

# LA MISSION DE LA COUR DE CASSATION

## I. Point de vue luxembourgeois

PAR

Patrick KINSCH et Myriam PIERRAT

AVOCATS

1. – L'existence d'une Cour de cassation au Luxembourg ne va pas de soi. Elle est due à la reprise d'un modèle d'organisation judiciaire prestigieux, le modèle français : reprise d'abord forcée – après tout, et même si tout ceci est subjectif, dans une perspective historique le Luxembourg n'est un Etat souverain que depuis peu de temps (1) –, puis volontaire : la Cour de cassation s'est toujours présentée comme intellectuellement fidèle au modèle français d'une cour suprême, au point même d'adopter occasionnellement comme auto-désignation, dans ses arrêts, le titre bien français (mais, en France, doctrinal plutôt que jurisprudentiel) de « Cour régulatrice » (2).

Pourtant, même si la fidélité intellectuelle est en principe une qualité, et même si elle présente des avantages concrets pour le Luxembourg – dispensé de ce fait de développer, sans garantie de succès, sa propre conception de la cassation –, son bien-fondé peut et doit donner lieu à réflexion critique. En fait, rien dans le monde institutionnel ne devrait aller de soi,

(1) G. REILAND, « Libres propos sur la cassation au Luxembourg de la fin du Premier Empire français aux lois du 18 février 1885 », *Pas. lux.*, 29, chron., p. 81, explique qu'au cours des premières décennies du XIX<sup>e</sup> siècle, le modèle français a été imposé non seulement par le régime français lui-même, mais aussi par le régime hollandais qui lui succéda.

(2) V. entre autres Cass. 7 mars 2002, n° 14/02 : « Attendu que le demandeur en cassation doit avoir eu, devant les juges du fond, la qualité dont il se prévaut devant la Cour régulatrice » ; Cass. 12 juin 2003, n° 18/2003 pén. (ou, en matière civile, Cass. 12 juillet 2007, n° 41/07) : « Attendu que la Cour régulatrice n'a à statuer que sur les moyens, sans que la discussion qui les développe ne puisse en combler les lacunes ». – En France, une recherche sur le site Légifrance a donné (au 13 juin 2009) 33 arrêts de la Cour de cassation dans lesquels apparaît l'expression « Cour régulatrice », mais il s'agit chaque fois de la reproduction d'une expression qui figure dans le moyen de cassation et non d'un élément de la motivation de l'arrêt.

et en particulier la reprise d'une institution comme la Cour de cassation. D'un autre côté, il n'est pas exclu non plus qu'elle puisse être justifiée. Voyons ce qu'il en est.

2. – Un point préliminaire : s'il est vrai que le Luxembourg a repris de la France le principe d'une cour de cassation, et avec lui la définition de la mission de cette juridiction, il n'a pas pour autant repris l'organisation de la Cour de cassation française, en tant que juridiction entièrement autonome, du point de vue organique, des cours d'appel sur lesquelles s'étend (principalement) son contrôle. La Cour de cassation luxembourgeoise reste une émanation de la Cour supérieure de justice, qui «comprend une cour de cassation et une cour d'appel ainsi qu'un parquet et un greffe commun aux deux cours» (3). Actuellement composée de cinq magistrats, alors que le président et les conseillers à la Cour de cassation ne sont qu'au nombre de trois, elle comporte nécessairement au moins deux conseillers à la Cour d'appel qui seront censés statuer sur les pourvois en cassation introduits (le plus souvent) contre les arrêts de leurs collègues de la Cour d'appel. Cette situation n'est pas idéale, mais elle a deux avantages : d'une part, elle permet des économies, selon une logique assez typique pour un pays à taille très réduite, en termes de ressources humaines (4) et, d'autre part, elle constitue une nette amélioration par rapport à la situation précédente qui voyait jusqu'en 1980 une cour de cassation exclusivement composée, au gré des affaires, de conseillers à la Cour supérieure de justice qui étaient affectés principalement au jugement des appels.

En d'autres termes, la situation du Luxembourg n'est certainement pas comparable à la situation de la France pour ce qui est du personnel de la Cour de cassation. Lors de l'adoption des deux lois du 18 février 1885 sur l'organisation judiciaire (remplacée par la loi du 7 mars 1980) et sur les pourvois et la procédure de cassation (qui reste, quant à elle, en

(3) Art. 32 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

(4) En réponse à la revendication de l'Association luxembourgeoise des avocats pénalistes de créer une cour de cassation véritablement autonome sur le plan organique, le Procureur d'Etat de Luxembourg aurait fait observer (v. *d'Lëtzebuurger Land*, 8 mai 2009, p. 5) : «Je veux bien que la Cour soit composée exclusivement de juges «casseurs», mais qu'on ne vienne pas nous rabâcher les oreilles si sept magistrats sont occupés à traiter la petite centaine de dossiers par an dont la Cour est saisie actuellement».

vigueur), la question a été posée, et elle a rapidement été résolue à la fois en faveur du maintien de la Cour de cassation et contre la création d'une cour de cassation autonome; les arguments alors invoqués restent dans une certaine mesure valables :

«On n'a jamais essayé d'établir chez nous une cour de cassation, c'est-à-dire un corps judiciaire ne s'occupant exclusivement que de recours en cassation. Le nombre restreint des affaires portées en cassation, les grandes dépenses d'une pareille institution, la difficulté de recruter les forces nécessaires ne nous permettent pas une pareille création. En France, il y a une Cour de cassation pour 36 millions d'habitants; en Belgique, il en existe une pour 5 millions; peut-on sérieusement songer à l'introduire chez nous pour une population de 200.000 âmes? Evidemment non!

Et cependant, depuis 1840 on n'a pas voulu priver les justiciables d'un recours si précieux! Il a été maintenu dans notre législation, tantôt sous la forme d'un véritable recours en cassation, tantôt sous celle de la voie de la requête civile. La connaissance de ces recours a été attribuée à notre Cour d'appel, instituée sous le nom de «haute Cour de justice» (5).

Ou encore :

«Il est vrai que s'il ne fallait une Cour de cassation que pour maintenir l'uniformité de la jurisprudence, nous n'en n'aurions pas besoin. Car nous n'avons qu'une Cour d'appel et c'est à elle de régler sa jurisprudence. Dans d'autres pays il existe différentes cours dont chacune peut avoir sa jurisprudence, il faut donc une autorité centrale pour maintenir l'unité. Ici, cela n'est pas nécessaire. Mais à côté de ce but qu'une Cour de cassation doit remplir, il faut prendre en considération les intérêts des justiciables. Si quelqu'un a perdu son procès et qu'il voit que la loi a été violée et son intérêt méconnu, il doit avoir un dernier recours, comme cela existe dans tous les pays, où il puisse faire redresser l'erreur commise» (6).

3. — Cette dernière citation met l'accent là où il convient de le mettre : la comparaison des deux cours de cassation se fera utilement par référence à la mission attribuée au juge de cassation. Notre thèse sera qu'*a priori*, la reprise de l'institution de la Cour de cassation au Luxembourg n'était sans doute pas absolument nécessaire, précisément en raison de sa mission

(5) Rapport de la Commission spéciale de la Chambre des députés, *C.R.*, 1883-1884, Annexes, p. 669.

(6) *C.R.*, 1883-1884, Discussion, p. 899 (intervention de M. Brasseur, rapporteur du projet de loi).

telle qu'elle est conçue en France (et, par conséquent, au Luxembourg); mais que sa mission présente une telle utilité qu'on peut, malgré tout, s'en féliciter. Tout en se félicitant par conséquent de ce qu'au Luxembourg, il y ait une cour de cassation, on sera conscient de ceci : si la mission théorique des deux cours de cassation est identique, leur mission réelle ne *doit* pas, mais *peut* néanmoins être différenciée; alors que la Cour de cassation a en France un rôle normatif indispensable, au Luxembourg elle devrait servir peut-être primordialement à garantir la qualité de la justice rendue par les juges du fond. Cette thèse, voulue un peu iconoclaste, sera développée sous deux angles : la définition de la (double) mission de la Cour de cassation (I), et les conséquences qui s'en déduisent quant à l'accès des justiciables à la Cour de cassation (II).

### I. – Les deux aspects de la mission de la Cour de cassation

4. – La Cour de cassation a une mission unique, si on la définit en termes très (trop) généraux : le contrôle de la conformité au droit des jugements et arrêts qui peuvent lui être déférés. Mais derrière cette formule générale se cachent en réalité deux volets très disparates, à finalité très différente et, pour le malheur de l'un d'eux, d'une popularité très dissemblable auprès de juges du fond et même, peut-être, auprès des conseillers à la Cour de cassation.

#### A. – LE DOUBLE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION : DÉFINITION THÉORIQUE

5. – La définition théorique du rôle de la Cour de cassation a été l'œuvre de la doctrine française. C'est Gabriel Marty qui, dans son ouvrage sur *La distinction du fait et du droit*, répartit en 1929 les pouvoirs exercés par la Cour de cassation en deux fonctions distinctes : la fonction «juridique» et la fonction «disciplinaire». La fonction juridique (ou, peut-être mieux, la fonction normative) est d'assurer l'unité de la jurisprudence. En particulier depuis la reconnaissance, progressive depuis le

XIX<sup>e</sup> siècle, mais réalisée à présent, du potentiel de créativité de la jurisprudence, cette fonction est considérée en France comme la partie la plus importante et, pour le dire clairement, la plus noble de la mission de la Cour de cassation, qui peut ainsi participer à l'œuvre normative qui ne devait appartenir, selon les mythes fondateurs de la République française, qu'au législateur lui-même. A côté de ce rôle, Marty retient la fonction disciplinaire de la Cour de cassation, fonction qui s'exerce à travers la mise en œuvre de concepts – plus techniques et assurément moins attrayants pour ceux qui voient dans la Cour de cassation un organe aux pouvoirs, ou du moins aux fonctions, essentiellement normatifs – comme le contrôle de l'existence et de la suffisance des motifs des décisions, ou encore de l'absence de contradiction entre les motifs et de dénaturation des pièces soumises aux juges du fond. Pourtant, comme l'écrit Marty, la fonction disciplinaire est «un moyen précieux de tenir en haleine les magistrats chargés du service public de la justice» (7) (8).

6. – Au Luxembourg, la définition du contrôle de la Cour de cassation a été, au cours des dernières années, un thème favori des présidents de la Cour supérieure de justice à l'occasion de leur discours de réception ou à l'occasion d'autres interventions (9). On peut considérer, sans risquer de se tromper, la description donnée par les présidents comme description de la

(7) G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, p. 368. L'auteur poursuit : «Par ce moyen la Cour suprême peut réagir efficacement contre les fautes et les abus de pouvoirs ostensiblement commis par les juges et affermir son autorité de supérieur hiérarchique». – Evidemment, ceci pose la question de la sanction des erreurs commises par la Cour de cassation elle-même; v., avec une verve polémique, S. GUINCHARD, «Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation?)», *L'avenir du droit, Mélanges François Terré*, Paris, 1999, pp. 761 et s. La Cour européenne des droits de l'homme s'en chargera peut-être (cf. *infra*, n° 22); mais alors la question – *quis custodiet ipsos custodes?* – se transfère aux erreurs commises par la Cour européenne.

(8) Pour des développements de droit comparé (et pour une analyse qui n'est pas trop favorable à ce type de contrôle), F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966, n°s 243 et s.

(9) Nous avons essayé de tenir compte des interventions des présidents de la Cour supérieure de justice depuis 1993. M. Paul Kayser, M. Marc Thill et M<sup>me</sup> Marie-Paule Engel se sont chacun prononcés sur la mission de la Cour de cassation. M. Guy Reiland a préféré un exposé d'ordre historique (cf. *supra*, note 1); son discours de réception était, quant à lui, un méta-discours de réception, sous le titre «La réception des membres de la Cour supérieure de justice» (*Bull. Laurent*, 1996-III, 175; comp. la version longue à la *Pas. lux.*, 30, chron., p. 1). M. Marc Schlungs a consacré son discours de réception à l'accès à la justice, sous l'angle de son coût (*Pas. lux.*, 33, chron., p. 65).

doctrine officielle de la Cour de cassation. Celle-ci est remarquablement proche, y compris dans ses références, de la doctrine officielle de la Cour de cassation française.

M. Paul Kayser s'exprime de la manière sans doute la plus prudente, puisqu'il ne prend pas position sur l'importance des différents types de contrôle des jugements et arrêts. Il rappelle que

«[l]a mission de la Cour de cassation, telle qu'elle se trouve définie dans tous les ouvrages élémentaires de droit judiciaire et même de simple vulgarisation juridique, est de juger les décisions rendues et non les affaires elles-mêmes, d'examiner, non pas si la juridiction dont la décision est contestée a fait une exacte appréciation des faits qui lui ont été soumis, mais de vérifier qu'elle a correctement appliqué la loi.

La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction, c'est-à-dire qu'elle n'a pas pour rôle de rouvrir le procès.

Ce n'est pas, primordialement, une juridiction de jugement, mais une juridiction de contrôle» (10).

M. Marc Thill en revanche, dans un rapport à la Conférence des présidents et procureurs généraux des Cours suprêmes des Etats membres de l'Union européenne, s'exprimera clairement en ce sens que «*l'attribution primordiale* de la Cour suprême est de faire respecter par les juridictions inférieures la volonté du législateur et de maintenir, par l'interprétation qu'elle donne des textes dans les affaires qui lui sont déferées, l'unité de la jurisprudence, qui est la loi en action» (11). Maintenir l'unité de la jurisprudence, voilà la mission première de la Cour de cassation.

Dans son propre discours de réception récemment tenu, M<sup>me</sup> Marie-Paule Engel se rallie, de même, à la conception française de ce qui est *vraiment* la mission de la Cour de cassation : «Faut-il rappeler que la cassation est une voie extraordinaire de recours et que la Cour de cassation a une mission suprême de légalité, d'interprétation de la loi, d'unifi-

(10) P. KAYSER, «Considérations sur le troisième pouvoir», *Pas. lux.*, 29, chron., p. 23, 37.

(11) M. THILL, «La fonction des Cours suprêmes comme instruments pour le développement du droit», *Bull. Laurent*, 1999-I, 17, 21 (mise en évidence ajoutée). Ce thème est ensuite développé aux pp. 25-28, où l'auteur fait observer que «dans les pays de tradition judiciaire française, dont le Grand-Duché fait partie «à part entière», se sont développées ... trois conceptions progressives quant à la mission de la Cour suprême : ce qui en doctrine italienne est désigné comme *nomofilachia*, ce qui y est désigné comme *ultrastoriografia* et enfin un «contrôle étendu aux faits», à travers le défaut de base légale.

cation de la jurisprudence et d'élaboration du droit ? » (12). On le voit : les plus hauts magistrats du Luxembourg sont fermement convaincus du fait que la mission de la Cour de cassation luxembourgeoise est identique à la mission de la Cour de cassation française. Du point de vue des textes, ils n'ont assurément pas tort; on ne trouve aucun indice dans la loi du 18 février 1885 de ce qu'une nuance séparerait la définition du rôle de la Cour de cassation luxembourgeoise de celui de la Cour de cassation française. Donc, la Cour de cassation luxembourgeoise aurait, comme son homologue française, une mission primordialement normative.

7. — Et néanmoins, les différences objectives entre la France et le Luxembourg sont telles qu'il serait curieux que la mission réelle de la Cour de cassation luxembourgeoise fût absolument identique à celle de son modèle français. En réalité, la différence avait été très bien vue dès les travaux préparatoires de la loi du 18 février 1885 (13), et l'analyse alors développée reste en substance exacte. Entre la France et le Luxembourg, la disproportion en termes de population, mais aussi en termes de produit national brut, est évidente. Le nombre de litiges, qui est fonction (dans deux pays de culture similaire) de l'un ou de l'autre de ces facteurs, est incomparablement plus important en France; en France par conséquent, et contrairement au Luxembourg, on peut raisonnablement supposer que toutes les questions juridiques importantes aboutiront tôt ou tard à la Cour de cassation. La France est divisée en 35 ressorts territoriaux de cours d'appel; le Luxembourg possède une seule Cour d'appel, et le nombre des conseillers à la Cour d'appel luxembourgeoise est inférieur au nombre des conseillers à la Cour de cassation française. Tous ces facteurs pris ensemble font qu'il n'est pas particulièrement réaliste de penser qu'au Luxembourg, la nécessité d'assurer l'unité de la

(12) M.-P. ENGEL, «La Cour de cassation dans la tourmente», *Pas. lux.*, 34, chron., p. 275, 281. Le discours de M<sup>me</sup> Engel est consacré principalement à une analyse critique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné le Luxembourg pour excès de formalisme dans la définition des conditions d'accès des justiciables à la Cour de cassation (v. *infra*, n° 22). A la fin de longs et subtils développements, la présidente en vient à cette formule (peut-être trop) ramassée : «... notre mission, c'est-à-dire veiller à la Justice pour empêcher le désordre» (p. 287).

(13) Cf. les citations *supra*, n° 2.

jurisprudence constituerait, comme en France, la mission primordiale de la Cour de cassation. S'il ne s'agissait que d'assurer l'unité de la jurisprudence, le Luxembourg pourrait à la limite faire l'économie d'une cour de cassation. Il pourrait certainement être indiqué – puisque des divergences de jurisprudence entre les chambres de la Cour d'appel apparaissent parfois – de créer au niveau de la Cour d'appel elle-même un mécanisme de détection des divergences de jurisprudence, et de résolution de celles-ci au moyen de la convocation de chambres mixtes; la jurisprudence des chambres mixtes s'imposerait aux différentes chambres de la Cour d'appel – au moins moralement, exactement de la même manière que la jurisprudence des chambres mixtes de la Cour de cassation française s'impose aux différentes chambres de celle-ci.

Certes, ce modèle-là ne correspond pas à l'organisation judiciaire du Luxembourg (caractérisée, au contraire, par l'existence d'une cour de cassation au sommet de la hiérarchie judiciaire), et c'est sans doute tant mieux (14). Dès lors, c'est la Cour de cassation qui a le dernier mot sur les questions d'ordre juridique qui lui sont soumises. Mais les saisines de la Cour de cassation sont trop rares pour lui permettre de définir réellement, dans la plupart des matières, la jurisprudence du pays. La définition de la jurisprudence est en général le fait de la Cour d'appel, et dans la pratique judiciaire luxembourgeoise, la citation d'un arrêt de la Cour d'appel a à peu près le même poids (essentiellement relatif) que la citation, en France, d'un arrêt de la Cour de cassation. Ce n'est que dans quelques rares

(14) Mais pour une raison qui n'a rien à voir avec les qualités professionnelles des magistrats à la Cour d'appel ou à la Cour de cassation. Ce sont essentiellement les avocats des parties qui bénéficient de la plus grande concentration des débats en instance de cassation, qui leur permet de développer avec plus de précision leurs moyens de droit. En instance d'appel, du moins dans les litiges complexes, le nombre des questions de fait qu'il s'agit d'aborder – souvent à titre subsidiaire, par précaution (on aurait tort de sous-estimer l'importance, dans le comportement procédural des avocats «sérieux», du souci, et de la névrose, de la précaution qui caractérise le juriste en général) – a tendance à être si important que de longs développements en droit risqueraient d'apparaître comme incongrus. Un phénomène similaire s'observe d'ailleurs lors de l'instruction de l'appel, où le jugement du litige par des tiers impartiaux, les juges de première instance, peut aider à filtrer et à concentrer les questions qui restent litigieuses, ou du moins celles sur lesquelles l'accent sera mis. Et le phénomène de la «dernière chance» (d'obtenir gain de cause, de convaincre les juges) joue aussi son rôle. Or à travers leurs avocats, ce sont les parties elles-mêmes, donc les usagers ultimes du service public de la justice, qui en bénéficient.



domaines que la Cour de cassation peut poursuivre une politique jurisprudentielle qui lui soit propre. Le principal de ces domaines est le domaine de la procédure civile devant les juridictions de première instance et d'appel, où elle entreprend à présent une œuvre assez systématique, et en tout cas salubre, de lutte contre les excès du formalisme ... des juges du fond (15).

Ici ou là, il est vrai, des pourvois en cassation relativement nombreux sont introduits; on pensera peut-être plus particulièrement à la matière de la sécurité sociale, où les institutions de sécurité sociale ont l'habitude de soumettre au contrôle de la Cour des arrêts qui sont rendus par le Conseil supérieur des assurances sociales, pour autant qu'ils leur sont défavorables; le Fonds pour l'emploi paraît en faire de même des arrêts d'appel en matière de récupération des indemnités de chômage. Ce sont là des exceptions; dans la plupart des domaines, rien de tel: le droit de la responsabilité civile, le droit des contrats, le droit pénal, échappent largement, faute de pourvois suffisamment nombreux, à une politique d'ordre normatif de la Cour de cassation (16).

8. – L'efficacité du *contrôle disciplinaire* en revanche est indépendante du nombre des recours portés devant la Cour de cassation. A la limite, on peut penser que son existence même, et l'effectivité de sa mise en œuvre occasionnelle, suffisent pour garantir la qualité de la motivation des jugements et arrêts prononcés en dernier ressort. En somme, on serait tenté

(15) Ceci est perceptible, par exemple, à propos de la définition des cas de nullité de forme des actes de procédure (et dont le prononcé est subordonné, par conséquent, à la preuve d'un grief): la Cour de cassation favorise cette qualification, et casse un nombre substantiel d'arrêts de la Cour d'appel qui adoptent la qualification de nullité de fond ou de nullité touchant à l'organisation judiciaire (v. en dernier lieu Cass. 28 mai 2009, n° 35/09); ou encore à propos de l'indication, dans les actes de procédure, du représentant légal d'une personne morale demanderesse en justice, où la Cour de cassation impose des solutions de plus en plus libérales (en dernier lieu Cass. 2 avril 2009, n° 24/09). – Mais, s'il est heureux que la Cour de cassation combatte le formalisme procédural de certains juges du fond, il est un fait qu'elle considère que la procédure devant elle-même repose sur le respect d'un strict formalisme. On y reviendra (*infra*, n° 17 et s.).

(16) Dans certaines branches du droit, qui donnent lieu à encore moins de litiges, la jurisprudence est même pour l'essentiel une jurisprudence de première instance; tel est le cas, entre autres, des questions générales du droit international privé (autres que la question du statut de la loi étrangère devant les juridictions luxembourgeoises, qui a au cours des dernières années donné lieu de manière répétée à des arrêts de la Cour de cassation).

de penser qu'au Luxembourg le contrôle disciplinaire constitue, contrairement à ce qui est le cas en France, l'*essentiel* de la mission de la Cour de cassation.

Ainsi, une réflexion d'ordre quantitatif aboutirait au résultat suivant pour le Luxembourg : la Cour de cassation luxembourgeoise est une juridiction au rôle d'une part normatif – mais qu'elle ne peut remplir, par la force des choses, qu'occasionnellement – et au rôle d'autre part disciplinaire, rôle sur lequel elle pourrait mettre un accent particulier. Mais la réalité jurisprudentielle est toute différente.

#### B. – LA RÉALITÉ JURISPRUDENTIELLE

9. – Puisque la Cour de cassation a une double mission, normative et disciplinaire, elle devrait idéalement donner aux deux aspects de sa mission leur portée maximale, et veiller à la fois à assurer, mieux que les juges du fond, l'«élaboration du droit» (17) et à développer et perfectionner son contrôle disciplinaire sur la motivation des décisions des juges du fond.

##### a) *Prendre le contrôle normatif au sérieux*

10. – En principe, les deux cas d'ouverture du contrôle normatif – violation de la loi et manque de base légale – sont maniés au Luxembourg de la même manière qu'en France. Il existe cependant des exceptions, dont on peut espérer qu'elles se résorberont avec l'évolution de la jurisprudence. D'une part – mais il est vrai qu'il s'agit là d'une évolution jurisprudentielle elle-même relativement récente –, la Cour de cassation luxembourgeoise n'admet provisoirement plus le contrôle de certaines qualifications juridiques – les notions de faute (18) et de lien de causalité (19) – pour lesquelles la pratique de la Cour de cassation française a été systématiquement favorable au contrôle (20). De même, il y a au moins un arrêt de la Cour de cassation luxembourgeoise qui consi-

(17) M.-P. ENGEL, *loc. cit.* (note 12).

(18) Cf. la jurisprudence analysée par G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes publiques et privées*, 2<sup>e</sup> éd., Luxembourg, 2006, n° 51.

(19) RAVARANI, *op. cit.*, n° 899.

(20) J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 2008, nos 67.151 et s. Evidemment, la qualification de faute ou de lien de causalité n'est effectuée que d'après les faits souverainement constatés par les juges du fond.

dère qu'en matière bancaire le régime du contrat de change à terme, non défini par la loi, est de ce fait abandonné au pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, y compris en ce qui concerne les obligations légales que ceux-ci estiment être incluses dans ce type de contrat (21). Plus d'audace dans l'affirmation du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation serait, sur ces différents points, bienvenue.

D'autre part, parmi les normes qui peuvent être invoquées à l'appui d'un moyen qui relève du contrôle normatif, les principes généraux du droit ne bénéficient toujours pas, selon la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile, du même statut que la loi. Pourtant, l'importance des principes généraux du droit est ou devrait être aujourd'hui reconnue (22). La Cour de cassation luxembourgeoise a longtemps maintenu une attitude restrictive – qui provenait du temps où le pourvoi en cassation était considéré comme servant non pas les intérêts de la justice, mais l'intérêt abstrait de la loi –, selon laquelle un pourvoi en cassation fondé sur la violation d'un principe général du droit est irrecevable, sauf s'il s'agit d'un principe qui « a reçu consécration légale dans une disposition du droit positif » (23), ou alors, développement plus récent, si le principe général du droit a été « reconnu comme tel par la jurisprudence d'une juridiction supranationale » (24).

(21) Cass., 2 avril 1992, *Droit et Banque* 19 (1992) 39, 42. En France, pour le contrôle par la Cour de cassation des obligations légales incluses dans les contrats, v. Boré, n° 62.124.

(22) Même si certaines juridictions luxembourgeoises restent hésitantes et conservatrices dans la reconnaissance de nouveaux principes généraux du droit : cf. « Culture et droit civil », par un Collectif d'auteurs du groupement luxembourgeois de l'Association Henri Capitant (*Journées louisianaises de 2008*, à paraître, n° 27 b).

(23) Cass., 19 mars 1992, *Pas. lux.*, 29, 199. Ceci correspondait à la jurisprudence française ancienne, encore relatée par J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1980, n° 1080 (ou 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1997, n° 987), mais aujourd'hui abandonnée au profit d'un contrôle de la bonne application des principes généraux du droit (J. et L. BORÉ, *op. cit.* (note 20), n° 61.41). De même, la Cour de cassation belge pratique le contrôle par rapport aux principes généraux du droit : v., pour une collection d'arrêts reconnaissant – ou refusant au contraire de reconnaître – la qualité de principes généraux du droit à diverses règles invoquées par les demandeurs en cassation, A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, 725.

(24) Cass., 22 mai 2003, *Ann. dr. lux.*, 14 (2004) 498, solution étendue à une « pratique » supranationalement consacrée par Cass. 5 janvier 2006, *Ann. dr. lux.*, 17-18 (2007-2008), 573; comp. Cass., 21 février 2008, n° 09/08 (qui, tout en reconnaissant la recevabilité d'un moyen tiré de la méconnaissance d'un principe général reconnu par une juridiction supranationale, s'abstient de se prononcer négativement sur la recevabilité des moyens fondés sur la violation d'autres principes. C'est un modeste progrès).

Evidemment, lorsqu'un principe général du droit est reconnu dans la jurisprudence d'une juridiction supranationale – concrètement, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes –, il appartient à chaque juridiction nationale, et peut-être au premier chef à la Cour de cassation, d'en assurer la mise en œuvre effective. Mais qu'en est-il des principes généraux du droit purement nationaux, non consacrés par la jurisprudence de la Cour de justice, et qui ne se reflètent pas dans tel ou tel texte de loi ?

Au vu de la jurisprudence actuelle, ce n'est qu'en matière pénale que depuis 2007 la recevabilité de moyens tirés de la violation d'un principe général du droit paraît être reconnue (25). En matière civile, l'occasion de réexaminer sa jurisprudence ne semble pas encore avoir été donnée à la Cour de cassation, même si l'on ne voit pas pourquoi elle continuerait de se fermer aux moyens tirés de la violation de principes généraux du droit : de même que la violation de la loi proprement dite, la violation d'un principe constitue un cas de violation de la règle de droit, et devrait relever à ce titre du contrôle normatif de la Cour de cassation.

11. – Mais pour que le contrôle normatif soit vraiment pris au sérieux, il serait utile, très utile même que la Cour de cassation adopte un mode de motivation plus explicite de ses arrêts, aujourd'hui motivés «à la française» – c'est-à-dire en s'inspirant d'un mode de motivation elliptique qui est critiqué depuis longtemps en France même (26). Que ces critiques soient entendues ou non en France, elles devraient l'être au Luxembourg, et ce pour une raison simple : c'est qu'il n'y a jamais eu de raison de s'inspirer, sur ce point, du modèle français. L'excessive brièveté des motifs donnés par la Cour de cassation se fonde en partie sur une raison quantitative, propre à la France (20.000 pourvois en cassation en matière civile à traiter par une centaine de conseillers à la Cour de cassation). Mais surtout, dans les affaires plus importantes – où rien ne

(25) Cass., 25 janvier 2007, n° 2007 pén., réponse au troisième moyen ; et peut-être Cass., 4 décembre 2008, n° 55/2008 pén., réponse au sixième moyen.

(26) V. l'article classique d'A. TOUFFAIT et A. TUNC, «Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation», *R.T.D. civ.*, 1974, 487.

s'opposerait à ce que la Cour de cassation consente à donner vraiment «les motifs de ses motifs» (27) – il existe une dérive politico-esthétique, la valorisation de l'«*imperatoria brevitatis*» du style de la Cour de cassation, laquelle se voit ainsi reconnue non seulement comme l'équivalent fonctionnel du législateur, mais encore comme son équivalent stylistique (28) : comme les lois, les arrêts de la Cour de cassation française sont toujours concis et souvent obscurs. Par fidélité à son modèle français, la Cour de cassation luxembourgeoise a elle-même adopté un style de motivation similaire. Et pourtant, la conception du pouvoir juridictionnel qui se traduit par l'expression *imperatoria brevitatis* ne correspond pas vraiment au tempérament national luxembourgeois. Le Luxembourg est différent de l'Empire romain comme de la France! Nous voudrions proposer qu'il soit mis fin à l'*imperatoria brevitatis* des arrêts de la Cour de cassation, et notons que le discours de réception de l'actuelle présidente de la Cour y invite expressément :

«Il faudra réfléchir sur les critiques émises quant à la lisibilité des arrêts de la Cour de cassation, s'interroger sur la frontière qui sépare la concision de l'illisibilité ou de l'herméticité et voir s'il n'est pas possible d'adopter un mode de rédaction concis et adapté au formalisme de la Cour de cassation mais qui n'en sera pas moins explicite» (29).

Il ne sera pas besoin, pour atteindre ce but, d'adopter un style de motivation à l'anglaise, qui ne correspond pas aux traditions de la justice luxembourgeoise. Il serait suffisant en fait de revenir au style, raisonnablement explicite, des arrêts qui étaient naguère prononcés par la Cour de cassation luxembourgeoise (30).

(27) Si elle le fait parfois, c'est par des moyens indirects (publication du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général; explication de l'arrêt dans le rapport annuel de la Cour de cassation; recours à des communiqués de presse publiés sur le site internet de la Cour).

(28) V. p.ex., par un enthousiaste de ce style de motivation, F. ZENATI, «La nature de la Cour de cassation», *Bull. inf. Cass.*, n° 575 (2003), sous III. Des premiers présidents de la Cour de cassation française se sont livrés, eux aussi, à la défense et l'illustration de l'*imperatoria brevitatis*.

(29) M.-P. ENGEL, préc. (note 12), p. 287.

(30) Pour un exemple pris au hasard, v. l'arrêt du 9 juillet 1981, *Pas. lux.*, 25, 122 (motivation, sur l'équivalent de trois colonnes de la *Pasicrisie*, de l'accueil d'un moyen unique de cassation).

b) *Le contrôle disciplinaire existe-t-il au Luxembourg?*

12. – La réponse à cette question n'est pas négative – les cassations pour défaut ou contradiction de motifs ne sont pas inconnues devant la Cour de cassation luxembourgeoise; elles sont traditionnellement fondées sur la violation de l'article 89 de la Constitution, qui dispose que «Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique». Mais visiblement, le contrôle disciplinaire est assez impopulaire, non seulement auprès des juges du fond, mais même auprès de la Cour de cassation elle-même, qui n'y a recours que parcimonieusement.

Et une ouverture à la cassation tarde toujours à être reconnue au Luxembourg: il s'agit du contrôle de la dénaturation des contrats et autres actes, pratiqué en France depuis 1872 (31). Au Luxembourg, les moyens tirés de la dénaturation des actes ont toujours été rejetés comme se heurtant à l'appréciation souveraine des juges du fond (32), voire, en s'inspirant directement de la jurisprudence française antérieure à 1872, au motif qu'«il ne peut y avoir violation de l'article 1134 du Code civil qu'autant que le juge, après avoir reconnu l'existence et déterminé le sens de la convention qui doit faire la loi des parties, se refuse néanmoins à l'appliquer, ou croit pouvoir la modifier dans son application; que si, au lieu de cela, il donne à la convention un sens différent que celui qu'elle devait réellement avoir dans la pensée des parties, il commet une erreur, un maljugé, mais il ne sort pas de son domaine souverain d'appréciation dont l'exercice échappe au contrôle de la Cour de cassation» (33).

(31) J. BORÉ, «Un centenaire: le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes», *R.T.D. civ.*, 1972, 899. – En Belgique, ce contrôle existe également, sous la désignation peu élégante de «violation de la foi due aux actes»: F. RIGAUX, *op. cit.* (note 8), n<sup>os</sup> 179 et s.

(32) En dernier lieu, très clairement, par Cass. 5 mars 2009, n<sup>o</sup> 13/09. Un arrêt classique (Cass. 18 juin 1959, *Pas. lux.*, 17, 439) retient qu'«il n'appartient pas à la Cour de cassation de critiquer [l'interprétation des contrats par le juge du fond], sans qu'il faille distinguer entre les clauses ambiguës ou obscures du contrat et celles qui ne le sont pas, la distinction entre les clauses claires et obscures constituant aussi une question de fait dont la solution échappe au pouvoir de contrôle à la Cour».

(33) Cass., 21 janvier 1982, *Pas. lux.*, 25, 211. Cette motivation est reprise, mot pour mot, du dernier arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation française antérieur à l'introduction en 1872 du contrôle de la dénaturation des actes (Req. 20 novembre 1871, *D.P.*, 1872, 1, 187).

La Cour de cassation est-elle actuellement en train d'élargir son contrôle disciplinaire à la dénaturation des actes ? Un arrêt très récent permettrait peut-être de le soutenir : il écarte certes un moyen de cassation tiré «de la dénaturation du contrat de travail à durée indéterminée conclu entre parties ... et du refus déguisé par la Cour d'appel de faire application de l'article 1134 du Code civil, texte de loi impératif»; cependant, la raison du rejet de ce moyen de cassation n'est plus qu'il se heurterait au pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond : le rejet est motivé par la considération «que les juges du fond n'ont pas procédé à l'interprétation de la clause de préavis ni n'en ont méconnu le sens, mais qu'ils en ont prononcé l'annulation en raison du délai de préavis y stipulé, jugé exorbitant du droit commun» (34). Cet arrêt permet toutes les spéculations, mais puisqu'il est lui-même rédigé dans le style de *l'imperatoria brevitatis*, il illustre en définitive ... qu'il vaudrait vraiment mieux, pour leur bonne compréhension, que les arrêts de la Cour de cassation soient motivés de manière plus explicite.

\*

13. – En fait, il y a quelque raison d'être prudemment optimiste et de supposer que la Cour de cassation développera progressivement son contrôle dans le sens d'un contrôle normatif pris au sérieux et d'un véritable contrôle disciplinaire. Mais alors se posera avec une acuité accrue la question de l'effectivité de l'accès des justiciables à ce contrôle; si la Cour de cassation est là non pas pour elle-même, ni pour la gloire abstraite de la Loi, mais pour vérifier dans l'intérêt des justiciables la légalité des décisions des juges du fond, et si cette mission est reconnue comme une mission importante, ne faudrait-il pas favoriser plutôt que défavoriser la recevabilité des pourvois ?

(34) Cass., 28 mai 2009, n° 33/09.

**II. – Les conséquences de la mission  
de la Cour de cassation :  
l'accès, en principe non filtré,  
des justiciables à la Cour**

14. – Bien que la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation envisage de manière assez généreuse l'intervention de la Cour de cassation, celle-ci a toujours fait preuve d'une rigueur notable dans la limitation de l'accès à son prétoire.

**A. – LES DÉCISIONS SUSCEPTIBLES DE POURVOI**

15. – Pour ce qui est de la matière civile et commerciale, l'article 3 de la loi de 1885 dispose «largement» que

«Les arrêts et les jugements rendus en dernier ressort en matière civile et commerciale ainsi que les jugements rendus en dernier ressort par les juges de paix pourront être déferés à la Cour de cassation pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité».

Quant aux cas d'annulation ou de cassation en matière pénale, ils sont, aux termes de l'article 2 de la loi de 1885, régis par le Code d'instruction criminelle (35) qui les admet dans des hypothèses un peu plus restrictives, du moins pour ce qui est du pourvoi formé par la partie civile, qu'en matière civile.

En outre, certaines lois spéciales prévoient expressément la possibilité d'un pourvoi en cassation. Par exemple, la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat qui dispose, en son article 29, qu'en matière disciplinaire, «les parties en cause, le procureur général d'Etat et le Conseil de l'ordre intéressé peuvent se pourvoir en cassation contre l'arrêt rendu en appel».

Il est des cas où la loi exclut expressément le pourvoi en cassation. Par exemple, en matière d'entraide judiciaire internationale en matière pénale (36).

Cette exclusion a un sens. D'une manière générale, dans la procédure pénale purement interne, le recours en cassation

(35) Articles 416 et s. CIC.

(36) Article 10/7 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale.



contre les arrêts préparatoires et d'instruction bien que définitifs n'est recevable qu'après l'arrêt définitif au fond, à l'exception des décisions sur la compétence (37). Dans la mesure où, en cas d'entraide judiciaire internationale, l'arrêt définitif au fond est rendu par la juridiction de l'Etat requérant, il pouvait apparaître assez logique que le recours en cassation devant la juridiction luxembourgeoise soit exclu. Mais le fait précisément que le fond n'a pas vocation à être jugé au Luxembourg aurait pu rendre naturelle la compétence de la Cour de cassation luxembourgeoise. Car la juridiction suprême de l'Etat requérant n'a, pour sa part et pour le coup, strictement aucune vocation à examiner la régularité d'une décision de la juridiction d'instruction luxembourgeoise. La véritable raison d'être de cette disposition, qui vise à éviter les recours dilatoires, tient assurément au seul fait qu'en matière internationale, le Luxembourg tient à être irréprochable : «la procédure prévue au présent article est insérée dans un cadre strict, afin d'éviter que la transmission à l'Etat requérant du résultat des commissions rogatoires ne soit systématiquement retardée par des moyens de procédure dilatoires» (38).

16. – L'interprétation des textes qui en matière civile excluent par une formule générale toute voie de recours aboutit à y voir des textes qui excluent même le pourvoi en cassation : c'est le cas par exemple en matière de bail à loyer ou plus particulièrement en matière de sursis à déguerpiement. Alors que l'article 17 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation, à l'instar de l'article 19 de la loi modifiée du 14 février 1955 en matière de baux à loyer, se contente de prévoir que la décision du juge de paix sur la demande en sursis n'est susceptible d'aucun recours, la Cour de cassation déclare irrecevable un tel pourvoi (39).

(37) Article 416, CIC.

(38) *Doc. Parl.*, n° 4327<sup>s</sup>, Rapport de la Commission juridique, page 17.

(39) Arrêt du 20 décembre 2007, n° 55/07. Solution similaire en France : cf. J. et L. BORÉ, *op. cit.* (note 20), n° 39.21 : la Cour de cassation française juge, elle aussi, que la formule «susceptible d'aucun recours» vise autant les voies de recours ordinaires que la voie de recours extraordinaire qu'est le pourvoi en cassation.

La Cour de cassation luxembourgeoise, plus sévère semble-t-il que la Cour de cassation française (40), a même posé le principe selon lequel le pourvoi en cassation est une voie de recours exceptionnelle qui n'est ouverte que lorsque la loi la prévoit expressément.

Si, d'une manière générale, la solution peut se comprendre, elle est plus choquante en matière disciplinaire où, en outre, tout le monde n'est pas égal devant la loi.

La loi sur la profession d'avocat, on l'a vu, prévoit expressément le pourvoi en cassation à l'encontre des décisions rendues en matière disciplinaire. Tel n'est pas le cas en revanche des médecins et médecins vétérinaires (41), celui des réviseurs d'entreprises (42) ou celui des architectes et ingénieurs-conseils (43) qui sont privés de pourvoi en cassation à l'encontre des décisions qui leur infligent des sanctions disciplinaires. Ainsi, la Cour de cassation a déclaré irrecevable un pourvoi en cassation formé à l'encontre d'une décision condamnant un architecte à une peine disciplinaire de suspension de sa profession pendant une durée de trois ans (44), au motif que le pourvoi en cassation est une voie de recours exceptionnelle qui, en l'absence de disposition légale la prévoyant expressément, n'était pas ouverte contre l'arrêt déferé.

Ainsi, toute décision rendue en dernier ressort par un juge de paix, quel que soit le montant sur lequel elle porte, est susceptible d'un pourvoi en cassation, tandis que la décision d'un organe disciplinaire portant interdiction à vie d'exercer sa profession à un architecte, un réviseur d'entreprises ou un médecin ne l'est pas.

(40) La Cour de cassation française, pour sa part, a «posé le principe que le pourvoi en cassation est un recours de droit commun ouvert dans tous les cas où la loi ne l'a pas expressément exclu de manière claire et formelle, l'exception au droit de se pourvoir en cassation ne pouvant résulter du seul silence de la loi qui n'a traité que de l'opposition ou de l'appel» (*ibid.*).

(41) La loi du 8 juin 1999 relative au Collège médical ne prévoit pas de pourvoi en cassation à l'encontre des décisions rendues en appel par le conseil supérieur de discipline.

(42) Loi du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises.

(43) Loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil.

(44) Arrêt du 30 juin 2005, n° 48/05. – Pour une décision dans le même sens à propos de la procédure disciplinaire des médecins, v. Cass., 2 avril 2009, n° 21/09.

Les plaideurs seraient peut-être, à cet égard, bien inspirés de demander à la Cour de cassation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle en vue de voir constater l'inconstitutionnalité de la loi qui soumet l'architecte, le réviseur d'entreprises ou le médecin, sans bonne raison apparente, à un traitement moins favorable au regard de la recevabilité d'une voie de recours que l'avocat qui exerce pourtant une profession comparable : le diagnostic de violation du principe de l'égalité devant la loi semble s'imposer (45).

Il n'en reste pas moins qu'en théorie l'accès du justiciable à la Cour de cassation est large. Il l'est beaucoup moins en pratique, la Cour ayant patiemment mis en place des exigences formalistes de recevabilité du pourvoi.

#### B. – LES OBSTACLES RÉSULTANT DU FORMALISME DE LA PROCÉDURE

17. – La Cour de cassation a toujours souhaité éviter ce que l'on a pu appeler *l'abus* du pourvoi en cassation (46), et c'est vraisemblablement la volonté d'endiguer ce qu'elle a pu percevoir comme un flot de pourvois qui lui a fait insister sur l'observation d'un formalisme strict.

18. – Le plus connu des cas traditionnels d'extension de déchéance du pourvoi est celui de l'exigence du dépôt de la copie signifiée de la décision attaquée quand bien même l'expédition de cette décision aurait été versée au dossier de la Cour de cassation.

L'article 10 de la loi du 18 février 1885, dans sa teneur d'avant la loi de réforme de 1989, faisait obligation à la partie demanderesse de déposer, dans les délais, au greffe de la Cour supérieure de justice :

«1. la copie signifiée et, à défaut, une expédition authentique de l'arrêt ou du jugement dont la cassation sera demandée;

(45) Comp., à propos d'une discrimination dans les voies de recours (traitement différent des autorités communales d'une part, des autorités gouvernementales de l'autre, dans l'efficacité de leurs recours contre une décision, favorable à leurs fonctionnaires respectifs, du Conseil de discipline), Cour const., 22 mai 2009, *Mém. A*, 2009, 1748, réponse à la deuxième question préjudicielle.

(46) Voir A. BONN, «Les déchéances encourues par le demandeur en cassation», *Pas. lux.*, 17, chron., p. 1, 45.

2. un mémoire signé par un avocat avoué, et signifié à la partie adverse, lequel précisera les dispositions attaquées de l'arrêt ou du jugement et les moyens de cassation, et contiendra la désignation exacte des actes produits à l'appui du recours, les conclusions dont l'adjudication sera réclamée, et élection de domicile chez l'avocat-avoué prédésigné;

3. lesdits actes devant servir à l'appui de la demande.

Le tout à peine de déchéance».

Eu égard aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de cette disposition, on aurait pu supposer que le choix était laissé au demandeur de déposer à l'appui de son pourvoi, soit l'expédition délivrée par le greffe de la décision attaquée, soit la copie signifiée par la partie adverse de cette décision.

La Cour de cassation ne l'a pas admis et a exigé du demandeur, dès lors qu'une signification avait été faite, qu'il dépose, non l'expédition de l'arrêt, mais la copie signifiée de la décision. Ceci, selon la Cour et bien que le défendeur en cassation n'eût pas manqué de souligner que tel n'avait pas été le cas, devait lui permettre de vérifier à l'aide du seul dossier de la partie demanderesse si le pourvoi avait été introduit dans les délais légaux (47).

19. — Autre sujet de discorde entre les demandeurs en cassation et la Cour de cassation, la désignation exacte des pièces produites à l'appui du pourvoi.

La loi exigeait «la désignation exacte des actes produits à l'appui du recours». La jurisprudence luxembourgeoise a, là encore, fait preuve d'une grande rigueur en décidant que les différentes pièces jointes devaient être exactement désignées pour ne pas être considérées comme non produites (48), en exigeant que le relevé désignant les pièces soit signé de l'avocat-avoué (49), en déclarant irrecevable le pourvoi accompagné d'un inventaire incomplet des pièces effectivement déposées (50), au lieu de considérer comme non produites les pièces non mentionnées à l'inventaire comme l'admettait sa jurisprudence antérieure (51), etc.

(47) Cass., 28 novembre 1913, *Pas. lux.*, 9, 13; Cass., 19 mars 1953, *Pas. lux.*, 11, 1; Cass., 16 mai 1957, *Pas. lux.*, 16, 137.

(48) Cass., 28 janvier 1898, *Pas. lux.*, 4, 428; Cass., 28 novembre 1913, *Pas. lux.*, 4, 14.

(49) Cass., 24 novembre 1927, *Pas. lux.*, 9, 385.

(50) Cass., 17 février 1955, *Pas. lux.*, 16, 235.

(51) Cass., 28 novembre 1913, *Pas. lux.*, 9, 14.

La Cour de cassation a pu (autrefois) se montrer extrêmement rigoureuse dans l'appréciation de la recevabilité des pourvois. Elle a, dans un arrêt rendu le 22 décembre 1966, été jusqu'à déclarer irrecevable un pourvoi en cassation accompagné d'une *photocopie* d'un acte d'état civil qu'elle a prétendu ne pas pouvoir identifier :

«la désignation des actes produits par le demandeur en cassation est inexacte à un double titre, lorsque l'inventaire des pièces insérées au mémoire en cassation mentionne un extrait des actes de l'état civil documentant un mariage, alors que la pièce ainsi désignée a été déposée sous la forme d'une feuille blanche reproduisant, grâce à un procédé mécanique, analogue à celui employé pour la photographie, des énonciations ou des écritures ressemblant à celles de l'original d'un acte de mariage et que cette pièce, dénommée extrait des actes de l'état civil, ne répond pas, pour valoir comme tel, aux conditions de forme requises par l'article 45 du Code civil» (52).

20. — Sur proposition du député Georges Margue, avocat dans le civil, le législateur luxembourgeois a tenté de freiner la Cour de cassation dans ses excès de sévérité et a voté la loi du 6 avril 1989, loi dont il a tenu à garder l'intitulé proposé par G. Margue, à savoir «loi tendant à l'humanisation de la procédure de cassation» (53).

Selon Margue, «de nombreux pourvois qui auraient voulu soumettre à la Cour de cassation des questions sérieuses de droit matériel n'ont jamais abouti à un examen du fond. De trop nombreux rejets pour vice de forme remplissent les collections de jurisprudence. C'est que notre loi est excessivement pointilleuse dans ses prescriptions procédurales. La déchéance du pourvoi est attachée à l'inobservation de formalités aussi secondaires que la désignation exacte des pièces jointes à l'appui d'un pourvoi ou la nature de la copie de la décision attaquée à déposer obligatoirement avec le pourvoi. Loin de transposer dans le domaine de l'interprétation des règles de

(52) *Pas. lux.*, 20, 219.

(53) Tout le monde n'était pas d'accord. Sous le titre «Es wurde wieder humanisiert» (*Luxemburger Wort*, 21 avril 1989, tribune libre, p. 5), R. Thiry devait critiquer tant l'intitulé de la loi de réforme («pompös und unnötig», «Demagogie», etc.) que son contenu : «Anfang März war das Kassationsverfahren an der Reihe. Auch hier sollte «humanisiert» werden, weil verschiedene, an sich ganz vernünftige Formvorschriften manchen Leuten nicht passten, wohl weil sie sich, obschon Professionnelle, überfordert fühlten». L'auteur conclut comme suit : «Aber nein, es muss eben «humanisiert» werden. Denkt man da noch an Räuber, Drogenhändler oder Kinderschänder?».

procédure l'excellent principe affirmé par l'article 1157 pour l'interprétation des contrats, savoir que dans le doute il faut interpréter les dispositions plutôt dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elles n'en pourraient produire aucun, la jurisprudence de notre Cour supérieure de justice a résolument marché dans le sens d'une interprétation extensive de toutes les clauses de déchéance» (54).

Mais les modifications adoptées ont, finalement, été mineures. La formule conclusive de l'article 10, «le tout à peine de déchéance», a été supprimée – ce qui a conduit la Cour de cassation à trouver une nouvelle formule et à sanctionner par l'irrecevabilité (55) ce qui l'était autrefois par la déchéance.

L'article 10, 1<sup>o</sup> étant désormais ainsi conçu : «une copie de la décision signifiée soit à partie, soit à avoué, ou une expédition de cette décision», la Cour de cassation admet aujourd'hui le dépôt de l'expédition de la décision attaquée, même lorsque l'arrêt a été signifié.

Quant aux pièces déposées à l'appui du pourvoi, la loi prévoit désormais que celles qui ne sont pas indiquées dans le mémoire, ou produites après l'expiration des délais déterminés, seront écartées du débat (56).

21. – Cette loi sur l'humanisation de la procédure en cassation a, certes, réduit à l'essentiel les formalités de l'introduction du pourvoi en cassation mais elle n'a pas totalement mis fin aux irrecevabilités de pure forme devant la juridiction suprême.

Il fut un temps, par exemple, où les avoués tremblaient à l'idée de faire signer par un autre, dont l'écriture et la signature n'auraient pas été assez limpides, le pourvoi en cassation qu'ils avaient préparé. La Cour de cassation pouvait en effet

(54) *Doc. parl.*, n° 2470, exposé des motifs, p. 1.

(55) Que le législateur n'a pas pensé à limiter par une disposition similaire à celle contenue dans la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, dont l'article 29 prévoit que «l'inobservation des règles de procédure n'entraîne l'irrecevabilité de la demande que si elle a effectivement pour effet de porter atteinte aux droits de la défense».

(56) Article 10, alinéa 2.

déclarer irrecevables des pourvois introduits par le dépôt d'un mémoire portant «*in fine* sous les mots «pr M<sup>e</sup> X» une signature illisible», pour cela qu'il n'était «pas établi que cette signature émane d'un avocat-avoué au sens de l'article 10» (57).

Ensuite, à partir du début des années 1990, la Cour de cassation a adopté des exigences strictes quant à la formulation des moyens de cassation, inspirées des textes français faits pour une procédure réservée à des avocats aux Conseils spécialisés. Sans vouloir nier qu'au-delà de leurs avantages d'ordre esthétique, ces exigences ont leur utilité en termes de facilitation de l'administration de la justice, on constatera qu'elles ont entraîné une véritable hécatombe de pourvois en cassation. Dans l'appréciation de la précision du moyen, la Cour de cassation distingue depuis cette période entre l'énoncé du moyen de cassation d'une part, et, d'autre part, «la discussion qui développe le moyen [et qui] ne peut suppléer à l'absence de formulation de moyen» (58). La jurisprudence luxembourgeoise est, dans son dernier état, en ce sens que :

«Pour être recevable, le moyen de cassation doit indiquer les textes de loi dont la violation est alléguée, spécifier les motifs incriminés, expliciter les vices qui affecteraient la décision au regard de la règle de droit visée ainsi que la solution qui, selon le demandeur en cassation, aurait dû être retenue» (59).

**22.** – Jusqu'à ce que la Cour de cassation soit tancée par la Cour européenne des droits de l'homme qui a vu, dans la sévérité de la Cour de cassation, une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6, §1<sup>er</sup> de la Convention (60).

Dans cette affaire, le pourvoi en cassation des requérants avait été déclaré irrecevable aux motifs suivants :

«Attendu, selon l'article 10 de la loi modifiée du 18 avril 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, que pour introduire son

(57) P.ex., Cass., 23 mars 1995, n° 17/95.

(58) Cass., 17 février 1994, *Pas. lux.*, 30, 229, et de nombreux arrêts ultérieurs.

(59) Cass., 5 février 2009, *J.T.L.*, 2009, 123.

(60) C.E.D.H., 24 avril 2008, *Kemp c. Luxembourg*, n° 17140/05. – La Commission européenne des droits de l'homme avait fait preuve, en 1997, de plus d'indulgence à l'égard de la Cour de cassation, décision du 17 janvier 1997, *Schreiner c. Luxembourg*, n° 29819/96, reproduite à la *Pas. lux.*, 30, 225.

pourvoi, la partie demanderesse devra déposer au greffe de la Cour supérieure de justice un mémoire précisant les moyens de cassation;

Attendu que le pourvoi en cassation est une voie extraordinaire de recours et que la cour régulatrice n'a à statuer que sur le moyen sans que la discussion qui le développe ne puisse en combler les lacunes;

Attendu que les énonciations du mémoire réunies sous l'intitulé «moyens de cassation» consistent, après le visa des dispositions légales que l'arrêt attaqué aurait prétendument violées, en une succession de considérations de fait et de droit qui constitue une discussion mais n'articule pas avec la précision requise les moyens de cassation au sens de la disposition légale précitée».

Se penchant sur la proportionnalité de la limitation imposée par la Cour de cassation luxembourgeoise par rapport à l'exigence de la sécurité juridique et la bonne administration de la justice, la Cour européenne des droits de l'homme constate d'abord que «la règle appliquée par la Cour de cassation pour se prononcer sur le caractère recevable du pourvoi en cause est une construction jurisprudentielle. En effet, l'article 10 de la loi du 18 février 1885 se borne à prévoir que, pour introduire un pourvoi en cassation, l'intéressé doit déposer au greffe de la Cour de cassation «un mémoire (...) lequel précisera les dispositions attaquées de l'arrêt ou du jugement et les moyens de cassation et contiendra les conclusions dont l'adjudication sera demandée». C'est la haute juridiction qui a introduit la distinction entre l'énoncé du moyen de cassation, d'une part, et «la discussion qui développe le moyen [et qui] ne peut suppléer à l'absence de formulation du moyen», d'autre part» (61).

Estimant que la limitation imposée par cette jurisprudence tendait à un but légitime, la Cour européenne considère toutefois qu'elle ne répond pas à la condition de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, pour conclure en ces termes :

«Ainsi, la Cour estime que la précision exigée par la Cour de cassation dans la formulation du moyen de cassation litigieux n'était pas indispensable pour que la haute juridiction suprême puisse exercer son contrôle. Pareille exigence affaiblit à un degré considérable la protection des droits des justiciables devant la haute juridiction nationale, surtout si l'on tient compte du fait que le Luxembourg ne connaît pas le système des avocats aux Conseils spécialisés.

(61) §52 de l'arrêt.



Dans ces conditions, prononcer l'irrecevabilité du moyen en question au motif qu'il n'avait pas été articulé avec la précision requise s'inscrit dans une approche par trop formaliste, qui a empêché les requérants de voir la Cour de cassation se prononcer sur le bien-fondé de ce moyen (...).

A la lumière des considérations qui précèdent, la Cour estime qu'en l'espèce, la limitation imposée au droit d'accès des requérants à un Tribunal n'a pas été proportionnelle au but de garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice.

Partant, la Cour conclut à la violation de l'article 6 §1 de la Convention au regard du droit des requérants d'avoir accès à un Tribunal».

**23.** – Trop d'avocats pas assez spécialisés et la Cour de cassation s'estime contrainte (62) de devenir plus sélective en intensifiant le formalisme du pourvoi. Pas d'avocats spécialisés et c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui juge qu'il faut réduire le formalisme pour permettre un accès libre à la justice. Pour sortir de cette impasse, deux solutions sont possibles.

La première est celle de la création d'un barreau spécialisé.

Il s'en est fallu d'un cheveu. Car le législateur luxembourgeois, il y a 150 ans, y avait pensé.

Sous l'empire de la loi du 12 juillet 1848 en effet, seuls étaient qualifiés pour signer les mémoires en cassation, les six plus anciens avocats ou avocats avoués devant la Cour, résidant à Luxembourg, et inscrits depuis trois ans au tableau (63). Le principe a été conservé par l'ordonnance royale grand-ducale du 22 septembre 1857, qui réservait par ailleurs au pouvoir exécutif la possibilité de nommer les avocats ayant qualité pour signer les mémoires en cassation. C'est

(62) Selon Marc Thill (art. préc., *supra*, note 11, pp. 24-25) : «La Cour de cassation ne possède aucun pouvoir pour écarter de sa juridiction des pourvois manifestement voués à l'échec pour ne retenir que ceux qui méritent d'être examinés par elle. Quelques mauvais qu'ils soient, irrecevables au départ pour non-observation manifeste des formes et délais, non fondés au premier coup d'œil par l'inanité des arguments qui sont censés le soutenir, tout pourvoi devra être examiné et faire l'objet d'une sentence de la Cour Suprême.

Cette situation est fâcheuse. La pléthore des avocats – au Luxembourg, il n'existe pas de *numerus clausus* d'avocats spécialisés en la matière, rompus à la procédure toute particulière de l'instance spéciale qu'est la cassation – a pour conséquence la pléthore inutile des recours. Aussi l'exigence légale qu'en toute matière le pourvoi doive être introduit par un (matière civile) et suivi d'un (matière pénale) mémoire signé par un avocat ayant satisfait aux impératifs du stage judiciaire n'est tel qu'un barrage illusoire à la submersion de la Cour Suprême par des pourvois vains par la forme ou leur fond».

(63) Article 31, alinéa 3.

la loi du 21 janvier 1864 qui a tué dans l'œuf cet embryon de barreau spécialisé.

Et il ne pouvait probablement en être autrement.

Il suffit de se rappeler les problèmes qu'a posés le maintien de la Cour de cassation au Luxembourg, à l'époque où l'on discutait, notamment, de sa survie. Eu égard à l'étroitesse des frontières du pays, en effet, il était excessivement compliqué non seulement de trouver des magistrats susceptibles de répondre aux critères de compétence posés mais surtout d'en trouver qui ne soient pas liés, par le sang ou par alliance, aux parties ou aux avocats concernés (ce qui a conduit, pendant longtemps, à faire siéger à la Cour de cassation des magistrats qui avaient déjà connu de l'affaire qu'on leur demandait de casser).

Même si l'idée est intéressante, un barreau spécialisé poserait inévitablement des difficultés similaires. Et il est permis de se demander s'il aurait de réelles chances de se développer et de fonctionner un tant soit peu normalement. De deux choses l'une en effet : soit ce barreau spécialisé serait constitué d'avocats uniquement voués à exercer leur ministère devant la Cour de cassation, et l'on voit immédiatement que les amateurs risquent d'être peu nombreux, sauf à enchérir considérablement le coût d'une telle procédure, ce qui n'est évidemment pas dans l'intérêt des justiciables, soit l'on permettrait aux membres de ce barreau spécialisé de maintenir leur activité devant les autres juridictions, et ce sont probablement les conflits d'intérêts qui empêcheront les avocats à la Cour de cassation d'accepter les affaires qu'on leur demandera de traiter.

La deuxième, et semble-t-il unique, solution consisterait, pour la Cour de cassation, à assouplir sa politique jurisprudentielle en matière de recevabilité. Eu égard à la jurisprudence *Kemp*, il n'est pas certain qu'elle ait vraiment le choix.