

À la mémoire d'Olivier Poelmans,
avocat rigoureux, auteur réputé et enseignant passionné.

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 republions¹ 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*² 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 1993, 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

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

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, désireux 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 intro-

ductifs 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 référé-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, anno-

tées 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 forclus.

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

Guy PERROT
Rédacteur en chef