. z o.o., devenue DelayFix, établie à Varsovie (Pologne), société spécialisée dans le recouvrement de créances et à laquelle un passager aérien a cédé ses droits, à, d'autre part, la compagnie aérienne Ryanair DAC, établie à Dublin (Irlande), au sujet du versement d'une somme de 250 euros à titre d'indemnisation pour l'annulation d'un vol, sur le fondement du règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 11 février 2004, établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91 (JO 2004, L 46, p. 1).

#### Le cadre juridique

##### Le droit de l'Union

###### La directive 93/13

- 3 Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 93/13, cette dernière a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.
- 4 L'article 2 de cette directive dispose :
 

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

b) "consommateur" : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ;

[...] »
- 5 L'article 3 de ladite directive prévoit :
 

« 1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi,

elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.

2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.

Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion.

Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.

3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives. »

- 6 L'article 4, paragraphe 1, de la même directive énonce :

« [...] le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. »

- 7 Aux termes de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 :

« Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives. »

- 8 Le point 1, sous q), de l'annexe de ladite directive vise les « [c]lauses ayant pour objet ou pour effet [...] de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur [...] ».

*Le règlement n°1215/2012*

- 9 Le chapitre II du règlement n°1215/2012, intitulé « Compétence », contient dix sections. La section 1, intitulée « Dispositions générales », com-

prend l'article 4 de ce règlement, qui dispose, à son paragraphe 1 :

« Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. »

- 10 La section 2 de ce chapitre II, intitulée « Compétences spéciales », comprend l'article 7 dudit règlement, qui prévoit :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée dans un autre État membre :

- 1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;

- b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

[...]

- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;

[...] »

- 11 La section 4 dudit chapitre II, qui est intitulée « Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs », comprend l'article 17 du même règlement, qui dispose :

« [...] »

3. La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement. »

- 12 Aux termes de l'article 25 du règlement n° 1215/2012, figurant à la section 7 du même chapitre II, intitulée « Prorogation de compétence » :

« 1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. La convention attributive de juridiction est conclue :

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ;

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ; ou

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

[...] »

#### **Le droit polonais**

- 13 Selon l'article 509 du Kodeks cywilny (code civil), dans sa version applicable à l'affaire au principal :

« § 1. Un créancier peut, sans le consentement du débiteur, céder la créance à un tiers (cession de créance), à moins que la loi, le contrat ou la nature de l'obligation ne s'y opposent.

§ 2. La cession de créance comprend la cession de tous les droits y afférents, notamment au titre des intérêts de retard. »

#### **Le litige au principal et la question préjudicielle**

- 14 Passenger Rights, société spécialisée dans le recouvrement des créances de passagers aériens, devenue DelayFix, a demandé au Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie (tribunal d'arrondissement de la ville de Varsovie, Pologne), de condamner la compagnie aérienne Ryanair, sur le fondement du règlement n° 261/2004, au versement d'une somme de 250 euros à titre d'indemnisation pour l'annulation d'un vol entre Milan (Italie) et Varsovie, dont un passager lui a cédé sa créance à l'égard de cette compagnie aérienne.
- 15 Ryanair a opposé une exception d'incompétence des juridictions polonaises, au motif que la clause 2.4 de ses conditions générales de transport, contractées par ce passager lors de l'achat de son billet en ligne, stipule une compétence en faveur des juridictions irlandaises. Selon Ryanair, DelayFix, en tant que cessionnaire de la créance dudit passager, serait liée par cette clause.
- 16 Par ordonnance du 15 février 2019, le Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie (tribunal d'arrondissement de la ville de Varsovie) a rejeté cette exception d'incompétence, considérant que, d'une part, la clause attributive de juridiction figurant au contrat de transport liant le même passager et la compagnie aérienne était abusive, au sens de la directive 93/13, et, d'autre part, DelayFix, en tant que cessionnaire

de la créance de celui-ci après l'annulation du vol, ne saurait être liée par une telle clause.

- 17 Ryanair a interjeté appel de cette ordonnance devant la juridiction de renvoi. Elle fait valoir que DelayFix n'étant pas un consommateur, cette dernière ne saurait bénéficier de la protection juridictionnelle prévue pour les contrats conclus avec les consommateurs.
- 18 La juridiction de renvoi précise que, selon les dispositions nationales et en l'état actuel de la jurisprudence du Sąd Najwyższy (Cour suprême, Pologne), le caractère abusif d'une clause contractuelle pourrait être constaté dans le cadre de l'examen d'une action en paiement introduite contre un débiteur par un professionnel qui a acquis la créance d'un consommateur.
- 19 Cependant, en premier lieu, cette juridiction demande si, au regard de l'article 3, paragraphe 1, et de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, le cessionnaire de la créance d'un consommateur peut également être considéré comme un consommateur. Plus particulièrement, celle-ci éprouve des doutes sur la question de savoir si la cession par le consommateur de sa créance à un professionnel a pour effet de subroger ce dernier dans ses droits, en lui permettant de se prévaloir du régime favorable de l'Union en matière de protection des consommateurs qui découle notamment de cette directive.
- 20 En second lieu, les interrogations de la juridiction de renvoi concernent la jurisprudence de la Cour relative à l'application du règlement n° 1215/2012, s'agissant du régime juridique des clauses attributives de juridiction, prévu à l'article 25 de ce règlement, ainsi que du régime particulier prévu à la section 4 du chapitre II dudit règlement, relative à la « compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs », et, en particulier, la notion de « consommateur » figurant dans cette section.
- 21 S'agissant, d'une part, des clauses visées à l'article 25 du règlement n° 1215/2012, cette juridiction souligne qu'il résulte de l'arrêt du 7 février 2013, Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62), que ce type de clause insérée dans un contrat ne peut, en principe, produire ses effets que dans les rapports entre les parties qui ont donné leur accord à la conclusion de ce contrat. Une telle clause procéderait, en effet, d'un accord entre les parties et, pour qu'elle puisse être opposable à un tiers, il serait, en principe, nécessaire que celui-ci ait donné son consentement à cet effet.
- 22 S'agissant, d'autre part, de la notion de « consommateur », au sens de la section 4 du chapitre II du règlement n° 1215/2012, ladite juridiction souligne que le régime particulier institué aux articles 17 et suivants de ce règlement étant inspiré par le souci

de protéger le consommateur en tant que partie au contrat réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant, le consommateur ne serait protégé qu'en tant qu'il est personnellement demandeur ou défendeur dans une procédure juridictionnelle. Dès lors, si le demandeur n'est pas lui-même partie au contrat de consommation en cause, il ne saurait bénéficier du for du consommateur. Eu égard à la jurisprudence de la Cour, la même juridiction demande si, pour déterminer la compétence du juge et la validité d'une clause attributive de juridiction, il y a lieu de prendre en considération la nature « initiale » de l'obligation ou si le professionnel cessionnaire de la créance concernée peut contester cette clause en raison de son caractère abusif sur le fondement du régime de protection des consommateurs prévu notamment par la directive 93/13.

- 23 Dans ces conditions, le Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy (tribunal régional de Varsovie, 23<sup>e</sup> division commerciale des recours, Pologne) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 2, sous b), l'article 3, paragraphes 1 et 2, et l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 [...] ainsi que l'article 25 du règlement [n°1215/2012] doivent-ils être interprétés, dans le contexte de l'examen de la validité d'une convention attributive de juridiction, en ce sens que l'absence de négociation individuelle des clauses contractuelles et le caractère abusif des clauses contractuelles découlant de la convention attributive de juridiction peuvent également être invoqués par le cessionnaire final d'une créance qui lui a été cédée par un consommateur, lequel cessionnaire ne possède toutefois pas lui-même la qualité de consommateur ? »

#### **Sur la demande de Ryanair d'ouverture de la phase orale de la procédure**

- 24 Par demande du 4 novembre 2020, parvenue au greffe de la Cour le même jour, Ryanair a demandé, sur le fondement de l'article 83 du règlement de procédure de la Cour, l'ouverture de la phase orale de la procédure en faisant valoir que les circonstances visées par la décision de renvoi n'auraient pas été suffisamment expliquées, qu'un débat approfondi serait nécessaire, et que la résolution de la présente affaire pourrait exercer une influence décisive sur l'interprétation des dispositions pertinentes du droit de l'Union.
- 25 Il importe de rappeler que, conformément à cette disposition, la Cour peut, d'office ou sur proposition de l'avocat général, ou encore à la demande des parties, ordonner l'ouverture ou la réouverture de la procédure orale, si elle considère notamment qu'elle est insuffisamment éclairée ou que l'affaire doit être

tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties.

- 26 En l'occurrence, les conditions établies par ladite disposition ne sont pas remplies.
- 27 En effet, la juridiction de renvoi a suffisamment exposé les circonstances factuelles ainsi que le cadre réglementaire national. De même, la phase écrite de la procédure devant la Cour a déjà permis aux parties d'exprimer leurs positions. Par ailleurs, la demande de décision préjudicielle ne nécessite nullement d'être tranchée sur la base d'arguments qui n'auraient pas été débattus entre les parties.
- 28 Par conséquent, il convient, l'avocat général entendu, de ne pas faire droit à la demande de Ryanair d'ouvrir la phase orale de la procédure.

#### **Sur la question préjudicielle**

##### **Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle**

- 29 Lors de la phase écrite de la procédure, Ryanair a indiqué avoir payé la somme demandée à l'origine du différend dont la juridiction de renvoi est saisie. La demande de décision préjudicielle serait par conséquent devenue sans objet.
- 30 Interrogée à cet égard par la Cour, cette juridiction indique que l'affaire au principal a été jointe à deux autres affaires, qui impliquent les parties au principal et ont pour objet des demandes indemnitaires également présentées sur le fondement du règlement n° 261/2004, de telle sorte qu'un litige est toujours pendant devant elle.
- 31 Il ressort à la fois des termes et de l'économie de l'article 267 TFUE que la procédure préjudicielle présuppose qu'un litige soit effectivement pendant devant les juridictions nationales, dans le cadre duquel elles sont appelées à rendre une décision susceptible de prendre en considération la décision préjudicielle. En effet, la justification du renvoi préjudiciel est non pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux (voir, en ce sens, arrêt du 27 février 2014, Pohotovost, C-470/12, EU:C:2014:101, points 28 et 29 ainsi que jurisprudence citée).
- 32 En l'occurrence, il y a lieu de relever que l'affaire au principal a été jointe à deux autres affaires, dont il n'est pas établi devant la Cour que les demandes indemnitaires ont été réglées, de telle sorte qu'il convient de considérer que le litige au principal est toujours pendant devant la juridiction de renvoi.
- 33 Dans la mesure où la procédure instituée par l'article 267 TFUE est un instrument de coopération



entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu'elles sont appelées à trancher, une telle indication d'une juridiction nationale lie la Cour et ne saurait, en principe, être remise en cause par les parties au principal (arrêt du 27 février 2014, Pohotovost, C-470/12, EU:C:2014:101, point 30 et jurisprudence citée).

- 34 Partant, la demande de décision préjudicielle est recevable.

#### **Sur le fond**

- 35 Par la question posée, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 25 du règlement n° 1215/2012 ainsi que l'article 2, sous b), l'article 3, paragraphes 1 et 2, et l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens que, pour contester la compétence d'une juridiction pour connaître d'un recours indemnitaire formé sur le fondement du règlement n° 261/2004 et dirigé contre une compagnie aérienne, une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat de transport entre un passager et cette compagnie aérienne peut être opposée par cette dernière à une société de recouvrement à laquelle le passager a cédé sa créance.
- 36 La réponse à cette question implique de déterminer à quelles conditions une telle clause attributive de juridiction peut lier la société de recouvrement à laquelle le passager a cédé sa créance.
- 37 Si les interrogations de la juridiction de renvoi relatives à la clause attributive de juridiction en cause au principal visent à la fois la directive 93/13 et le règlement n° 1215/2012, le régime juridique de ce type de clause étant déterminé par l'article 25 de ce règlement, il convient de commencer par examiner la question posée au regard de celui-ci.
- 38 Selon une jurisprudence constante, la notion de clause attributive de juridiction doit être interprétée comme une notion autonome du droit de l'Union et donner au principe de l'autonomie de la volonté, sur lequel est fondé l'article 25, paragraphe 1, du règlement n°1215/2012, sa pleine application (voir, en ce sens, arrêts du 10 mars 1992, Powell Duffryn, C-214/89, EU:C:1992:115, point 14 ; du 9 décembre 2003, Gasser, C-116/02, EU:C:2003:657, point 51 et jurisprudence citée, ainsi que du 7 février 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, points 22 et 40 ainsi que jurisprudence citée).
- 39 En particulier, la circonstance que le contrat concerné a été conclu en ligne n'est pas susceptible, en soi, d'invalider une telle clause, sous réserve du respect des conditions, énoncées dans la jurisprudence de

la Cour, relatives, notamment, à la conservation du texte dans laquelle cette clause est stipulée (voir, en ce sens, arrêt du 21 mai 2015, El Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334, point 40).

- 40 Par ailleurs, l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 1215/2012 ne précise pas si une clause attributive de juridiction peut être cédée, au-delà du cercle des parties à un contrat, à un tiers, partie à un contrat ultérieur et successeur, en tout ou partie, aux droits et aux obligations de l'une des parties au contrat initial (arrêts du 7 février 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, point 25, et du 20 avril 2016, Profit Investment SIM, C-366/13, EU:C:2016:282, point 23).
- 41 Ainsi, le juge saisi a l'obligation d'examiner, in limine litis, si la clause attributive de juridiction a effectivement fait l'objet d'un consentement entre les parties, qui doit se manifester d'une manière claire et précise, les formes exigées à l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 1215/2012 ayant, à cet égard, pour fonction d'assurer que le consentement soit effectivement établi (voir, en ce sens, arrêts du 7 février 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, point 27 et jurisprudence citée, ainsi que du 8 mars 2018, Saey Home & Garden, C-64/17, EU:C:2018:173, point 25 et jurisprudence citée).
- 42 Il s'ensuit que, en principe, une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat ne peut produire ses effets que dans les rapports entre les parties qui ont donné leur accord à la conclusion de ce contrat (arrêts du 7 février 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, point 29, et du 28 juin 2017, Leventis et Vafeias, C-436/16, EU:C:2017:497, point 35 ainsi que jurisprudence citée).
- 43 En l'occurrence, la clause attributive de juridiction au principal est opposée non pas à une partie au contrat dans lequel celle-ci figure, mais à un tiers à ce contrat.
- 44 Or, si ni Passenger Rights ni DelayFix, qui a succédé à celle-ci, n'a consenti à être liée à Ryanair par une clause attributive de juridiction, cette compagnie aérienne n'a pas davantage consenti à être liée à cette société de recouvrement par une telle clause.
- 45 De surcroît, ni les parties au principal ni la juridiction de renvoi ne font état d'éléments ou d'indices permettant de considérer que les parties auraient, sous l'une des formes prévues à l'article 25, paragraphe 1, sous b) et c), du règlement n° 1215/2012, conclu une convention attributive de juridiction contenant une clause de prorogation de compétence, telle que celle au principal.
- 46 Il résulte, dès lors, de ce qui précède que, pour contester la compétence d'une juridiction pour connaître d'un recours indemnitaire formé sur le fondement

- du règlement n° 261/2004 et dirigé contre une compagnie aérienne, une clause attributive de juridiction insérée dans le contrat de transport entre un passager et cette compagnie aérienne ne peut, en principe, être opposée par cette dernière à une société de recouvrement à laquelle le passager a cédé sa créance.
- 47 Ce n'est que dans le cas où, conformément au droit national applicable au fond, le tiers aurait succédé au contractant initial dans tous ses droits et obligations qu'une clause attributive de juridiction à laquelle ce tiers n'a pas consenti pourrait néanmoins le lier (voir, en ce sens, arrêt du 21 mai 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, point 65 et jurisprudence citée).
- 48 La question posée par la juridiction de renvoi suppose également de déterminer les conditions de validité d'une telle clause.
- 49 Selon l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 1215/2012, les juridictions désignées dans la clause attributive de juridiction sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond, « selon le droit de cet État membre ». Le législateur de l'Union a ainsi introduit la règle selon laquelle la validité d'une clause attributive de juridiction s'apprécie en vertu de la législation de l'État dont les juridictions sont désignées dans cette clause.
- 50 En l'occurrence, si la juridiction de renvoi examine la validité de la clause attributive de juridiction, il lui appartient, par conséquent, de le faire au regard de la législation de l'État dont les juridictions sont désignées dans cette clause, c'est-à-dire au regard du droit irlandais.
- 51 Par ailleurs, il incombe à la juridiction saisie d'un litige, tel que celui au principal, d'appliquer la législation de l'État dont les juridictions sont désignées dans ladite clause, en interprétant cette législation conformément au droit de l'Union, et notamment à la directive 93/13 (voir, en ce sens, arrêts du 21 avril 2016, Radlinger et Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, point 79, ainsi que du 17 mai 2018, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16, EU:C:2018:320, point 41).
- 52 À cet égard, en premier lieu, il importe de souligner que, concernant les relations entre la directive 93/13 et les droits de passagers aériens tels que ceux issus du règlement n° 261/2004, la Cour a jugé que la directive 93/13 constitue une réglementation générale de protection des consommateurs, qui a vocation à s'appliquer dans tous les secteurs d'activité économique, y compris dans celui du transport aérien (voir, en ce sens, arrêt du 6 juillet 2017, Air Berlin, C-290/16, EU:C:2017:523, point 44 et jurisprudence citée).
- 53 En deuxième lieu, il importe de relever que, dans des circonstances analogues à celles au principal de cession de créances à une société de recouvrement, la Cour a jugé, s'agissant de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil (JO 2008, L 133, p. 66), que le fait que les litiges en cause dans ces affaires opposaient uniquement des professionnels ne faisait pas obstacle à l'application d'un instrument relevant du droit de la consommation de l'Union, dans la mesure où le champ d'application de cette directive dépend non pas de l'identité des parties au litige en cause, mais de la qualité des parties au contrat (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2019, Lexitor, C-383/18, EU:C:2019:702, point 20).
- 54 Il y a lieu de transposer cette jurisprudence s'agissant de l'application de la directive 93/13.
- 55 En effet, selon l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13, cette dernière s'applique aux clauses figurant dans des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle [arrêts du 7 novembre 2019, Profi Credit Polska, C-419/18 et C-483/18, EU:C:2019:930, point 51 et jurisprudence citée, ainsi que du 10 septembre 2020, A (Sous-location d'un logement social), C-738/19, EU:C:2020:687, point 34].
- 56 En l'occurrence, le contrat de transport, sur lequel la créance dont se prévaut DelayFix est fondée, a initialement été conclu entre un professionnel, à savoir la compagnie aérienne, et un passager, et rien n'indique que ce dernier ait acheté son billet d'avion à des fins autres que privées.
- 57 En troisième lieu, il convient de rappeler que, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13, une clause est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat concerné.
- 58 À cet égard, la Cour a itérativement jugé qu'une clause attributive de juridiction, qui est insérée dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle et qui confère une compétence exclusive à la juridiction dans le ressort de laquelle est situé le siège de ce professionnel, doit être considérée comme abusive, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13, dans la mesure où, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée, au détriment du consommateur concerné, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant de ce contrat (voir, en ce sens, arrêts

- du 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, C-240/98 à C-244/98, EU:C:2000:346, point 24 ; du 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, point 40, ainsi que du 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, point 53).
- 59 En effet, une telle clause entre dans la catégorie de celles ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice, catégorie visée au point 1, sous q), de l'annexe de cette directive (arrêts du 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, C-240/98 à C-244/98, EU:C:2000:346, point 22 ; du 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, point 41, ainsi que du 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, point 54).
- 60 Dans ce contexte, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des services qui font l'objet du contrat concerné et en se référant à toutes les circonstances qui entourent la conclusion de celui-ci, conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13.
- 61 Ainsi, il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige tel que celui au principal, en application de la législation de l'État dont les juridictions sont désignées dans une clause attributive de juridiction, et en interprétant cette législation conformément aux exigences de la directive 93/13, de tirer les conséquences en droit de l'éventuel caractère abusif d'une telle clause, étant donné qu'il découle du libellé de l'article 6, paragraphe 1, de cette directive que les juges nationaux sont tenus d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants.
- 62 Il y a lieu, enfin, de souligner que, conformément à une jurisprudence constante, en vertu de l'article 7, point 1, sous b), du règlement n° 1215/2012, et s'agissant de vols directs, que tant le lieu de départ que le lieu d'arrivée de l'avion doivent être considérés, au même titre, comme les lieux de fourniture principale des services faisant l'objet d'un contrat de transport aérien, conférant ainsi à l'auteur d'un recours en indemnisation, introduit sur le fondement du règlement n° 261/2004, le choix d'introduire son recours devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve soit le lieu de départ soit le lieu d'arrivée de l'avion, tels que ces lieux sont convenus dans ledit contrat (voir, en ce sens, arrêt du 9 juillet 2009, *Rehder*, C-204/08, EU:C:2009:439, point 47, ainsi que ordonnance du 13 février 2020, *flightright*, C-606/19, EU:C:2020:101, point 26).
- 63 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 25 du règlement n° 1215/2012 doit être interprété en ce sens que, pour contester la compétence

d'une juridiction pour connaître d'un recours indemnitaire formé en vertu du règlement n° 261/2004 et dirigé contre une compagnie aérienne, une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat de transport conclu entre un passager et cette compagnie aérienne ne peut être opposée par cette dernière à une société de recouvrement à laquelle le passager a cédé sa créance, à moins que, selon la législation de l'État dont les juridictions sont désignées dans cette clause, cette société de recouvrement n'ait succédé au contractant initial dans tous ses droits et obligations, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Le cas échéant, une telle clause, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur, à savoir le passager aérien, et un professionnel, à savoir ladite compagnie aérienne, et qui confère une compétence exclusive à la juridiction dans le ressort de laquelle le siège de celle-ci est situé, doit être regardée comme abusive, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13.

#### Sur les dépens

- 64 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit :

L'article 25 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens que, pour contester la compétence d'une juridiction pour connaître d'un recours indemnitaire formé sur le fondement du règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 11 février 2004, établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91, et dirigé contre une compagnie aérienne, une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat de transport conclu entre un passager et cette compagnie aérienne ne peut être opposée par cette dernière à une société de recouvrement à laquelle le passager a cédé sa créance, à moins que, selon la législation de l'État dont les juridictions sont désignées dans cette clause, cette société de recouvrement n'ait succédé au contractant initial dans tous ses droits et obligations, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Le cas échéant, une telle clause, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur

teur, à savoir le passager aérien, et un professionnel, à savoir ladite compagnie aérienne, et qui confère une compétence exclusive à la juridiction dans le ressort de laquelle le siège de celle-ci est situé, doit

être regardée comme abusive, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

### Observations

Un particulier réserve un vol de Milan (Italie) à Varsovie (Pologne) auprès d'une compagnie aérienne. Le vol est annulé, ce qui ouvre au passager un droit à indemnisation sur base du règlement n° 261/2004. Le passager cède sa créance à une société de recouvrement polonaise. Celle-ci introduit une action en justice devant les juridictions polonaises<sup>1</sup>. Dans le cadre de cette procédure, la compagnie aérienne oppose une clause d'élection de for contenue dans le contrat qu'elle avait conclu avec le passager, attribuant compétence aux juridictions de son siège en Irlande.

Le juge de 1<sup>re</sup> instance rejette le déclinatoire de compétence au double motif que la clause était abusive au regard du droit de la consommation et qu'elle ne pouvait être opposée au cessionnaire du contrat.

La juridiction de recours polonaise décide de poser une question préjudicielle qui fait interagir le règlement n° 1215/2012 (Bruxelles *Ibis*), la directive 93/13 (protection des consommateurs) et le règlement n° 261/2004 (droits des passagers aériens).

Le premier volet de la question tel que dégagé par la Cour porte sur la question de savoir si la clause attributive de juridiction conclue entre la compagnie aérienne et le passager aérien peut trouver à s'appliquer aux relations entre la compagnie aérienne et la société de recouvrement qui a acquis les droits du passager aérien. Prenant appui essentiellement sur

le principe d'autonomie des volontés, la Cour répond que le droit de l'Union rend en principe cette clause inapplicable à ces relations, mais ne commande ni n'interdit qu'elle puisse jouer dans ces relations, et que la question relève en fin de compte du droit national, et plus précisément du droit de l'État dont les juridictions sont désignées par la clause d'élection de for, partant en l'espèce le droit irlandais. La juridiction polonaise doit partant se pencher sur le contenu du droit irlandais gouvernant la cession de créance.

La réponse à ce premier volet de la question ne devient réellement utile que dans la mesure où la clause d'élection de for initialement conclue entre la compagnie aérienne et le passager aérien est valable, ce qui interroge sur la question de savoir si la société de recouvrement peut se prévaloir de la législation protectrice des consommateurs. La Cour répond par l'affirmative, alors que l'applicabilité de cette législation ne dépend pas de la qualité des parties au litige judiciaire, mais de la qualité des parties contractantes originaires. La Cour apporte ensuite quelques précisions sur le contrôle de la conformité de la clause d'élection de for au regard du droit de la consommation auquel la juridiction polonaise doit procéder en appliquant le droit irlandais de l'État des juridictions désignées.

**Thierry HOSCHEIT**  
*Magistrat*

1. Bien que l'arrêt ne le précise pas expressément, on peut admettre que le choix des juridictions polonaises était fait sur base de l'article 7, point 1, sous b), du règlement n° 1215/2012 comme étant le lieu où les services ont été ou auraient dû être fournis, et la jurisprudence afférente qui considère en matière de vols directs que tant le lieu de départ que le lieu d'arrivée de l'avion doivent être considérés, au même titre, comme les lieux de

fourniture principaux des services faisant l'objet d'un contrat de transport aérien, conférant ainsi à l'auteur d'un recours en indemnisation, introduit sur le fondement du règlement n° 261/2004, le choix d'introduire son recours devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve soit le lieu de départ soit le lieu d'arrivée de l'avion.

## II. L'INSTANCE

### TRIB. ARR. LUX., 1<sup>ère</sup>, 24 JUIN 2020

Jugement 2020TALCH01 / 00171, n° TAL-2018-01382 du rôle

#### Principe de la contradiction – Opérations d'expertise – Présence du médecin-conseil de l'assureur à l'examen clinique (non) – Présence du médecin-conseil aux discussions antérieures et postérieures à l'examen clinique (oui)

*Prolongement de l'instance judiciaire, l'expertise judiciaire doit respecter le principe de la contradiction, impliquant que les opérations des experts se fassent en présence des parties ou elles sont dûment convoquées et que l'expert judiciaire s'interdise tout contact avec les parties ou le représentant qui se déroulerait en dehors des limites du contradictoire.*

*Le principe de la contradiction n'est pas absolu et peut faire d'aménagements afin de tenir compte d'intérêts juridiquement protégés, comme la protection de la vie privée et de l'intimité du corps humain.*

Voir obs. p. 109.

#### EXTRAITS

Vu le jugement pénal N° 1561/2015 du 28 mai 2015, tel que rectifié par jugement N° 2017/2015 du 9 juillet 2015, par lequel le tribunal de ce siège, après avoir constaté la responsabilité pénale de GF a, quant au volet civil

- donné acte à la S.A FOYER ASSURANCES de son intervention volontaire et déclaré celle-ci recevable
- donné acte aux demanderesses au civil LB et GW de leurs constitutions de partie civile, s'est déclaré compétent pour en connaître, les a déclarées fondées en leur principe et a

o en ce qui concerne LB, nommé experts le docteur Hansjörg REIMER, demeurant à Esch-sur-Alzette, et comme expert calculateur Maître Luc OLINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, avec pour mission de concilier les parties si faire se peut, sinon d'évaluer et de fixer dans un rapport écrit et motivé, à déposer au greffe de cette juridiction, les montants indemnitaires devant revenir à LB, du chef du préjudice corporel, matériel et moral par elle subi du fait des agissements fautifs de GF, en tenant compte des prestations et recours éventuels des organismes de sécurité sociale et des prédispositions de LB

o en ce qui concerne GW, nommé experts le docteur Hansjörg REIMER, demeurant à Esch-sur-Alzette, et comme expert calculateur Maître Luc OLINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg avec

pour mission de concilier les parties si faire se peut, sinon d'évaluer et de fixer dans un rapport écrit et motivé, à déposer au greffe de cette juridiction, les montants indemnitaires devant revenir à GW, du chef du préjudice corporel, matériel et moral par elle subi du fait des agissements fautifs de GF, en tenant compte des prestations et recours éventuels des organismes de sécurité sociale et des prédispositions de GW.

Vu le jugement pénal 2018TALCH01/00220 du 20 juin 2018 par lequel le tribunal de ce siège a, en ce qui concerne la partie civile GW

- nommé expert en remplacement du Docteur Robert HUBERTY, qui avait été nommé en remplacement du Docteur Hansjörg REIMER, le Docteur Dominique MULLER, née SAULNIER, demeurant à 57070 Metz, 29 rue de Sarre, avec la mission, ensemble avec l'expert calculateur Maître Luc OLINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, de concilier les parties si faire se peut, sinon d'évaluer et de fixer dans un rapport écrit et motivé, à déposer au greffe de cette juridiction, les montants indemnitaires devant revenir à GW, du chef du préjudice corporel, matériel et moral par elle subi du fait des agissements fautifs de GF, en tenant compte des prestations et recours éventuels des organismes de sécurité sociale et des prédispositions de GW.



Par courrier du 6 mai 2020, GW a saisi le tribunal d'un incident dans le cadre du déroulement des opérations d'expertise en ce qui concerne la présence du médecin-conseil de l'assureur FOYER ASSURANCES lors de l'exécution de la mission d'expertise médicale.

Les débats actuels portent seulement sur cet incident.

### 1. Positions des parties

Les parties sont d'accord pour dire que les opérations d'expertise médicale se décomposent en trois grands phases : une première étape au cours de laquelle l'expert fait un interrogatoire initial de la victime, une deuxième étape au cours de laquelle l'expert procède à l'examen clinique de la victime, une troisième étape au cours de laquelle l'expert discute les observations et constatations faites au cours des deux premières étapes. L'ensemble de ces démarches aboutit à la rédaction du rapport d'expertise.

#### a. GW

GW demande à ce que le médecin-conseil de l'assureur FOYER ASSURANCES soit exclu des trois étapes, et qu'il ne puisse avoir accès qu'au rapport d'expertise une fois dressé par l'expert.

Dans le cadre de ses développements, GW s'interroge tout d'abord sur le statut du médecin-conseil, pour conclure qu'il ne saurait avoir la qualité de représentant de l'assureur au sens procédural tel que prévu par le Nouveau Code de Procédure Civile. Il ne serait que salarié, ou le cas échéant mandataire, de l'assureur, auquel il devrait révéler toutes les informations qu'il aurait recueillies dans le cadre de l'exécution de sa mission.

GW explique ensuite qu'on ne saurait opérer une distinction entre les observations visuelles faites au cours d'un examen clinique et la discussion (antérieure mais surtout ultérieure) de ces observations. Les deux démarches dévoileraient des éléments dont certains seraient sans pertinence pour les besoins de l'expertise de sorte que le médecin-conseil n'aurait pas besoin d'en avoir connaissance. Il lui suffirait de prendre connaissance des données médicales figurant *in fine* dans le rapport dressé par l'expert parce que retenues par ce dernier comme étant pertinentes.

À l'appui de son opposition à la présence du médecin-conseil de l'assureur FOYER ASSURANCES, GW fait valoir les arguments juridiques suivants.

D'une part, le secret médical pénalement sanctionné par l'article 458 du Code pénal s'opposerait à cette présence. En cours de plaidoiries, elle précise que son moyen vise le secret médical auquel serait tenu le médecin-conseil de l'assureur. Il ne pourrait pas respecter ce secret alors qu'en tant que salarié ou mandataire de l'assureur, il serait tenu de faire rapport à ce dernier. Il conviendrait à ce que le tribunal prenne les dispositions nécessaires, dans le

cadre d'une fonction préventive, pour ne pas mettre ledit médecin-conseil dans une situation qui l'obligerait à commettre une violation de la loi pénale. Elle explique encore que ce qui lui importe serait d'assurer la protection de ses propres données médicales, et que le médecin-conseil de l'assureur ne devrait pouvoir avoir accès qu'aux données pertinentes pour la bonne fin de l'expertise qui seraient reprises par l'expert dans son rapport final.

D'autre part, la participation active du médecin-conseil de l'assureur aux opérations d'expertise serait constitutive d'une atteinte à sa vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 10 de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

La révélation de toutes ses données médicales au médecin-conseil de l'assureur porterait encore atteinte au droit à la protection de ses données personnelles dont elle jouit au titre de l'article 7 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) en l'absence de consentement de sa part.

GW fait enfin valoir que la présence de bout en bout du médecin-conseil de l'assureur aux opérations d'expertise porterait atteinte au principe de l'égalité des armes garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette présence permettrait en effet au médecin-conseil d'intervenir directement auprès de l'expert, de lui poser des questions et d'orienter ses travaux. Elle émet encore l'hypothèse que, le médecin-conseil et l'expert étant issus de la même profession, le médecin-conseil aurait une relation confraternelle avec l'expert et pourrait même le cas échéant entrer en contact avec l'expert en dehors des exigences du contradictoire. Or, cette présence du médecin-conseil ne serait possible en fin de compte qu'en raison du fait que l'assureur disposerait d'un budget financier conséquent qui lui permettrait de financer une telle présence. En tant que simple particulier, elle ne disposerait pas des moyens financiers afférents, et n'aurait partant pas les mêmes leviers d'action pour intervenir sur le déroulement des opérations d'expertise.

#### b. L'assureur FOYER ASSURANCES

L'assureur FOYER ASSURANCES admet que son médecin-conseil ne puisse pas, pour des raisons d'intimité et de protection de la vie privée, assister à l'examen clinique auquel doit procéder l'expert, tout comme sont à exclure de cet examen clinique son avocat, ses dirigeants ou ses salariés. Il soutient par contre que rien ne s'opposerait à ce que le médecin-conseil soit présent lors des dis-

cussions précédant et suivant cet examen clinique. Il faudrait au contraire constater qu'en tant qu'assureur il est partie à l'instance pour y être intervenu volontairement, et qu'à ce titre il aurait le droit d'assister à l'intégralité des opérations d'expertise (à l'exclusion de l'examen clinique). Cette solution serait commandée par le principe du contradictoire, qui serait un principe absolu consacré par le Nouveau Code de Procédure Civile. Et il pourrait s'y faire représenter par une personne de son choix, dont un médecin-conseil. La présence de son médecin-conseil pourrait aisément être conciliée avec les exigences du secret médical, alors que d'une part son médecin-conseil, n'agissant pas comme médecin traitant mais comme son représentant, ne serait pas tenu par un secret médical et que d'autre part le rapport d'expertise en lui-même ne saurait en aucun cas entraîner une violation du secret médical.

Il soutient encore que la présence du médecin-conseil serait tout à fait pertinente, alors qu'elle permettrait de poser tout de suite les questions pertinentes à l'expert et d'approfondir les questions qui poseraient éventuellement problème, au lieu de devoir les débattre ultérieurement devant le tribunal qui devrait renvoyer le dossier devant l'expert s'il devait rester des zones d'ombre. L'idée suggérée par GW que son litismandataire pourrait faire rapport au médecin-conseil pour recueillir de la part de ce dernier les questions pertinentes pour les continuer à l'expert serait illusoire (le litismandataire n'ayant pas les compétences pour suivre l'expert dans ses explications techniques) et inefficace (en l'absence de dialogue direct entre l'expert et le médecin-conseil).

Concernant les informations qui seraient incluses respectivement exclues du rapport d'expertise final, l'assureur FOYER ASSURANCES estime qu'il doit avoir connaissance de l'intégralité de la situation médicale de GW, afin de pouvoir évaluer par lui-même quelles séquelles sont attribuables à l'accident engendrant l'indemnisation et quelles séquelles ne se trouveraient pas en relation causale avec cet accident. Il relève que dans le cadre de l'indemnisation de dommages corporels, la question du lien causal serait souvent un point essentiel.

Il conteste encore qu'il puisse y avoir une atteinte au principe de l'égalité des armes, alors qu'il serait tout à fait concevable que GW se fasse également accompagner lors des opérations d'expertise par un médecin-conseil. Elle aurait intérêt à financer à cette occasion la présence d'un tel médecin-conseil, au lieu de la présence de son litismandataire.

#### c. L'ASSOCIATION ASSURANCE ACCIDENT

L'ASSOCIATION ASSURANCE ACCIDENT explique prendre part au débat en vue d'assurer une indemnisation juste, puisque l'assiette de son recours en dépendrait. Elle estime que la question soulevée impliquerait de trouver un équilibre entre d'une part le droit à l'intimité et à la vie privée et d'autre part le principe du contradic-

toire et les droits de la défense. À son sens, les droits de la défense devraient prévaloir, emportant la possibilité pour le médecin-conseil de l'assureur d'être présent aux opérations d'expertise, dans la mesure où la protection de la vie privée serait assortie de certaines garanties, notamment en ce que l'expert judiciaire serait tenu par la mission lui confiée, que l'expert judiciaire ne pourrait pas poser de questions allant au-delà de cette mission et que le médecin-conseil ne pourrait pas assister à l'examen clinique. Les risques de discussions privilégiées ou secrètes entre l'expert et le médecin-conseil de l'assureur seraient maîtrisées par la présence du litismandataire de GW et l'obligation pour l'expert de respecter le principe du contradictoire qui devrait l'amener à refuser tout échange unilatéral avec le médecin-conseil. L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devrait prévaloir sur l'article 8 de cette Convention.

L'AAA estime que GW pourrait aussi se faire assister par un médecin-conseil. La question du financement du médecin-conseil de GW ne pourrait pas former obstacle à la présence du médecin-conseil de l'assureur.

L'AAA s'interroge enfin si le refus de la présence d'un médecin-conseil en cas d'opérations d'expertise portant sur une indemnisation d'un dommage corporel ne serait pas de nature *in fine* à aboutir à un traitement inégalitaire, posant problème au regard du principe d'égalité inscrit à l'article 10bis de la Constitution par rapport à une situation d'indemnisation d'un dommage purement matériel, où les considérations de secret, d'intimité et de protection de la vie privée ne seraient pas de nature à former obstacle à ce qu'une des parties se fasse assister par un homme de l'art.

#### d. Le Ministère public

Le Ministère public relève qu'il faut voir la question soulevée dans un cadre plus large. Il souligne que si elle était relevée ici dans le cadre d'une infraction pénale involontaire, elle pourrait tout aussi bien se poser dans le cadre d'une infraction volontaire, où les relations entre parties seraient autrement plus tendues. Il relève encore que si la victime de toute infraction pénale bénéficie d'une certaine protection en ce qu'elle est tenue informée par le Ministère public du déroulement de la procédure, elle ne bénéficierait cependant de par la loi d'aucune protection spécifique de son intégrité physique et de son intimité.

Il conviendrait de concilier les droits de la victime et les droits de la défense. D'une façon générale, la protection des données médicales serait un aspect important pour la victime et ne serait pas contraire aux droits de la défense. La victime aurait renoncé à cette protection dans le cadre de l'expertise à l'égard de l'expert afin d'assurer son indemnisation. Mais cette renonciation ne devrait pas faire l'objet d'une interprétation trop extensive pour y inclure un médecin-conseil de la partie adverse.

Le Ministère public admet encore que la défense, assurée par l'assureur FOYER ASSURANCES, a droit à un débat contradictoire et qu'il a à ce titre un droit d'accès aux données et informations qui touchent à l'intégrité physique et à l'intimité. Il pense encore que l'assureur FOYER ASSURANCES a le droit d'assister aux discussions précédant et suivant l'examen clinique, mais qu'il n'aurait pas la possibilité de se faire accompagner à ces occasions par un médecin-conseil qui serait un de ses salariés et qui serait une personne tierce extérieure à la victime. L'utilité et le caractère contradictoire de la discussion seraient préservés par la présence du litismandataire de l'assureur FOYER ASSURANCES, qui pourrait rapporter au médecin-conseil, qui à son tour pourrait orienter ledit litismandataire dans ses contacts contradictoires avec l'expert.

D'un point de vue factuel, le Ministère public admet encore, dans l'hypothèse de la présence d'un médecin-conseil, qu'il faille faire confiance à l'expert judiciaire en ce qu'il procèderait à l'examen clinique hors la présence du médecin-conseil et qu'il se refuserait à toute discussion unilatérale avec ledit médecin-conseil, tout en admettant que la présence d'un médecin-conseil serait de nature à exercer une pression sur l'expert qui pourrait ne plus être tout à fait serein dans l'exécution de sa mission.

## 2. Discussion

L'article 7 du règlement général sur la protection des données n'édicte pas d'exigence propre en dehors de la protection des données personnelles en l'absence du consentement de leur titulaire à ce qu'elles soient dévoilées. Le tribunal comprend partant l'invocation de cette disposition juridique par GW uniquement comme soutènement à la faculté de refuser son consentement à la présence d'un médecin-conseil, sans contenir un argument particulier à l'appui du bienfondé de ce refus, et n'examinera partant pas cette disposition sous l'angle d'une éventuelle justification de ce refus.

En principe, l'article 366 du Nouveau Code de Procédure Civile permet aux parties de se faire assister lors des opérations d'expertise par leur médecine-conseil ou leur médecin traitant. Ceux-ci n'ont pas de rôle procédural, mais ils peuvent suivre les opérations d'expertise et présenter des observations orales (T. Moussa, Droit de l'expertise, 3<sup>e</sup> édition, Dalloz Action, n° 511.24).

Le point qui oppose les parties fait appel à l'application de principes protégeant des droits également dignes de protection à laquelle il est pourvu par des textes juridiques, soit d'une part la protection de la vie privée et de la dignité de la personne humaine visées par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 10 de la Convention d'Oviedo et la sauvegarde du secret médical protégé par l'article 458 du Code pénal et d'autre part le principe du contradictoire visé par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et

les principes directeurs du procès inscrits aux articles 63 à 66 du Nouveau Code de Procédure Civile. La mise en balance de ces intérêts divergents et les aménagements qui peuvent être trouvés en pratique doivent conduire à faire prévaloir les exigences du procès contradictoire pour les raisons ci-après exposées.

### a. Absence d'incidence du secret professionnel

Le secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal ne vise pas spécifiquement les médecins, mais d'une façon générale tous ceux qui par état ou par profession sont dépositaires des secrets qu'on leur confie. Contrairement à ce que soutient l'assureur FOYER ASSURANCES, l'obligation au secret ne s'applique donc pas seulement au médecin traitant. Dans le cadre de l'expertise judiciaire, l'obligation au secret s'applique plus spécifiquement à l'expert et à tous ceux qui prennent part au déroulement de l'expertise, et est en cause alors le secret professionnel d'une façon générale et non pas le secret médical en particulier.

Il en résulte d'un côté que l'expert ne doit intégrer dans son rapport d'expertise que les seules informations nécessaires à l'exécution de sa mission, à l'exclusion de toute autre donnée médicale dont il aurait eu connaissance au cours de l'examen clinique et de la discussion avec la victime, et d'autre part que toutes les personnes participant au déroulement de l'expertise doivent conserver à l'égard des tiers le secret de toutes les informations qu'elles auraient pu recueillir. Cette obligation au secret s'impose partant, outre à l'expert et aux personnes qu'il se serait le cas échéant adjointes, aux parties et aux représentants des parties pour autant qu'ils soient présents au déroulement de l'expertise et aient pu y recueillir des informations.

Cette obligation au secret ne couvre cependant pas les relations entre les parties, leurs salariés et dirigeants et leurs représentants respectifs, alors que justement ceux-ci ne sont pas à considérer comme étant des tiers à l'instance auquel le secret professionnel serait opposable, mais étant précisé que le cercle des personnes qui doit avoir accès aux données médicales doit être limité au strict nécessaire (champ d'application personnel du droit d'accès). Dans cette limite, les parties et leurs représentants respectifs ont un accès intégral à l'ensemble des données médicales de la victime requises pour assurer le respect du principe du contradictoire (le tribunal revient ultérieurement sur cet aspect du champ d'application matériel du droit d'accès à ces données).

La question qui se pose dès lors en l'espèce est celle de savoir si cet accès à l'information, avec l'obligation au secret corrélatrice, peut être étendue par une des parties à l'instance à une personne qui n'est pas son représentant ad litem, soit en l'espèce un médecin-conseil, sans l'accord de la personne dont les données médicales sont en cause. Pour répondre à cette question, le tribunal rappelle de prime abord, tel que relevé ci-dessus, que cette personne

appelée par une des parties à participer aux opérations d'expertise n'est pas astreinte au secret dans ses rapports avec la partie qui l'a appelée. Elle ne risque partant pas, tel que soutenu par GW, de violer le secret professionnel dans le cadre de ses communications avec la partie qui l'a appelée à participer aux opérations d'expertise, alors que par ailleurs cette dernière est en tout état de cause autorisée à accéder à toutes les données médicales de la victime et est à son tour liée par rapport aux tiers à garder secret les informations recueillies en sa qualité de partie à l'instance. C'est encore à tort que GW fait valoir que le tribunal aurait à remplir une fonction de prévention en évitant de mettre le médecin-conseil dans une situation de pouvoir ou devoir violer son obligation au secret, alors que le tribunal n'est pas investi de pareille fonction préventive et que justement le médecin-conseil n'est pas tenu à un secret à l'égard de la partie qui l'a appelée à participer aux opérations d'expertise qu'il risquerait de violer.

La problématique revient à la question amplement débattue à l'audience : avec quelle justification devrait-on permettre au litismandataire d'une partie de participer aux opérations d'expertise et d'en faire rapport à son mandant (droits que GW ne lui conteste pas), tout en refusant cette possibilité à une autre personne déléguée à ces fins par cette partie. La seule qualité de litismandataire investi d'une fonction de représentation judiciaire ne peut induire pareil traitement différencié au détriment du simple mandataire ou du salarié de cette partie ayant des connaissances techniques.

Le secret professionnel ne s'oppose partant pas à ce qu'une des parties s'adjoigne les conseils d'une autre personne dans le cadre de l'expertise, pour autant que la présence de cette personne soit d'une part compatible avec la protection de la vie privée et de l'intimité du corps humain et d'autre part utile ou pertinente.

- b. Mise en balance entre principe du contradictoire d'une part et protection de la vie privée et intimité du corps humain d'autre part

L'expertise judiciaire, en tant que prolongement de l'instance judiciaire, participe à toutes les exigences du contradictoire. Le principe du contradictoire exige que les opérations des experts se fassent en présence des parties ou elles dûment convoquées. Chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires à la présentation de sa défense et au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer la décision du tribunal (Cour d'appel (pénal) 4 juillet 2012, p. 36, page 235).

Il est d'autre part retenu que le principe du contradictoire souffre exception si la présence des autres parties aux opérations d'expertise de la victime d'un accident est inopportune, voire contraire au droit à l'intimité de la victime (Cour d'appel (pénal) 4 juillet 2012, Pas. 36, page 235) res-

pectivement que le secret professionnel et le principe du respect de la vie privée constituent des limites à l'obligation de convoquer les parties aux opérations d'expertise (Cour d'appel 20 avril 2016, Pas. 38, page 55).

En l'espèce, l'assureur FOYER ASSURANCES n'entend pas faire participer son médecin-conseil à la partie la plus intime des opérations d'expertise, à savoir l'examen clinique de GW. Sa demande se limite à pouvoir être présent lors des discussions antérieures et postérieures à cet examen clinique, faculté que GW entend lui dénier, en arguant que même lors de ces discussions, des éléments intimes de sa vie, de sa santé et de son état médical, qui seraient sans rapport avec la mission d'expertise, seraient discutés. La notion d'intimité ne couvrirait pas seulement l'inspection visuelle de son corps, mais également la prise de connaissance de ces informations. La discussion porte ici sur le champ d'application matérielle de l'accès aux informations médicales de la victime.

Il ne saurait faire de doute qu'une anamnèse complète de GW peut être de nature à révéler oralement certains éléments qui participent à sa vie privée et intime. Cette révélation apporte cependant une atteinte moindre à cette intimité que la participation à l'examen clinique, elle ne porte pas une atteinte intolérable à cette intimité et elle apporte une atteinte limitée justifiée par les exigences du contradictoire.

Par ailleurs, tel que le relève justement l'assureur FOYER ASSURANCES, celui-ci ne peut utilement discuter le rapport d'expertise, partant pleinement se prévaloir des garanties que lui confère le principe du contradictoire, que s'il est en mesure d'avoir connaissance de tous les éléments de nature à influencer sur l'indemnisation à laquelle peut prétendre GW, et non seulement de ceux que l'expert aurait retenus dans son rapport comme étant pertinents à ses yeux. L'assureur doit pouvoir discuter le cas échéant le caractère justifié du choix de l'expert d'exclure tel ou tel élément pour établir ses conclusions.

- c. Pertinence du recours à l'assistance par un médecin-conseil

Vu sous l'angle de l'appréciation de l'état médical de GW, le recours à un médecin-conseil pour assister l'assureur FOYER ASSURANCES est encore pertinent pour pouvoir pleinement saisir les constatations et interrogations de l'expert et le questionner sur des points qui peuvent requérir un éclairage complémentaire. Ni le litismandataire, ni un mandataire social, ni un salarié bénéficiant d'une formation professionnelle autre que médicale ne sont en mesure de contribuer ainsi utilement à l'évolution des travaux d'expertise.

L'intervention dudit médecin-conseil directement auprès de l'expert et au cours même des opérations d'expertise est encore pertinente pour être la façon la plus efficace d'agir. L'hypothèse suggérée par GW et le Ministère public selon laquelle le litismandataire de l'assureur

FOYER ASSURANCES pourrait faire rapport à l'assureur FOYER ASSURANCES et/ou au médecin-conseil de ce dernier afin de recueillir les questions d'information complémentaires pour ensuite les retourner à l'expert aurait en effet pour effet d'une part d'engendrer le risque d'une transmission incorrecte tant des propos de l'expert avant d'avoir été couchés par écrit par ses soins que des questions et interrogations soulevées par le médecin-conseil et d'autre part de générer un retard dans la finalisation des opérations d'expertise. Or, tant une investigation la plus pertinente possible afin d'éviter toute contestation ultérieure du rapport d'expertise devant le tribunal que la plus rapide possible afin d'assurer une indemnisation à délai rapproché sont en définitive dans l'intérêt de la victime GW.

#### d. Egalité des armes

C'est finalement à tort que GW fait valoir que l'autorisation donnée à l'assureur FOYER ASSURANCES de déléguer un médecin-conseil auprès de l'expert judiciaire engendrerait une atteinte intolérable à l'égalité des armes consacrée par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tant par les questions que le médecin-conseil serait amené à poser à l'expert que du fait des relations privilégiées pouvant exister entre l'expert médical et le médecin-conseil.

Il est certes exact que la partie qui se fait assister lors d'une expertise technique par un homme de l'art issu de la même spécialisation technique bénéficie d'un avantage lors des discussions à mener avec l'expert. Mais la faculté pour l'assureur FOYER ASSURANCES de se faire assister par un médecin-conseil de son choix n'interdit pas à GW d'en faire de même afin de se retrouver dans exactement la même position que l'assureur FOYER ASSURANCES.

Si le tribunal ne saurait suivre l'assureur FOYER ASSURANCES dans son raisonnement consistant à soutenir que la problématique financière qui pourrait en résulter à charge de GW pourrait être résolue par la renonciation de celle-ci à se faire assister lors des opérations d'expertise par son litismandataire, dès lors que la défense de ses intérêts sur le plan médical ne saurait aller au détriment de la défense de ses intérêts juridiques, le tribunal tient à relever que cette problématique peut être résolue à travers le

recours à l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile à charge du responsable de son dommage corporel, respectivement de l'assureur de ce dernier, dont la démarche aura rendu nécessaire pareille assistance médicale de la victime. Il existe partant un moyen d'aménager la problématique résultant d'une possible inégalité des armes.

Le tribunal rajoute qu'il est entendu que tout médecin-conseil auquel une partie aurait recours doit de toute évidence s'abstenir d'entrer en contact avec l'expert judiciaire en dehors des limites du contradictoire, et que l'expert judiciaire doit se refuser le cas échéant à tout contact qui se déroulerait en dehors des limites du contradictoire.

#### PAR CES MOTIFS

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, première chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

statuant à la suite du jugement N° 1561/2015 du 28 mai 2015, tel que rectifié par jugement N° 2017/2015 du 9 juillet 2015, et du jugement N° 2018TALCH01/00220 du 20 juin 2018,

dit que la S.A FOYER ASSURANCES peut se faire représenter ou assister par un médecin-conseil de son choix lors des opérations d'expertise effectuées par le Docteur Dominique MULLER, sauf lors de l'examen clinique proprement dit,

réserve les frais,

Par application des articles 2, 3, 179, 182, 190, 190-1, 194 et 195 du Code de procédure pénale qui furent désignés à l'audience par le premier vice-président.

Ainsi fait et jugé par Thierry HOSCHEIT, premier vice-président, Vanessa WERCOLLIER, premier juge, et Séverine LETTNER, premier juge, et prononcé à l'audience publique du 24 juin 2020 par le premier vice-président, en présence de Dominique PETERS, substitut principal, et de Luc WEBER, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.



## CA LUX., 8<sup>ème</sup>, 14 FÉVR. 2019

Arrêt n° 23/19, n° CAL-2017-00024 du rôle

**Principe de la contradiction – Absence du salarié et de l'employeur à l'audience de plaidoiries – Formulation par l'État à l'audience d'une demande en remboursement des indemnités de chômage – Absence de refixation de l'affaire pour permettre au salarié et à l'employeur de prendre position – Nullité du jugement prononçant la condamnation du salarié**

*Le principe de la contradiction signifie que chacune des parties a été mise en mesure de discuter l'énoncé des faits, les prétentions et les moyens juridiques que ses adversaires lui ont opposés. Dans le cadre d'une procédure orale, il doit résulter du jugement que le salarié et l'employeur qui ne comparaissaient plus, ont été informés des prétentions de l'État en remboursement des indemnités de chômage versées.*

Voir obs. p. 109.

### EXTRAITS

#### LA COUR D'APPEL

Par requête du 30 décembre 2013, A.) a fait convoquer son ancien employeur, la société à responsabilité limitée SOC1.), devant le tribunal du travail d'ESCH/ALZETTE, aux fins de voir déclarer, sur base de l'article L.124-5 du Code du travail, son licenciement avec effet immédiat du 13 décembre 2013 abusif et pour voir condamner la société SOC1.) à lui payer le montant total de 25.757,98 EUR à titre d'indemnisation des dommages matériel et moral (2X10.000, – EUR) et à titre des salaires des mois d'octobre et de novembre 2013 (1.530,57 EUR et 2.295,85 EUR), ainsi qu'à titre d'indemnité pour congés non pris (860,17 EUR).

A.) a, en outre, conclu à la majoration du taux de l'intérêt légal de trois points à compter du quatrième mois qui suit la notification du jugement à intervenir et elle a sollicité l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000, – EUR sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Par la requête précitée, A.) a également fait convoquer l'ÉTAT du GRAND-DUCHÉ de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi (l'ÉTAT), sur base de l'article L.521-4 du Code du Travail.

Par jugement du 6 juin 2017, le tribunal du travail a condamné A.) à rembourser à l'ÉTAT les indemnités de chômage d'un montant de 2.909,22 EUR avec les intérêts au taux légal à partir du 2 mai 2017, date de la demande de l'ÉTAT, jusqu'à solde.

La juridiction de première instance a réservé le surplus et les frais.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a d'abord constaté que l'affaire a subi de nombreuses refixations et qu'à l'audience du 2 mai 2017, l'ÉTAT a insisté à plaider l'affaire alors que la requérante se désintéressait manifestement de son affaire. La juridiction de première instance a retenu, sur base des articles L.521-4 (5) et (6) du Code du travail, que l'ÉTAT se voyait dès l'introduction de la procédure judiciaire garantir, sous réserve de l'assiette du recours légal et des facultés de modération, son droit au remboursement des indemnités de chômage avancées à titre provisoire au salarié, qui a une obligation de résultat d'introduire une action contre l'employeur aux fins de voir toiser la question du caractère abusif ou régulier du licenciement et toute issue du procès autre que celle déclarant le licenciement abusif aura pour conséquence l'obligation pour le salarié de rembourser les indemnités de chômage lui avancées à titre provisoire (cf. Cour 30 mai 2013, n° 38349 du rôle).

Tout en réservant la question du licenciement et de la demande d'indemnisation de A.) sans autre issue, le tribunal du travail a fait droit à la demande de l'ÉTAT.

Par exploit d'huissier du 17 juillet 2017, A.) a régulièrement relevé appel du jugement du 6 juin 2017 en intimant tant la société SOC1.), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 24 octobre 2014, siégeant en matière commerciale et représentée par son curateur Maître Maïka SKOROCHOD que l'ÉTAT.

Elle demande, par réformation de la décision entreprise, principalement à voir prononcer l'annulation du jugement entrepris pour ne pas avoir respecté le principe du contradictoire et le renvoi de l'affaire devant la juridiction de première instance.

Elle demande subsidiairement à voir réformer le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas examiné le caractère abusif du licenciement intervenu, à voir déclarer ce licenciement abusif et à voir condamner la société SOC1.) à lui payer le montant de 25.757,98 EUR + p.m. au titre de dommages et intérêts avec les intérêts légaux depuis la fin de la relation de travail, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

L'appelante demande en conséquence à voir déclarer non fondée la demande de l'ÉTAT et à se voir décharger de la condamnation intervenue en première instance, sinon à la voir réduire.

Enfin, l'appelante demande une indemnité de procédure de 1.000, – EUR pour la première instance et la même indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Par conclusions du 11 avril 2018, A.) a formulé une demande additionnelle en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de 4 mois d'un montant de 9.183,40 EUR (4X 2.295,85), ainsi qu'en paiement d'une indemnité de départ d'un montant de 2.295,85 EUR.

La société SOC1.) demande, principalement, la confirmation du jugement du 6 juin 2017 et, pour autant que de besoin, le renvoi de l'affaire devant la juridiction de première instance.

En ordre subsidiaire, la société SOC1.) demande à voir déclarer irrecevable la requête introductive de A.) pour être basée sur l'article L.124-5 du Code du travail inapplicable au licenciement avec effet immédiat, plus subsidiairement, elle demande à voir dire que les motifs du licenciement du 13 décembre 2013 ont été énoncés avec la précision requise par la loi et elle se rapporte à la sagesse de la Cour d'appel quant à la preuve de la réalité des motifs du licenciement. L'intimée demande encore à voir déclarer non fondées les demandes de A.) en indemnisation de ses préjudices matériel et moral.

Quant aux arriérés de salaires et à l'indemnité pour congés non pris, la société SOC1.) relève que A.) dispose déjà d'une ordonnance de référé du 24 mars 2014 qui a fait droit à sa demande et elle demande à se voir donner acte qu'elle ne conteste pas ces demandes, qui auraient dû faire l'objet d'une demande d'admission au passif de la faillite et de ce fait auraient été prises en charge par le Fonds pour l'emploi. La société SOC1.) demande enfin le rejet de la demande de A.) en allocation d'indemnités de procédure.

L'ÉTAT demande la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a accueilli sa demande au principal et il relève

appel incident quant au point de départ des intérêts qui devraient courir à partir du jour de l'introduction de la demande par la salariée et non à partir du 2 mai 2017, date à laquelle l'affaire a été plaidée.

#### **La demande en annulation du jugement du 6 juin 2017**

A.) se base sur les articles 56, 64 et 65 du Nouveau code de procédure civile et, relevant que les parties n'ont jamais eu l'occasion de débattre la demande de l'ÉTAT en remboursement des indemnités de chômage, elle soutient qu'il y aurait lieu à l'annulation du jugement entrepris pour violation des principes fondamentaux du contradictoire et du procès équitable.

L'ÉTAT s'oppose à la demande d'annulation du jugement entrepris et il relate d'abord les nombreuses refixations que l'affaire a connues. Il relève à cet égard que lui seul était représenté à toutes les audiences.

Ce serait le désintérêt de A.) qui aurait amené le tribunal à statuer et le jugement aurait été rendu contradictoirement.

La société SOC1.) se rapporte à la prudence de la Cour d'appel quant à la demande d'annulation du jugement entrepris.

Il ressort des rétroactes de la procédure qu'à la suite du dépôt de la requête de A.), les parties ont été convoquées par la voie du greffe à comparaître devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette à l'audience publique du 21 janvier 2014, date à laquelle l'affaire fut refixée pour plaidoiries à l'audience du 3 juin 2014, date à laquelle l'affaire fut refixée au 21 octobre 2014, date à laquelle l'affaire fut refixée au 3 février 2015, date à laquelle l'affaire fut fixée au rôle général. Elle fut réappelée à l'audience publique du 17 février 2015 pour fixation, date à laquelle elle fut refixée au 2 juin 2015, puis au 17 novembre 2015, date à laquelle elle fut refixée au rôle général. À la demande des parties, elle fut fixée au 15 décembre 2015 pour fixation, date à laquelle elle fut refixée au 19 avril 2016, date à laquelle elle fut refixée péremptoirement au 4 octobre 2016.

Alors qu'aucune des parties n'a été présente ou représentée à cette audience, l'affaire a été refixée à l'audience du 17 janvier 2017 lors de laquelle ni la partie requérante, ni la partie défenderesse ne se sont présentées ou ont été représentées.

L'affaire a alors encore une fois été remise à l'audience du 2 mai 2017, lors de laquelle l'ÉTAT a insisté pour présenter sa demande et pour plaider l'affaire alors que la requérante se désintéressait manifestement de son affaire.

Le principe du contradictoire, consacré par les articles 56, 63, 64 et 65 du Nouveau code de procédure civile, signifie que chacune des parties a été mise en mesure de discuter l'énoncé des faits, les prétentions et les moyens juri-

diques que ses adversaires lui ont opposés. Ce principe est à rapprocher des notions de droits de la défense, loyauté, équité et égalité des armes tels qu'instaurés par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Le principe du respect du contradictoire s'applique à tout moment de la procédure. Il implique que le demandeur informe en temps utile le défendeur de ses prétentions, ainsi que des moyens de fait et de droit et des éléments de preuve qui sont invoqués à l'appui des prétentions. Il implique encore que les débats soient eux-mêmes contradictoirement menés dans le cadre d'une audience publique, ou bien dans le cadre d'une audience non publique.

En l'espèce, il n'appert pas, à la lecture du jugement attaqué, que A.) et la société SOC1.) contre lesquels la demande en remboursement des indemnités de chômage a été dirigée eussent été informées de la demande présentée oralement par l'ÉTAT à l'audience du 2 mai 2017 et partant qu'elles eussent été à même de débattre contradictoirement sur le fondement et la valeur des prétentions de l'ÉTAT. Or, en s'abstenant de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure afin de mettre les défendeurs à la demande de l'ÉTAT en mesure de s'expliquer sur le bien-fondé et l'envergure de la demande en remboursement des indemnités de chômage réclamées, la juridiction de première instance a méconnu le principe du contradictoire.

Il s'ensuit que le moyen de nullité soulevé par A.) est fondé et que le jugement entrepris est à annuler.

Au vu des demandes de A.) et de la société SOC1.) de voir renvoyer l'affaire en première instance et aux fins de voir préserver le double degré de juridiction, il y a lieu de

renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail d'ESCH/ALZETTE autrement composé.

Toutes les parties restant en défaut de justifier de l'ini-  
quité requise par l'article 240 du Nouveau code de pro-  
cédure civile, leurs demandes respectives en allocation  
d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont  
à rejeter.

#### PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière  
de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le  
rapport du magistrat de la mise en état ;

reçoit l'appel ;

le dit fondé ;

annule le jugement entrepris du 6 juin 2017 ;

renvoie l'affaire devant le tribunal du travail d'ESCH/  
ALZETTE autrement composé ;

déboute toutes les parties de leurs demandes respectives  
basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure  
civile pour l'instance d'appel ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel, les  
impose pour moitié à A.) et à l'ÉTAT du GRAND-DUCHÉ  
de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du  
Fonds pour l'Emploi et en ordonne la distraction au profit  
de Maître Georges PIERRET sur ses affirmations de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique  
indiquée ci-dessus par Lotty PRUSSEN, président de  
chambre, en présence du greffier Alain BERNARD.

## CA LUX., 1<sup>ère</sup>, 23 OCT. 2019

Arrêt n° 192/19 – I – TUT, n° CAL-2019-00693 du rôle

### Principe de la contradiction – Demande initiale en attribution d'un droit de visite et d'hébergement – Demande nouvelle en cours d'instance en modification de la résidence habituelle des enfants communs – Irrecevabilité de la demande formulée en l'absence du défendeur et sur laquelle il n'a pas pu être entendu

*Viole le principe de la contradiction le premier juge qui fait droit aux prétentions du demandeur, formulées lors d'une audience en continuation des débats à laquelle la défenderesse n'était ni présente, ni représentée, et tendant à la fixation, auprès de lui, de la résidence habituelle des deux enfants communs, alors qu'il avait seulement réclamé l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de ces enfants communs dans sa requête introductive d'instance. N'ayant pas été appelée à comparaître sur une demande de transfert de la résidence habituelle des enfants communs et n'ayant pas été présente à l'audience en continuation des débats, la défenderesse n'a pas non plus pu être entendue à ce sujet.*

Voir obs. p. 109.

#### EXTRAITS

##### LA COUR D'APPEL

Statuant sur une requête d'B. (ci-après B.) déposée le 19 mars 2018, tendant à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants communs D., né le (...), et C., né le (...), sur une requête de A. (ci-après A.) déposée le 4 avril 2018, tendant à la révision du droit de visite et d'hébergement du père et à l'encadrement de celui-ci par un service spécialisé et sur une demande formulée à l'audience du 5 juin 2019 par B. tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants communs auprès de lui, le juge des tutelles près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a, par un jugement du 19 juin 2019, déclaré fondée la demande d'B. en fixation auprès de lui de la résidence des deux enfants communs C. et D., a fixé la résidence des deux enfants communs auprès du père, a dit que, sauf meilleur accord des parents, A. bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants communs un week-end par mois, au Luxembourg ou au Portugal, suivant les modalités à convenir entre parties et les frais en résultant étant à charge des deux parents pour moitié, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, suivant les modalités à convenir entre parents, a communiqué une copie du jugement au juge de la jeunesse en charge du dossier ouvert au nom des mineurs et a ordonné un partage par moitié des frais et dépens de l'instance.

Ce jugement, dont il n'est pas établi qu'il lui a été valablement notifié, est régulièrement entrepris par A. suivant

mémoire d'appel déposé le 16 juillet 2019 au greffe du tribunal d'arrondissement.

L'appelante demande à la Cour d'annuler le jugement du 19 juin 2019 pour violation du principe du contradictoire et de renvoyer l'affaire devant le premier juge, sinon, par réformation, de fixer la résidence habituelle des enfants communs auprès d'elle et de l'autoriser à transférer cette résidence au Portugal. À titre subsidiaire et dans l'hypothèse où la Cour ne devait pas fixer la résidence habituelle des enfants auprès d'elle, la mère conclut à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement à exercer en alternance une semaine sur l'autre du vendredi à la sortie de l'école au vendredi suivant à la rentrée des classes, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires selon les modalités suivantes :

- les années impaires : les vacances de Carnaval, la deuxième moitié des vacances de Pâques, les 1<sup>ère</sup>, 2<sup>ème</sup>, 3<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> semaines des vacances d'été, les vacances de la Toussaint et la deuxième moitié de vacances de Noël ;
- les années paires : la première moitié des vacances de Pâques, les vacances de la Pentecôte, les 4<sup>ème</sup>, 5<sup>ème</sup>, 6<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> semaines des vacances d'été et la première moitié des vacances de Noël.

À l'appui de son recours, A. fait valoir que dans les requêtes des parties respectives des 19 mars 2018 et 4 avril 2018, ainsi que dans les jugements des 31 juillet 2018 et 9 janvier 2019, seul le droit de visite et d'hébergement du père à

l'égard des enfants C. et D. était en cause, à l'exclusion de toute demande du père tendant à se voir attribuer la résidence habituelle des enfants. Cette dernière demande n'aurait été formulée qu'à l'audience du 5 juin 2018, en son absence, de sorte que le principe du contradictoire n'aurait pas été respecté par le juge de première instance qui aurait dû déclarer la demande d'B. tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants communs auprès de lui irrecevable.

Par ailleurs et quant au fond, le père qui ne disposerait pas d'un permis de conduire et qui demeurerait en France n'aurait pas fait preuve de disponibilité pour ses enfants dans le passé, étant donné qu'il exploite un café à Esch-sur-Alzette avec sa nouvelle compagne, avec les horaires de travail contraignants que cette activité comporte. De plus B. ne disposerait que d'un appartement à deux chambres, de sorte que ses quatre enfants devraient partager une seule chambre avec des lits superposés lors de l'exercice de son droit d'hébergement à leur égard. Ayant son domicile en France, le père ne saurait pas non plus scolariser les enfants à Luxembourg. Finalement le transfert de la résidence habituelle des enfants auprès du père ne devrait pas constituer une sanction pour la mère, mais une telle décision devrait s'orienter au plus grand intérêt des enfants qui ont toujours vécu auprès de la mère depuis la séparation des parents.

À l'audience, son représentant explique qu'elle vient d'être hospitalisée à Luxembourg et qu'un cancer en phase terminale a été diagnostiqué dans son chef, de sorte que A. ne devrait pas être séparée de ses enfants en l'état actuel.

B. fait répliquer que A. a été valablement convoquée à l'audience du 5 juin 2019 et que le jugement déféré est donc valide. Il prend acte de l'état de santé de la mère, mais demande la confirmation du jugement en ce que la résidence habituelle des enfants communs a été fixée auprès de lui.

À titre subsidiaire et dans l'hypothèse de la fixation de la résidence des enfants communs auprès de la mère, il s'oppose à ce que celle-ci déplace cette résidence au Portugal et demande un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs.

L'avocat représentant les enfants qui critique le comportement de la mère, relève toutefois que les enfants n'ont jamais été hébergés par leur père depuis la séparation des parents et que la situation concrète du père reste inconnue. Les enfants entretiendraient encore une très bonne relation avec leur mère, de sorte qu'une séparation de celle-ci ne leur serait pas bénéfique, ce d'autant plus que A. est actuellement grièvement malade. Dans la mesure où la situation de la mère au Portugal ne serait pas non plus établie, il conviendrait de procéder par voie de commission rogatoire internationale aux fins de détermination de celle-ci, avant de prendre une décision au fond sur la résidence habituelle des enfants.

Le représentant du ministère public expose que les demandes dont était saisi le juge des tutelles se rapportaient toutes les deux au droit de visite et d'hébergement du père à l'égard des enfants communs C. et D. et que deux jugements ont été rendus sur cette question, la continuation des débats dans cette affaire ayant été fixée au 24 avril 2019, soit à une date où A. était déjà partie au Portugal avec les enfants communs. Suite à deux remises de l'affaire, la mère a été convoquée pour assister à l'audience du 5 juin 2019 à son ancienne adresse à Esch-sur-Alzette où elle n'a pas reçu la convocation en personne, de sorte que le jugement de première instance aurait dû être rendu par défaut à son égard. Il s'ajouterait que la demande du père qui était nouvelle par son objet et par sa cause aurait dû être déclarée irrecevable en vertu du principe de l'immutabilité du litige, sinon pour violation du principe de la contradiction. Le jugement déféré devrait être annulé pour ces causes.

À titre subsidiaire, le représentant du ministère public se rallie aux conclusions de l'avocat des enfants et demande à la Cour de surseoir à statuer sur le fond dans l'attente du résultat d'une commission rogatoire internationale à lancer concernant la situation actuelle des enfants au Portugal.

#### *Appréciation de la Cour*

Conformément aux conclusions de A. et du représentant du ministère public, les requêtes des 19 mars 2018 et 4 avril 2018 tendent exclusivement à l'octroi au père des enfants C. et D. d'un droit de visite et d'hébergement, respectivement à l'aménagement et à l'encadrement de l'exercice de ce droit. Les deux décisions rendues contradictoirement entre parties les 31 juillet 2018 et 18 janvier 2019 portaient sur cette même question. Le dernier jugement a fixé la continuation des débats au 24 avril 2019 où l'affaire a été remise à une audience ultérieure en raison de l'absence de A.

Au vu de ces éléments et des dispositions des articles 75 et 76 du Nouveau Code de procédure civile, le juge de première instance a, à juste titre et pour des motifs que la Cour fait siens, statué par un jugement contradictoire à l'égard de A.

Il se dégage de la motivation du jugement entrepris que ce n'est qu'à l'audience du 5 juin 2019 qu'B. a formulé sa demande tendant à voir fixer la résidence habituelle des enfants communs auprès de lui et ce en l'absence de A..

Conformément aux conclusions de cette dernière et du représentant du ministère public, cette demande diffère cependant des demandes initiales des parties de par son objet et elle ne peut être considérée comme ayant été implicitement contenue dans celles-ci se rapportant exclusivement à l'octroi et à l'aménagement du droit de visite et d'hébergement du père à l'égard des enfants C. et D.



Or, l'article 63 du Nouveau Code de procédure civile dispose que « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ».

En l'occurrence, le jugement du 9 janvier 2019 avait fixé l'affaire à l'audience du 24 avril 2019 « *pour continuation des débats* » sur les demandes initiales des parties et la lettre de convocation du 15 mai 2019 pour l'audience du 5 juin 2019 renseigne également comme objet de la comparution une « *continuation des débats* ».

A. n'a ainsi pas été appelée pour entendre statuer sur la demande d'B. concernant le transfert de la résidence habituelle des enfants communs. N'ayant pas été présente à l'audience, elle n'a pas non plus pu être entendue à ce sujet.

Or, en vertu de l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile, le juge doit en toute hypothèse faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Le débat contradictoire est ainsi de l'essence même de la procédure judiciaire en ce qu'il constitue un des piliers du procès équitable et du respect des droits de la défense. Sans contradiction, impliquant que chaque partie soit informée à tout moment des démarches procédurales des autres acteurs impliqués, que se soient ses adversaires, les juges ou les autres intervenants dans la procédure, l'instance ne peut jouir de la crédibilité et de l'acceptation nécessaires pour assurer sa légitimité et celle de la décision adoptée en fin de parcours. La violation de ces principes entraîne la nullité de la décision.

En recevant la demande d'B. et en la déclarant fondée, le juge de première instance a violé les textes cités ci-dessus et son jugement encourt l'annulation (T. Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 45, pp. 64 et 65).

L'appel de A. est donc fondé.

En cas d'annulation par le juge d'appel d'un jugement définitif, ayant statué sur le fond, le juge d'appel, sans avoir à évoquer le litige, statue sur le fond de l'affaire en vertu de l'effet dévolutif de l'appel qui crée pour lui l'obligation de juger le procès (Cour d'appel 17 juin 1953, Pas. 15, p. 502).

En vertu de l'effet dévolutif de l'appel, la Cour est investie de la connaissance de la demande d'B. présentée devant le juge de première instance à l'audience du 5 juin 2019 et tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants communs C. et D. auprès de lui.

Eu égard à l'absence de A. à la prédite audience et aux textes de loi cités ci-dessus, cette demande doit, être déclarée irrecevable.

Succombant dans sa demande B. doit supporter les frais et dépens des deux instances.

#### PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel des décisions du juge des tutelles, statuant contradictoirement, l'avocat des mineurs, les mandataires des parties et la représentante du Ministère public entendus en leurs conclusions en chambre du conseil,

reçoit l'appel en la forme,

le dit fondé,

annule le jugement du 19 juin 2019,

dit irrecevable la demande d'B. tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants communs C. et D. auprès de lui,

condamne B. aux frais et dépens des deux instances.

CASS. FR., CIV. 2<sup>ème</sup>, 22 OCT. 2020

Pourvoi n° 19-15985

**Principe de la contradiction – Moyen relevé d'office par le juge – Procédure orale – Absence d'une partie à l'audience – Impossibilité de présumer la tenue d'un débat contradictoire**

*Statuant en appel sur une décision du bâtonnier en matière d'honoraires d'un avocat, le premier président de la cour d'appel ne peut relever d'office le moyen pris de ce que la convention d'honoraires aurait été inapplicable en raison du dessaisissement de l'avocat avant l'achèvement de sa mission, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. En outre, si une partie n'est pas présente à l'audience dans le cadre d'une procédure orale, il doit ressortir de la décision ou des pièces du dossier que l'autre partie a été invitée à formuler ses observations sur le moyen relevé d'office, alors qu'il ne saurait être présumé qu'un tel moyen relevé d'office par le juge a été débattu contradictoirement.*

Voir obs. p. 109.

## EXTRAITS

**LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :**

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des présidents et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

## Faits et procédure

1. Selon l'ordonnance attaquée rendue par le premier président d'une cour d'appel (Bordeaux, 5 mars 2019), le 11 avril 2017, M. R... a conclu avec la société Legalcy avocats conseils, avocat au barreau de la Charente (l'avocat), une convention d'honoraires en vue de la défense de ses intérêts dans une procédure juridictionnelle.

2. Après avoir acquitté trois factures pour un montant total de 4 200 euros TTC, il a refusé de régler deux nouvelles factures d'un montant de 1 800 euros TTC chacune et a porté sa contestation devant le bâtonnier de l'ordre.

## Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa première branche

**ÉNONCÉ DU MOYEN :**

3. La société Legalcy avocats conseils fait grief à l'ordonnance de fixer le montant global de ses honoraires à la somme de 2 200 euros TTC et de l'inviter à restituer à M.

R... la somme de 2 000 euros à titre de trop-perçu, alors « que tenu de faire respecter et de respecter lui-même la contradiction, le juge ne peut relever d'office un moyen sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en relevant d'office le moyen pris de ce que la convention d'honoraires aurait été inapplicable en raison du dessaisissement de l'avocat avant l'achèvement de sa mission, sans avoir invité les parties à présenter leurs observations, quand M. R... n'avait ni comparu ni soutenu un tel moyen dans sa lettre de saisine, la juridiction du premier président a méconnu les exigences de la contradiction et violé l'article 16 du code de procédure civile. »

## Réponse de la Cour

Vu l'article 16 du code de procédure civile :

4. Aux termes de ce texte, le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

5. En procédure orale, il ne peut être présumé qu'un moyen relevé d'office par le juge a été débattu contradictoirement, dès lors qu'une partie n'était pas présente à l'audience.

6. Pour dire y avoir lieu d'arbitrer le temps passé par l'avocat au soutien des intérêts de M. R..., comme le taux horaire de sa rémunération, en considération non pas des stipulations de la convention d'honoraires conclue entre

les parties, mais des critères fixés par l'article 10, alinéa 4, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, l'ordonnance énonce que le mandat du conseil ayant pris fin avant l'achèvement de sa mission, les parties ne peuvent plus se prévaloir des stipulations de cette convention.

7. En statuant ainsi, alors que M. R... n'était pas présent à l'audience et qu'il ne ressort ni de la décision ni des pièces du dossier de procédure que la partie présente ait été, au préalable, invitée à formuler ses observations sur le moyen relevé d'office, pris de la caducité de la convention d'honoraires, la juridiction du premier président a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 5 mars 2019, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Bordeaux ;

Remet l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cette ordonnance et les renvoie devant la juridiction du premier président de la cour d'appel de Bordeaux, autrement composée ;

Condamne M. R... aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, prononcé par le président en son audience publique du vingt-deux octobre deux mille vingt et signé par lui et Mme Martinel, conseiller doyen, en remplacement du conseiller référendaire rapporteur empêché, conformément aux dispositions des articles 452 et 456 du code de procédure civile.

#### MOYEN ANNEXE au présent arrêt :

Moyen produit par la SCP Gaschignard, avocat aux Conseils, pour la société civile professionnelle Legalcy avocats conseils et M. Y... Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir fixé l'honoraire dû par M. R... à la SCP Legalcy et Me Y... à la somme de 2.200 € TTC, et d'avoir « invité » ces derniers à restituer la somme de 2.000 € à titre de trop-perçu d'honoraires,

AUX MOTIFS QUE sur la validité de la convention d'honoraires, s'il est constant que si M. M... R... a confié à la société Legalcy ses intérêts dans un litige relatif au congé pour vendre que lui avait adressé son bailleur le mandat du conseil a pris fin avant l'achèvement de la mission si bien que les parties ne peuvent se prévaloir des dispositions de la convention ; que, sur les diligences mises en compte, il

appartient donc à la juridiction de l'honoraire d'arbitrer tant le temps passé que le taux horaire en considération des critères de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 et des dispositions du RIN, étant précisé que, conformément au droit commun de la preuve, il appartient au conseil de justifier des diligences accomplies ; que M. M... R... estime que les temps décomptés par le conseil sont manifestement exagérés compte tenu de la difficulté relative de son dossier ; que le conseil verse aux débats une fiche horaire au terme de laquelle il arrête le temps passé sur le dossier M. M... R... à 32 heures ; qu'au vu des pièces versées aux débats, qui restent peu nombreuses, il apparaît que les temps décomptés sont très généreux ; que c'est ainsi qu'on relèvera que la mise au point de l'assignation est facturée plus de 10 heures et que si le document en question comporte 16 pages, l'historique du dossier et le rappel des textes applicables (copier/coller) en occupe plus de 10 et le dispositif les deux dernières ; qu'on relèvera également au 11 mai 2017 et au 24 juillet 2017 la mise en compte de 6 heures pour rédaction d'actes, sans autres précisions, que rien ne vient justifier ; que par ailleurs, il convient d'observer que le moindre courrier ou courriel de transmission est facturé sur la base de 10 minutes du temps du conseil, ce qui n'est pas justifié ; qu'en considération de ces éléments, s'agissant d'un dossier de difficulté très moyenne, qui a donné lieu à la date de la rupture des relations entre les parties à la rédaction d'une assignation et d'un jeu de conclusions, rendez-vous et courriers compris, il conviendra d'arbitrer le temps passé à 10 heures ; que, sur le taux horaire, la fiche horaire révèle que l'essentiel du travail est l'oeuvre d'un collaborateur et que le cabinet décompte au même taux, le travail juridique mais également le travail plus « administratif » (courriers, courriels et communications téléphoniques) ; que le taux horaire sera arbitré à 200 € HT, soit 220 € TTC ; que, sur le montant de l'honoraire dû et le compte des parties, le montant dû ressort ainsi à 200 € x 10 h = 2.200 € TTC ; que M. M... R... ayant réglé 4.200 € (la consultation du 6 mars 2017 ayant été réglée après service rendu et avant la signature de la convention n'entre pas dans le calcul), le conseil devra lui restituer une somme de 2.000 €.

1°- ALORS QUE tenu de faire respecter et de respecter lui-même la contradiction, le juge ne peut relever d'office un moyen sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en relevant d'office le moyen pris de ce que la convention d'honoraires aurait été inapplicable en raison du dessaisissement de l'avocat avant l'achèvement de sa mission, sans avoir invité les parties à présenter leurs observations, quand M. R... n'avait ni comparu ni soutenu un tel moyen dans sa lettre de saisine, la juridiction du premier président a méconnu les exigences de la contradiction et violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2° – ALORS QUE la SCP Legalcy et M. Y... faisaient valoir (conclusions, p. 13) que les honoraires déjà réglés par Monsieur R... l'avaient été après service rendu de sorte qu'ils n'étaient pas susceptibles d'être remis en cause ; qu'en statuant comme ci-dessus, et en ordonnant la restitu-

tion d'une partie de ces honoraires sans répondre à ces conclusions, la juridiction du premier président a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3° – ALORS QU'il résulte de la fiche de diligences produite par la SCP Legalcy que la rédaction de l'assignation a été facturée pour 4 heures ; qu'il en résulte encore que plusieurs courriers ou courriels ont été facturés pour 5 minutes (19 avril, 11 mai) ; qu'en retenant que la mise au point de l'assignation avait été facturée « plus de 10 heures » et que le moindre courrier ou courriel était fac-

turé sur la base de 10 minutes, la cour d'appel a dénaturé le document susvisé et violé l'article 1192 du Code civil ;

4° – ALORS, en tout état de cause, QUE le taux normal de la taxe sur la valeur ajoutée, applicable aux prestations d'avocat, est de 20 % ; qu'en arbitrant le taux horaire à 200 € HT, soit 220 € TTC, puis en décidant que le montant total des honoraires dus s'élève à « 200 € x 10 h = 2.200 € TTC », la juridiction du premier président a violé l'article 278 du code général des impôts.

### Observations

Comme le résume très justement la Cour d'appel de Luxembourg dans un arrêt du 23 octobre 2019, « *le débat contradictoire est (...) de l'essence même de la procédure judiciaire en ce qu'il constitue un des piliers du procès équitable et du respect des droits de la défense. Sans contradiction, impliquant que chaque partie soit informée à tout moment des démarches procédurales des autres acteurs impliqués, que se soient ses adversaires, les juges ou les autres intervenants dans la procédure, l'instance ne peut jouir de la crédibilité et de l'acceptation nécessaires pour assurer sa légitimité et celle de la décision adoptée en fin de parcours. La violation de ces principes entraîne la nullité de la décision.* »<sup>1</sup>.

Organisée essentiellement aux articles 63 à 66 du NCPC<sup>2</sup>, la contradiction implique d'abord et avant tout qu'une partie ne soit pas jugée sans avoir été entendue ou appelée. L'acte introductif d'instance tend précisément à répondre à cette exigence, en permettant au défendeur de connaître précisément les prétentions de son adversaire. Or, celles-ci peuvent évoluer au cours de l'instruction de l'affaire ou lors des plaidoiries. Si le défendeur fait défaut ou n'est plus présent ou représenté en cours d'instance, il ne saurait être jugée sur des prétentions que le demandeur n'avait pas formulées dans l'acte de saisine du juge.

C'est ce que rappelle l'arrêt précité du 23 octobre 2019 où la Cour d'appel censura les premiers juges pour avoir fait droit aux prétentions du demandeur, formulées lors d'une audience de plaidoiries en continuation des débats à laquelle la défenderesse n'était ni présente, ni représentée, et tendant à la fixation, auprès de lui, de la résidence habituelle des deux enfants communs, alors qu'il s'était borné à solliciter, dans sa requête introductive d'instance devant le tribunal de la jeunesse et des tutelles, l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement

à l'égard de ces enfants communs. La Cour d'appel a considéré que la défenderesse n'avait pas été appelée à comparaître sur une demande de transfert de la résidence habituelle des enfants communs et que, n'ayant pas été présente à l'audience en continuation des débats, elle n'a pas non plus pu être entendue à ce sujet<sup>3</sup>.

Chargée, aux vœux de l'article 65 du NCPC, de faire observer le principe de la contradiction en toutes circonstances, la Cour d'appel a donc logiquement déclaré irrecevable la demande de transfert de la résidence habituelle des enfants communs qui n'était pas contenue dans l'acte introductif d'instance et à laquelle les premiers juges avaient fait droit, en violation de l'article 63 du même code.

Telle est également la solution retenue dans un litige en matière de droit du travail où le salarié s'était manifestement désintéressé de son affaire et où l'employeur ne s'était plus préoccupé du sort de la demande dirigée à son encontre, alors qu'il avait été déclaré en état de faillite en cours d'instance. Après une douzaine de refixations de l'affaire devant le Tribunal du Travail d'Esch-sur-Alzette, l'État avait insisté pour plaider l'affaire sur la question du remboursement des indemnités de chômage qu'il avait versées au salarié, alors même qu'aucune des autres parties n'était plus présente ou représentée à l'audience. Dans un arrêt du 14 février 2019, la Cour d'appel censura les premiers juges qui avaient fait droit à cette demande de l'État, alors qu'il ne résultait pas, « *à la lecture du jugement attaqué, que [le salarié et l'employeur] contre lesquels la demande en remboursement des indemnités de chômage a été dirigée, eussent été informés de la demande présentée oralement par l'État à l'audience du 2 mai 2017 et partant qu'[ils] eussent été à même de débattre contradictoirement sur le fondement et la valeur des prétentions de l'État* »<sup>4</sup>.

1. CA Lux., 1<sup>ère</sup> ch., 23 oct. 2019, n° CAL-2019-00693.

2. Le principe de la contradiction est également prévu à l'article 56 du NCPC. Il est « *à rapprocher des notions de droits de la défense, loyauté, équité et égalité des armes tels qu'instaurés par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », CA Lux., 8<sup>ème</sup> ch., 14 févr. 2019, n° CAL-2017-00024. Pour un bilan général sur l'application du principe de la contradiction en droits français, belge, allemand et luxembourgeois, v. le rapport du Recteur Serge Guinchard sur *Le principe de la contradiction en droit comparé*, in

*Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, dir. V. Bolard & M. Pierrat, Dalloz thèmes et commentaires, 2019, pp. 363 et s.

3. Si la défenderesse avait comparu lors de l'audience en continuation des débats, elle aurait pu le cas échéant contester le caractère nouveau de la demande en transfert de la résidence habituelle des enfants, ce qui aurait conduit les premiers juges à examiner sa recevabilité au regard de l'article 53 du NCPC.

4. CA Lux., 8<sup>ème</sup> ch., 14 février 2019, n° CAL-2017-00024.

La cour rappela que la contradiction « signifie que chacune des parties a été mise en mesure de discuter l'énoncé des faits, les prétentions et les moyens juridiques que ses adversaires lui ont opposés ». La Cour poursuit en énonçant que ce principe « implique que le demandeur informe en temps utile le défendeur de ses prétentions, ainsi que des moyens de fait et de droit et des éléments de preuve qui sont invoqués à l'appui des prétentions ». Cet énoncé eût toutefois mérité d'être plus exhaustif et viser non pas le seul demandeur mais chacune des parties, la cour ayant également appliqué ce principe à l'État, mis en intervention en qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi.

En tout état de cause, le juge doit veiller à ce que « les débats soient eux-mêmes contradictoirement menés dans le cadre d'une audience publique, ou bien dans le cadre d'une audience non publique ». Et la Cour d'appel considéra que les premiers juges avaient méconnu le principe de la contradiction « en s'abstenant de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure afin de mettre les défendeurs à la demande de l'ÉTAT en mesure de s'expliquer sur le bien-fondé et l'envergure de la demande en remboursement des indemnités de chômage réclamées ».

Cette solution n'est toutefois pas sans interroger sur les modalités pratiques qu'elle entraîne dans le cadre d'une procédure orale où les demandeur et défendeur principaux ne sont plus présents ni représentés aux audiences successives auxquelles l'affaire est appelée. Le simple renvoi de l'affaire à une audience ultérieure n'est pas de nature à faire connaître les prétentions que l'État entendra y élever.

Pour remédier à cette impasse résultant du désintérêt du salarié et de l'employeur quant au sort de l'affaire principale, le juge pourrait inviter l'État à introduire une requête en condamnation du salarié en remboursement des indemnités de chômage versées, à en solliciter la jonction avec l'affaire principale, afin de pouvoir statuer sur des prétentions sur lesquelles le salarié a été entendu ou appelé.

Si la contradiction implique qu'une partie ne puisse être pas jugée sans avoir été entendue ou appelée, elle commande, plus largement et comme l'a rappelé la Cour d'appel dans son arrêt du 23 octobre 2019, « que chaque partie soit informée à tout moment des démarches procédurales des autres acteurs impliqués »<sup>5</sup>. Ainsi, les mesures d'instruction exécutées par un technicien doivent également être accomplies dans le respect du principe du contradictoire. Dans un jugement rendu le 24 juin 2020, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg rappela, à cet égard, que « l'expertise judiciaire, en tant que prolongement de l'instance judiciaire, participe à toutes les exigences du contradictoire. Le principe du contradictoire exige que les opérations des experts se fassent en présence des parties ou elles dûment convoquées »<sup>6</sup>. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de préciser, à de nombreuses reprises, les contours de la contradiction dans la conduite des mesures d'instruction ordonnées par le juge. Dans le jugement en question, le tribunal précisa à toutes fins utiles avant le commencement des opérations d'expertise que « tout médecin-conseil auquel une partie aurait recours doit de toute évidence s'abstenir d'entrer en contact avec

l'expert judiciaire en dehors des limites du contradictoire, et que l'expert judiciaire doit se refuser le cas échéant à tout contact qui se déroulerait en dehors des limites du contradictoire ». De façon générale, l'expert ne saurait avoir des échanges écrits ou oraux avec l'une des parties, ni recueillir de sa part des informations ou des pièces, sans que ces échanges, informations ou pièces n'aient été communiquées à l'ensemble des autres parties afin de leur permettre d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport. L'article 64 du NCPC rappelle utilement que « les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». Chargé de faire observer le principe de la contradiction en toutes circonstances par l'article 65 du même code, le juge ne saurait retenir dans sa décision les conclusions d'un rapport d'expertise que si les parties ont préalablement été à même d'en débattre contradictoirement devant l'expert avant la finalisation et le dépôt de ce rapport.

Si la contradiction doit, sous le contrôle du juge, être respectée par chacune des parties et des autres acteurs impliqués dans l'instance judiciaire, tel l'expert, elle doit également observée par le juge lui-même. En d'autres termes, l'obligation faite au juge de veiller au respect du contradictoire ne concerne pas seulement le contrôle qu'il doit exercer des rapports qu'entre-tiennent les parties ou des autres acteurs impliqués dans l'instance judiciaire. Elle s'impose aussi au juge lui-même, indépendamment de toute demande ou de tout moyen que les parties auraient formulé. Telle est l'exigence également posée par l'article 65 du NCPC aux termes duquel « le juge doit en toutes circonstances (...) observer lui-même le principe de la contradiction ».

La Cour de cassation française a ainsi censuré une ordonnance de taxe des honoraires d'un avocat rendue par le Premier président de la cour d'appel de Bordeaux qui avait relevé d'office la caducité d'une convention d'honoraires conclue avec le client de cet avocat, en raison du dessaisissement de dernier, et qui avait décidé d'arbitrer le temps passé et le taux horaire de l'avocat sur base des critères fixés par l'article 10, alinéa 4, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Or, ce moyen ne figurait pas dans la lettre de saisine du Premier président par le client de l'avocat et n'avait pas été soutenu par celui-ci, faute pour lui d'avoir été présent à l'audience. Quant à l'avocat du client, certes représenté à l'audience, il ne ressortait pas de l'ordonnance déferée à la Cour de cassation, ni des pièces du dossier de procédure, qu'il ait été, au préalable, invité à formuler ses observations sur le moyen relevé d'office et pris de la caducité de la convention d'honoraires.

Sous le visa de l'article 16 du Code de Procédure civile français, qui correspond à l'article 65 du NCPC luxembourgeois, la Cour de cassation posa le principe selon lequel « en procédure orale, il ne peut être présumé qu'un moyen relevé d'office par le juge a été débattu contradictoirement, dès lors qu'une partie n'était pas présente à l'audience »<sup>7</sup>. En d'autres termes, lorsque l'une des parties au litige n'est pas présente ou représentée, le respect de la contradiction commande au juge d'être particulièrement

5. CA Lux., 1<sup>ère</sup> ch., 23 octobre 2019, n° CAL-2019-00693.

6. Trib. arr. Lux., 1<sup>ère</sup> ch., 24 juin 2020, n° TAL-2018-01382.

7. Cass. civ., 2<sup>ème</sup> ch., 22 octobre 2020, n° 19-15985. Dans le même sens, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 mai 2003, Bull. civ. n° 137 ; D. 2003, IR 1605 ; Gaz. Pal. 78 avril 2004, p. 18, obs. du Rusquec.



soucieux du respect de ce principe et, s'il entend relever d'office un moyen, il doit résulter de sa décision ou des pièces de procédure, qu'il a entendu les observations de l'autre partie sur ce moyen avant de statuer.

Cette exigence est d'ailleurs d'autant plus prégnante dans le cadre d'une procédure orale où le respect d'un débat contradictoire ne peut être présumé. Cet arrêt de la Cour de cassation française prend le contrepied d'un arrêt rendu en 2003 par la Chambre sociale de cette même cour qui avait jugé que dans une procédure orale, les moyens et prétentions sont présumés, sauf preuve contraire, avoir été contradictoirement débattus à l'audience<sup>8</sup>. Il est toutefois probable que la Chambre sociale suive, à l'avenir, la position de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation à laquelle sont généralement dévolues les questions de procédure civile.

Quoi qu'il en soit, dans ce type d'hypothèses où la procédure est orale, le juge d'appel ou la Cour de cassation, chargé de vérifier que le principe du contradictoire a bien été observé par le juge ayant rendu la décision entreprise, ne dispose bien souvent que de l'acte introductif d'instance et de la décision subséquente. La motivation de cette dernière est donc essentielle pour établir que le principe de la contradiction a ou non été observé. C'est d'ailleurs sur base de la « *motivation du jugement entrepris* »<sup>9</sup> que la Cour d'appel a, dans son arrêt du 23 octobre 2019, censuré les premiers juges pour violation du principe du contradictoire, après avoir relevé que ce n'était qu'à l'audience en continuation des débats à laquelle la défenderesse n'était pas présente, ni représentée, que le demandeur avait formulé une demande nouvelle.

Parmi les différentes décisions commentées, l'une mérite enfin des développements complémentaires sur la portée du principe de la contradiction. Dans l'affaire portée devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, une des parties civiles avait soulevé un incident dans le cadre du déroulement des opérations d'expertise, au sujet de la présence, qu'elle contestait, du médecin-conseil de l'assureur lors de l'exécution de la mission d'expertise médicale, ce qui constituerait une atteinte à sa vie privée et intime. À l'appui de ces développements, elle invoquait différents principes ayant une traduction juridique à savoir la protection de la vie privée et de la dignité de la personne humaine visée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 10 de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme, ainsi que la sauvegarde du secret médical protégé par l'article 458 du Code pénal.

De son côté, l'assureur qui était partie à l'instance pour y être intervenu volontairement, soutenait qu'il avait droit, à ce titre, d'assister à l'intégralité des opérations d'expertise (à l'exclusion de l'examen clinique), en application du principe du contradictoire qui, selon lui, serait un principe absolu consacré par les articles 63 à 66 du NCPC et par l'article 6 de la

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Après avoir, d'une part, rappelé l'article 366 du NCPC qui permet aux parties de se faire assister lors des opérations d'expertise par leur médecin-conseil ou leur médecin traitant, qui peuvent suivre les opérations d'expertise et présenter des observations orales et, d'autre part, considéré que le secret professionnel ne s'opposait pas à ce qu'une des parties s'adjoigne les conseils d'une autre personne dans le cadre de l'expertise, pour autant que la présence de cette personne soit compatible avec la protection de la vie privée et de l'intimité du corps humain et qu'elle soit utile ou pertinente, le tribunal considéra qu'il y avait lieu de mettre en balance les intérêts divergents des parties, en faisant « *prévaloir les exigences du procès contradictoire* », tout en y apportant des « *aménagements* »<sup>10</sup>.

Dans ce jugement, tribunal rappela que le principe du contradictoire souffre déjà des exceptions si la présence des autres parties aux opérations d'expertise de la victime d'un accident est inopportune, voire contraire au droit à l'intimité de la victime<sup>11</sup> ou s'il se heurte au secret professionnel ou au principe du respect de la vie privée<sup>12</sup>.

Puis, rejoignant les moyens de l'assureur, le tribunal considéra que la participation du médecin-conseil aux discussions antérieures et postérieures à l'examen clinique, à l'exclusion de cet examen même qui constitue « *la partie la plus intime des opérations d'expertise* », permet à l'assureur de discuter, le cas échéant, le caractère justifié du choix de l'expert d'exclure tel ou tel élément pour établir ses conclusions et, plus généralement, lui permet d'avoir connaissance de tous les éléments de nature à influencer sur l'indemnisation à laquelle peut prétendre la victime.

En définitive, si l'anamnèse complète<sup>13</sup> de la victime apporte une atteinte à la vie privée et intime de la victime, cette atteinte est moindre que la participation du médecin-conseil à l'examen clinique et elle est justifiée par les exigences du contradictoire. En outre, cette participation du médecin-conseil aux discussions antérieures et postérieures à l'examen clinique est une mesure pertinente pour pouvoir pleinement saisir les constatations et interrogations de l'expert et le questionner sur des points qui peuvent requérir un éclairage complémentaire.

Ce faisant, le tribunal a reconnu la prééminence du principe de la contradiction auquel il ne saurait être dérogé, mais qui peut faire l'objet d'aménagements lorsque d'autres principes juridiquement protégés sont également en jeu.

**GUY PERROT**

*Avocat à la Cour*

*Président de la Commission de procédure civile  
du Barreau de Luxembourg  
Chargé de cours associé  
à l'Université de Luxembourg*

8. Cass. soc. 8 octobre 2003, Bull. civ. V., n° 254.

9. CA Lux., 1<sup>ère</sup> ch., 23 octobre 2019, n° CAL-2019-00693.

10. Trib. arr. Lux., 1<sup>ère</sup> ch., 24 juin 2020, n° TAL-2018-01382.

11. CA Lux., (pénal) 4 juillet 2012, Pas. 36, p. 235. V. aussi l'article 477 du NCPC qui dispose que « *l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé*

*en dehors de l'instance si ce n'est que sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée* ».

12. CA Lux., 20 avril 2016, Pas. 38, p. 55.

13. Larousse : Ensemble des renseignements fournis au médecin par le malade ou par son entourage sur l'histoire d'une maladie ou les circonstances qui l'ont précédée.

## ORD. CME, 22 NOV. 2019

Ordonnance n<sup>os</sup> 291/00, 1399/09, 16/10, n<sup>o</sup> 36263, 36264, 36261 du rôle

### Magistrat de la mise en état – Constatation de l'extinction de l'instance – Compétence limitée aux cas donnant lieu à contestation (non)

*La compétence attribuée par l'article 210 du NCPC au magistrat de la mise en état pour constater l'extinction de l'instance n'est pas limitée aux seuls cas ne donnant pas lieu à contestation.*

*Voir obs. p. 115.*

#### EXTRAITS

##### ORDONNANCE

Par un exploit du 23 mars 2010, A) a relevé appel d'un jugement rendu le 30 octobre 2000, sous le numéro 291/00, par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Cette affaire a été introduite sous le numéro de rôle 36263.

Par un deuxième exploit du même jour, A) a relevé appel d'un jugement rendu le 3 décembre 2009, sous le numéro 1399/09 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Cette affaire a été introduite sous le numéro de rôle 36361.

Par exploit du 24 mars 2010, A) a relevé appel d'un jugement rectificatif rendu le 20 janvier 2010, sous le numéro 16/10 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Cette affaire a été introduite sous le numéro de rôle 36264.

À la suite du décès d'A), survenu le 21 octobre 2013, son fils B), agissant en sa qualité d'héritier à titre universel, a, par un acte notifié le 25 février 2014, déclaré reprendre les instances introduites suivant les exploits des 23 et 24 mars 2010.

La société anonyme de droit allemand C) (ci-après C)) demande au magistrat de la mise en état, dans le cadre des affaires introduites sous les numéros de rôle 36263, 36264 et 36361, de constater l'extinction de l'instance à son égard, sur le fondement de l'article 210 du Nouveau Code de procédure civile, de statuer sur les frais, sur le fondement de l'article 213 du même Code, et enfin de lui allouer des dommages et intérêts d'un montant de

25.000 euros du chef de procédure abusive et vexatoire, outre une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Par demande verbale, formulée lors d'une conférence de la mise en état tenue le 3 octobre 2019, laquelle demande a été réitérée par courrier daté du 4 octobre 2019, les parties ont été invitées à présenter des conclusions concernant la faculté pour le magistrat de la mise en état de constater, en l'espèce, l'extinction de l'instance au regard des dispositions de l'article 210 du Nouveau Code de procédure civile.

Lors d'une conférence de la mise en état tenue le 23 octobre 2019, les parties ont été invitées à verser, séparément, l'ensemble des écritures dont elles entendent faire état concernant la demande d'extinction.

Ces fardes de procédure séparées, spécifiques, ont été remises au magistrat de la mise en état lors d'une conférence de la mise en état qui s'est tenue le lendemain.

Au soutien de sa demande, C) fait valoir, qu'eu égard à l'arrêt rendu le 9 novembre 2017, sous le numéro 78/2017, par la Cour de cassation, il y a extinction de l'instance à son égard du fait de l'autorité de la chose jugée.

Celle-ci s'imposerait concernant les dispositions de l'arrêt frappé de pourvoi, non attaquées ou non accueillies par la Cour de cassation.

Elle affirme avoir obtenu gain de cause en première instance et en instance d'appel et fait valoir que la Cour de cassation n'a pas accueilli les moyens présentés contre l'arrêt de la Cour d'appel, pour autant qu'ils visent C).

« La procédure et l'action » à l'encontre de C) n'auraient partant « plus lieu d'être au risque de juger ce qui a déjà été jugé ».

La compétence du magistrat de la mise en état aux fins de constater l'extinction de l'instance, en application de l'article 210 du Nouveau Code de procédure civile, serait « *indéniable* ».

Enfin, C) conclut à la condamnation de B) à lui payer des dommages et intérêts d'un montant de 25.000 euros pour procédure abusive et vexatoire ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

B) estime que le magistrat de la mise en état ne peut pas faire droit à la demande de C), pareille décision relevant des attributions de la composition collégiale.

Il apparaîtrait, à la lecture de la jurisprudence et de la doctrine françaises, que le cas d'espèce ne ferait pas partie du « *nombre limité d'incidents relatifs à l'instance pouvant donner lieu à une décision du juge de la mise en état sur le fondement précité* » (i.e. l'article 210 du Nouveau Code de procédure civile) ».

La demande de C) devrait être rejetée par le magistrat de la mise en état, « *à défaut d'être dans l'un des cas de figure permettant au juge de la mise en état de constater l'extinction de l'instance* ».

Il soutient, en outre, que le dispositif de l'arrêt de cassation du 9 novembre 2017 est clair en ce qu'il a annulé l'arrêt du 15 juillet 2016 « *dans son intégralité* » et a « *remis les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé* ».

Rien dans ce dispositif ne permettrait de conclure à une mise hors de cause de C) ou à une extinction de l'instance à son égard.

Selon B), la détermination de la portée de la cassation en fonction du seul dispositif s'imposerait également au vu de la jurisprudence et de la doctrine françaises.

La juridiction de renvoi serait dès lors saisie à nouveau de l'entière du litige, à l'égard de toutes les parties.

D) se rapporte à prudence de justice.

#### Motifs de la décision

Concernant les règles procédurales à suivre pour l'instruction d'une affaire devant la Cour d'appel, sous le contrôle d'un conseiller de la mise en état, l'article 599 du Nouveau Code de procédure civile renvoie aux articles 203 à 228 du même Code.

L'article 210 du Nouveau Code de procédure civile se lit comme suit : « *Le juge de la mise en état constate l'extinction de l'instance.* »

Normalement, l'extinction de l'instance résulte de la décision de justice qui tranche la question dont le juge a été saisi. Dans un certain nombre d'hypothèses toutefois,

l'instance se termine autrement que par une décision de justice. Il arrive que l'instance s'éteigne accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie. Il arrive également que l'instance s'éteigne, à titre principal, par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de l'exploit introductif d'instance (cf. G. Couchez, J.-P. Langlade et D. Lebeau, Procédure civile, Dalloz, n<sup>os</sup> 407, 1071 et 1072).

B) ne précise pas quels seraient les « *cas de figure* » qui, selon lui, permettraient au magistrat de la mise en état de constater l'extinction de l'instance ou qui ne lui permettraient pas de la constater.

Il est vrai que l'article 210 du Nouveau Code de procédure civile ne donne pas, sur ce point, compétence exclusive au juge de la mise en état (cf. Cour de cassation, 09.07.2015, arrêt n<sup>o</sup> 70/15, n<sup>o</sup> 3519 du registre).

En effet, si tel avait été le cas, le législateur l'aurait spécifié à l'article 212 du même Code, lequel donne compétence exclusive au magistrat de la mise en état jusqu'à son dessaisissement pour statuer sur les exceptions dilatoires ainsi que sur les nullités pour vice de forme et pour ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction.

Toutefois, les articles pertinents du Nouveau Code de procédure civile ne mentionnent aucunement le critère permettant de distinguer les questions relevant de la compétence du magistrat de la mise en état de celles relevant de la compétence de la composition collégiale.

Seul l'usage du mot « *constate* » permettrait de penser que la prérogative conférée au magistrat de la mise en état par l'article 210 précité serait limitée aux cas ne donnant pas lieu à contestation et qu'*a contrario*, la composition collégiale serait seule compétente pour trancher une contestation au sujet de l'extinction de l'instance.

Cette interprétation s'appuie sur la considération qu'en présence d'une telle contestation, le magistrat de la mise en état ne serait pas appelé à faire une simple constatation, laquelle équivaldrait à un « *donné acte* », mais bien plutôt à « *statuer* » (cf. Encyclopédie Dalloz, Procédure civile, v<sup>o</sup> Mise en état, 2012, n<sup>o</sup> 102).

Cependant, force est de constater que l'article 210 du Nouveau Code de procédure civile est formulé en des termes très généraux et que ni cet article ni aucune autre disposition légale ne limite la compétence du magistrat de la mise en état, à une ou plusieurs hypothèses d'extinction de l'instance parmi celles évoquées plus haut ni ne limite sa compétence aux seuls cas ne donnant pas lieu à contestation.

D'autre part, l'article 214, alinéa 2 du même Code précise que, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 210, le magistrat de la mise en état « *statue par ordonnance*

motivée » (cf. en ce sens H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, tome III, Sirey, 1991, n° 382).

Enfin, la règle, édictée à l'article 216 du Nouveau Code de procédure civile, suivant laquelle les ordonnances du magistrat de la mise en état n'ont pas, au principal, autorité de la chose jugée, réserve « les ordonnances rendues conformément aux articles 210, 212 a) et 213 ».

Il est encore relevé que la Cour de cassation n'a pas fait sienne cette interprétation restrictive du terme « constater » puisque, dans son arrêt précité du 9 juillet 2015, la Haute juridiction a précisé que « l'article 210 du Nouveau Code de procédure civile ne donne pas compétence exclusive au juge de la mise en état pour statuer sur l'extinction de l'instance ».

Il suit de là que l'interprétation restrictive du terme « constate » évoquée ci-dessus, ne saurait être retenue.

B) soutient d'autre part qu'il n'y aurait pas extinction de l'instance à l'égard de C) au vu de la jurisprudence et de la doctrine françaises, attachées à une détermination de la portée de la cassation en fonction du seul dispositif, et des termes employés dans le dispositif de l'arrêt de cassation du 9 novembre 2017, les parties ayant été remises « dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé ».

La question litigieuse concerne la portée de l'annulation prononcée en l'espèce par la Cour de cassation et, de manière corrélatrice, l'étendue de la saisine de la juridiction de renvoi.

Selon la jurisprudence récente de la Cour de cassation française, consacrée par l'Assemblée plénière, la cassation d'un arrêt, expressément prononcée en toutes ses dispositions, investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit, quel que soit le moyen qui a déterminé la cassation de sorte que la juridiction de renvoi ne doit pas limiter sa saisine à l'examen des seuls moyens invoqués à l'appui du pourvoi et accueillis par la Cour de cassation et déclarer irrecevables les autres moyens (cf. not. Cass. Com. 15.10.2002, Bull. civ. IV, 2002, n° 142 ; 2<sup>e</sup> civ. 13.07.2006, Bull. civ. 2006, II, n° 207 ; Ass. plén. 27.10.2006, Bull. civ. 2006, Ass. plén., n° 13).

Ce faisant, la Haute juridiction privilégie clairement une conception formelle de l'étendue de la cassation. Si une cassation totale a été prononcée par erreur, elle n'en restera pas moins totale, sauf à ce que, d'office ou à la demande des parties, la Cour de cassation rectifie sa décision. En cas de difficulté donc, il appartient à la partie qui y a intérêt de saisir la Cour d'une requête en rectification d'erreur matérielle afin qu'elle rectifie le dispositif de sa décision (Jacques Boré et Louis Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., n° 122.42).

Cependant, la position récente de la Cour de cassation qui marque une rupture avec sa jurisprudence ancienne, se fonde sur les nouvelles dispositions légales françaises pertinentes, introduites par le décret numéro 79-941 du 7

novembre 1979, lesquelles dispositions confèrent expressément à la Cour de cassation la faculté de ne prononcer qu'une annulation partielle.

Il s'agit, plus précisément, des articles 623, 624 et 625, alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile, qui se lisent comme suit :

« La cassation peut être totale ou partielle. Elle est partielle lorsqu'elle n'atteint que certains chefs dissociables des autres » (article 623).

« La censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire » (article 624).

« Sur les points qu'elle atteint, la cassation replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé » (article 625, alinéa 1<sup>er</sup>).

En cela, la loi française présente une différence fondamentale avec les dispositions légales luxembourgeoises applicables en la matière puisqu'aux termes de l'article 28 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure en cassation : « Lorsque la Cour cassera ou annulera un arrêt ou un jugement, elle déclarera nuls et de nul effet lesdites décisions judiciaires et les actes qui s'en sont suivis et elle remettra les parties au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée ou annulée. »

À la différence de la loi française, ce texte ne prévoit donc pas la possibilité d'une cassation partielle.

Aucune autre disposition légale luxembourgeoise n'est consacrée à la portée de l'annulation prononcée par la Cour de cassation.

Aussi bien la jurisprudence luxembourgeoise a-t-elle toujours été en accord avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation française, selon laquelle l'annulation prononcée par la Cour régulatrice, si généraux et absolus que soient les termes dans lesquels elle a été prononcée, est limitée à la portée du moyen qui lui a servi de base (cf. not. Cour de Cassation, 12.02.1976, Pas. 23, 281 ; 11.05.2000, Pas. 31, 289 ; Cour d'appel 01.12.2011, numéro du rôle 32131 ; 11.04.2013, numéro du rôle 35143 ; 16.11.2017, Pas. 38, 716 ; 23.11.2017, Pas. 38, 731 ; dans le même sens : Cass. fr., Com. 17.12.1957, Bull. civ. 1957, III, n° 349 ; 3<sup>e</sup> civ. 04.12.1973, Bull. civ., 1973, III, n° 612 ; Encyclopédie Dalloz, Procédure civile et commerciale, t. 1er, éd. 1955, v° Cassation, n° 2333).

Ainsi, la cassation laisse subsister, comme étant passés en force de chose jugée tous les chefs de la décision contre lesquels le pourvoi n'a pas été dirigé et ceux qui ont été maintenus par le rejet des moyens inutilement proposés, alors même que l'arrêt de cassation déclare remettre la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant la décision annulée, cette formule devant s'interpréter par ce qui précède et ne pouvant signifier autre chose, si

ce n'est que les parties sont remises au même et semblable état en ce qui concerne le chef atteint par la cassation (cf. not. Req. 03.03.1936, D.H. 1936, 252 ; Com. 11.04.1951, Bull. civ. 1951, III, n° 132 ; 1<sup>re</sup> civ. 24.06.1953, Bull. civ. 1953, I, n° 218 ; Encyclopédie Dalloz, op. cit. n° 2334).

D'autre part et surtout, les termes mêmes de l'arrêt rendu le 9 novembre 2017 par la Cour de cassation ne laissent place à aucun doute quant à la portée limitée de la cassation intervenue.

Il est vrai que le dispositif de cet arrêt contient le passage suivant, invoqué par B), « *remet les parties dans l'état où elle se sont trouvées avant l'arrêt cassé* ».

Cependant, il importe de relever que le passage en question est précédé et suivi de dispositions qui limitent expressément la portée de la cassation et de l'annulation prononcées.

En effet, la Cour régulatrice a prononcé la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 142/16, rendu le 16 juillet 2016 par la Cour d'appel « *en ce qu'il a confirmé le jugement du 3 décembre 2009, en se basant sur la nature rectificative du jugement du 20 janvier 2010* », avant de préciser qu'elle « *déclare, dans cette mesure, nuls et de nul effet ladite décision et les actes qui s'en sont suivis* » et de rejeter « *le pourvoi pour le surplus* ».

Il y a lieu de constater que B), loin d'analyser le sort réservé par la Cour de cassation aux différents moyens qui lui étaient soumis, se limite à une analyse de la teneur du dispositif de l'arrêt de cassation et qu'il n'oppose aucune contestation précise à l'affirmation insistante de C), selon laquelle il résulte de la lecture des décisions intervenues sur les différents moyens de cassation que « *toute nouvelle discussion est clôturée* » sur les points anciennement litigieux la concernant.

Le fait est que la Cour suprême a prononcé la cassation sur le septième moyen, parmi les huit moyens de cassation présentés, avant de décider qu'il n'y avait pas « *lieu de statuer sur les six premiers moyens* » et d'écarter le huitième moyen, seul moyen visant la partie C), en retenant que « *ce moyen ne saurait être accueilli* » et en rejetant le pourvoi « *pour le surplus* ».

Il s'en déduit que tous les chefs de l'arrêt rendu le 15 juillet 2016 par la Cour d'appel concernant C) sont passés en force de chose jugée et que la juridiction de renvoi ne pourra plus statuer à nouveau sur les contestations opposant B) à C).

### Observations

Rares sont les ordonnances du magistrat de la mise en état rendues par écrit. Encore plus rares sont celles qui sont portées à la connaissance des praticiens. Sous cet angle, l'ordon-

En conséquence, il y a lieu de constater l'extinction de l'instance à l'égard de C).

L'article 213 du Nouveau Code de procédure civile permet au magistrat de la mise en état de « *statuer sur les dépens* ».

Eu égard à l'issue du différend, il convient de mettre les dépens à charge de B).

C) demande encore la condamnation de B) à lui payer des dommages et intérêts d'un montant de 25.000 euros pour procédure abusive et vexatoire ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Le droit d'agir en justice est un droit fondamental dont l'exercice ne dégénère en faute, susceptible d'engager la responsabilité de son auteur qu'en présence d'un abus procédant d'une intention malveillante, d'une faute lourde équipollente au dol ou d'une légèreté blâmable.

Comme C) reste en défaut d'établir une faute de B) dans le sens défini ci-dessus, sa demande en indemnisation pour procédure abusive et vexatoire est infondée.

Faute par C) de justifier de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, celle-ci doit également être déboutée de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

### PAR CES MOTIFS

se déclare compétent pour connaître de la demande de la société anonyme de droit allemand C),

la dit recevable et partiellement fondée,

constate l'extinction de l'instance à l'égard de la société anonyme de droit allemand C) dans les rôles numéros 36263, 3264 et 36361,

met les frais et dépens de l'instance à charge de B) avec distraction au profit de Maître Yves WAGENER, sur ses affirmations de droit,

déboute la société anonyme de droit allemand C) des autres fins de sa demande.

nance commentée présente déjà un véritable intérêt, en prélude à l'évolution notable du rôle que va jouer le magistrat de la mise en état à la faveur du projet de loi n° 7307, en cours



d'adoption, sur le renforcement de l'efficacité de la justice civile et commerciale.

Dans cette affaire, la Cour de cassation avait, par un arrêt du 9 décembre 2017, prononcé la cassation d'un arrêt rendu le 15 juillet 2016 par la Cour d'appel, sur le septième moyen, parmi les huit moyens de cassation présentés, avant de décider qu'il n'y avait pas « lieu de statuer sur les six premiers moyens » et d'écarter le huitième moyen, seul moyen visant la société C), en retenant que « ce moyen ne saurait être accueilli » et en rejetant le pourvoi « pour le surplus ».

Or, suivant une jurisprudence constante, la cassation d'une décision luxembourgeoise est limitée à la portée du moyen qui lui a servi de base, si généraux et absolus que soient les termes dans lesquels elle a été prononcée. Par conséquent, tous les chefs de l'arrêt rendu le 15 juillet 2016 par la Cour d'appel concernant la société C) étaient passés en force de chose jugée.

Devant la Cour d'appel autrement composée, l'instruction de l'affaire s'effectua sous le conseiller de la mise en état (ci-après le « CME ») de la chambre à laquelle l'affaire avait été distribuée, et ceci conformément à l'article 599 du NCPC.

La société C) conclut alors devant le CME à l'extinction de l'instance en ce qu'elle était dirigée contre elle, estimant que la juridiction de renvoi ne pouvait plus statuer à nouveau sur les contestations l'opposant à Monsieur B).

Sur invitation du CME, les parties furent alors invitées à présenter des conclusions concernant la faculté pour le magistrat de la mise en état de constater, en l'espèce, l'extinction de l'instance au regard des dispositions de l'article 210 du NCPC qui dispose que « Le juge de la mise en état constate l'extinction de l'instance. »

Les parties s'opposèrent alors sur les pouvoirs que détient le CME sur base de cette disposition, étant précisé au passage que la Cour de cassation avait, dans une autre affaire, jugé que l'article 210 du NCPC ne confère pas au juge de la mise en état une compétence exclusive pour prononcer l'extinction d'une instance<sup>1</sup>.

S'agissant plus précisément des pouvoirs du CME, il s'agissait de savoir si la constatation de l'extinction de l'instance devait être limitée aux seules hypothèses où il n'existerait pas de contestations entre parties.

Dans l'ordonnance commentée, le CME considéra que ni l'article 210, « formulé en des termes très généraux, (...) ni aucune autre disposition légale ne limite la compétence du magistrat de la mise en état, à une ou plusieurs hypothèses d'extinction de l'instance (...) ni ne limite sa compétence aux seuls cas ne donnant pas lieu à contestation. »

Dès lors, le CME rejeta toute interprétation restrictive de l'article 210 et se reconnut compétent pour constater l'extinction de l'instance entre Monsieur B) et la société C).

Cette solution ne saurait toutefois être approuvée. En effet, outre qu'il statue sur l'autorité de la chose jugée par la Cour de cassation et se prononce ainsi sur une fin de non-recevoir dont l'examen devrait nécessiter un examen au fond qui devrait échapper à sa compétence<sup>2</sup>, le CME était également saisi par la société C) d'une demande de condamnation de Monsieur B) « à lui payer des dommages et intérêts d'un montant de 25.000 euros pour procédure abusive et vexatoire ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 euros. ».

Or, une telle demande ne relève pas de la compétence conférée au juge de la mise en état par l'article 212 du NCPC. Aussi, le CME ne pouvait-il pas statuer sur ce chef de demande et devait en renvoyer l'examen à la formation collégiale. Partant, en rejetant la demande de la société C), motif pris de l'absence de faute de Monsieur B) dans son droit d'agir en justice, le CME a très certainement commis un excès de pouvoir.

Dans l'hypothèse toutefois où cette ordonnance n'aurait pas été signifiée, la société C) pourrait encore former le recours prévu à l'article 602 du NCPC prévoyant que les ordonnances du conseiller de la mise en état « peuvent être déférées par acte d'appel à la Cour, dans les quinze jours à compter de leur signification, lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance ou lorsqu'elles constatent son extinction », ce qui est le cas en l'espèce.

**Guy PERROT**

*Avocat à la Cour*

*Président de la Commission de procédure civile  
du Barreau de Luxembourg  
Chargé de cours associé  
à l'Université du Luxembourg*

1. Cass. Lux., 9 juillet 2015, n° 70/155, n° 3519 du registre.

2. V. Projet de loi n° 7307-11, Deuxième avis complémentaire de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, 12 novembre 2020, p. 6.

## III. LA JURIDICTION

### CA LUX., 4<sup>ème</sup>, 29 AVR. 2020

Arrêt n° 59/20 IV-COM, n° 35673 du rôle

#### Autorité de chose jugée – Triple identité – Définition autonome – Fin de non-recevoir

*L'exception de chose jugée repose sur la constatation d'une identité entre la décision bénéficiant de l'autorité de chose jugée et la nouvelle demande, tant en ce qui concerne les parties qu'en ce qui concerne ce qui a été tranché. La formulation de l'exception de chose jugée suppose la preuve de l'identité entre la demande à laquelle on souhaite faire obstacle et le jugement déjà adopté. La jurisprudence de la CJUE retient à cet égard les critères cumulatifs d'identité de parties, de cause et d'objet. Si en l'espèce, le premier critère de l'identité des personnes ne pose pas de problème, étant donné que le litige se meut, en ce qui concerne la demande principale, entre les mêmes personnes, en revanche les parties sont en désaccord en ce qui concerne l'identité de cause et d'objet. Le critère de l'identité d'objet vise le contenu de la contestation tranchée par la première décision et celle qui fait l'objet du nouveau recours. C'est l'objet de la demande principale, tranchée par la décision couverte par l'autorité de chose jugée, qui est comparé à l'objet de la nouvelle demande. La cause est généralement définie comme comprenant les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande et l'objet comme consistant dans le but de la demande, l'interprétation extensive de la notion d'objet résultant de la jurisprudence de la CJUE conduit toutefois à considérer comme identiques des demandes n'ayant pas le même fondement juridique mais découlant d'un même acte juridique.*

Voir obs. p. 127.

#### EXTRAITS

##### LA COUR D'APPEL

##### Les faits :

En 1985, la société CS avait installé dans le dépôt de la société BT GmbH à Ravensburg- Weissenau, un entrepôt de stocks superposés, à savoir un dispositif d'entrepôts pour effectuer des opérations de stockage de pièces dans le secteur textile (Hochregallager). Le 11 août 1988, un incendie éclata au dépôt de la BT GmbH et détruisait l'entrepôt et les marchandises y entreposées.

##### La procédure introduite devant les juridictions allemandes :

Les compagnies d'assurances 1) WÜRTTEMBERGISCHE GEBÄUDEVERSICHERUNG, 2) THURINGIA VERSICHERUNGS AG, et 3) AACHENER UND MÜNCHENER VERSICHERUNG AG, après avoir indemnisé leurs assurés respectifs, victimes de l'incendie, et subrogées dans les droits de celles-ci, avaient fait assigner la société CS, devant le Landgericht München I aux fins de la voir condamner à leur payer les montants respectifs de 3.885.395 DEM, 12.054.105 DEM et 67.820 DEM.

Il résulte du jugement rendu le 17 février 1994 par le Landgericht München I que la demanderesse sub 1) était l'assureur-incendie (Gebäudefeuerversicherer) de la société BT GmbH, la demanderesse sub 2) était l'assureur de la société-mère BT GmbH et de la société D. GmbH, tandis que la demanderesse sub 3) a agi en sa qualité d'assureur de la société K. GmbH, dont le stock de marchandises était entreposé dans les locaux de la société BT GmbH au moment de l'incendie.

Suivant le dispositif de ce jugement, le Landgericht München I a déclaré la demande recevable sur le fondement délictuel.

Statuant en continuation de cette décision, le Landgericht München I a par jugement du 23 mars 1995 déclaré la demande non fondée.

Ce jugement a été confirmé par une décision de l'Oberlandesgericht München du 14 mai 1998. Par arrêt du 23 février 1999, le Bundesgerichtshof a rejeté le recours en cassation interjeté par les compagnies d'assurances.

La procédure en première instance devant le Tribunal d'arrondissement de Diekirch :

Exposant avoir conclu un contrat de sous-traitance avec la société S. en vue de la fourniture du matériel et pour effectuer les travaux de montage, la société CS a, par acte d'huissier de justice du 25 mai 1998, fait assigner la société S. devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière commerciale, pour le cas où la responsabilité de la demanderesse devait être retenue dans le litige l'opposant aux assureurs de la société BT GmbH, voir condamner l'assignée à la tenir quitte et indemne de toute somme que la demanderesse pourrait être condamnée à devoir payer aux assureurs de la société BT GmbH.

Suivant acte d'huissier de justice du 22 juin 1998, 1) la société GEBÄUDEVERSICHERUNG BADEN WÜRTTEMBERG AG, 2) la société THURINGIA VERSICHERUNGS AG et 3) la société AACHENER UND MÜNCHENER VERSICHERUNGS AG, agissant en leur qualité d'assureurs des sociétés victimes de l'incendie et subrogées dans les droits de leurs assurés respectifs au vœu du § 67 VVG (loi relative au contrat d'assurance du droit allemand), ont fait assigner la société CS devant le même tribunal aux fins de la voir condamner au paiement de la somme de 16.007.320 DEM (3.885.395 DEM +12.054.105 DEM + 67.820 DEM).

L'action récursoire des compagnies d'assurances a été introduite en ordre principal sur base du contrat d'entreprise conclu entre les propriétaires de l'entrepôt et l'assignée CS et en ordre subsidiaire sur la base délictuelle.

Suivant acte d'huissier de justice du 24 juin 1998, la société CS a fait assigner la société S. à comparaître devant le même tribunal, pour donner acte à la demanderesse que cette assignation était introduite à titre subsidiaire pour le cas où celle du 25 mai 1998 devait être déclarée irrecevable ou incomplète et pour voir dire que la société S. est tenue d'intervenir dans le litige pendant entre la société CS et les compagnies d'assurances des sociétés victimes de l'incendie du 11 août 1988, qu'elle est responsable de l'incendie du 11 août 1988 et aux fins de l'entendre condamner à tenir la demanderesse quitte et indemne de toute somme que celle-ci pourrait être condamnée à payer aux assureurs précités.

Suivant acte d'huissier de justice du même jour, la société CS a encore assigné la société S.L.P GmbH pour voir dire qu'elle est tenue d'intervenir dans le litige pendant entre la société CS et les compagnies d'assurances des sociétés victimes de l'incendie du 11 août 1988, qu'elle est responsable de cet incendie et aux fins de l'entendre condamner à tenir la demanderesse quitte et indemne de toute somme que celle-ci pourrait être condamnée à payer aux assureurs précités.

Finalement, par acte d'huissier de justice du 6 août 1998, la société S. a assigné la société S.L.P GmbH pour voir dire qu'elle est tenue d'intervenir dans le litige pendant entre

la société CS et les compagnies d'assurances des sociétés victimes de l'incendie du 11 août 1988, qu'elle est responsable de cet incendie et aux fins de l'entendre condamner à tenir la demanderesse quitte et indemne de toute somme que celle-ci pourrait être condamnée à payer à la société CS.

Suite à une modification des statuts les 21 mai 1999, 21 juin 2004 et 24 novembre 2005, la société GEBÄUDEVERSICHERUNG BADEN WÜRTTEMBERG a pris le nom de SV SPARKASSENVERSICHERUNG GEBÄUDEVERSICHERUNG AG.

Depuis une modification de ses statuts les 6 novembre 2002 et 5 décembre 2003, la société THURINGIAVERSICHERUNGS AG porte la dénomination GENERALI VERSICHERUNG AG (ci-après en abrégé la société GENERALI).

La société AACHENER-UND MÜNCHENER VERSICHERUNGS AG a changé de dénomination le 6 décembre 2004 et agit depuis sous le nom de AACHENMÜNCHENERVERSICHERUNG AG (ci-après en abrégé la société AACHENMÜNCHENER).

Devant la juridiction de première instance, la société CS a soulevé la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée attachée aux décisions rendues par les juridictions allemandes.

Les compagnies d'assurances ont conclu au rejet de cette fin de non-recevoir au motif qu'il n'y avait ni identité d'objet, ni identité de cause dans la mesure où le fondement juridique des décisions rendues en Allemagne n'était pas le même que celui invoqué devant la juridiction luxembourgeoise, que le Landgericht München I s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande basée sur la responsabilité contractuelle et que les demanderesses seraient par conséquent en droit de rechercher la responsabilité des défenderesses sur cette base juridique devant les tribunaux luxembourgeois.

Par un jugement du 26 novembre 2008, le tribunal a accueilli cette fin de non-recevoir, déclaré irrecevable la demande principale introduite par les compagnies d'assurances et dit que les demandes en intervention dirigées contre les sociétés S. et S.L.P GmbH précitées étaient sans objet.

Le tribunal a retenu en application de l'article 26 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après la Convention de Bruxelles) qu'une décision étrangère reconnue en vertu de cet article doit déployer en principe dans l'État requis les mêmes effets que ceux qu'elle a dans l'État d'origine. La reconnaissance de plein droit d'une décision étrangère englobe à la fois l'autorité positive et négative et l'efficacité dont jouit la décision dans l'État d'origine, de sorte qu'une décision régulière rendue dans un État contractant ne peut, si elle est reconnue, être remise en cause dans

l'État requis. Le tribunal a en outre précisé que l'interdiction de révision au fond signifie que le juge de l'État requis ne peut refuser la reconnaissance au motif qu'une question quelconque, de droit ou de fait a été appréciée par le juge d'origine autrement qu'il ne l'aurait fait lui-même.

Le tribunal a relevé qu'en l'occurrence, aucune contestation quant à la reconnaissance des jugements allemands invoqués par la société CS n'a été soulevée. Considérant qu'il y avait en l'espèce identité de parties et d'objet de la demande, le tribunal a relevé que pour qu'il y ait autorité de chose jugée, il y a lieu de rechercher si la demande principale, introduite par acte d'huissier du 22 juin 1998, a la même cause que l'affaire qui a été jugée par les tribunaux allemands.

Après avoir précisé que la cause de la demande consiste dans l'ensemble des faits invoqués par le demandeur à l'appui de son action, sans par ailleurs englober la qualification juridique de ces faits, il a relevé qu'en l'occurrence, tant devant les juridictions allemandes que devant la juridiction luxembourgeoise, les différentes compagnies d'assurances ont fait valoir à l'appui de leur demande en allocation de dommages et intérêts avoir subi un préjudice consistant dans l'indemnisation de leurs assurés respectifs à la suite de l'incendie survenu le 11 août 1988 et pour lequel la société CS serait responsable. Dès lors que devant les juridictions allemandes et luxembourgeoises, la défenderesse avait été actionnée tant sur la base contractuelle que sur la base délictuelle, le tribunal a considéré que la condition de l'identité de cause était également donnée.

La juridiction de première instance a ensuite noté que tant en droit allemand qu'en droit luxembourgeois, c'est au dispositif du jugement qu'il faut se référer pour déterminer les dispositions qui ont autorité de chose jugée. Ni dans le jugement interlocutoire du 17 février 1994 ni dans le jugement définitif du 23 mars 1995, le Landgericht München I n'avait décliné sa compétence sur la base contractuelle. Selon le tribunal de Diekirch, les dispositifs des décisions allemandes sont clairs et précis, les tribunaux allemands ne s'étant déclarés incompétents sur l'une quelconque des deux bases juridiques invoquées, ni dans le dispositif du jugement du 17 février 1994, ni dans celui du 23 mars 1995.

Considérant au vu des dispositifs de ces deux jugements que le Landgericht München I « *est censé avoir analysé le litige lui soumis sous tous ces aspects* », que la décision du 17 février 1994 a été confirmée en appel par un arrêt de l'Oberlandesgericht München du 14 mai 1998 et que le recours en cassation a été rejeté le 23 février 1999 par le Bundesgerichtshof, et que les juridictions allemandes ont définitivement tranché le litige qui leur avait été soumis, la juridiction de première instance a dit irrecevable la demande en allocation de dommages et intérêts introduite par les compagnies d'assurances et sans objet les demandes en intervention dirigées contre les sociétés S. et S.L.P. GMBH des 25 mai 1998, 24 juin 1998 et 6 août 1998.

#### La procédure en appel :

Les sociétés de droit allemand SV SPARKASSENVERSICHERUNG GEBÄUDEVERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, GENERALI VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT et AACHENMÜNCHENER

VERSICHERUNG AG ont interjeté appel le 10 août 2009.

Statuant sur différents moyens de nullité de l'acte d'appel, la Cour a, par arrêt du 14 décembre 2011, dit l'appel recevable et a renvoyé l'affaire devant le magistrat de la mise en état en vue de l'instruction de l'appel.

Les appelantes ont critiqué le tribunal de première instance pour avoir retenu que le débouté de la demande prononcé par le Landgericht München I concernait à la fois la base délictuelle et la base contractuelle et que, dès lors, l'autorité de la chose jugée en Allemagne s'impose aux juridictions luxembourgeoises et rend donc irrecevable la demande sur la base contractuelle.

À l'appui de leur argumentation, les parties appelantes ont invoqué un avis juridique du Dr. P. du 6 août 2009 corroboré par un rapport du Prof. Dr. R. du 21 novembre 2012 suivant lesquels le dispositif de la décision du 17 février 1994 du Landgericht München I a limité la portée de la suite de la procédure devant les juridictions allemandes au fondement extracontractuel. Cette position se trouverait d'ailleurs confirmée par les motifs de la décision en question, lesquels pourraient servir à interpréter le dispositif. La juridiction allemande aurait dans la motivation de son jugement expressément exclu le fondement contractuel de son appréciation de sorte que le jugement rendu ne saurait avoir autorité de chose jugée à cet égard.

Elles concluent, par réformation, à voir déclarer recevable leur demande principale.

La société CS a fait valoir aux termes de ses écritures du 17 septembre 2012 qu'avant même que le BGH n'ait rendu sa décision en 1999, les parties appelantes l'avaient déjà assignée devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch pour le même objet et pour la même cause. Aussi, l'intimée a-t-elle invoqué l'exception de litispendance internationale sur le fondement de l'article 21 de la Convention de Bruxelles et a conclu à l'irrecevabilité de la demande des parties appelantes.

La demande serait encore à déclarer irrecevable sur le fondement de l'article 26 alinéa 1<sup>er</sup> de cette même convention qui pose la règle de l'interdiction faite aux tribunaux des États requis de remettre en cause l'autorité de la chose jugée d'une décision émanant de l'État d'origine. L'intimée s'est prévalu, à l'appui de son raisonnement d'un avis juridique du Prof. Dr. C. du 15 novembre 2005 et de deux avis juridiques complémentaires (Ergänzende Gutachten) des 2 juin 2012 et 2 mai 2013 du même auteur.

Elle sollicite la confirmation de la décision entreprise et la condamnation des parties appelantes au paiement d'une indemnité de procédure de 15.000 euros.

Les sociétés S. et S.L.P GmbH se sont ralliées aux conclusions de la société CS.

Dans son arrêt du 8 juillet 2015, la Cour a constaté que les parties se sont accordées à raison pour dire que les questions de la litispendance internationale et de l'autorité de chose jugée des décisions allemandes sont à analyser à la lumière de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Elle a ensuite rejeté le moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 21 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

La Cour a en outre déclaré l'appel non fondé en ce qui concerne l'action introduite par la société anonyme AACHENMÜNCHENER VERSICHERUNG AG et a confirmé le jugement entrepris de ce chef.

Quant à l'action introduite par les sociétés SV SPARKASSENVERSICHERUNGSGEBÄUDEVERSICHERUNG AG et GENERALI, la Cour a finalement retenu, au vu des avis juridiques contradictoires des juristes allemands BR., M. et BK quant à la question de savoir si les juridictions allemandes ont également procédé à l'examen de l'action introduite par ces sociétés, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, dans le but d'obtenir les éclaircissements nécessaires quant au contenu du droit allemand, qu'il était indiqué de procéder sur le fondement de la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger signée à Londres le 7 juin 1968 concernant l'information sur le droit étranger et du Protocole additionnel du 15 mars 1978 et de poser à l'autorité allemande compétente les questions suivantes :

« 1. Haben das Landgericht München I sowie das Oberlandesgericht München in den jeweiligen Urteilen vom 17 Februar 1994, 23 März 1995 und 14 Mai 1998 eine Streitgegenstandsbeschränkung ohne Teilabweisung (Abschichtung) vorgenommen, indem sie die vertraglichen Anspruchsgrundlagen der Gesellschaften Württembergische Gebäudebrandversicherung und ThuringiaVersicherungs AG, im Sinne des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ) bewusst und unmissverständlich ausgegrenzt haben, d.h. jene Anspruchsgrundlagen die nicht Artikel 5 N° 3 des EuGVÜ unterfallen?

2. Oder aber haben diese deutschen Gerichte in den oben genannten Urteilen über alle materiellen Anspruchsgrundlagen entschieden und somit alle (d.h. sowohl deliktische als auch vertragliche) Schadensersatzansprüche gegen die luxemburgische Aktiengesellschaft Cleveland Tramrail International (heute CS) aus dem Brand in der Firma BT GmbH abgewiesen?

3. Falls das Gericht eindeutig in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck gebracht hat, dass es nur in eine bestimmte rechtliche Richtung prüft, und infolge autonomer Qualifikation im Sinne des EuGVÜ vertragliche Anspruchsgrundlagen ausgeschlossen hat, zieht dies, nach deutschem Prozessualrecht eine entsprechende Einschränkung der Rechtskraft mit sich, ohne dass dies durch teilweise Klageabweisung wegen Unzuständigkeit im Urteilstenor erfolgen musste? »

Par courrier entré au greffe de la Cour le 12 juillet 2016, le Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz a fait savoir que « das Bundesministerium der Justiz ... hat nicht die Aufgabe, Gerichtsurteile unabhängiger Gerichte zu kommentieren oder auszulegen ».

Suite à l'instruction de l'affaire par les parties, une ordonnance de clôture a été prise le 13 mars 2018 et l'affaire fut renvoyée à l'audience des plaidoiries du 27 novembre 2018 pour rapport et plaidoiries.

À cette audience, le mandataire de la société A. (anciennement CS) a versé deux jurisprudences de sorte que l'ordonnance de clôture a été révoquée et les parties furent invitées à fournir des conclusions supplémentaires par rapport à l'arrêt C-456/11 Gothaer de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 15 novembre 2012 et à la jurisprudence Gabo et de leurs implications en l'espèce.

#### **Prétentions actuelles des parties appelantes :**

Les sociétés SPARKASSENVERSICHERUNGS GEBÄUDEVERSICHERUNG et GENERALI continuent à soutenir que les juridictions allemandes n'ont pas analysé le fondement contractuel de la demande en indemnisation.

Suite à la révocation de l'ordonnance de clôture du 27 novembre 2018, les parties appelantes analysent désormais la portée de la jurisprudence Gothaer de la CJUE et de ses implications en l'espèce.

Les appelants soutiennent que les juges allemands n'ont pas examiné au fond l'ensemble du litige, mais se sont limités aux aspects de responsabilité délictuelle. Il n'y aurait dès lors aucun motif à ce que les juridictions luxembourgeoises refusent de connaître du volet de la responsabilité contractuelle qui n'aurait été traité par aucune juridiction. Ils estiment que l'arrêt Gothaer rend pour l'essentiel sans objet les rapports des experts sur la portée de l'autorité de chose jugée en droit allemand et amène à attacher davantage de poids aux motifs des jugements allemands.

Sur base de la jurisprudence Gothaer, il y aurait lieu à application de la conception européenne de l'autorité de chose jugée et non celle de l'État membre d'origine ou de l'État membre requis.

Par rapport à l'arrêt Gabo/Dupire Invicta Industrie invoqué par les parties intimées, les parties appelantes estiment que les jugements allemands de l'espèce diffèrent profon-



dément du jugement de l'État membre d'origine (Pologne) dans l'affaire Gabo, alors que les juges allemands ont établi dès le départ qu'ils ne pouvaient pas connaître de l'ensemble du litige porté devant eux. Leur examen du dossier au fond n'aurait donc porté que sur le volet responsabilité délictuelle, soit sur une partie du litige seulement. Les juges allemands auraient expressément retenu que le tribunal n'était pas compétent pour fonder sa décision sur les aspects contractuels, en particulier sur les prétentions tirées de la violation des obligations découlant du contrat d'entreprise. Elles ajoutent encore que les deux affaires (Gabo et la présente) se distingueraient également au niveau de la cause des actions, étant donné que dans l'affaire Gabo les prétentions émises par la demanderesse étaient susceptibles de relever de deux fondements juridiques (concurrence déloyale et responsabilité contractuelle) tandis qu'en l'espèce l'action en responsabilité délictuelle n'a pas trait à un manquement contractuel et n'est pas fondée sur le contrat mais porte sur le devoir général de prudence. Elle ne découlerait donc pas du même acte juridique que l'action en responsabilité contractuelle. Les juges allemands auraient été très clairs sur la différence entre le devoir général de prudence, qui pèse sur toute personne, indépendamment de l'existence ou non d'un contrat, et sur les obligations découlant de et spécifiques à une relation contractuelle. À cela s'ajouterait qu'en l'espèce l'action en responsabilité contractuelle serait fondée sur le droit luxembourgeois tandis que l'action en responsabilité délictuelle serait fondée sur le droit allemand.

Les appelantes estiment encore que rejeter comme irrecevable la demande en responsabilité contractuelle reviendrait à les priver d'un accès effectif à une juridiction pour cet aspect du litige, en violation de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

À titre subsidiaire, les parties appelantes analysent la portée des jugements allemands au regard des conceptions allemandes.

Elles proposent en ordre plus subsidiaire à voir poser une question préjudicielle à la CJUE, sinon à voir ordonner une expertise judiciaire sur ce point.

Elles concluent dès lors, par réformation, à voir déclarer recevable leur demande principale et à se voir allouer une indemnité de procédure de 100.000 euros.

#### **Prétentions des parties intimées :**

La société A. (anciennement CS) reprend son moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 21 de la Convention de Bruxelles et demande la réformation de l'arrêt du 8 juillet 2015 sur ce point.

La demande serait encore irrecevable par application de l'article 26 de ladite Convention. Elle renvoie à l'arrêt de la Cour de Cassation française du 17 février 2015 et à l'arrêt de la Cour d'Appel de Nancy du 14 mars 2018 dans l'affaire Gabo/Dupire Invicta Industrie qui s'est référé à

l'arrêt Gothaer C-456/11 pour dire que la notion d'autorité de la chose jugée dans le droit de l'Union ne s'attache pas qu'au dispositif de la décision juridictionnelle en cause, mais s'étend aux motifs de celle-ci qui constituent le soutien nécessaire de son dispositif et sont, de ce fait, indissociables de ce dernier. Elle estime qu'en l'espèce, les faits invoqués à l'appui de la demande formulée par les assureurs devant le Landgericht München I étaient identiques à ceux invoqués à l'appui de la demande introduite devant le Tribunal d'arrondissement de Diekirch et que les demandes procédaient du même rapport juridique, en l'occurrence la responsabilité contractuelle, voire délictuelle suite à l'incendie survenu en date du 11 août 1988. Elle en déduit que les demandes ont dès lors la même cause et le même objet au sens de la Convention de Bruxelles. Elle estime que conformément à la jurisprudence précitée, l'interprétation de la Convention de Bruxelles/du Règlement Bruxelles I doit être effectuée de manière autonome conformément aux objectifs de ces instruments communautaires et non conformément au droit national. Le concept européen de l'autorité de chose jugée admettrait par ailleurs plus de souplesse dans son analyse de la question de savoir s'il existe « en substance une identité de fait et de droit » entre les deux affaires en abandonnant l'application rigide des triples critères d'identité. L'identité de l'objet viserait le contenu de la contestation tranchée par la première décision et l'absence d'identité entre les deux litiges serait seulement retenue si un second recours se fonderait sur de nouveaux éléments d'ordre factuel, indépendamment du fait si le fondement juridique est identique ou pas. Elle en déduit qu'en l'espèce les demandes des parties appelantes, même à considérer qu'elles auraient des fondements juridiques différents, sont basées sur les mêmes éléments de fait, la qualification juridique donnée par les parties étant sans pertinence.

À titre subsidiaire, la société A. estime que l'autorité de la chose jugée selon le Code de procédure civile allemand, s'oppose également à une nouvelle demande en justice.

Elle demande encore à voir déclarer irrecevable la demande pour autant qu'elle a été introduite par la société GENERALI VERSICHERUNG à défaut de relation contractuelle entre son assuré, la société SD. et la société A..

Elle demande en outre à voir ordonner la disjonction des procédures de nature contractuelle et délictuelle au sens des articles 5.1 et 5.3 de la Convention de Bruxelles.

Finalement elle demande à voir soumettre à la CJUE les questions préjudicielles formulées dans les conclusions de Me Wagener du 22 janvier 2018.

Elle conclut dès lors à la confirmation du jugement et demande la condamnation de chacune des parties appelantes au paiement d'une indemnité de procédure de 15.000 euros.

2. La société S. considère que tous les aspects du litige – contractuels et délictuels au sens des articles 5.1) et 5.3) de la Convention de Bruxelles – ont été analysés par

les juridictions allemandes et ne peuvent plus faire l'objet d'une nouvelle analyse par les juridictions luxembourgeoises. Elle se rallie pour le surplus aux développements de la société A..

3. La société S.L.P GmbH se rallie aux conclusions prises par la société A. et demande partant à confirmer le jugement de première instance. Elle demande en outre la condamnation des parties appelantes au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

#### Appréciation :

##### Quant à l'exception de litispendance internationale :

La société A. réitère son moyen relatif à la litispendance et reproche actuellement à la Cour d'avoir dans l'arrêt du 8 juillet 2015 rejeté ce moyen.

Dans la mesure où la Cour a déjà tranché ce moyen par arrêt du 8 juillet 2015 pour le rejeter, la Cour ne saurait une seconde fois statuer sur ce moyen.

##### Quant à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée :

La Cour rappelle que l'autorité de chose jugée d'une décision étrangère est son effet d'incontestabilité qui interdit de remettre en cause ce qui a été jugé à l'étranger en reprenant devant une juridiction d'un autre État membre le procès entre les mêmes parties, sur le même objet et pour la même cause. Cet effet, appelé aussi « *autorité négative de chose jugée* », est invoqué devant la juridiction d'un État membre par le biais de l'exception de chose jugée qu'une partie, en l'espèce les sociétés A., S. et S.L.P GMBH GmbH, oppose à la demande introduite par les sociétés SV SPARKASSENVERSICHERUNGSGEBÄUDEVERSICHERUNG, GENERALI et AACHENMÜNCHENER VERSICHERUNG, pour la faire déclarer irrecevable au motif qu'elle est totalement identique à celle qu'ont traitée les décisions du Landgericht München I et de l'Oberlandesgericht München (JCL Droit international, Fasc. 584-31 Effets en France des Jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale, n° 54).

Aux termes de l'article 26 de la Convention de Bruxelles, « *les décisions rendues dans un État contractant sont reconnues dans les autres États contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. (...) Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État contractant, celle-ci est compétente pour en connaître* ».

Bien qu'aucune procédure spécifique aux fins de reconnaissance ne soit mise en place par la Convention de Bruxelles, excepté dans l'hypothèse où la reconnaissance du jugement étranger est demandée à titre principal, le juge saisi à titre incident de la reconnaissance devra néanmoins se livrer à un contrôle pour vérifier si la décision

étrangère mérite son insertion dans le système juridique de l'État membre requis.

La reconnaissance de plein droit a pour effet de faire produire, dans tout État couvert par l'instrument, à un jugement qui a été rendu dans un autre État lié, les effets qui lui sont attachés dans cet État, au moment même où le jugement a été rendu. La reconnaissance est « *automatique* », elle attribue « *aux décisions l'autorité et l'efficacité dont elles jouissent dans l'État où elles ont été rendues* ».

La reconnaissance empêche que le même litige (même cause, même objet, mêmes parties) soit à nouveau introduit, au mépris de la chose jugée, dans un autre État lié par la convention. Ce principe a été précisé avec force par la Cour de justice à l'encontre du demandeur lui-même dans l'arrêt De Wolf c/ Sté Harry Cox (CJCE, 30 nov. 1976, aff. 42/76, Gaz. Pal. 1977, 1, 97).

Aux termes de la Convention de Bruxelles, certains points sont expressément soustraits au dit contrôle. Ainsi l'article 29 dispose qu'en aucun cas, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

En outre l'article 28 alinéa 3 dispense, en principe, le juge chargé de contrôler la décision soumise à la reconnaissance, de vérifier la compétence de la juridiction étrangère. Il dispose « *que sans préjudice des dispositions du premier alinéa, il ne peut être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l'État d'origine ; les règles relatives à la compétence ne concernent pas l'ordre public visé à l'article 7 paragraphe 1* ».

L'exception au principe ainsi posé est prévue à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 28 de la Convention de Bruxelles qui dispose « *de même, les décisions ne sont pas reconnues si les dispositions des sections 3,4 et 5 du titre II ont été méconnues ainsi que dans le cas prévu à l'article 59* ».

Les dispositions visées dans les sections 3, 4 et 5 du titre II sont les règles de compétence en matière d'assurance (section 3) et de contrats conclus par les consommateurs (section 4) ainsi que les règles de compétences exclusives prévues à l'article 16 de la Convention de Bruxelles (section 5).

Dans la mesure où les sociétés appelantes n'ont à aucun moment soutenu que les jugements du Landgericht München I, voire l'arrêt du Oberlandesgericht München seraient contraires à l'ordre public de l'État requis, inconciliables avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis, sinon avec une décision antérieurement rendue dans un État non contractant entre les mêmes parties, la Cour avait retenu dans l'arrêt du 8 juillet 2015 sur le fondement de l'article 26 de ladite Convention que ces jugements sont reconnus de plein droit.

La Cour a encore rappelé qu'au regard des dispositions des articles 26 et 28 de la Convention de Bruxelles, les juridictions luxembourgeoises n'ont pas à vérifier la com-

pétence des juridictions allemandes sur le fondement de l'article 5 de la Convention de Bruxelles, ce contrôle n'étant pas prévu par les dispositions de la Convention de Bruxelles, applicable au présent litige.

De même, la Cour n'est pas autorisée, au regard du principe de la confiance mutuelle inspirant le système de reconnaissance et d'exécution des décisions provenant d'un autre État membre de procéder à une révision au fond des décisions allemandes, une telle possibilité de révision au fond constituant une voie de recours supplémentaire contre des décisions nationales qui sont devenues définitives (CJUE affaire Salzgitter C-157/12).

Il a été jugé par la Cour de cassation française dans un litige tombant sous le champ d'application de la Convention de Bruxelles que l'autorité d'une décision rendue sur la compétence peut avoir pour effet de priver les juridictions d'un autre État membre ou contractant de leur compétence pour statuer sur le même litige (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 févr. 2010, n° 08-13.743).

L'importance du principe de l'autorité de chose jugée a également été relevée par la CJCE dans un arrêt du 30 septembre 2003 (CJCE, Köbler / C-224/01) concernant la question de la responsabilité des États membres de l'Union européenne du fait de la décision d'une juridiction statuant en dernier ressort. La CJCE a précisé qu'« *il y a lieu de rappeler l'importance que revêt, tant dans l'ordre juridique communautaire que dans les ordres juridiques nationaux, le principe de l'autorité de chose jugée. En effet, en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause* ».

Le principe de coopération découlant de l'article 10 du traité CE (remplacé, par l'article 4, § 3, UE) « *n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter des règles de procédure internes afin de réexaminer une décision judiciaire passée en force de chose jugée et de l'annuler, lorsqu'il apparaît qu'elle est contraire au droit communautaire* » (CJCE, 16 mars 2006, aff. C-234/04, Rosemarie Kapferer c/ Schlank GmbH : Rev. crit. DIP 2007, p. 140, note S. Franca).

En dispensant le juge d'un État membre de remettre en cause la chose jugée dans cet État, même lorsqu'elle est contraire au droit de l'Union, la Cour reconnaît la force de la chose jugée comme un principe de sécurité juridique fondamental, qui dépasse l'intérêt légitime des parties, et même de l'Union, à voir correctement appliquer le droit communautaire.

La circonstance que le jugement devra être reconnu de plein droit dans un autre État membre n'affaiblit pas ce principe (JCL Droit International, Fasc. 3040 : Convention de Bruxelles, Conventions de Lugano et règlement (CE)

n° 44/2001, éd.numérique 22 novembre 2012, Reconnaissance des décisions juridictionnelles, n° 68).

Ce principe a été rappelé par la CJUE dans l'arrêt Salzgitter Mannesmann Handel GmbH (26 septembre 2013, C-157/12) dans lequel la Cour a retenu « *qu'une fois la décision devenue définitive à l'issue de la procédure dans l'État membre d'origine, la non-exécution de celle-ci au motif de son caractère inconciliable avec une autre décision provenant du même État membre serait comparable à une révision au fond de la décision dont l'exécution est demandée, ce qui est pourtant expressément exclu par l'article 45, paragraphe 2, du règlement n° 44/2001. Une telle possibilité de révision au fond constituerait, de facto, une voie de recours supplémentaire contre une décision devenue définitive dans l'État membre d'origine (...)* ».

Après avoir posé ces principes, la Cour s'était penchée sur la question de la loi applicable à la détermination de l'étendue de l'autorité de la chose jugée.

Elle a rappelé qu'en matière internationale, la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée fait surgir des interrogations relatives à la loi appelée à en définir les conditions et les effets : identification des types de décisions et des éléments de chaque décision susceptible d'être recouverts de l'autorité de chose jugée, conditions à réunir pour caractériser l'identité des demandes, portée relative ou absolue de la chose jugée (Rép. internat. Dalloz, éd. numérique juin 2014, Action en justice, n° 96 et suivants).

Les parties sont désormais d'accord qu'il y a lieu d'apprécier la portée de l'autorité de chose jugée par rapport à la notion autonome telle que définie par la Cour de justice de l'Union européenne.

La CJUE retient à cet égard que la notion d'autorité de chose jugée doit être interprétée de manière autonome en se référant au système et aux objectifs de la Convention de Bruxelles, respectivement dans les arrêts plus récents au système et aux objectifs du Règlement 44/2001, (les dispositions de ces instruments pouvant être qualifiées d'équivalentes cf. arrêt du 14 novembre 2013, Maletic C-478/12, EU:C:2013:735, point 27 et jurisprudence citée), de sorte qu'il n'y a pas lieu d'apprécier cette notion par rapport au droit luxembourgeois ni par rapport au droit allemand.

Les développements faits par les parties sur base des différents rapports d'experts allemands sont dès lors sans pertinence pour apprécier la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée.

En ce qui concerne la délimitation de la chose jugée, la CJUE retient que la notion d'autorité de la chose jugée dans le droit de l'Union ne s'attache pas qu'au dispositif de la décision juridictionnelle en cause, mais s'étend aux motifs de celle-ci qui constituent le soutien nécessaire de son dispositif et sont, de ce fait, indissociables de ce dernier. Cette formule trouve ses racines dans des arrêts

concernant l'autorité de chose jugée des arrêts d'annulation et s'est étendue pour être appliquée à tout type de contentieux devant les juridictions de l'Union européenne, et par l'arrêt Gothaer du 15 novembre 2012 (Aff. Gothaer C-456/11) également en droit international privé.

Il ne s'agit pas réellement d'interpréter le dispositif à la lumière des motifs, tout en continuant de leur refuser toute autorité de chose jugée, mais bien de les intégrer dans la vérification juridictionnelle qui constitue la chose jugée et dont l'irrévocabilité est ainsi protégée. La portée de la chose jugée n'est toutefois pas uniquement étendue par le recours à la notion de motifs qui constituent le soutien nécessaire du dispositif. Une jurisprudence constante de la CJUE confère l'autorité de chose jugée aux points de fait et de droit « nécessairement tranchés ». Les points de fait et de droit nécessairement tranchés se définissent comme des éléments n'apparaissant pas explicitement dans l'arrêt ou l'ordonnance visée, mais qui paraissent logiquement nécessaires à la décision et à sa motivation. Formulée sous une forme négative, l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'aux points de fait et de droit effectivement ou nécessairement tranchés par la décision judiciaire, et donc pas à l'intégralité du texte de cette décision (cf. Picod, Fabrice Turmo, L'autorité de la Chose Jugée en Droit de l'Union Européenne, Bruylant, Editions juridiques, 2017, p. 141 et suivants).

En application de ces principes, il faut dès lors relever que c'est à tort que le tribunal d'arrondissement a retenu sur le seul dispositif des jugements allemands la fin de non-recevoir soulevée par les parties défenderesses/actuellement intimées.

L'exception de chose jugée repose sur la constatation d'une identité entre la décision bénéficiant de l'autorité de chose jugée et la nouvelle demande, tant en ce qui concerne les parties qu'en ce qui concerne ce qui a été tranché. La formulation de l'exception de chose jugée suppose la preuve de l'identité entre la demande à laquelle on souhaite faire obstacle et le jugement déjà adopté. La jurisprudence de la CJUE retient à cet égard les critères cumulatifs d'identité de parties, de cause et d'objet.

Si en l'espèce, le premier critère de l'identité des personnes ne pose pas de problème, étant donné que le litige se meut, en ce qui concerne la demande principale, entre les mêmes personnes, en revanche les parties sont en désaccord en ce qui concerne l'identité de cause et d'objet.

Le critère de l'identité d'objet vise le contenu de la contestation tranchée par la première décision et celle qui fait l'objet du nouveau recours. C'est l'objet de la demande principale, tranchée par la décision couverte par l'autorité de chose jugée, qui est comparé à l'objet de la nouvelle demande (cf. Picod, Fabrice Turmo, L'autorité de la Chose Jugée en Droit de l'Union Européenne, Bruylant, Editions juridiques, 2017, p. 158 et suivants).

La cause est généralement définie comme comprenant les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande et l'objet comme consistant dans le but de la demande, l'interprétation extensive de la notion d'objet résultant de la jurisprudence de la CJUE conduit toutefois à considérer comme identiques des demandes n'ayant pas le même fondement juridique mais découlant d'un même acte juridique (Cour d'appel de Nancy, 5<sup>e</sup> chambre, 14 mars 2018, n° 15/01554).

Il convient dès lors d'analyser les décisions allemandes à la lumière des principes ci-avant exposés.

Par jugement interlocutoire du 17 février 1994 le Landgericht München I a retenu dans son dispositif « *Die Klage ist, beschränkt auf deliktische Ansprüche, zulässig.* »

Pour retenir sa compétence territoriale en ce qui concerne la responsabilité délictuelle, le Landgericht München a considéré dans la motivation « *Entscheidungsgründe* » que « *die Klage ist zulässig, da für die deliktischen Ansprüche der Klägerin die deutschen Gerichte gemäss art.5 Nr 3 des europäischen Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung zuständig sind. Art.5 Nr. 3 des oben genannten Übereinkommens bestimmt, dass eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden kann, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichsteht, vorliegt. Dies ist hier der Fall, da die behauptete unerlaubte Handlung nämlich die nicht genügende Beaufsichtigung des Subunternehmers durch die Beklagte in Ravensburg erfolgte. Art 1. des Zusatzprotokolls zu dem europäischen Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung schliesst die internationale Zuständigkeit nicht aus. Nach der klaren Regelung des art. 1 des Zusatzprotokolls ist nur die Zuständigkeit des Erfüllungsortes gemäss art 5 Nr. 1 des europäischen Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung ausgeschlossen, nicht jedoch art 5 Nr.3. Die Beklagte führt zwar zu Recht aus, dass die Begriffe des europäischen Übereinkommens über die Zuständigkeit und Vollstreckung autonom auszulegen sind. Aber auch die autonome Auslegung führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, der auch ohne Vertrag eine unerlaubte Handlung darstellt, wird nicht zu einem vertraglichen Anspruch, wenn zufälligerweise neben diesem Anspruch auch noch vertragliche Ansprüche treten. Dies gilt auch dann, wenn nach dem Recht eines Vertragsstaates vertragliche Ansprüche nicht zugleich mit deliktischen Ansprüchen geltend gemacht werden können, sondern nur alternativ. (...)*

*Damit sind die deutschen Gerichte international zuständig, allerdings ist das Gericht bei der Prüfung der Rechtsfrage auf deliktische Ansprüche beschränkt.*

Dans son jugement définitif du 23 mars 1995, le Landgericht München I a statué au fond et retenu que « *die Klage wird abgewiesen* ». Dans la motivation de cette



décision, le tribunal a considéré que « die zulässige Klage ist unbegründet. Auf Grund des rechtskräftigen Zwischenurteils gemäss §§ 303,280 Abs. 2 ZPO ist das Gericht auf die Prüfung deliktischer Ansprüche beschränkt. Das Gericht ist nicht befugt vertragliche Ansprüche, insbesondere Ansprüche aus PVV des Werkvertrages seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

Die Beklagte schuldet keinen Schadensersatz gemäss §§ 831 BGB, da selbständige Subunternehmer, die die Beklagte einsetzte, keine Verrichtungsgehilfen sind (...). Unstreitig waren bei der Ausführung der Schweissarbeiten keine Arbeitnehmer der Beklagten eingesetzt.

Die Beklagte schuldet keinen Schadensersatz gemäss §§ 823 Abs.1 BGB oder §§ 823 Abs. 2 BGB da die Beklagte keine eigene Handlungs- bzw. Überwachungspflicht verletzt hat. (...)

Nach alledem war die Klage abzuweisen.

(...).

Par arrêt du 14 mai 1998, l'Oberlandesgericht München a, dans la partie « Endurteil » considéré sous le point I que « die Berufungen der Berufungsklägerinnen gegen das Endurteil des Landgericht München I vom 23 März 1995 werden zurückgewiesen ».

Cette juridiction a dans la motivation de l'arrêt retenu que « Aufgrund des rechtskräftigen Zwischenurteils des Landgerichts vom 17.2. 1994 in diesem Rechtsstreit, auf dessen Gründe Bezug genommen wird (§§543 Abs.2 ZPO), hat das Landgericht zu Recht seine Prüfung auf deliktische Ansprüche nach §§ 823 ff BGB beschränkt. Dies wird auch von den Berufungen nicht angegriffen.

Die deliktische Haftung der Beklagten beurteilt sich grundsätzlich nach dem Recht des Tatorts (...) und somit nach deutschem Recht, also nach §§ 823 ff BGB. (...) »

Quant à la question de la responsabilité de la société A., l'Oberlandesgericht München a retenu la motivation suivante : « (...) 3) Zu Recht hat das Landgericht eine Haftung der Beklagten aus § 831 BGB abgelehnt, da die von der Beklagten eingesetzten Subunternehmerinnen (...) keine Verrichtungsgehilfen der Beklagten waren (...)

4. Im Gegensatz zur ursprünglich vom Senat vertretenen Auffassung war die Beklagte nicht nach §823 Abs. 1 BGB verkehrssicherungspflichtig. (...)

Rechtlicher Ausgangspunkt ist danach – (...) – die Erwägung, dass vertraglich begründete Obhutspflichten, die nur Verkehrssicherungspflichten im Verhältnis der Parteien zueinander begründen, nur dann unerlaubte Handlungen darstellen können, wenn damit zugleich allgemeine Pflichten verletzt werden, die jeder kraft Gesetzes zu beachten hat und die dem Schutze jedermanns dienen (...). »

Si cette juridiction écarte l'analyse relative à l'obligation contractuelle de sécurité, (Auf eine auf Vertrag mit der BT GmbH beruhende Verkehrssicherungspflicht (...) scheidet schon deshalb aus, weil dies die vorgesehenen Grenzen zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung unter Verletzung des europäischen Gemeinschaftsrecht in Art. I des Protokolls zum EuGVÜ verletzen würden"), elle apprécie cette obligation de sécurité dans le cadre des règles allemandes applicables à la responsabilité délictuelle comme suit „Für die deliktische Haftung ist aber die tatsächliche Durchführung der Arbeiten anstelle des Auftragsgebers, an der es hier fehlt, Voraussetzung, wobei es unerheblich ist, ob überhaupt ein Vertrag mit dem Auftraggeber als Primärversicherungspflichtigen zustande gekommen ist oder rechtlichen Bestand hat (...). Entscheiden ist allein, dass der in die Verkehrssicherungspflicht eintretende faktisch die Aufgabe der Verkehrssicherung in dem Gefahrenbereich übernimmt und im Hinblick hierauf Schutzvorkehrungen durch den primär Verkehrssicherungspflichtigen unterbleiben, weil sich dieser auf das Tätigwerden des Beauftragten verlässt) pour ensuite retenir sur base des éléments de faits lui soumis que « konnte bei der Beklagten keine Verkehrssicherungspflicht entstanden sein. »

Cette décision de l'Oberlandesgericht München a fait l'objet d'un pourvoi devant le Bundesgerichtshof et suivant décision du 23 février 1999, celui-ci a décidé que « Die Revision der Klägerinnen gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14 Mai 1998 wird nicht angenommen ».

De prime abord, il y a lieu de retenir que les motifs des décisions repris ci-dessus sont à considérer conformément aux principes retenus par la CJUE comme constituant le soutien nécessaire des décisions rendues et sont dès lors revêtus de l'autorité de chose jugée.

Il résulte encore de la comparaison des demandes introduites par les assureurs que leurs demandes actuellement formulées ont le même objet que celui porté devant les juridictions allemandes, en ce qu'elles tendent à l'indemnisation du même préjudice occasionné par l'incendie survenu dans le dépôt de la BT GmbH le 11 août 1988.

Quant au fondement juridique invoqué par les assureurs, le même constat s'impose étant donné que la demande portée devant les juridictions allemandes tendait à mettre en cause tant la responsabilité contractuelle que la responsabilité délictuelle de la société A. et que les assureurs ont basé leur demande introduite devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch principalement sur la base contractuelle et subsidiairement sur la base délictuelle.

Il se dégage des motifs repris ci-dessus que les juridictions allemandes se sont déclarées compétentes pour apprécier la responsabilité délictuelle de la société A. en excluant toute analyse sur base de la responsabilité contractuelle, pour laquelle, comme le font plaider à juste titre les parties appelantes, les juridictions allemandes se sont déclarées, dans les motifs décisifs, territorialement incompétentes.



S'il se dégage ainsi des décisions allemandes que les juridictions allemandes se sont limitées à analyser la demande en indemnisation sur la base délictuelle, il convient cependant de constater qu'elles se sont livrées à un examen exhaustif des faits pour retenir sur base de leurs règles nationales relatives à la responsabilité délictuelle qu'aucune faute ne pouvait être retenue à l'égard de la société A. en relation avec le sinistre et que celle-ci n'était pas tenue au moment des faits d'une obligation de sécurité vis-à-vis de ses sous-traitants.

Contrairement à ce que soutiennent les parties appelantes, il n'incombe actuellement pas aux juridictions luxembourgeoises de trancher une inexécution d'une obligation principale du contrat d'entreprise, laquelle n'ayant pas encore fait l'objet d'une décision par les juridictions allemandes, mais d'une obligation accessoire au contrat d'entreprise. C'est à l'occasion des travaux confiés à un sous-traitant de la société A. que l'incendie a éclaté, de sorte qu'il faut retenir au vu des éléments du dossier que l'obligation mise en cause par les assureurs, tant sur le fondement contractuel que (subsidièrement) sur la base délictuelle, est celle incombant à l'entrepreneur (la société A.) et ayant pour objet la réparation du dommage injustement causé qui est étranger à la réalisation de l'objectif contractuel, à savoir l'obligation de sécurité.

Cette obligation est qualifiée par le droit luxembourgeois comme étant accessoire au contrat et relève dès lors, dans les relations entre les parties au contrat, du régime de la responsabilité contractuelle.

Si, en droit luxembourgeois, la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle s'oppose dès lors à ce que le régime de la responsabilité délictuelle puisse s'appliquer lorsque le dommage subi par le créancier résulte de l'inexécution (totale, partielle ou tardive) par le débiteur d'une obligation née du contrat, en revanche il faut constater à la lecture des motifs décisifs des décisions allemandes que tel n'est pas le cas en droit allemand.

Il résulte en effet de ces motifs que les juridictions allemandes ont certes limité leur analyse sur le volet délictuel et se déclarant incompétentes pour le volet contractuel, mais que dans l'appréciation qu'elles ont été amenées à faire sur la responsabilité de la société A. dans la genèse du sinistre, elles ont statué sur le même fait juridique, à savoir l'obligation de sécurité de la société A..

L'identité du fait juridique n'est pas non plus remise en cause par l'application de droit nationaux différents, alors que les critères cumulatifs d'identité d'objet, cause et parties doivent être appréciés en se référant à la notion autonome telle que définie par la CJUE et ne sauraient dès lors dépendre du droit applicable au litige selon qu'il est porté devant une juridiction d'un État plutôt que d'un autre.

Il s'ensuit que la circonstance que les juridictions allemandes n'ont analysé la faute (inexécution fautive) invoquée à l'égard de la société A. que par rapport à leurs

règles applicables en matière délictuelle, n'enlève en rien l'autorité de chose jugée attachée à leurs décisions et s'impose dès lors à la Cour.

Au vu des motifs repris ci-dessus des décisions allemandes, il faut constater que les juges allemands ont bien apprécié s'il y a eu violation de l'obligation de sécurité incombant à la société A.. Leur décision relative à cette obligation accessoire fait dès lors échec à ce que le même fait juridique soit de nouveau invoqué devant les juridictions luxembourgeoises.

Les compagnies d'assurances invoquent encore en vain une violation de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, alors qu'il faut constater que d'une part, ce sont les compagnies d'assurance elles-mêmes qui ont fait le choix de porter d'abord leur action contractuelle et délictuelle devant les juridictions allemandes et qu'elles n'ont à aucun moment remis en cause la compétence des juridictions allemandes pour apprécier l'obligation de sécurité invoquée à l'égard de la société A.. Admettre en l'espèce que les juridictions luxembourgeoises puissent à nouveau apprécier cette même obligation reviendrait en fait à une révision du fond des décisions allemandes.

La demande doit partant être déclarée irrecevable pour se heurter à l'autorité de chose jugée des décisions allemandes.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande principale et sans objet les demandes en interventions dirigées contre les sociétés S. SA et S.L.P GMBH GmbH.

#### Les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

Dans la mesure où les appelantes ont succombé tant en première instance qu'en instance d'appel, elles sont à débouter de leur demande en paiement d'une indemnité de procédure.

Il paraît cependant inéquitable de laisser à charge des sociétés A. et S.L.P GmbH les frais irrépétibles de l'instance d'appel.

La Cour fixe ex æquo et bono à 7.500 euros les indemnités de procédure pour l'instance d'appel devant revenir à la société A. et à 1.500 euros la société S.L.P GmbH.

#### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

vidant l'arrêt du 8 juillet 2015,

confirme le jugement entrepris,

dit la demande de la société anonyme de droit allemand SV SPARKASSENVERSICHERUNGSGEBÄUDEVERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, de la société anonyme de droit allemand GENERALI VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT et de la société anonyme de droit allemand AACHENMÜNCHENER VERSICHERUNG AG, introduite sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée,

dit les demandes respectives de la société A. Sàrl, et de la société S.L.P GmbH introduites sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile fondées,

condamne la société anonyme de droit allemand SV SPARKASSENVERSICHERUNGSGEBÄUDEVERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, la société anonyme de droit allemand GENERALI VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT et la société anonyme de droit allemand AACHENMÜNCHENER VERSICHERUNG AG à payer à la société A. Sàrl une indemnité de procédure de 7.500 euros,

condamne la société anonyme de droit allemand SV SPARKASSENVERSICHERUNGSGEBÄUDEVERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, la société anonyme de droit allemand GENERALI VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT et la société anonyme de droit allemand AACHENMÜNCHENER VERSICHERUNG AG à payer à la société S.L.P GmbH une indemnité de procédure de 1.500 euros,

condamne la société anonyme de droit allemand SV SPARKASSENVERSICHERUNGSGEBÄUDEVERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, la société anonyme de droit allemand GENERALI VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT et la société anonyme de droit allemand AACHENMÜNCHENER VERSICHERUNG AG aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Roger Nothar et de Maître Claude Schmartz qui la demandent affirmant en avoir fait l'avance.

## Observations

Une décision définitive rendue par une juridiction allemande a déclaré recevable mais non fondée l'action de diverses compagnies d'assurance qui reposait sur un fondement délictuel, tandis qu'elle se déclarait territorialement incompétente pour connaître de la demande formée sur le fondement contractuel. Dix ans plus tard, le Tribunal d'arrondissement de Diekirch déclare la demande des mêmes compagnies d'assurance à l'encontre de la même entreprise – introduite, à titre principal, sur le fondement contractuel et, à titre subsidiaire sur le fondement délictuel – irrecevable en raison de l'autorité de chose jugée de la décision allemande. Après une analyse très approfondie du droit européen, la Cour d'appel confirme la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Elle retient qu'il y a lieu d'« apprécier la portée de l'autorité de chose jugée par rapport à la notion autonome telle que définie par la Cour de justice de l'Union européenne » et non par rapport au droit allemand ou luxembourgeois. L'identité de parties n'est pas contestable. La Cour d'appel conclut à l'identité d'objet dès lors que les actions introduites devant les juridictions allemandes et luxembourgeoises « tendent à l'indemnisation du même préjudice ». Quant à l'identité de cause, la Cour d'appel estime que les juridictions allemandes « ont certes limité leur analyse sur le volet délictuel et se déclarant incompétentes pour le volet contractuel, mais que dans l'appréciation qu'elles ont été amenées à faire

sur la responsabilité de la société AC dans la genèse du sinistre, elles ont statué sur le même fait juridique, à savoir l'obligation de sécurité de la société AC ».

Cet arrêt est le premier, à notre connaissance, qui repose sur une définition autonome de l'autorité de la chose jugée dans le cas d'une fin de non-recevoir. C'est une position d'autant plus audacieuse qu'« aucun règlement européen ne comporte d'indication relative à l'autorité de la chose jugée des jugements dont il favorise la reconnaissance, qu'il s'agisse de l'autorité négative (obstacle au renouvellement du procès) ou de l'autorité positive de chose jugée (obligation de tirer les conséquences juridiques du jugement et résolution des contradictions de jugements) »<sup>1</sup>. Certes la Cour de Justice s'est prononcée dans l'arrêt *Gothaer* sur l'autorité positive de la chose jugée d'une décision d'un État membre, mais dans le cas bien particulier d'une décision d'incompétence appliquant les règles européennes de compétence<sup>2</sup>. La portée de cet arrêt semble toutefois limitée à l'autorité de la chose jugée des décisions qui sont prises en application des règles communes de compétence prévues par le droit de l'Union<sup>3</sup>. Ici la Cour d'appel va beaucoup plus loin en jugeant que l'autorité de chose jugée de l'ensemble des décisions rendues dans un État membre doit être définie au niveau européen. Plaide en défaveur d'une européanisation de l'autorité de la chose jugée, le fait que l'irrecevabilité d'une demande ne

1. M.-L. NIBOYET, « Les règles de procédure : l'acquis et les propositions. Les interactions entre les règles nationales de procédure et les « règles judiciaires européennes », in M. Fallon, P. Lagarde & S. Poillot-Peruzzetto, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 292.  
2. CJUE, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung e. a. c. Samskip GmbH*, aff. C-456/11, concl. Y. Bot, *Rev. crit. dip* 2013, p. 686, note M. Nioche ;

R. di Noto, « Règlement « Bruxelles I » : à propos de la reconnaissance et de l'autorité de la chose jugée d'une décision nationale d'incompétence », <http://www.gdr-elsj.eu/2013/01/23/cooperation-judiciaire-civile/reglement-bruxelles-i-a-propos-de-la-reconnaissance-et-de-lautorite-de-la-chose-jugee-dune-decision-nationale-dincompetence/>.

3. CJUE, 15 novembre 2012, *Gothaer*, point 42.

relève pas d'un domaine soumis au droit européen, les fins de non-recevoir restant régies par le droit procédural interne<sup>4</sup>. Mais plaide en sa faveur que l'autorité de la chose jugée est un effet attaché à la reconnaissance d'un jugement régié – elle – par le Règlement<sup>5</sup>. À cela s'ajoute le lien entre litispendance (régie par le Règlement Bruxelles Ibis) et autorité de la chose jugée puisqu'il s'agit, dans les deux cas, d'éviter la contrariété de décisions<sup>6</sup>. Si l'on admet que la litispendance et l'autorité de la chose jugée sont les deux faces d'une même médaille, l'identité d'objet telle que définie par la Cour de justice en matière de litispendance pourrait s'appliquer pour les fins de

non-recevoir tirées de l'autorité de la chose jugée<sup>7</sup>. La Cour de cassation française n'a pas retenu cette approche<sup>8</sup>. L'extension de la jurisprudence européenne relative à la litispendance à l'autorité de la chose jugée emporte d'importantes conséquences sur le droit d'agir comme en témoigne cet arrêt de la Cour d'appel.

**Séverine MENÉTREY**  
Professeure de droit judiciaire  
à l'Université du Luxembourg

4. Il ressort par ailleurs de la jurisprudence européenne que l'autorité de la chose jugée des décisions nationales ne saurait être remise en cause par le droit européen, voy. C. Kessedjian, « L'autorité de la chose jugée et l'effectivité du droit européen », *ERA Forum*, 2010, vol. 11, p. 263.
5. P. ex la Cour d'appel du Luxembourg a jugé qu'une demande d'annulation de contrat en France et une action en responsabilité fondée sur le même contrat au Luxembourg ont le même objet au sens du Règlement Bruxelles I bis. Le juge français ayant été saisi en premier, le juge luxembourgeois doit se déclarer incompétent (CA lux, 4 juillet 2018, arrêt n° 88/18 IV-COM),

- voy. S. Menétrey, « La portée de la chose jugée », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 3/2017.
6. L. CADIET, « Litispendance », *Rép. Proc. Civ. Dalloz*, 2016, n° 6.
7. Comp. en faveur en droit interne d'une conception identique de l'identité des litiges dans le cadre de la litispendance et de l'autorité de la chose jugée, J. Héron & Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montrchestien, 2015, n° 1065. En droit international, voy. S. LEMAIRE, « La connexité internationale », *Travaux Comité français de droit international privé*, 2008-2010, p. 95/
8. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2018, arrêt n° 908 FS-P+B, n° 17-20.296.

## CA LUX., 4<sup>ème</sup>, 26 MAI 2020

Arrêt n° 77/20 IV-COM, n° CAL-2018-00909 du rôle

**Appel – Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 – Cumul de deux modes de signification du règlement (articles 7, paragraphe 1<sup>er</sup> et 14 du règlement) – Date de signification – Législation de l'état membre requis (article 9, paragraphe 3, du règlement) – Point de départ du délai – Date de la première signification – Article 680 du code de procédure français relatif à la signification des jugements français en France (inapplicable) – Sanction – Irrecevabilité de l'appel pour tardiveté**

*L'arrêt du 26 mai 2020 se prononce sur la date de signification à prendre en compte en application du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil lorsqu'un jugement a fait l'objet de deux significations différentes selon deux modes prévus par ledit règlement.*

*Voir obs. p. 131.*

### EXTRAITS

#### LA COUR D'APPEL

Par acte d'huissier de justice du 31 mai 2017, Maître A., agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme J. a assigné Hervé B. et Delphine S. devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de voir condamner l'assigné sub 1) à lui payer la somme de 12.400 euros et l'assignée sub 2) la somme de 3.100 euros, chaque fois avec les intérêts légaux à partir du jour de l'appel de fonds, sinon à partir du jugement à intervenir jusqu'à solde et de condamner les parties défenderesses aux frais et dépens de l'instance.

Elle a exposé que les deux défendeurs sont actionnaires de la société en faillite, Hervé B. à concurrence de 248 actions sur 310 et Delphine S. à concurrence de 62 actions sur 310 et que le capital social d'un montant de 31.000 € n'aurait été libéré qu'à raison de 50 %, soit de 15.000 euros, de sorte qu'elle a demandé le paiement de la partie du capital non libéré.

Par jugement du 18 octobre 2017 rendu par défaut à l'égard de Hervé B. et réputé contradictoire à l'égard de Delphine S., le tribunal s'est déclaré territorialement compétent pour connaître de la demande en application de l'article 7.1) a) du Règlement UE 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Pour faire droit à la demande, il s'est référé aux statuts constitutifs de la société J. et a relevé que les défendeurs n'ont établi ni avoir cédé leurs actions à un tiers, ni avoir procédé au paiement de l'entière du capital social suite à l'appel de fonds de la société en faillite effectué suivant lettres recommandées des 23 février 2017 et 17 mai 2017 ou suite à la réception de l'assignation en justice.

Par acte d'huissier de justice du 3 octobre 2018, Hervé B. a relevé appel de ce jugement qui, selon lui, lui a été signifié le 2 novembre 2017.

L'appelant estime cependant que les délais de recours pour relever appel n'ont pas commencé à courir, à défaut pour l'acte de signification du jugement d'avoir indiqué les voies et délais de recours contre la décision signifiée, tel qu'exigé par le droit français et notamment par l'article 680 du Code de procédure civile français.

Quant au fond, l'appelant avance avoir souscrit un apport à hauteur de 24.800 euros et avoir intégralement libéré cette somme. Il se réfère à un échange de courriels entre lui-même et le notaire Maître (...) des 18 et 21 juin 2017 pour établir que l'erreur matérielle relative à la mention de la non libération du capital publiée au registre de commerce et des sociétés a été rectifiée en début juillet 2017. Il conclut dès lors à la réformation du jugement et demande à voir condamner l'intimée aux frais et dépens de l'instance et au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 euros.

Le curateur conclut, à titre principal, à la nullité de la procédure en application de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile pour le cas où Delphine S. n'aurait pas été touchée en personne par l'acte d'appel et à l'irrecevabilité de l'appel pour tardiveté. Il soutient que le jugement a été signifié une première fois à Hervé B. par courrier recommandé avec accusé de réception daté du 2 novembre 2017 par l'huissier de justice luxembourgeois dont le destinataire a été avisé le 7 novembre 2017 et une deuxième fois le 8 novembre 2017 par l'huissier de justice français qui lui a remis l'acte en main propre, de sorte que le délai d'appel de 40 jours, auquel se rajoutent 15 jours supplémentaires compte tenu des délais de distance légaux, a expiré bien avant l'introduction de l'acte d'appel. Il considère que le Règlement CE n° 1393/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (ci-après le Règlement n° 1393/2007) ne prévoit pas l'obligation de mentionner dans l'acte de signification les voies et délais de recours contre la décision signifiée. Il cite en outre une décision de la CJCE (C-473/04 du 9 février 2006) retenant que le règlement n° 1348/2000 n'établit aucune hiérarchie entre les moyens de transmission et de signification prévus en ses articles 4 et 11 et celui prévu à son article 14 et qu'en cas de cumul de moyen de transmission et de signification, le point de départ du délai de procédure lié à l'accomplissement d'une signification à l'égard du destinataire est celui de la première signification valablement effectuée, soit en l'espèce le 7 novembre 2017. Il demande à ce qu'un arrêt séparé soit pris uniquement sur la question de la recevabilité de l'acte d'appel.

À titre subsidiaire, le curateur sollicite la confirmation du jugement et demande la condamnation de l'appelant au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

À titre encore plus subsidiaire, il demande acte qu'il se réserve le droit de prendre de plus amples conclusions sur le fond si par impossible, l'appel était déclaré recevable.

– Quant au moyen de nullité tiré de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile :

Delphine S. n'a pas constitué avocat à la Cour suite à l'acte d'appel.

Il résulte des modalités de remise que l'acte d'appel lui a été signifié à son domicile. Comme elle n'a toutefois pas été mise en cause aux mêmes fins que le curateur et en l'absence d'intérêt commun entre les parties intimées, une réassignation sur base de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas requise. Le moyen soulevé par le curateur est dès lors à rejeter.

Conformément à l'article 79 alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de Procédure civile, l'arrêt sera rendu par défaut à son encounter.

– Quant à la tardiveté de l'acte d'appel :

Le curateur a fait valoir que l'appel serait irrecevable pour cause de tardiveté.

En vertu des dispositions combinées des articles 645 du Code de commerce et 167 et 573 du Nouveau Code de procédure civile, Hervé B. disposait d'un délai total de 55 jours, à partir du jour où l'opposition n'était plus recevable pour interjeter appel. Le délai pour former opposition étant de 15 jours en application de l'article 90 alinéa 3 du Nouveau Code de procédure civile, il faut retenir que le délai d'appel a commencé à courir en l'espèce, le 16<sup>e</sup> jour à compter de la signification du jugement.

Quant à la date de cette signification, il résulte des actes de procédures versés que le jugement du 18 octobre 2017 a été porté à la connaissance de l'appelant de deux façons différentes.

En effet, d'une part, Hervé B. a été avisé le 7 novembre 2017 par lettre recommandée de l'acte de signification daté au 2 novembre 2017 par un huissier luxembourgeois et d'autre part, le jugement lui a été signifié en mains propres le 8 novembre 2017 par un huissier français.

Aux termes de l'article 7, paragraphe 1 du Règlement n° 1393/2007, l'entité requise procède ou fait procéder à la signification ou à la notification de l'acte soit conformément à la législation de l'État membre requis, soit selon le mode particulier demandé par l'entité d'origine, sauf si ce mode est incompatible avec la loi de cet État membre.

En vertu de l'article 9 paragraphe 1 du Règlement n° 1393/2007, la date de la signification ou de la notification d'un acte effectuée en application de l'article 7 est celle à laquelle l'acte a été signifié ou notifié conformément à la législation de l'État membre requis.

Par ailleurs, l'article 14 du Règlement n° 1393/2007 dit que tout État membre a la faculté de procéder directement par l'intermédiaire des services postaux, par lettre recommandée avec accusé de réception ou envoi équivalent, à la signification ou à la notification des actes judiciaires aux personnes résidant dans un autre État membre.

L'article 9 paragraphe 3 du Règlement n° 1393/2007 renvoie pour les besoins de la régularité et de la prise d'effet de la signification/notification alternative au paragraphe 1 de l'article 9.

Dans son arrêt du 9 février 2006 (affaire C-473/04, Plumex c/ Young Sports NV) la CJCE a dit pour droit que le Règlement (CE) n° 1348/2000 [qui a été remplacé par le Règlement n° 1393/2007] n'établit aucune hiérarchie entre les moyens de signification qu'il prévoit et, qu'en cas de cumul des moyens de signification, le point de départ d'un délai de procédure lié à l'accomplissement d'une signification est déterminé par la date de la première signification valablement effectuée.



En application de ces principes, c'est, a priori, la date de la notification par lettre recommandée avec accusé de réception par l'huissier luxembourgeois dont il y a lieu de tenir compte pour apprécier si le délai d'appel a été respecté.

Sous ce rapport, c'est à tort que Hervé B. soutient que ce délai n'aurait pas commencé à courir à son encontre en raison du fait que les prescriptions de l'article 680 du Code de procédure civile français n'auraient pas été observées.

Le texte en question prévoit que l'acte de notification d'un jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé.

En l'occurrence, cette disposition n'est toutefois pas appelée à jouer parce que les significations internationales sont réglementées spécifiquement en droit français.

C'est ainsi que l'article 683 du Code de procédure civile français précise que, sous réserve de l'application des règlements européens et des traités internationaux, les notifications des actes judiciaires et extrajudiciaires à l'étranger ou en provenance de l'étranger sont régies par les règles de la section V du chapitre III du Titre XVII du Livre I<sup>er</sup> du même Code.

Concernant plus particulièrement la notification des actes en provenance de l'étranger, c'est la sous-section II (articles 688-1 à 688-8) de cette section V qui détermine la procédure à respecter.

Or, l'article 680 du Code de procédure civile français figure à la section IV, qui traite de la notification des jugements français en France, et aucun article de la sous-section II ne dit qu'il est applicable en cas de notification d'un jugement en provenance de l'étranger.

L'article 688-1 du Code de procédure civile français, quant à lui, se limite à prescrire une notification par voie de simple remise ou de signification.

### Observations

Dans le cadre d'une action introduite par le curateur d'une société en faillite à l'encontre des actionnaires qui n'avaient pas libéré une partie du capital social, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, avait condamné en première instance les deux actionnaires à procéder au paiement de l'entiereté du capital social. L'un des actionnaires, domicilié en France, qui n'a pas comparu en

Compte tenu du fait qu'il n'exige pas que cette remise ou signification contienne des informations sur les voies de recours ouvertes, la notification du jugement de première instance par lettre recommandée avec accusé de réception faite le 7 novembre 2017 en application de l'article 14 du Règlement n° 1393/2007 est à considérer comme régulière.

Plus de 55 jours s'étant écoulés entre la date de la fin du délai d'opposition et celle à laquelle appel a été interjeté, le recours formé par Hervé B. est à déclarer irrecevable.

L'appelant n'obtenant pas gain de cause, il ne peut pas prétendre à une indemnité de procédure.

Il y a cependant lieu de faire droit à la demande de l'intimé tendant à se voir allouer, pour l'instance d'appel, une indemnité de procédure que la Cour fixe à 1.000 euros.

### PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de Delphine S. et contradictoirement à l'égard des autres parties, en application du règlement grand-ducal du 17 avril 2020,

rejette le moyen de nullité de l'appel,

dit l'appel irrecevable,

déboute Hervé B. de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure,

condamne Hervé B. à payer à Maître A. une indemnité de procédure de 1.000 euros,

condamne Hervé B. aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître A. qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

première instance, a interjeté appel contre cette décision par acte d'huissier du 3 octobre 2018, à la suite de la signification du jugement intervenue, selon lui, le 2 novembre 2017.

L'appelant a estimé que le délai de recours<sup>1</sup> pour relever appel n'avait pas commencé à courir à défaut pour l'acte de signification du jugement d'avoir indiqué les voies et délais de

1. L'appelant disposait d'un délai de 55 jours pour interjeter appel à partir du jour où l'opposition n'était plus recevable.

recours contre la décision signifiée tel que l'exige l'article 680 du Code de Procédure civile français.

Cette décision présente l'intérêt de prendre position sur la date de signification à prendre en compte en application du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil (ci-après le « **Règlement** ») lorsqu'un acte judiciaire a fait l'objet de deux significations différentes selon deux modes prévus par le Règlement.

Dans un premier temps, la Cour d'appel reconnaît l'absence de hiérarchie entre les différents modes de transmission et de signification des actes judiciaires prévus notamment à l'article 7 (transmission et signification par la voie de l'entité requise) du Règlement et celui prévu à l'article 14 du même Règlement (signification par la poste) en se fondant sur une décision rendue par la troisième chambre de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 9 février 2006 dans l'affaire C-473/04 (Plumex / Young Sports NV).

Ainsi, il est parfaitement loisible de signifier un acte judiciaire par l'un ou l'autre de ces deux modes de transmission ou de façon cumulative.

Dans le cas d'espèce, le jugement du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg avait été porté à la connaissance de l'appelant de deux façons différentes : l'une par lettre recommandée de l'huissier de justice luxembourgeois en date du 2 novembre 2017 qui a été avisée par l'appelant et l'autre par signification en mains propres par un huissier français en date du 8 novembre 2017.

La signification a, en conséquence, été opérée en application de (i) l'article 7 du Règlement qui prévoit une signification selon le mode prévu par la législation de l'État requis (en l'espèce la législation française) : « *l'entité requise procède ou fait procéder à la signification ou à la notification de l'acte soit conformément à la législation de l'État membre requis, soit selon le mode particulier demandé par l'entité d'origine, sauf si ce mode est incompatible avec la loi de cet État membre.* » et (ii) de l'article 14 du Règlement qui dispose que « *tout État membre a la faculté de procéder directement par l'intermédiaire des services postaux, par lettre recommandée avec accusé de réception ou envoi équivalent, à la signification ou à la notification des actes judiciaires aux personnes.*<sup>2</sup> »

Une fois que l'on admet l'absence de hiérarchie entre ces deux modes de transmission et une possibilité de cumul des moyens de signification, quelle date faut-il prendre en compte pour déterminer la date de signification du jugement ?

Pour ce faire, la Cour rappelle les principes édictés par le Règlement pour fixer la date à laquelle la signification est réputée intervenue. Il s'agit en application de l'article 9, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Règlement de la date à laquelle l'acte a été signifié conformément à la législation de l'État membre requis<sup>3</sup>.

En l'espèce, la Cour d'appel retient que le point de départ d'un délai de procédure lié à l'accomplissement d'une signification est déterminé par la date de la première signification valablement effectuée et décide que la date de signification du jugement à prendre en compte est celle opérée à la suite de la notification du jugement par lettre recommandée, à savoir le 7 novembre 2017.

Le principe édicté par cette décision est parfaitement en ligne avec l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne qui a retenu « *que, en cas de cumul de plusieurs significations effectuées en conformité avec le règlement, il y a lieu de tenir compte de celle qui a été faite la première. Rien dans le règlement ne s'oppose à ce qu'une telle approche soit appliquée aux rapports entre la signification par l'entremise d'entités et la signification par la poste. Ainsi en cas de cumul de ces deux moyens de signification, il convient de se référer, pour déterminer à l'égard du destinataire le point de départ d'un délai de procédure lié à l'accomplissement d'une signification, à la date de la signification par la poste dès lors qu'elle est intervenue en premier lieu.*

*Cette conclusion ne porte nullement atteinte aux intérêts du destinataire d'un acte judiciaire dans la mesure où la première signification valable lui permet de prendre effectivement connaissance de cet acte et de disposer d'un laps de temps suffisant pour agir en justice. Or, la circonstance qu'il se voit signifier postérieurement le même acte judiciaire par un autre moyen ne change rien au fait que ces exigences ont été déjà respectées par la signification initiale. »*

Malheureusement, la Cour d'appel n'a pas fait application, en l'espèce, du principe posé par la Cour de justice de l'Union européenne en ne procédant pas à l'analyse de la régularité, selon la législation française, des deux modes de signification intervenus en l'espèce. Elle s'est, en effet, contentée d'examiner la seule régularité de la signification opérée par la voie postale. Or, ce n'est que s'il y a cumul de deux modes de signification régulièrement effectués selon la législation française que la date à prendre en compte pour la signification est celle effectuée en premier lieu.

En l'espèce, et conformément à l'article 9, paragraphe 3, du Règlement, la Cour a donc procédé à l'examen de la législation française pour conclure à la seule régularité de la signification opérée par la voie postale.

À cet égard, elle a procédé à l'examen de plusieurs articles du Code de Procédure civile français pour conclure à l'inapplicabilité de son article 680 au cas d'espèce alors que cet article

2. La France a admis la transmission des actes par voie postale (lettre recommandée avec demande d'avis de réception).

3. Le même principe s'applique pour les significations opérées en application de l'article 14 du Règlement suivant l'article 9, paragraphe 3, du Règlement qui fait notamment un renvoi au paragraphe 1<sup>er</sup> : « *les paragraphes 1 et 2 s'appliquent également aux modes de transmission et de signification ou de*

*notification d'actes judiciaires prévus à la section 2* ». La section 2 vise la transmission par voie consulaire ou diplomatique (article 12 du Règlement), la signification ou notification par les agents diplomatiques ou consulaires (article 13 du Règlement), la signification ou notification par l'intermédiaire des services postaux (article 14 du Règlement) ainsi que la signification ou notification directe (article 15 du Règlement).

traite de la notification des jugements français en France et non à la signification d'un jugement en provenance de l'étranger.

La Cour d'appel conclut que, dans la mesure où l'article afférent pour la signification des actes en provenance de l'étranger<sup>4</sup> ne prévoit pas l'obligation de mentionner les informations sur les voies de recours, la signification du jugement par lettre recommandée est valablement intervenue le 7 novembre 2017 en application de l'article 14 du Règlement, de sorte que l'appel interjeté en l'espèce est irrecevable pour ne pas avoir été introduit dans le délai légal.

L'analyse de cet arrêt permet enfin de mettre en exergue les difficultés auxquelles le praticien, notamment luxembourgeois, peut être soumis lorsque, comme en l'espèce, il est obligé, en vertu du Règlement, de toiser les législations des États membres en matière de signification et de notification des actes, pour conclure à l'irrecevabilité de l'appel interjeté pour tardiveté.

L'on ne peut conclure ce commentaire d'arrêt sans mentionner qu'un nouveau règlement (UE) 2020/1784 du Parlement européen et du conseil relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale abrogeant le Règlement a été adopté le 25 novembre 2020 et qu'il entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2022.

Pour mémoire seulement, celui-ci opère des modifications significatives par rapport au Règlement en instaurant (i) un système informatique décentralisé sécurisé et fiable permettant la transmission des informations entre les différentes entités<sup>5</sup> (ii) une nouvelle assistance à la recherche des adresses<sup>6</sup> (iii) la signification ou la notification par voie électronique<sup>7</sup> et (iv) la signature électronique des actes, documents et formulaires<sup>8</sup>.

**Donata GRASSO**  
*Avocat à la Cour*

4. Art. 688-1 du Code de procédure civile français.

5. Art. 5.

6. Art. 7.

7. Art. 19.

8. Art. 5, § 3.











RECHERCHE RAPIDE

La source  
documentaire  
juridique  
incontournable  
au Luxembourg



Les plus recherchés

Impôt sur le revenu

Congé parental

Société commerciale

## Gagnez en temps et en efficacité

**LEXNOW** facilite vos recherches juridiques et vous donne un accès rapide à toute la législation consolidée, la jurisprudence, les dossiers parlementaires, les circulaires... LexNow est alimentée quotidiennement et enrichie par des commentaires et notes de professionnels de renom.



Pour découvrir Lexnow,  
rendez-vous sur  
[www.lexnow.lu](http://www.lexnow.lu)



ou contactez-nous au  
**+352 26 31 64-1**



ou par email à  
[lexnow@legitech.lu](mailto:lexnow@legitech.lu)

**LEXNOW**  
LEGAL WATCH FOR YOU

powered by Legitech

# REVUE DES PROCÉDURES

#02 -MAI 2021

Rd  
P(s)

## ÉDITORIAL

*Guy Perrot*

## ANALYSES DOCTRINALES

*Negativa non sunt probanda : de la charge de la preuve au principe de la contradiction*

Cass. Fr. com., 28 mars 2018

Cass. Fr. civ., 3<sup>ème</sup>, 7 sept. 2017

Cass. Lux., 8 déc. 2016

*Vincent Bolard*

*Clause d'arbitrage et référé-provision*

CA Lux (réf.), 7<sup>ème</sup>, 10 févr. 2021

*Armel Waiße*

CA Lux., 10<sup>ème</sup>, 15 janv. 2020

*Florent Kirmann*

*The True Story of the Active Role of Courts in Consumer Litigation*

Introduction to the Speech given

*Élise Poillot*

Discours prononcé par Étienne Rigal

*Étienne Rigal*

## PANORAMA DE JURISPRUDENCE

### I. L'ACTION

*Droit d'accès au juge*

CJUE, 6 oct. 2020

C. Const., 19 mars 2021

*Thierry Hoscheit*

*Intérêt virtuel à agir et recours administratif*

C. adm., 14 janv. 2021

*Marc Thewes*

1	<i>Régime de nullité et transmission irrégulière des actes judiciaires</i>	68
	Trib. arr. Lux., 8 <sup>ème</sup> , 9 juin 2020	
	<i>Donata Grasso</i>	
	<i>Calcul du taux de compétence</i>	
4	Trib. arr. Lux., 14 <sup>ème</sup> , 11 janv. 2021	83
5	<i>Séverine Ménétreay</i>	
7	<i>Clause d'élection de for</i>	
	CJUE, 18 nov. 2020	87
	<i>Thierry Hoscheit</i>	
22	<b>II. L'INSTANCE</b>	
	<i>Contradiction et expertise judiciaire</i>	
29	Trib. arr. Lux., 1 <sup>ère</sup> , 24 juin 2020	95
	<i>Contradiction et demandeur absent lors des plaidoiries</i>	
	CA Lux., 8 <sup>ème</sup> , 14 févr. 2019	101
34	<i>Contradiction et défendeur absent lors des plaidoiries</i>	
	CA Lux., 1 <sup>ère</sup> , 23 oct. 2019	104
38	<i>Contradiction et moyen relevé d'office</i>	107
	Cass. Fr., civ. 2 <sup>ème</sup> , 22 oct. 2020	
	<i>Constatation de l'extinction de l'instance par le JME</i>	
	Ord. CME, 22 nov. 2019	112
	<i>Guy Perrot</i>	
42	<b>III. LA JURIDICTION</b>	
58	<i>Définition autonome de l'autorité de chose jugée</i>	117
	CA Lux., 4 <sup>ème</sup> , 29 avr. 2020	
	<i>Séverine Ménétreay</i>	
62	<i>Date de signification des actes judiciaires en présence de deux modes de signification différents sous le Règlement (CE) n° 1393/2007</i>	129
	CA Lux., 4 <sup>ème</sup> , 26 mai 2020	
	<i>Donata Grasso</i>	

Lorsqu'une décision jurisprudentielle est citée et que celle-ci est disponible dans notre base de données LexNow ([www.lexnow.lu](http://www.lexnow.lu)), vous retrouverez la Référence /ID en note de bas de page permettant un accès simplifié et direct au texte intégral sur LexNow.

Legitech Sàrl

10A, Z.A.I. Bourmicht  
L-8070 Bertrange

T +352 26 31 64-1

[www.legitech.lu](http://www.legitech.lu)



**LEGITECH**  
éditeur juridique

PERIODIQUE

**POST**  
LUXEMBOURG

Envois non distribuables à retourner à:  
L-3290 BETTEMBOURG

**PORT PAYÉ**  
**PS/770**