

**Projet de loi**

**portant modification de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile.**

-----  
**Avis du Conseil d'Etat**

(23 octobre 2012)

Par dépêche du 20 avril 2012, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique dont le texte a été préparé par le ministre de la Justice.

Le projet proprement dit était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire de l'article unique.

**Examen de l'article unique**

Le projet de loi sous examen entend modifier le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile relatif à la caution judiciaire sur deux points. Les auteurs du projet qualifient ces deux points d'« erreurs matérielles », ce qui n'est vrai que pour le premier.

La première modification est en effet la correction d'une erreur matérielle qui s'est glissée dans le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 257. En effet, au cours du processus législatif qui a abouti à la loi du 13 mars 2009 relative aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges, suite à l'avis du Conseil d'Etat, les deux paragraphes de l'article 257 ont été interchangés, sans que la référence au premier paragraphe contenu dans le second paragraphe du texte initial ait été modifiée.

Ce premier point, qui fait l'objet d'une note infrapaginale dans la version électronique du Nouveau Code de procédure civile (disponible sur [www.legilux.lu](http://www.legilux.lu)), n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Il n'en va pas ainsi, et de loin, de la seconde modification proposée par les auteurs du projet de loi.

Il s'agit tout bonnement de supprimer la condition de nationalité, de sorte que la caution judiciaire pourrait être demandée par un défendeur étranger contre un demandeur luxembourgeois ou même dans le cadre de litiges se mouvant entre deux étrangers.

La motivation de cette suppression est laconique: il s'agirait de « s'assurer que les règles de caution ne soient ni discriminatoires à l'égard des étrangers ni contraires au droit communautaire [lire: européen] et aux conventions ratifiées par le Luxembourg ». Les auteurs du projet de loi ne développent pas leur pensée par une argumentation juridique.

Le Conseil d'Etat ne partage aucunement cette position.

En premier lieu, la rédaction actuelle de l'article 257, paragraphe 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile ne peut être considérée comme

discriminatoire du seul fait que la caution judiciaire ne peut être demandée que par un défendeur luxembourgeois contre un demandeur étranger, excluant par là une demande dirigée par un défendeur étranger contre un demandeur luxembourgeois ou un demandeur étranger.

Il convient pour ce faire de rappeler l'objectif de la caution judiciaire: elle vise à protéger les nationaux.

Dans un jugement du 13 juillet 2006, le Tribunal d'arrondissement a considéré que « le droit de réclamer la *cautio judicatum solvi* constitue ainsi un privilège de nationalité dont le bénéfice appartient exclusivement aux Luxembourgeois, ou aux étrangers admis dans le Grand-Duché à la jouissance des droits civils. En conséquence, l'étranger qui ne jouit pas des droits civils appartenant aux Luxembourgeois ne peut réclamer la caution d'un demandeur étranger (Trib. Lux. 23 novembre 1892, P. 3, 455, Trib. Lux 3 février 1897, P. 4, 375). »

Pour la Cour d'appel (arrêt du 14 mars 2012, numéro 36170 du rôle), « la caution *judicatum solvi* a pour objet de prémunir le justiciable luxembourgeois contre les pertes pécuniaires que peut lui faire subir, par un procès sans fondement, un étranger (personne physique ou morale) qui n'offre pas les garanties au Luxembourg pour assurer le paiement des dommages-intérêts auxquels il serait condamné par une juridiction luxembourgeoise (cf. doc. parl. n° 5837, commentaire des articles, page 9, point 6) ».

Dans un arrêt du 12 février 2003 (numéro 25302 du rôle), la Cour d'appel avait retenu que « il se dégage de l'interprétation que la jurisprudence a donné aux articles 16 du code civil et 166 du code de procédure civile respectivement 257 du nouveau code de procédure civile que 'le droit de réclamer cette caution est un privilège de nationalité dont le bénéfice appartient exclusivement aux Français ou aux étrangers admis en France à la jouissance des droits civils' (cf. Enc. Dalloz, Proc. Civ., v° caution *judicatum solvi*, n° 17 et ss); la jurisprudence s'appuie en l'occurrence sur un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 avril 1842 selon lequel le but de l'article 16 du code civil est de prémunir le justiciable français contre le préjudice éventuel résultant de l'absence de garanties de solvabilité personnelles et locales de la part de l'étranger demandeur; cette faveur 'ne saurait être étendue au cas où deux étrangers, plaidant l'un contre l'autre (...) appliquer à ces cas l'article 16, ce serait, au lieu de compenser, comme l'a voulu cet article, l'inégalité des positions existant entre le défendeur et le demandeur, créer au profit du premier une inégalité qui n'existe pas, en lui attribuant une sureté qu'il ne présente pas lui-même.' Cette jurisprudence est applicable par analogie au Grand-Duché, les textes de loi précités étant toujours en vigueur ».

La situation en Belgique est d'ailleurs identique (voir G. de Leval, *Éléments de procédure civile*, Larcier, 2003, p. 49, note 148; L-H. Zwendelaar, *Formulaire annoté de procédure civile*, tome I, 1935, p. 419, n° 22; S. Sarolea, note sous Bruxelles (civ.), 25 septembre 1996, Rev. dr. étr., 1996, n° 91, p. 772; Civ. Bruxelles (16<sup>e</sup> ch.), 5 juin 2009, JT 2010, p. 117; Liège, 16 octobre 2003, R.D.C., 2004/8, p. 807; Com. Charleroi, 8 février 1994, J.L.M.B., 1995, p. 21; Civ. Bruxelles (ch. Saisies), 19 avril 2005, J.T. 2005, p. 664; Bruxelles (9<sup>ème</sup> ch.), 25 janvier 2000, R.D.J.P., 2000, p. 252).

Supprimer la condition de nationalité comme le proposent les auteurs du projet de loi reviendrait tout simplement à enlever à la caution judiciaire

sa raison d'être.

On se trouve donc en présence d'une différenciation objective entre le défendeur luxembourgeois, qui peut demander une caution judiciaire, et le défendeur étranger, qui ne le peut pas. Les situations n'étant pas comparables, il n'y a pas de discrimination.

En deuxième lieu, l'article 257, paragraphe 1<sup>er</sup> n'est pas contraire au droit européen ni aux conventions internationales ratifiées par le Luxembourg.

D'une part, le paragraphe 2 de l'article 257 énumère les exceptions à la possibilité de réclamer une caution judiciaire. Ainsi, aucune caution judiciaire ne peut être exigée d'un demandeur qui a son domicile ou sa résidence dans un Etat membre de l'Union européenne, un Etat membre du Conseil de l'Europe ou un pays avec lequel le Luxembourg est lié par une convention prévoyant une dispense de caution.

D'autre part, en ce qui concerne la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'Homme et plus particulièrement son article 6, il y a lieu d'observer que le principe du droit au procès équitable pourrait plutôt être invoqué contre une condamnation à verser une caution judiciaire, alors qu'une telle condamnation pourrait être considérée comme une entrave à ce droit et au libre accès à la justice.

La Cour d'appel de Bruxelles a, dans un arrêt du 21 novembre 2006 (RDJP 2007, p. 383), estimé que « les dispositions de la Convention Européenne des droits de l'Homme qui sont invoquées ont pour but d'empêcher les entraves au libre accès à la justice. Une disposition de droit interne qui a pour effet d'empêcher une partie d'entraver ce libre accès à la justice ne saurait dès lors constituer une violation de la Convention Européenne des droits de l'Homme. Il n'y a donc pas lieu d'écarter la norme interne selon laquelle seul le défendeur belge peut opposer au défendeur étranger l'exception de la caution *iudicatum solvi*, au profit d'une norme supranationale avec laquelle la norme interne serait incompatible ».

Partant, le respect du droit européen et des conventions internationales ratifiées par le Luxembourg ne peut être mis en avant pour justifier la suppression de la condition de nationalité.

En dernier lieu, la suppression de la condition de nationalité proposée par les auteurs du projet de loi ouvrirait la porte à des demandes manifestement dilatoires.

Ainsi, à l'exception des situations où, en vertu du paragraphe 2 de l'article 257, aucune caution judiciaire ne peut être exigée, toute personne pourrait, en toute matière, demander la condamnation du demandeur à une caution judiciaire.

Outre que la raison même de l'existence de la caution judiciaire ferait alors complètement défaut (voir ci-dessus), on ne peut pas exclure que les tribunaux seront systématiquement saisis de demandes visant à faire condamner le demandeur à verser une telle caution. Les tribunaux devraient donc d'abord considérer cette demande avant d'aborder le fond de l'affaire, étant précisé que, contre une telle décision, un appel immédiat est possible. L'examen du fond de l'affaire serait donc retardé dans le seul intérêt du défendeur qui voudrait faire traîner une affaire en longueur.

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat doit exprimer ses plus vives réserves au projet de loi sous rubrique. Même si la première modification proposée recueille son accord, il laisse à la Chambre des députés le soin de décider si cette modification doit faire l'objet d'un projet de loi.

Ainsi qu'il l'a déjà relevé dans son avis du 21 octobre 2008 concernant le projet de loi relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges (...) (doc. parl. n° 5837<sup>1</sup>), le Conseil d'Etat pourrait également envisager la suppression pure et simple de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 octobre 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen