

**Travaux de l'Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française**

LES TIERS

JOURNÉES PANAMÉENNES

**TOME LXV
2015**

**Éditeurs
BRUYLANT et LB2V**

sacrifie le droit de la défense du tiers qui devient le « bouc émissaire » de la lenteur de la justice italienne⁵².

Enfin, il y a des tiers qui sont plus impliqués dans une procédure d'exécution : ce sont les tiers propriétaires de biens (ou titulaire d'un droit réel) visés indûment par une saisie, sans pour autant y être parties. Dans cette hypothèse, le tiers peut former une « tierce opposition à l'exécution » (art. 619 CPC) et attaquer la saisie d'un bien, tant en matière immobilière qu'en matière mobilière. Dans la pratique, le plus souvent, le tiers revendique la propriété d'un bien mobilier saisi. Pour éviter le risque de fraude, très élevé en matière mobilière, l'article 621 du CPC, pose des limitations à l'utilisation de la preuve testimoniale au soutien du droit du tiers opposant⁵³.

XII. CONCLUSIONS

En conclusion de cette brève analyse effectuée sur le tiers et le procès civil dans le système italien, nous pouvons constater que le législateur italien pourrait introduire des modifications afin d'améliorer la position du tiers. Il est regrettable que le tiers à titre accessoire n'ait pas le droit d'exercer une voie de recours de manière autonome. La même critique peut être adressée à propos de l'exclusion des tiers dans le contrôle de constitutionnalité, compte tenu de l'ouverture aux associations et groupes reconnue dans d'autres systèmes, comme en France par le Conseil Constitutionnel. Les récentes modifications en matière de procédures civiles d'exécution paraissent sacrifier excessivement la position des tiers, notamment des créanciers qui peuvent se joindre à la saisie et du tiers *debitor debitoris* saisi. D'autres innovations pourraient s'avérer bénéfiques, telles que les dispositions qui protègent les tiers dans la procédure arbitrale et l'introduction du témoignage écrit.

⁵² A. SALETTI, op. ult. cit., § 8. Il convient de rappeler que le décret-loi n° 132 de 2014 (conversé et modifié par la loi n° 162 de 2014) et le décret-loi n° 83 de 2015 (conversé et modifié par la loi n° 132 de 2015) ont apporté quelques modifications aux articles 543-554 du CPC. Voir CAPPONI, B., *Dieci anni di riforme sull'esecuzione forzata*, in www.judicium.it.

⁵³ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione forzata*, cit.

TIERS ET PROCÉDURE AU LUXEMBOURG

Franck FARJAUDON

Avocat à la Cour, B&F Avocats, Luxembourg

Myriam PIERRAT

Avocat à la Cour, Elvinger, Hoss & Prussen, Avocats, Luxembourg

INTRODUCTION

1. Tiers et situation juridique de référence. – Le tiers est par définition une « personne étrangère à une situation juridique » (Vocabulaire Cornu, v° Tiers, sens 1). Pour définir le tiers, il faut donc préciser la situation juridique de référence : celle auquel il est étranger.

2. La situation juridique procédurale : le lien d'instance. – En procédure, la situation juridique qui vient d'abord à l'esprit est le lien d'instance (ou rapport d'instance). Dans un passage célèbre, Motulsky définit le lien d'instance comme une « *situation juridique nouvelle* » créée par l'acte introductif :

« *L'idée essentielle est celle-ci : à la situation juridique substantielle se superpose une situation procédurale impliquant une série de conséquences. On peut retrouver cet aspect dans les trois contentieux :* »

- *dans le contentieux civil, les parties à un contrat (par exemple) deviennent des plaigneurs – demandeur et défendeur – avec un nouveau réseau de droits et d'obligations ;*
- *dans le contentieux pénal, le « suspect » devient la personne poursuivie (inculpé, prévenu, accusé) ;*
- *dans le contentieux administratif, les « intéressés » deviennent respectivement « requérant » et « défendeur » (rôle que tient le plus souvent l'administration) »* (Motulsky, Droit processuel, texte de MM Capel, Cours Saint Jacques, 1973, p. 145).

En bref, le lien d'instance est un réseau de droits et d'obligations procéduraux qui se greffe sur le droit substantiel.

Le lien d'instance affecte d'abord les parties elles-mêmes, et ceci dès la signification de l'acte introductif¹. Mais il faut souligner que le juge lui-même est pris dans le lien d'instance : comme nous y reviendrons, l'instance engendre pour lui des rapports de droit distincts de ceux existant entre les parties : par exemple, il a une obligation de faire respecter la contradiction, de requalifier les faits, etc. Si l'on hésite à dire que le juge est partie à l'instance, il est en tous cas impliqué dans ce rapport de droit procédural.

En tout état de cause, on peut d'abord définir le tiers comme celui qui est étranger à ce rapport de droit procédural que constitue le lien d'instance.

3. Les tiers au rapport de droit substantiel et la procédure. – Pourtant, au regard de l'analyse de Motulsky, l'on pourrait également s'attacher aux tiers à la relation substantielle, et ceci dans une perspective proprement procédurale.

Il faut éviter un malentendu. L'intervention dans la procédure de tiers à la relation substantielle n'est pas en soi une question procédurale. Dans de très nombreuses hypothèses, le droit autorise des tiers à agir sur le fondement de situations juridiques substantielles auxquelles ils sont étrangers ou pour les combattre : un tiers au contrat peut agir en responsabilité délictuelle pour violation du contrat ; l'action oblique² permet au créancier d'agir contre le débiteur de son débiteur négligent³ ; l'action paulienne permet d'agir en inopposabilité d'un acte conclu entre des tiers ; un administré peut agir en nullité d'un permis de construire accordé à son voisin ; etc. Mais, dans de telles hypothèses, le tiers agissant n'est tiers qu'au regard de la situation substantielle : par hypothèse, il devient partie au procès comme demandeur. Aussi, pour l'essentiel, ces questions relèvent de l'étude du droit substantiel, et non de la procédure.

Ce qui en revanche présente un intérêt spécifiquement procédural, c'est l'implication de tiers à la relation substantielle non pas seulement dans la procédure, mais *au service de la procédure*.

En ce sens, la procédure a besoin des tiers.

Le plus éminent d'entre eux, c'est le juge lui-même. Si le juge est pris dans le lien d'instance, il n'en est pas moins tiers à la relation substantielle. C'est même là une condition fondamentale de son office : le juge doit être impartial. Ceci veut dire que son implication dans la procédure suppose qu'il soit extérieur à la relation substantielle qui existe entre les parties.

4. Plan. – Si l'on évoque les tiers au lien d'instance, les questions qui surgiront seront, d'une part, de savoir si ces tiers à la procédure (I) peuvent être ou non affectés par la procédure à laquelle ils sont étrangers, d'autre part, s'ils ont ou non vocation à y entrer.

¹ Malgré quelques hésitations, la jurisprudence luxembourgeoise confirme que ce rapport de droits et d'obligations nouveaux naît entre parties dès l'acte introductif, et non pas seulement au moment de son enrolement auprès de la juridiction : voir T. HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg*, édition Paul Baurer, n° 525.

² Article 1166 du Code civil.

³ Article 1167 du Code civil.

En revanche, si, d'un point de vue procédural, l'on s'attache aux tiers à la relation substantielle, on pourra montrer que la présence de tiers dans la procédure (II) est indispensable à l'activité juridictionnelle.

I. LES TIERS À LA PROCÉDURE

Ce sont des tiers qui ne sont pas *a priori* partie au procès.

Mais ils peuvent être autorisés à y entrer en tant que partie (ou à s'opposer à la décision après coup en tant que partie) :

- soit parce qu'ils sont intéressés (A) ;
- soit, plus rarement, alors même qu'ils ne sont pas intéressés (B).

Toutefois, il y a lieu de rappeler que, en principe, les personnes représentées figurent dans la procédure en tant que parties, *via leur représentant*. Ce sont donc de faux tiers à la procédure (**Remarque préliminaire**).

Remarque préliminaire : le faux tiers, la représentation

Si le principe de la représentation peut sembler simple, les problèmes soulevés par le mécanisme de la représentation et les questions d'autorité de chose jugée sur les représentés ne le sont pas en pratique au vu de la complexité de certaines situations juridiques.

Principes et exemples. – Ainsi (et sans vouloir être exhaustif), les mandataires légaux (époux communs en biens, syndicat de copropriété représentant les propriétaires pour les parties communes, etc.), les mandataires conventionnels (époux – article 218 du Code civil –, associés – article 1849 du Code civil –, assureur qui assure la direction du procès – article 92 alinéa 1^{er} de la loi sur le contrat d'assurances⁴, etc.), les ayants cause universels ou à titre particulier (le sous-locataire représenté par le locataire, etc.) ou coobligés solidaires, sauf pour le cas où la caution aurait un moyen personnel à faire valoir⁵, sont autant d'exemples de représentation d'une personne par une autre lors d'un procès.

Le mandant occulte, en cas de simulation par exemple⁶, entre dans la même catégorie : le mandant occulte est représenté à la procédure par son mandataire occulte et « *le jugement rendu contre le prête nom a autorité de chose jugée à l'égard du mandant occulte* »⁷. Comme l'acte occulte ne peut nuire aux tiers à cet acte (il n'a pas d'effet « *contre* » les tiers selon l'article 1321 du Code

⁴ Par exemple, l'article 92, alinéa 1^{er} de la loi sur le contrat d'assurance (à propos des contrats d'assurance de la responsabilité) prévoit expressément qu'« *faucun jugement n'est opposable à l'assureur, à l'assuré ou à la personne lésée que s'ils ont été présents ou appelés à l'instance. Toutefois, le jugement rendu dans une instance entre la personne lésée et l'assuré est opposable à l'assureur, s'il est établi qu'il a, en fait, assumé la direction du procès.*

⁵ S. GUINCHARD et alii, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action (2012-2013), n° 551.171 s.

⁶ Article 1321 du Code civil.

⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 32^e éd., n° 269 c, p. 245.

civil), ceux-ci peuvent en tirer profit : ils ont le choix entre l'acte apparent et l'acte occulte⁸, qu'ils exercent via l'action en déclaration de simulation.

Les représentés – représentés par leurs représentants – ne sont alors pas étrangers à la procédure.

Les conséquences de la représentation sont connues : le recours à la tierce-opposition est en principe fermé aux personnes représentées, sauf si elles ont un moyen propre à faire valoir (personnel à l'intéressé et que lui seul pouvait faire valoir) ou en cas de fraude de la part de leur représentant⁹.

Limites. – Toutefois, « *Il est admis qu'une personne puisse avoir été présente au premier procès en une certaine qualité, et fasse tierce-opposition en une autre qualité*¹⁰. »

Par exemple, un représentant légal d'un incapable pourra faire tierce-opposition à titre personnel ou ès qualités de représentant d'un autre incapable¹¹, puisque, dans un tel cas, il agirait à un autre titre et non comme représentant du représenté-partie à l'instance.

La jurisprudence luxembourgeoise retient encore que « *en principe l'appel ne peut être relevé que contre ceux qui étaient en cause en première instance. Mais, si depuis le jugement, il est intervenu un changement d'état ou de qualité dans la personne de l'assigné, l'appel peut être interjeté contre son représentant légal*¹² ».

Extension de l'autorité de chose jugée de décisions civiles sur certains « tiers » considérés comme ayant été représentés à l'instance par une partie¹³.
– Il est admis que certaines décisions civiles peuvent être revêtues de l'autorité de chose jugée à l'égard de « tiers » s'ils peuvent être considérés comme ayant été représentés à l'instance par une partie ayant finalement des intérêts communs avec ce « tiers ».

Par exemple, c'est le cas des héritiers d'un débiteur ou plus généralement des codébiteurs solidaires et en cas d'indivisibilité.

Une décision rendue par la Cour d'appel le 15 mai 2002 (n° 25975 du rôle) énonce ainsi que :

« *Afin de restreindre le domaine de la tierce-opposition, doctrine et jurisprudence utilisent la notion de représentation pour accroître l'étendue de l'autorité de la chose jugée. Elles ont à cet effet recours à une représentation implicite et même fictive. Tel est le cas de co-intéressés, qui ont des intérêts communs avec une des parties à l'instance ; ils sont réputés être représentés par cette partie. En présence de codébiteurs solidaires ou liés par une convention*

⁸ V. MM. MAZEAUD & CHABAS, *Leçons de droit civil – Obligations*, théorie générale, 8^e éd., Montchrestien, n° 823 ; TERRE, Simler LEQUETTE, *Droit civil. Les Obligations*, Précis Dalloz, 9^e éd., n° 553 ; MALAURIE, AYNES, STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, Defrénois, 2^e éd., p. 771.

⁹ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 1250.

¹⁰ S. GUINCHARD et alii, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action (2012-2013), n° 551.62 : exemple en jurisprudence luxembourgeoise : Cour d'appel, 15 déc. 2010, Pas. 35, p. 540 citée par T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 1250, note de bas de page n° 1276.

¹¹ Fr T. SEINE, 14 avril 1905, Gaz. Pal. 1951.2.272 citée dans : S. GUINCHARD et alii, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action (2012-2013), n° 551.62.

¹² Cour, 11 mars 1921, 11, 550.

¹³ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 942.

d'indivisibilité, le jugement rendu contre l'un d'eux ou obtenu par l'un d'eux a autorité de la chose jugée à l'égard des autres ».

À cet égard, M. Hoscheit semble toutefois suggérer qu'une décision rendue par la Cour de cassation en date du 21 janvier 1999 à propos de l'incidence de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur l'autorité de chose jugée des décisions rendues en matière pénale (cf. ci-infra n° 8) devrait être transposée à ces situations¹⁴. Nous partageons *a priori* cet avis dans la mesure où ces cas de représentation (indivisibilité et solidarité passive) présentent un caractère si fictif qu'ils devraient sans doute justifier une nouvelle analyse. Mais, à notre connaissance, la jurisprudence luxembourgeoise n'a pas eu à se pencher sur la question à ce jour.

A. LES TIERS INTÉRESSÉS

5. Idées générales

Les principes. – De prime abord, les questions auxquelles nous sommes confrontés concernant les tiers intéressés semblent pouvoir tourner autour de deux idées distinctes :

- premièrement, le procès peut affecter les droits de ces tiers ;
- deuxièmement, le principe de la contradiction¹⁵ semble alors commander qu'on leur laisse la possibilité de faire valoir leur intérêt.

Néanmoins, il n'y a pas d'obligation de principe de mettre en cause tous les intéressés.

Simplement, ces tiers intéressés sont protégés par plusieurs mécanismes :

- pendant le procès, ils peuvent agir en *intervention*¹⁶ ;
- après le procès, s'ils n'ont pas agi, la décision n'a en principe pas autorité de chose jugée à leur égard (relativité de la chose jugée¹⁷) et si la décision est *opposable*¹⁸ aux tiers par principe (sans avoir *autorité de la chose jugée* à leur égard), les tiers (non parties au lien d'instance) peuvent s'en protéger par un recours en *tierce opposition*¹⁹.

Les exceptions. – Il existe toutefois des exceptions à ces règles.

Ainsi, il existe parfois une obligation légale de mettre en cause certains tiers intéressés : les actions attitrées exigent une certaine qualité en plus de l'intérêt ; on pense particulièrement à la question de la mise en intervention nécessaire du Centre Commun de la Sécurité Sociale (CCSS) ou du Fonds pour l'Emploi en certaines matières ou plus généralement en cas d'indivisibilité.

¹⁴ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 942.

¹⁵ Articles 63 à 66 du Nouveau code de procédure civile.

¹⁶ Article 483 et suivants du Nouveau code de procédure civile.

¹⁷ Article 1351 du Code civil.

¹⁸ La jurisprudence luxembourgeoise ne semble pas rigoureuse sur ces notions : en principe, tout jugement semble *opposable* à toute personne (même non partie) en ce sens qu'il peut être *a priori* invoqué au soutien d'une prétention dans tout procès (comme un fait), mais il n'est pas nécessairement revêtu de *l'autorité de chose jugée* contre un tiers en ce sens qu'il ne lie pas et ne s'impose pas en principe à un tiers par exemple (*effet relatif*).

¹⁹ Articles 612 et suivants du Nouveau code de procédure civile.

De même, la question de l'autorité absolue de la chose jugée (effet *erga omnes* de certaines décisions) semble actuellement en régression (exemple : en matière pénale) dans la mesure notamment où il porte atteinte au principe de la contradiction.

5. Les mécanismes permettant à un tiers d'intervenir (volontairement ou non) dans le procès pendant ou après celui-ci

Les deux mécanismes principaux permettant à un tiers d'intervenir dans la cause sont connus : il s'agit de l'intervention et de la tierce-opposition.

L'intervention. – L'intervention est définie comme étant une « *demande incidente par laquelle un tiers entre dans un procès déjà engagé, de son propre mouvement (intervention volontaire) ou à l'initiative de l'une des parties en cause (intervention forcée)* » (Vocabulaire Cornu, v° Intervention, sens III). Le siège de la matière se trouve aux articles 483 et suivants du Nouveau code de procédure civile et à l'article 594 du Nouveau code de procédure civile²⁰.

On distingue donc l'intervention volontaire et l'intervention forcée :

- *l'intervention forcée*²¹ est le mécanisme qui permet à une partie de faire intervenir au procès une personne qui jusque-là n'était pas impliquée afin qu'elle devienne partie au procès. *L'intervention forcée conservatoire* tend à rendre le jugement rendu commun au tiers pour qu'il ait l'autorité de chose jugée à son égard en vue d'empêcher ainsi une tierce opposition ; *l'intervention forcée agressive* tend à la condamnation personnelle du tiers ;
- *l'intervention volontaire*²² est le mécanisme qui permet à un tiers d'intervenir dans une instance préexistante afin d'y faire valoir ses propres moyens et demandes, auquel cas il s'agit d'une *intervention volontaire agressive*, ou d'appuyer la demande d'une partie afin que ses propres intérêts ne soient pas compromis, auquel cas il s'agit d'une *intervention volontaire conservatoire*.

À défaut de disposition similaire à l'article 66 du Code de procédure civile français (selon lequel l'intervention est « *la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires* ») en droit luxembourgeois, la doctrine estime que « *[I]l'intervention est l'acte par lequel un tiers, c'est-à-dire une personne qui jusque-là n'était ni partie ni représentée à l'instance, devient désormais partie à la procédure avec toutes les conséquences qui s'attachent à cette qualité* »²³.

L'intervenant perd donc sa qualité de tiers. Le jugement lui sera déclaré commun, ce qui met en échec la règle de la relativité des jugements. Le tiers ne pourra plus exercer la voie de recours extraordinaire qu'est la tierce opposition.

La tierce-opposition. – La tierce-opposition se définit comme la voie de recours qui offre la possibilité à un tiers au litige originaire qui s'estime lésé

²⁰ Article 594 du Nouveau code de procédure civile : « *Aucune intervention ne sera reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition.* »

²¹ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 1023 s.

²² T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 1027 s.

²³ M. THEWES, *Les variations du champ processuel*, Ann. Dr. Lux. 2002, p. 105 s., spécialement p. 106.

par la décision intervenue dans le cadre de cette instance de porter le litige une deuxième fois devant la même juridiction dans le but de faire valoir ses moyens et arguments et de faire réexaminer le litige.

L'article 612 du Nouveau code de procédure civile prévoit deux conditions à l'exercice de la tierce opposition :

- le tiers ne doit pas avoir été partie à l'instance ayant abouti à la décision dont il recherche la réformation et ;
- il doit avoir un intérêt à agir en ce sens que la décision visée porte atteinte à ses droits.

N'est pas considéré comme tiers une partie qui, tout en ayant été appelée, sur assignation, citation ou convocation, n'a pas comparu à l'instance. Si elle a été défaillante, la voie de la tierce opposition lui est fermée. N'est pas non plus tiers et ne peut donc pas former tierce-opposition le créancier chirographaire d'une partie, sauf en cas de fraude, de dol ou d'excès de pouvoirs²⁴. En effet alors qu'une banque voulait former tierce-opposition contre un jugement condamnant son débiteur (en état de déconfiture et défaillant) sur le fondement d'une atteinte à son droit de gage général, il a été jugé qu'« *en principe, les créanciers chirographaires (...) sont représentés à l'instance par leur débiteur (...) Exception est faite dans le cas où le créancier chirographaire invoque un droit qui lui est propre, et que par conséquent le représentant n'aurait pu invoquer*²⁵ ». La même solution a été retenue pour le subrogeant²⁶.

Quant à l'intérêt à agir, il a été jugé que les bénéficiaires économiques ultimes d'une société avaient qualité et intérêt pour former tierce opposition contre un jugement de dissolution et de mise en liquidation de la société²⁷. Il a de même été retenu que « *[S]'il n'est pas exigé que, pour pouvoir attaquer un jugement par la voie de la tierce opposition, il cause un préjudice direct et nécessaire, il faut cependant qu'il forme un préjugé défavorable à la prétention des tiers-opposant.* »²⁸, préjugé « *contraire aux prétentions que le tiers opposant aurait intérêt à éléver et à soutenir* »²⁹. Concernant la certitude du préjudice, on a retenu que le préjudice éventuel suffisait pour avoir intérêt à former tierce opposition³⁰.

Sans parler de réelle troisième condition, il semble que la mise en œuvre de la tierce-opposition ait été aménagée et précisée par la jurisprudence : ainsi, dans une affaire où le liquidateur provisoire d'une société avait fait tierce opposition

²⁴ Cour d'appel, 15 déc. 2010, Pas. 35, p. 540, citée par T. HOSCHEIT dans *op. cit.*, n° 1250, note de bas de page n° 1275.

²⁵ Cour d'appel, 22 novembre 2000, n° 23498 du rôle : dans l'espèce en cause, le tribunal a retenu que la banque n'invoquait pas un droit propre et restait en défaut de prouver une fraude à ses droits (la défaillance du débiteur pouvant s'expliquer par d'autres raisons que l'intention de nuire) : dès lors la banque, « *en tant que créancier chirographaire n'ayant pas de droit propre, n'a pas qualité pour former tierce-opposition.* »

²⁶ Cour d'appel, 27 novembre 2002, n° 25649 du rôle ; citée par T. Hoscheit dans *op. cit.*, n° 1252, note de bas de page n° 1274.

²⁷ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 10 avril 2008, jugement n° 476/2008, n° 112712-112716 du rôle.

²⁸ Tribunal d'arrondissement de Diekirch, 26 novembre 1896, Pas. 4, p. 336.

²⁹ CSJ (cassation), 14 févr. 1974, Pas. 22, p. 374.

³⁰ CSJ (appel), 6 févr. 1914, Pas. 9, p. 256 ; Cour d'appel, 7 avril 2011, BIJ 1/2013, p. 2.

contre un jugement auquel il n'était pas partie, il a été jugé que : « *Le tiers lésé par un jugement frappé d'appel ne peut pas former une tierce-opposition devant le premier juge et celui-ci doit se déclarer incompétent pour connaître de la tierce-opposition, si le jugement est frappé d'appel dans toutes ses dispositions. Si le jugement n'est frappé par l'appel que sur certains chefs de la demande, une tierce-opposition devant le tribunal reste possible sur les chefs passés en force de chose jugée. Il est loisible au tiers d'intervenir à l'instance d'appel* »³¹.

Par conséquent, un tiers à la procédure peut en principe être impliqué dans un procès s'il y a un intérêt.

6. Les mécanismes obligeant une partie à mettre une personne désignée dans le procès

Le mécanisme de l'action attitrée oblige une partie à assigner une personne désignée par la loi ou à mettre dans la cause, en plus d'autres défendeurs, une personne désignée par la loi.

Les actions attitrées. – L'action attitrée est définie comme une « *action en justice dans laquelle le droit d'agir (de discuter au fond de la prétention soumise au juge) n'est pas ouvert à tout intéressé (action dite banale) mais réservé aux personnes que la loi qualifie à cet effet, de telle sorte qu'en ces cas la demande n'est recevable que si elle émane d'une personne qui justifie de la qualité à laquelle est attaché le droit d'agir, également nommée sujet attitré ou titulaire de l'action* » (Vocabulaire Cornu, v° Attitré).

Le meilleur exemple d'action *activement* et *passivement* attitrée est l'action en divorce ouverte aux seuls conjoints et dirigée contre leur conjoint (ou leur représentant en qualité en cas de tutelle etc.) (C. civ., art. 230 et s.) : une action en divorce n'est pas ouverte à tout intéressé (enfants, beaux-parents...), la qualité de conjoint est nécessaire en demande et en défense. Le but est d'éviter l'ingérence d'autrui³².

De même pour l'action en recherche de paternité qui n'est ouverte *activement* qu'à l'enfant (C. civ., art. 340-2) et *passivement* que contre le père prétendu ou ses héritiers (C. civ., art. 340-3) et si certains faits sont prouvés (art. 340-1 du Code civil : inconduite notoire ou preuve par le prétendu père qu'il ne pouvait être le père). Idem en matière de filiation : « *L'action en réclamation d'état ne peut être intentée que par l'enfant, par ses parents ou par ses héritiers* » (C. civ., art. 329).

Si ces personnes doivent avoir qualité pour agir, il n'est pas nécessairement exigé qu'elles aient un intérêt.

Autres exemples de mise en intervention obligatoire de tiers en certaines matières (droit du travail et assurance). – En matière d'assurance (Centre commun de la sécurité sociale ou « CCSS »³³) ou en droit du travail (Fonds pour

³¹ Cour d'appel, 14 juill. 2004, Pas. 32, p. 612.

³² Sur ces questions voir aussi : G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, PUF, Thémis, 2^e édition, 1996, n° 77 (les sujets de l'action).

³³ Article 453 du Code de la sécurité sociale.

l'Emploi³⁴), il y a obligation de mettre un tiers désigné par la loi en intervention : cette obligation générale est d'autant plus importante que parfois le tiers en question n'a pas d'intérêt (si par exemple le Fonds pour l'Emploi n'a pas payé d'indemnités de chômage au salarié, il n'a en réalité pas d'intérêt dans un tel cas).

En droit du travail, ceci a posé de multiples questions et entraîné une jurisprudence abondante (notamment sur le problème des transactions entre salarié et employeur en cours de procès) : la jurisprudence a précisé notamment que le Fonds pour l'Emploi était seulement titulaire d'une action *accessoire*³⁵ et en a conclu que l'État (représenté par le Fonds pour l'Emploi) ne pouvait plus soulever la nullité d'une transaction éventuelle entre employeur et salarié à laquelle il n'aurait pas été partie : à la suite de la renonciation du salarié (désistement d'une demande en licenciement abusif), l'action en intervention introduite par l'État est éteinte sans qu'il puisse s'y opposer³⁶.

Même en cas d'action passivement attitrée, la situation est toujours régularisable. – La jurisprudence luxembourgeoise la plus récente montre que la régularisation est possible, et suggère même que le juge doit l'ordonner d'office, concernant l'obligation de mise en cause du CCSS par exemple³⁷ (une décision ancienne et caduque admettait le contraire³⁸).

Ceci est encore confirmé par une jurisprudence abondante en droit du travail.

À ce sujet, M. Hoscheit indique d'ailleurs à propos du « *défaut de mise en cause de toutes les parties concernées* » qu'il « *faut (...) admettre que l'irrégularité peut être redressée par une mise en intervention ultérieure de la partie omise* »³⁹.

³⁴ Article L. 521-4 (7) du Code du travail.

³⁵ Antérieurement, selon la loi du 30 juin 1976, modifiée par la loi du 12 mai 1987, les jugements ou arrêts déclarant abusif le licenciement du travailleur devaient d'office condamner l'employeur au remboursement des indemnités de chômage payées par le Fonds pour l'emploi : cette disposition ne se retrouve toutefois plus reproduite dans le texte de la loi du 26 févr. 1993 concernant le travail volontaire à temps partiel de sorte que « *cette condamnation ne peut intervenir que sur la demande expresse du Fonds pour l'emploi* » (en ce sens : CSJ, 10 mars 1994, n° 15276-15332 du rôle, Floener c/ Munhoven Distribution SA).

L'État ne dispose pas d'une action principale en recouvrement des indemnités de chômage versées au salarié. Si le salarié n'agit pas, l'État ne peut pas faire valoir son droit à remboursement : la Cour en déduit que « *l'intervention de l'État est à qualifier d'accessoire* », qu'il s'agit donc d'une intervention volontaire dite accessoire ou conservatoire sans droit propre (par opposition à une intervention principale l'intervenant ayant un droit propre (CSJ, 21 févr. 2008, n° 32262 du rôle, État c/ Thiry).

³⁶ La Cour de cassation a rendu un arrêt en date du 18 mars 2004 (arrêt n° 23/04) et décidé qu' « *en retenant que l'action en intervention de l'État était éteinte à défaut de condamnation de l'employeur à la suite d'une transaction entre celui-ci et son salarié, les juges du fond ont correctement appliqué la loi* ».

³⁷ V. G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pas, 3^e éd., 2014, n° 1318 ; ainsi, plusieurs décisions se sont référées à l'avis du Conseil d'État relatif à l'adoption de l'article 453 pour juger qu'une assignation voire un appel ne sont pas irrecevables du fait de la non mise en cause de l'organisme de sécurité sociale concerné et que cette mise en cause peut encore intervenir en cours d'instance (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 4 novembre 2008, n° 192/08 XI et 3 mars 2009, n° 61/09 XI).

³⁸ CA 30 juin 1982, n° 5599, citée en p. 118 de l'article de Marc THEWES, *Les variations du champ processuel, Annales du droit luxembourgeois*, vol 12, 2002.

³⁹ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 987 ; v. également p. 464 para 1 in fine : « *Il a été admis que l'absence de qualité pour agir au jour de la demande pouvait être régularisée en cours de procédure* ».

Par conséquent, s'il est fait obligation au demandeur de faire intervenir un tiers à un procès, cette obligation est régularisable en cours de procès.

7. Effet des décisions de justice sur les tiers (l'autorité de chose jugée et les tiers)⁴⁰

Traditionnellement, en dépit du principe de l'effet relatif de l'autorité de chose jugée (C. civ., art. 1351), l'autorité de chose jugée pouvait être étendue à des personnes n'ayant pas été parties à une instance : la portée d'une décision n'était donc pas nécessairement limitée aux parties à l'instance (V. également *Remarque préliminaire in fine*). Une évolution en la matière semble cependant se dessiner.

Absence d'autorité *erga omnes* des jugements rendus en matière pénale. – Concernant les décisions pénales au fond définitives, il était traditionnellement admis qu'elles exerçaient une autorité sur les décisions au civil et qu'elles étaient opposables *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de toute personne, qu'elle ait été partie ou pas à l'instance pénale, et indépendamment de la question de savoir si elle y avait pu étayer sa cause par ses moyens et arguments, ceci pour que le juge civil ne puisse remettre en cause la culpabilité d'un individu retenue au pénal.

Ainsi, par le passé, plusieurs décisions avaient retenu le principe de l'autorité absolue d'une décision pénale contre l'assureur d'un condamné bien que l'assureur ait été tiers au procès pénal⁴¹ ou « *contre un tiers qui revendiquait les fonds saisis* »⁴².

Cependant, par la suite, en application du principe du procès équitable de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence et décidé que ce principe de l'autorité *erga omnes* des décisions pénales était contraire aux garanties du procès équitable. En date du 21 janvier 1999, la Cour de cassation a donc cassé l'arrêt d'appel attaqué en indiquant que : « (...) l'article 6 § 1 de la Convention a un effet direct et prime le principe de droit interne consacrant l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil, au cas où une partie, dans un procès civil se voit opposer l'autorité d'une décision rendue dans une instance pénale à laquelle elle n'a pas participé »⁴³.

L'action de groupe (class action). – Le droit luxembourgeois ne connaît pas encore l'action de groupe.

Cependant, la Commission de l'Union européenne a émis le 11 juin 2013 une recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union⁴⁴. Cette recommandation

⁴⁰ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 941 s.

⁴¹ Par exemple, Cour d'appel, 3 févr. 1998, n° 19787 du rôle, cité dans l'arrêt de cassation du 21 janv. 1999 (n° 05/99). Dans le même sens : Cour d'appel, 26 novembre 2008, BIJ 2009, p. 36.

⁴² T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 942.

⁴³ Cour de cassation, 21 janv. 1999, n° 05/99.

⁴⁴ Recommandation 2013/396/UE, publiée au *Journal officiel de l'Union Européenne* du 26 juill. 2013, L 201.

tend à faciliter l'accès à la justice, que ce soit pour des actions en cessation ou en réparation de préjudices de masse causés par une violation des droits conférés par le droit de l'Union, tout en interdisant les dommages-intérêts punitifs. La recommandation invite les États à favoriser les modes alternatifs de règlement des conflits collectifs et les transactions collectives. Les États membres devraient transposer les principes énoncés dans la recommandation jusqu'au 26 juillet 2015 au plus tard⁴⁵.

Cependant, cette recommandation n'a pas encore été suivie d'effet en droit luxembourgeois à ce jour.

En bref, au vu de ce qui précède et sous réserve de l'évolution de la jurisprudence en matière de représentation fictive ou implicite (Cf. *Remarque préliminaire*), il semble que le tiers intéressé à la procédure soit efficacement protégé des effets des jugements auxquels il n'a pas participé par les différents mécanismes et règles actuellement en vigueur au Grand-duché de Luxembourg.

B. LES TIERS DÉSINTÉRESSÉS

8. Idées générales. – Les tiers désintéressés (*les penitus extranei*) n'ont pas d'intérêt personnel à faire valoir et n'ont donc en principe pas vocation à entrer dans le procès.

En conséquence, leur intervention dans le procès est normalement irrecevable faute d'intérêt⁴⁶.

Toutefois, des tiers désintéressés sont parfois autorisés à intervenir en tant que partie au procès pour défendre des intérêts qui ne sont pas les leurs : ce sont des parties qui ont le droit d'agir sans intérêt personnel. Métaphoriquement, ces parties sont autorisées à se mêler de ce qui ne les regarde pas directement. C'est le cas de figure particulier des actions attitrées⁴⁷ (hypothèses où la qualité pour agir se substitue à l'intérêt : cf. *supra* n° 7) ou plus généralement des actions des associations défendant des intérêts collectifs⁴⁸, des syndicats ou du ministère public par exemple quand il est partie principale.

Le cas du ministère public partie jointe est sans doute plus délicat au regard de la notion de « tiers » dans la mesure où il rend en principe un avis destiné à aider le juge : en tant que partie jointe il est *a priori* « partie ». Cependant, si, d'un côté, il semble être exigé qu'il soit impartial (puisque la procédure de récusation lui est applicable), il semble aussi qu'il puisse être considéré comme un adversaire objectif⁴⁹.

⁴⁵ Étant rappelé qu'aux termes de l'article 288, alinéa 5 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, « *Les recommandations et les avis ne lient pas* ».

⁴⁶ Sur la question de l'intérêt à agir, voir T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 896 s.

⁴⁷ Sur ces questions voir aussi : G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, Thémis, 2^e édition, 1996, n° 77 (les sujets de l'action).

⁴⁸ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 32^e éd., n° 144 s. c., p. 156.

⁴⁹ Un magistrat indépendant – comme le commissaire du gouvernement – est considéré comme l'« *adversaire objectif* » d'une partie simplement parce qu'il a donné un avis favorable à l'autre. CEDH, 7 juin 2001, n° 39594/98, Kress c. France, spéci. paragraphes 81 et 82.

9. Le droit d'agir des groupements

Le droit d'agir des groupements est reconnu depuis longtemps par la jurisprudence luxembourgeoise. La loi a toutefois récemment précisé certaines conditions à remplir pour les groupements de protection des intérêts collectifs des consommateurs.

Les groupements en général. – L'action des groupements est généralement admise dès lors que le groupement a la personnalité juridique, que son objet social protège les intérêts qu'il entend défendre en justice et que « *l'action collective est dictée par un intérêt corporatif caractérisé et qu'elle a pour objectif de profiter à l'ensemble des associés* »⁵⁰.

Elle est en principe refusée lorsque l'intérêt collectif se confond avec l'intérêt général de la collectivité, parce que « *par leur action, elles [les associations] empièteraient sur les attributions des autorités étatiques, administratives et répressives, auxquelles est réservée la défense de l'intérêt général (tribunal administratif du 21 mai 2003, n° 15449)* »⁵¹. C'est ainsi que « *sera généralement exclue l'action des groupements qui se sont constitués à des fins autres que la défense en commun des intérêts particuliers – au sens traditionnel du terme – de leurs membres* »⁵².

Les groupements de protection des intérêts collectifs des consommateurs.

– Le législateur luxembourgeois a expressément reconnu à des groupements de protection des intérêts collectifs des consommateurs le droit d'exercer des actions en cessation de certaines activités contraires aux dispositions du Code de la consommation :

- pour y être autorisée, l'association doit avoir comme objet la protection des intérêts collectifs des consommateurs ; elle doit avoir, à la date de la demande d'agrément, au moins une année d'existence, justifier d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts collectifs des consommateurs, réunir à la date de sa demande d'agrément, un nombre de membres suffisant et elle doit encore être valablement constituée au regard de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif (art. 313-1 du Code de la consommation) ;
- à ces conditions relatives à l'association même s'ajoutent deux conditions quant à l'action : (i) les intérêts protégés par ces organisations doivent être légitimes et (ii) l'action qu'elles intentent doit être justifiée par leur objet social (art. 313-2 du Code de la consommation). Ces conditions valent également pour les organisations inscrites sur la liste publiée au Journal officiel de l'Union européenne en application de l'article 4, point 3 de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs lorsqu'elles veulent agir devant la juridiction luxembourgeoise compétente pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite ;

⁵⁰ Conseil d'État, 9 avril 1979, Pas. 25, p. 5 ; Conseil d'État, 17 févr. 1987, Pas. 27, p. 7.

⁵¹ M. FEYERISEN et B. L. POCHON, *L'État du Grand-Duché de Luxembourg*, Promoculture Larcier, 2015, p. 536.

⁵² M. ELVINGER et D. SPIELMANN, « Les associations et groupements de personnes dans la vie juridique luxembourgeoise », *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1995, I, p. 175.

– les actions en cessation pour violation de différentes dispositions du Code de la consommation sont prévues aux articles 320-1 – 320-7 dudit code. Il s'agit notamment des dispositions relatives à l'indication des prix, aux pratiques commerciales déloyales et agressives, aux clauses abusives et aux contrats à distance.

Dans ces conditions, il semble que les groupements lorsqu'ils ne défendent pas directement leur intérêt personnel peuvent à la fois agir en tant que demandeur initial et intervenir volontairement en cours de procès.

10. L'intervention du Ministère Public dans les affaires civiles

L'intervention du Ministère Public peut revêtir deux formes dans les affaires civiles :

Le Ministère Public, partie principale. – Parfois, le Ministère Public joue un rôle analogue à celui qu'il a en matière pénale : il est *partie principale* au procès civil. Il a alors « *toutes les prérogatives et les charges* »⁵³ d'une partie. Il peut être partie principale tant en demande qu'en défense⁵⁴ (dans ce dernier cas, il doit être « *assigné directement, en l'absence de partie défenderesse identifiable* » par exemple⁵⁵). Mais c'est seulement lorsque le Ministère Public est partie principale qu'il peut déclencher le procès *ex officio*⁵⁶ en tant que demandeur.

Des dispositions spéciales prévoient que le Parquet peut agir comme partie principale⁵⁷. L'opinion traditionnelle voulait qu'il ne puisse le faire que dans ces cas spécifiés par la loi⁵⁸, la défense des intérêts privés étant en principe laissée aux parties privées. C'est la solution que suggère l'alinéa 1^{er} de l'article 74 de loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire : « *En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi* ». Il faut toutefois aussi tenir compte de l'alinéa 2 du même article : « *Il poursuit d'office l'exécution des lois, règlements et jugements dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* » Sur le fondement de textes analogues, une jurisprudence ancienne octroyait au Ministère Public une faculté générale d'agir comme partie principale pour la défense de l'ordre public⁵⁹. En France⁶⁰ et en Belgique⁶¹, la solution a été consacrée par des textes explicites. Même si ces textes n'existent pas au Luxembourg, il semble que la solution traditionnelle doive être maintenue⁶².

⁵³ SOLUS & PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de 1^{re} instance*, n° 231.

⁵⁴ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 588 ; v. également Cornu & Foyer, *Procédure civile*, PUF, 1996, n° 115 a.

⁵⁵ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 588, paragraphe 2.

⁵⁶ Comp. M. Lemaire, Rep. Proc. Civ. D. 1956, v^o Ministère Public, n° 115.

⁵⁷ À titre d'exemples, on peut évoquer l'article 339 alinéa 2 du Code civil (contestation d'une reconnaissance en matière de filiation naturelle ; v. p. ex. TAL, 5 déc. 1980, JUDOC 98008954), l'article 444-1 du Code de commerce (demande en interdiction d'exercer contre des dirigeants sociaux) ou l'article 203 de la loi sur les sociétés (demande en liquidation).

⁵⁸ M. LEMAIRE, Rep. Proc. Civ. D. 1956, v^o Ministère Public, n° 115.

⁵⁹ M. LEMAIRE, Rep. Proc. Civ. D. 1956, v^o Ministère Public, n° 116 sq.

⁶⁰ V. article 422 du Code de procédure civile français : « *Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi.* » et article 423 : « *En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci.* »

⁶¹ V. Code judiciaire belge article 138 bis al. 1^{er} in fine : « *Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi et en outre chaque fois que l'ordre public exige son intervention.* » ; et v. également G. LEVAL & F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire*, t. 1, Larcier, 2010, n° 384.

⁶² Comp. TAL, 27 janv. 1988, JUDOC 98811551 & 98809858.

Le Ministère Public, partie jointe. – Dans d'autres hypothèses, le Ministère Public n'est que *partie jointe*. En principe, il intervient alors seulement pour « exprimer son avis sur l'affaire dont le Tribunal est saisi »⁶³. Dans ce cas, il n'est pas partie au procès « à part entière »⁶⁴ et ne dispose pas de tous les droits d'une partie : ainsi, sous certaines réserves, il semble que l'appel dirigé à son encontre soit irrecevable⁶⁵, et qu'il ne puisse pas non plus relever appel⁶⁶.

En principe, le Ministère Public peut devenir partie jointe dans *toutes les affaires civiles*. Aux termes de l'article 183 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile, il a la faculté de « prendre communication de toutes les (...) causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire ». Le Tribunal peut aussi ordonner d'office la communication⁶⁷. La solution vaut devant la Cour d'appel par l'effet de l'article 587 du Nouveau code de procédure civile⁶⁸. Toutefois, rien n'est prévu devant les juges de paix et les juridictions du travail⁶⁹.

Dans certains cas, la communication au Ministère Public est non seulement possible, mais obligatoire. En toute rigueur, les termes d'*« affaires communicables »* ne devraient être employés que dans cette dernière hypothèse⁷⁰. Lorsque l'affaire est communicable, le Parquet est obligé de déposer⁷¹. L'obligation de communiquer au Parquet est imputée au juge et non aux parties (Règlement grand-ducal du 29 juin 1990, article 23⁷²), qui n'ont donc pas à assigner le Parquet. Le cas échéant, le défaut d'intervention du Ministère Public peut entraîner la nullité du jugement⁷³. L'irrégularité est en principe sanctionnée par la requête civile (art. 617, 8^o du Nouveau code de procédure civile⁷⁴) ; mais le recours en cassation est possible « si le défaut de communication en première instance a été invoqué en appel et si ces conclusions ont été rejetées »⁷⁵. Un certain nombre d'affaires communicables sont visées à alinéa 1^{er} de l'article 183 du Nouveau

⁶³ SOLUS & PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de 1^{re} instance*, n° 231. V. également article 424 du *Code de procédure civile français* : « Le ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication. »

⁶⁴ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 586.

⁶⁵ En ce sens, v. T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 586, qui cite notamment CA, 5 avril 2000, n° 24145 et CA, 19 déc. 2000, n° 24333. Toutefois l'arrêt de CA, 18 novembre 1998, 31, 69 semble n'exclure l'appel contre le Ministère Public partie jointe que lorsqu'il n'a pas conclu contre l'appelant en première instance.

⁶⁶ V. T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 586, qui cite un arrêt de la Cour d'appel rendu le 4 déc. 2002, en note 514.

⁶⁷ Pour un exemple, v. TAL, 7 mai 2001, JUDOC 99833569.

⁶⁸ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 587.

⁶⁹ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 587. En France, en revanche, la solution a une portée générale – V. SOLUS & PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de 1^{re} instance*, n° 231.

⁷⁰ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS & F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'UE*, Précis Dalloz, 32^e éd., 2014, n° 859 et comp. également n° 860 ; SOLUS & PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de 1^{re} instance*, n° 233.

⁷¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS & F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'UE*, Précis Dalloz, 32^e éd., 2014, n° 860.

⁷² Article 23 du Règlement grand-ducal du 29 juin 1990 : « La communication au ministère public est, sauf disposition particulière, faite à la diligence du juge. Elle doit avoir lieu en temps voulu pour ne pas retarder le jugement. Lorsqu'il y a eu communication, le ministère public est avisé de la date de l'audience ».

⁷³ V. T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 587 ; Doc. Parl. n° 5213/4 et CA, 29 juin 1999, 31, 159 qui exige même l'intervention orale du Parquet à peine de nullité.

⁷⁴ V. également Cass. 15 févr. 1996, 30, 1.

⁷⁵ Doc. Parl. n° 5213/3 ; et v. Cass. 26 févr. 1998, 30, 415.

code de procédure civile : « Seront communiquées au procureur d'État les causes suivantes : 1) celles qui concernent l'ordre public ; 2) celles qui concernent l'état des personnes, à l'exception des causes de divorce et de séparation de corps, et celles qui sont relatives à l'organisation de la tutelle des mineurs, à l'ouverture, à la modification ou à la mainlevée des tutelles ou curatelles des majeurs ainsi qu'à la sauvegarde de justice ; 3) les règlements de juge, les récusations et renvois ; 4) les prises à partie ; 5) les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes ».

Des textes spéciaux prévoient encore une obligation de communiquer certaines affaires au Ministère Public. Par exemple : procédure de faux incident civil (art. 347 du Nouveau code de procédure civile), désaveu d'un avocat constitué (art. 503 du Nouveau code de procédure civile), etc. À cet égard, M. Hoscheit note également que « si les juges estiment avoir décelé une infraction pénale, l'article 23 du Code d'instruction criminelle les oblige à donner connaissance des faits au Ministère Public »⁷⁶ : ceci ne correspond toutefois pas nécessairement à un véritable cas de « communication », dans la mesure où, à lire ce texte, le juge civil pourrait sans doute informer le Parquet à l'insu des parties (sauf les difficultés qui pourraient en résulter au regard des droits de la défense).

En bref, certains tiers désintéressés (à la procédure) se voient donc reconnaître un droit d'agir et d'intervenir dans la procédure.

C'est le cas lorsqu'ils défendent un intérêt corporatif caractérisé qui profite à l'ensemble de leurs associés (c'est aussi un peu le mécanisme des *ligues de défense*, constituées spécialement pour défendre les intérêts communs de leurs membres). Il en est de même pour les associations de consommateurs dans les limites précisées par la loi.

Le Ministère Public, qui représente *in fine* l'intérêt général de la société a également la faculté d'intervenir à la procédure s'il l'estime nécessaire ou même a le devoir d'intervenir si les affaires sont dites *communicables*, ce qui vise notamment les causes concernant l'ordre public. Dans cette dernière fonction, à savoir comme *partie jointe*, le rôle du Ministère Public se rapproche toutefois de celui d'un « tiers » dans la procédure dans la mesure où il ne dispose pas de tous les droits d'une partie et devrait rendre un *avis* destiné à éclairer le juge.

II. LES TIERS DANS LA PROCÉDURE

Au regard de l'analyse de Motulsky mentionnée en introduction, il y a également lieu d'évoquer les tiers à la relation substantielle qui sont parties prenantes du processus de justice et en tant que tels impliqués dans la procédure ou plutôt *au service de la procédure*.

En effet, la procédure a nécessairement besoin des tiers (*a minima* : le juge, sinon les experts judiciaires, les témoins, etc.).

⁷⁶ V. T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 588 *in fine*.

Pour qu'une décision soit rendue, il faut donc encadrer l'implication des tiers qui collaborent à la justice dans la mesure où ces tiers *dans le procès* sont amenés à participer à la prise de décision : des obligations spécifiques reposent donc sur eux.

Nous distinguerons à nouveau les tiers désintéressés (A) et les tiers intéressés ou éventuellement intéressés (B).

A. LES TIERS DÉSINTÉRESSÉS

11. Idées générales. – Puisque ces tiers sont censés collaborer à la décision, on leur demande d'être totalement tiers, totalement désintéressés : l'obligation d'impartialité (obligation de ne pas être partie, ni lié aux parties ou de ne pas prendre parti) s'impose à ces acteurs du procès. Le meilleur exemple est le juge.

Si le juge est tiers par rapport aux parties⁷⁷, il n'est pas tiers à la procédure : il est pris dans le lien d'instance⁷⁸, ce qui lui impose certaines obligations. En plus de l'obligation fondamentale d'impartialité, le juge a une obligation de statuer (sinon il y a déni de justice⁷⁹), de requalifier⁸⁰, de relever d'office les moyens de droit⁸¹, de respecter et faire respecter le principe de la contradiction⁸², etc.

La jurisprudence française⁸³ a eu ainsi l'occasion de rappeler que le premier juge par exemple n'est pas une partie : « *l'auteur de la décision n'est qu'un rouage du processus de justice, insusceptible d'interférer dans une procédure au-delà de sa mission*⁸⁴ », ce qui s'applique au juge et à l'arbitre. Ils ne peuvent donc agir par la voie de la tierce-opposition.

Ceci vaut certainement pour l'expert judiciaire ou encore l'*amicus curiae*⁸⁵ : « *Le technicien commis dans le cadre d'une procédure judiciaire est tenu des mêmes obligations que le juge : il doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité, et il doit veiller en tout état de cause à préserver le caractère contradictoire de ses opérations*⁸⁶ ».

12. Le juge, acteur éminent du processus de justice. – Le juge est un acteur prépondérant du procès. Ceci explique les garanties particulières mises en place pour maintenir et sauvegarder son indépendance par rapport à toute pression extérieure et les règles diverses applicables permettant de préserver son impartialité et guider son office.

⁷⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 32^e édition, n° 1014 s.

⁷⁸ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 32^e édition, n° 382 (le juge élément de l'instance).

⁷⁹ Article 4 du Code civil.

⁸⁰ V. BOLARD, *La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier – À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2011*, JTL 2012, n° 19, p. 8.

⁸¹ S. MENÉTREY et V. BOLARD, *Le plein office du juge et le rôle des parties, note sous Cour de cassation*, 24 oct. 2013, n° 63/13, n° 3231 du registre et Cour de cassation, 24 oct. 2013, n° 62/13, *Jurisprud.*, Vol. 2, n° 3-4/2013.

⁸² T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 44 s.

⁸³ Civ. 2^e, 7 juin 1989, n° 88-11.1414, Bull. civ. II, n° 125 : cité dans GUINCHARD et alii, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action (2012-2013), n° 551.61, note de bas de page n° 5.

⁸⁴ S. GUINCHARD et alii, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action (2012-2013), n° 551.61.

⁸⁵ S. MENÉTREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?* Paris, Dalloz, 2010, 506 pages.

⁸⁶ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 754.

Un tribunal indépendant et impartial. – L'instance doit se dérouler devant un tribunal indépendant et impartial.

L'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁸⁷ est incontournable en la matière. Cet article a notamment justifié la condamnation du Grand-duc dans le fameux arrêt Procola (CEDH, 28 septembre 1995, série A, n° 326) : la confusion de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles dans le chef de conseillers d'État « *est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle* » du Conseil d'État⁸⁸ ;

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion de se prononcer et « *a jugé que pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant, notamment à l'égard de l'exécutif et des parties, elle doit avoir égard « au mode de désignation et à la durée du mandat de ses membres, à l'existence de garanties contre des pressions extérieures et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance »* (CEDH arrêt Delcourt, 17 janvier 1970 : *Campbell et Fall*, 28 juin 1984 ; *Sramek*, 22 octobre 1984)⁸⁹ » ;

En ce qui concerne l'impartialité, la jurisprudence interne⁹⁰ utilise les mêmes concepts que la Cour Européenne des Droits de l'Homme et distingue entre l'impartialité objective, « *c'est-à-dire selon les fonctions exercées et les actes accomplis antérieurement par les magistrats composant la juridiction* » et l'impartialité subjective, « *fondée sur les pensées du juge en son for intérieur* »⁹¹.

En droit luxembourgeois, plusieurs bases légales assez dispersées visent à garantir l'indépendance et l'impartialité des juges :

- si aucun article de la Constitution ne consacre expressément le principe d'indépendance des juges, celui-ci résulte implicitement des règles

⁸⁷ Article 6 alinéa 1 CEDH.

⁸⁸ Dans l'affaire Procola contre Luxembourg portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour a jugé que : « (...) il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'État, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres aspects du grief. » (CEDH, 28 sept. 1995, série A, n° 326, point n° 45).

⁸⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 32^e édition, n° 1032.

⁹⁰ Dans une affaire où un juge-commissaire avait siégé dans une action en complément de passif introduite par le curateur, la Cour d'appel a ainsi jugé que :

« *Par opposition à l'impartialité subjective, l'impartialité objective s'entend d'une « démarche (qui) conduit à se demander, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci. En d'autres termes, il s'agit de s'assurer qu'un juge ou un tribunal « (offre) des garanties suffisantes pour exclure (...) tout doute légitime (quant à son impartialité) » (...) Il faut dès lors observer les circonstances, relever des faits objectivement vérifiables pour savoir s'ils sont ou non de nature à justifier un tel doute.*

Dans l'arrêt MOREL, la Cour de Strasbourg a assigné de strictes limites à l'exigence de l'impartialité objective.

Ainsi – « le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut pas passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité », « la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond » et « l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugeant l'appréciation finale ». » (Cour d'appel, 28 novembre 2012, n° 38199 du rôle).

⁹¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 32^e édition, n° 1033.

constitutionnelles concernant le statut personnel des juges, leur nomination, leur inamovibilité, la fixation de leur traitement et les incompatibilités relatives à leur fonction. Si, à la suite d'une révision constitutionnelle le 20 avril 1989, le principe de l'inamovibilité a d'ores et déjà remplacé la nomination à vie prévue à l'article 91 de la Constitution⁹² – ceci dans le but de « protéger les juges contre toute ingérence ou pression de la part des pouvoirs politiques leur garantissant qu'une fois nommés, ils ne pourront plus être révoqués⁹³ » –, une proposition de révision (Doc. parl. n° 6030) de la Constitution propose aujourd'hui de confirmer leur indépendance ; – le Nouveau Code de Procédure civile prévoit également certains garde-fous : l'article 511 du Nouveau code de procédure civile permet à une partie de demander le renvoi à un autre tribunal si l'une des parties a des relations familiales avec un juge siégeant dans l'affaire et l'article 521 du Nouveau code de procédure civile énonce certains cas de récusation ; – concernant les conseillers de la Cour de cassation, l'article 37 de la loi modifiée sur l'organisation judiciaire du 7 mars 1980 dispose que : « *Les membres de la cour supérieure de justice qui ont concouru à l'arrêt ou au jugement attaqué, ou qui ont connu de l'affaire antérieurement comme juges, ne peuvent pas siéger en cassation ; il en est de même pour les officiers du ministère public promus aux fonctions de juge qui ont pris antérieurement des conclusions dans l'affaire.* » Concernant les juges du tribunal d'arrondissement et les conseillers de la Cour d'appel, aucune disposition législative ne prescrit qu'ils ne doivent pas siéger dans une affaire en appel dans laquelle ils ont déjà siégé en première instance. La Cour de cassation a toutefois jugé que « *la juridiction du second degré doit avoir une composition entièrement différente de celle du premier degré⁹⁴* » sous peine de nullité à soulever d'office par la Cour de cassation le cas échéant.

Encadrement de l'office du juge. – Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que le juge a l'obligation de requalifier⁹⁵ (Cass. 10 mars 2011, n° 18/11) ; cette obligation est toutefois limitée aux faits spécialement invoqués par les parties dans la mesure notamment où « *les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à (...) fonder leurs prétentions* » (art. 55 du Nouveau code de procédure civile) et où « *le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* » (art. 56 du Nouveau code de procédure civile). Mais, bien entendu, le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige (art. 57 du Nouveau code de procédure civile).

De même, le juge a l'obligation de relever d'office les moyens de droit (Cass. 24 oct. 2013, n° 63/13 – visant expressément l'article 61 du Nouveau code de

⁹² Article 91 de la Constitution.

⁹³ Doc. parl. n° 3234, exposé des motifs, p. 1.

⁹⁴ Cass. 1^{er} juin 1954, Pas. 16, p. 109.

⁹⁵ V. BOLARD, *La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier – À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2011*, JTL 2012, n° 19, p. 8.

procédure civile⁹⁶), tout en préservant les droits de la défense en appliquant notamment le principe de la contradiction (Cass. 24 oct. 2013, n° 62/13 – visant notamment l'article 65 du Nouveau code de procédure civile sur la contradiction) : « *dans les procédures écrites soumises à la mise en état, les plaigneurs doivent pouvoir prendre position dans des conclusions écrites⁹⁷* » (par opposition à une position orale lors de l'audience des plaidoiries), ceci afin de garantir *in fine* l'effectivité de la contradiction.

Même s'il doit être le seul à statuer (comp. art. 438 et 449 du Nouveau code de procédure civile), le juge n'est pas le seul acteur du processus de justice : le juge peut ainsi s'entourer d'autres personnes et de manière générale « *commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien* » aux termes de l'article 432 du Nouveau code de procédure civile.

13. Le technicien désigné par le juge

Le Nouveau code de procédure civile énonce plusieurs types de mesures dont peut être chargé un technicien désigné par le juge : constatation, consultation ou expertise (art. 432 du Nouveau code de procédure civile)⁹⁸.

Toutefois, l'article 351 du Nouveau code de procédure civile dispose qu'une mesure d'instruction ne peut être « *ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver* » (alinéa 1^{er}), sous la limite qu'elle ne peut être ordonnée pour « *suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* » (alinéa 2). Si la conciliation de ces deux alinéas peut paraître difficile à première vue, il semble que l'interprétation proposée par M. Hoscheit soit pleine de bon sens et doive être suivie : « *il faut (...) lire l'article 351 dans sa globalité, et ne pas considérer la deuxième phrase de façon isolée. (...) La partie qui a détaillé avec suffisamment de précision les faits pertinents pour soutenir son argumentaire et qui met en avant les éléments de nature à en établir la réalité a suffi à ses obligations tenant à l'administration de la preuve. Il se peut que ces développements soient insuffisants pour établir avec la certitude requise la preuve de ces faits, ce qui dépend en fin de compte de l'appréciation que va porter le juge et qui est ignorée de la part du débiteur de la preuve tant que la décision n'est pas rendue. Or, à ce moment, et si le juge estime que la preuve n'est pas suffisante, il est trop tard (...). Il paraît dès lors normal [que] le juge puisse ordonner des mesures d'instruction supplémentaires* »⁹⁹.

Un expert judiciaire indépendant et impartial. – En vue de garantir son objectivité et son impartialité notamment, le technicien désigné par le juge a *grosso modo* les mêmes droits et obligations que le juge : si les parties doivent

⁹⁶ Article 61 du Nouveau code de procédure civile.

⁹⁷ S. MENÉTRY et V. BOLARD, *Le plein office du juge et le rôle des parties, note sous Cour de cassation, 24 oct. 2013, n° 63/13, n° 3231 du registre et Cour de cassation, 24 oct. 2013, n° 62/13, Jurisnews, Vol. 2, n° 3-4/2013, p. 23, 2^e colonne.*

⁹⁸ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n^{os} 736 s.

⁹⁹ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 646.

coopérer avec l'expert et lui fournir les documents qu'il demande (art. 471 du Nouveau code de procédure civile), elles sont en droit d'attendre de lui une impartialité sans faille. Ainsi, « *l'impartialité de l'expert doit être appréciée tant selon une démarche subjective en essayant de déterminer ce que l'expert pense dans son for intérieur que selon une démarche objective qui amène le juge à s'assurer que l'expert offre des garanties suffisantes de nature à exclure tout doute légitime quant à son impartialité. (...) Le principe de l'impartialité objective est centré sur la théorie de l'apparence, même si dans son for intérieur l'expert a pu agir avec une totale impartialité et une parfaite indépendance. (...) Le fait qu'un expert ait été dans le passé le médecin traitant d'une personne est de nature à créer dans l'esprit d'une autre personne un doute raisonnable quant à son impartialité¹⁰⁰.* »

Les techniciens (quelle que soit leur mission) peuvent « *être récusés pour les mêmes causes que les juges* » (art. 434 du Nouveau code de procédure civile). Si le technicien s'estime récusable, il doit immédiatement le déclarer au juge et il peut refuser sa mission (art. 435, al. 1^{er} du Nouveau code de procédure civile). Le Nouveau code de procédure civile ne semble pas imposer au technicien désigné de justifier d'un quelconque empêchement, mais en pratique les conflits d'intérêt, le manque de temps ou de compétences dans le domaine concerné sont souvent mentionnés pour justifier un refus d'accepter la mission.

Pour le cas où il y aurait une cause de récusation dans le chef du technicien nommé judiciairement ou pour le cas où il manquerait à ses devoirs, les parties peuvent demander son remplacement¹⁰¹. En cas de demande de récusation ou de négligence du technicien, il a été jugé que le juge devait entendre le technicien concerné.

L'intervention de l'expert au procès. – Il semble que les deux premières catégories de mesure (constatation et consultation) n'aient pas soulevé trop de difficultés en jurisprudence. La question de l'expertise a cependant donné lieu à plus de débats.

À cet égard, la doctrine a défini l'objectif de l'expertise judiciaire comme « *le moyen pour le tribunal d'obtenir, en vue de régler un litige, de la part d'une personne compétente (l'expert), des explications nécessitant des investigations complexes pour lui fournir sur des questions de fait des renseignements et un avis technique que le tribunal ne peut se procurer lui-même* »¹⁰².

Comme le but est toujours de rechercher la vérité et d'éclairer efficacement le juge, *la preuve de faits dont la connaissance et l'appréciation ne requièrent*

¹⁰⁰ Cour d'appel, 2 juin 2010, Pas. 35, p. 239 (dans cette affaire, la Cour d'appel a rejeté le rapport d'expertise d'un médecin).

¹⁰¹ « *Les seules hypothèses dans lesquelles le remplacement de l'expert peut être poursuivi à l'initiative des parties sont ou bien l'existence d'une des causes de récusation limitativement prévues par la loi, à savoir par [l'article 521 du Nouveau code de procédure civile] auquel renvoie [l'article 434 du Nouveau Code de procédure civile], ou bien le manquement de l'expert à ses devoirs dans le cadre de la mission lui confiée, hypothèse visée par [l'article 435 du Nouveau code de procédure civile].* » (Cour d'appel, référé, 2 mars 1993, Pas. 29, p. 78.)

¹⁰² T. HOSCHEIT, *Chronique de droit judiciaire privé – Les mesures d'instruction exécutées par un technicien*, Pas. 32, p. 49.

pas le concours d'un spécialiste ou sur lesquels les parties ne sont pas d'accord doit se faire par enquête, et non par expertise » ; « *l'expertise judiciaire n'est qu'une mesure d'instruction destinée à fournir, en vue de la solution du litige, des renseignements d'ordre technique que le juge ne peut se procurer lui-même et qui ne peuvent s'obtenir qu'avec le concours d'un spécialiste dans une science, un art ou un métier* »¹⁰³. Un tribunal a donc déclaré irrecevable une offre de preuve par expertise lorsque « *[l']a mission, telle que libellée par l'appelante, constitue un amalgame de faits constants (...), d'appréciations techniques déjà développées par l'expert (...), des faits contestés (...) et d'appréciations d'ordre juridique (...) réservées au tribunal* »¹⁰⁴ ». Le but de la nomination d'un expert n'est pas de décharger le juge de sa mission (trancher le cas d'espèce) : par conséquent, le juge doit s'abstenir, lorsqu'il rédige la mission de l'expert, de lui demander de déterminer les droits et obligations des parties, « *la responsabilité dans la survenance d'un dommage, le partage des responsabilités dans un litige de construction* »¹⁰⁵.

Toutefois, si l'article 446 du Nouveau code de procédure civile précise de manière expresse que « *[l']e juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien* », il semble qu'en pratique les juges s'y rallient de manière étonnamment systématique en usant d'une formule désormais bien rôdée : « *Les tribunaux ne doivent s'écartier des conclusions de l'expert qu'avec la plus grande circonspection et uniquement dans le cas où il existe des éléments sérieux permettant de conclure qu'il n'a pas correctement analysé toutes les données qui lui ont été soumises* »¹⁰⁶.

En bref, les tiers participant au plus près à la prise de décision de justice (juge et expert judiciaire) sont donc soumis à des obligations fondamentales qui visent à maintenir leur indépendance et leur impartialité et garantir qu'ils restent « tiers désintéressés » au procès.

B. LES TIERS INTÉRESSÉS OU ÉVENTUELLEMENT INTÉRESSÉS

14. Idées générales. – À première vue, évoquer l'idée que des tiers pourraient être présents dans une procédure comme « *tiens intéressés* » peut sembler étonnante : s'ils sont *dans la procédure* et participent dès lors au processus de justice, leur intérêt devrait les disqualifier au vu du risque de partialité évident qui risque de les animer. La diversité et la complexité des situations à prendre en compte permettent toutefois d'identifier certains tiers intéressés ou éventuellement intéressés qui peuvent être impliqués dans une procédure.

Ainsi, si historiquement les témoins devaient incontestablement être considérés comme « *tiens désintéressés dans la procédure* », une évolution législative (fin du reproche de témoin depuis 1985) et jurisprudentielle – sous l'influence du

¹⁰³ Cour d'appel, 9 juin 1993, Pas. 29, p. 269.

¹⁰⁴ Cour d'appel, 9 juin 1993, Pas. 29, p. 269.

¹⁰⁵ M. REDON, « *Mesures d'instruction confiées à un technicien* », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, date de fraîcheur : juin 2014, n° 359, p. 49.

¹⁰⁶ Cour d'appel, 8 avril 1998, Pas. 31, p. 28.

principe de l'égalité des armes et de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en la matière – remet en cause cette analyse.

De la même façon, les tiers détenteurs, éventuellement intéressés, sont parfois en possession d'éléments de preuve ce qui nécessite leur implication de manière incidente dans un procès.

Nous verrons également que l'enfant ou plus précisément le mineur capable de discernement a obtenu certains droits dans les procédures qui le concernent à la suite de la signature de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

15. La problématique des témoins entendus dans le cadre d'une procédure

Les témoins participent au processus de justice dans la mesure où ils peuvent être admis à témoigner sur des « *faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance* » (art. 399 du Nouveau code de procédure civile) : ils sont donc amenés à collaborer avec la justice et doivent dire la vérité sous peine de sanctions pénales.

Si le reproche à témoin a disparu depuis 1985 (art. 405, alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile : « *[c]hacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice.* »), les témoins sont tenus de préciser leur lien de parenté / d'alliance ou de subordination ou de communauté d'intérêts avec les parties aux termes des articles 402 et 410 du Nouveau code de procédure civile. Ceci afin de permettre au juge d'éprouver leur crédibilité si nécessaire.

Le Nouveau code de procédure civile tempère toutefois l'obligation d'apporter son concours à la justice en tant que témoin pour certaines personnes dans certaines circonstances : « *[t]outefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les conjoints à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps.* » (art. 405, al. 2 du Nouveau code de procédure civile). De même, l'article 406 du Nouveau code de procédure civile dispose que « *est tenu de déposer quiconque en est légalement requis. Peuvent s'y refuser les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint, même divorcé.* ».

Le principe traditionnel : nul ne peut être entendu comme témoin dans sa propre cause. – La jurisprudence luxembourgeoise traditionnelle enseigne que « *toute personne qui doit être considérée comme étant partie en cause est, au vu de l'article 274 du Code de procédure civile (art. 399 du Nouveau code procédure civile) qui ne permet au juge de recevoir que de tiers des déclarations de nature à éclairer sur les faits litigieux, incapable de témoigner*¹⁰⁷ ».

Il a encore été jugé que « *pour pouvoir témoigner il suffit d'être tiers à l'instance. Une personne peut être admise à témoigner avant sa mise en cause dans une instance et dès sa mise hors cause. A fortiori une personne qui, après avoir été partie en cause en première instance, ne l'est plus en instance d'appel, peut-elle être admise à témoigner en instance d'appel* » (Cour, 8 juillet 1998,

¹⁰⁷ Cour, 11 juill. 2001, 4^e chambre siégeant en matière commerciale, n° 24669 du rôle dans le cadre d'une personne morale, citant Cour 23 novembre 1994, p. 29, p. 359 : cité par T. HOSCHEIT, *Chronique de droit judiciaire privé : les témoins*, p. 32, p. 5

Pas. 31, p.53). La notion de « partie » est donc interprétée de manière restrictive « *comme ne visant que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire* »¹⁰⁸.

Ce principe a toutefois aussi donné lieu à une jurisprudence foisonnante et non univoque en matière d'admission des témoignages des représentants ou associés de personnes morales¹⁰⁹.

De même, l'admission des témoignages des époux mariés sous le régime de la communauté légale semble encore soulever des difficultés : les décisions les plus anciennes retiennent généralement que « *Lorsque l'objet d'un litige est constitué par un bien dépendant de la communauté, le conjoint d'une partie au procès, étant censé avoir conféré un mandat tacite, est assimilé à une partie au procès et ne saurait partant être entendu comme témoin* »¹¹⁰ (cf. *Remarque préliminaire*). Plus récemment, les juridictions semblent avoir accepté plus facilement le témoignage des époux même si l'affaire pouvait avoir un impact sur les biens communs : « *La notion de partie en cause doit, en effet, être interprétée restrictivement comme ne visant, en principe, que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire, les nouvelles dispositions sur les mesures d'instruction tendant à la simplification et à la libéralisation des modes de preuve ayant élargi le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité et ayant aboli de façon significative la possibilité de reproche de témoins. (...) Le fait que la communauté devrait, le cas échéant, subir la répercussion d'un dépassement dans la fourchette bonus-malus appliquée par son assureur n'est pas susceptible de rendre l'époux incapable de témoigner.* »¹¹¹. Cependant, en 2011, il a été décidé que l'attestation testimoniale du conjoint d'une partie était irrecevable puisque les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale et que l'épouse avait un intérêt manifeste à l'issue du litige¹¹². La question de l'admission des témoignages des époux mariés sous le régime de la communauté légale ne semble donc pas définitivement tranchée en jurisprudence notamment au vu des difficultés liées à la représentation...

Limite : l'incidence du principe de l'égalité des armes. – La jurisprudence luxembourgeoise¹¹³ a cependant eu l'occasion de se prononcer sur l'incidence du principe de l'égalité des armes et notamment de la décision européenne Domboo Beheer B.V. c/ Pays Bas rendue en date du 27 octobre 1993 dont on peut rappeler les motifs :

« *33. [...] la Cour considère que dans les litiges opposant des intérêts privés, « l'égalité des armes » implique l'obligation d'offrir à chaque partie une*

¹⁰⁸ Cour, 23 novembre 1994, Pas. 29, p. 359, 4^o, sous l'article 405 du Nouveau code de procédure civile.

¹⁰⁹ T. HOSCHEIT, *Chronique de droit judiciaire privé : les témoins*, Pas. 32, p. 3 s.

¹¹⁰ Cour d'appel, 13 déc. 1990, Pas. 28, p. 125.

¹¹¹ Cour d'appel, 23 novembre 1994, Pas. 29, p. 359 ; dans le même sens : Cour d'appel, 7^e ch., 28 mai 2008, n° 32446 du rôle, *BJ* 8/2008, p. 169.

¹¹² Cour d'appel, 7^e ch., 14 déc. 2011, *BJ* 12/2012, p. 226.

¹¹³ F. FARJAUDON, *Nul ne peut être entendu comme témoin dans sa propre cause ?*, *Jurisnews*, Vol. 2, n° 2/2013.

possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire [...]

34. En l'espèce, il incombaît à la société requérante d'établir l'existence, entre la banque et elle, d'un accord verbal concernant l'extension de certaines facilités de crédit. Seules deux personnes avaient assisté à la réunion au cours de laquelle il aurait été conclu : M. van Reijendam, représentant Dombo, et M. van W., représentant la banque. Or seul le second de ces protagonistes fut autorisé à témoigner : la cour d'appel refusa à Dombo la possibilité de citer son propre représentant, au motif qu'il s'identifiait à elle.

35. Pendant les négociations pertinentes, MM. van Reijendam et van W. avaient agi sur un pied d'égalité, chacun d'eux étant habilité à traiter au nom de son mandant. Dès lors, on voit mal pourquoi ils ne purent déposer tous deux.

La société requérante ayant ainsi été placée dans une situation de net désavantage par rapport à la banque, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). »

La jurisprudence interne actuelle semble hésitante sur les conséquences à tirer de cette décision ; deux positions diamétralement opposées semblent actuellement coexister :

- dans une affaire d'accident de la circulation, la Cour d'appel (Cour 8 juillet 1998, Pas. 31, 53) s'est fondée sur l'égalité des armes pour écarter le témoignage d'un conducteur non partie à l'instance en considérant que l'autre conducteur, qui était lui partie à l'instance, ne pouvait être admis à témoigner¹¹⁴ ; dans la mesure où « les principes fondamentaux du droit procédural s'opposent à l'audition, en qualité de témoin et sous la foi du serment, d'une personne qui est partie au procès » ;
- dans un arrêt rendu en date du 12 mai 2004 (Pas. 32, p. 537), la Cour d'appel a retenu que l'arrêt Dombo Beheer « ne permet [...] pas de retenir [...] qu'en consacrant [...] le respect de l'exigence de l'égalité des armes au détriment même, le cas échéant, du principe national de l'interdiction pour une partie de témoigner dans sa propre cause, la Cour de Strasbourg ait entendu créer des obstacles à la manifestation de la vérité [...] » et ne saurait dès lors impliquer de devoir écarter des débats des moyens de preuve légaux régulièrement recueillis¹¹⁵.

Cette deuxième tendance semble plus cohérente avec les motifs de la jurisprudence européenne et surtout le souci de rechercher la vérité.

¹¹⁴ « Un tribunal ne saurait admettre le commettant, gardien d'une voiture impliquée dans un accident de la circulation, à établir par le témoignage de son préposé, conducteur de la voiture, la version des faits présentée par ce dernier tout en refusant au conducteur de l'autre voiture, qui en est également le gardien et partie au procès, de témoigner sur sa propre version des faits, sous peine de violer le principe de l'égalité des armes posé par la Convention européenne des Droits de l'Homme. », (Cour 8 juill. 1998, Pas. 31, p. 53) : Cité sous l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Recueil des lois spéciales, Droits de l'Homme, oct. 2012, 21^o.

¹¹⁵ Cité sous l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Recueil des lois spéciales, Droits de l'Homme, oct. 2012, 30^o.

16. La production de pièces détenues par des tiers. – Le Nouveau code de procédure civile contient différentes dispositions (art. 60, al. 2, art. 284 et s.) permettant à une partie de demander au juge – de manière incidente au cours d'un procès – d'ordonner à un tiers de produire des éléments de preuve qu'il détient. Aux termes de l'article 285 du Nouveau code de procédure civile, le juge peut ordonner la production des pièces sous peine d'astreinte ; l'exécution provisoire de la décision est de droit (art. 286).

Le droit luxembourgeois ne prévoit pas de mettre en intervention ce tiers, mais, en vue de sauvegarder ses droits, l'article 287 du Nouveau code de procédure civile permet au tiers de demander au juge de rétracter ou modifier sa décision « en cas de difficulté » ou « d'empêchement légitime »¹¹⁶.

Concernant le secret professionnel, la Cour d'appel a ainsi jugé que « Ce secret ne constitue pas une cause d'empêchement absolue. Il cède devant la sauvegarde d'un droit d'une partie légalement reconnu ou judiciairement constaté. Il faut que la production forcée d'une pièce ou d'un renseignement soit indispensable à la manifestation de la vérité et que le demandeur ne dispose pas d'autres moyens d'obtenir la pièce ou le renseignement. » (Cour d'appel, 5 novembre 2003, BII 1/2004, p. 8). Comme dans cette espèce la connaissance de la réalité des faits était « capitale pour la solution du litige », la Cour a décidé que le secret professionnel de la banque devait céder devant la recherche de la vérité et a enjoint à la banque de produire les pièces.

L'article 287 du Nouveau code de procédure civile prévoit encore que « le tiers peut interjeter appel de la nouvelle décision dans les quinze jours de son prononcé », les parties au litige pouvant dès lors seulement contester cette nouvelle décision en même temps que la décision à intervenir au principal sur le fond¹¹⁷.

17. Le cas particulier de l'enfant pour les procédures qui le concernent¹¹⁸. – À la suite de la signature de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, le législateur luxembourgeois a inséré les articles 388-1¹¹⁹ et 388-2¹²⁰ du Code civil qui permettent l'audition de l'enfant lorsque « son intérêt le commande » « dans toute procédure le concernant » ainsi que sa représentation dans un procès si « les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux » (nomination d'un administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles).

À cet égard, il est intéressant de noter que l'article 388-1 du code civil précise expressément que « [l]audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. »

Logiquement, un arrêt de la Cour d'appel a donc rejeté l'intervention d'un avocat qui prétendait représenter les enfants mineurs et a écarté des débats les

¹¹⁶ T. HOSCHET, *op. cit.*, n° 676.

¹¹⁷ T. HOSCHET, *op. cit.*, n° 679.

¹¹⁸ Sur ces questions, voir T. HOSCHET, *op. cit.*, n° 729 s.

¹¹⁹ Art. 388-1 du Code civil.

¹²⁰ Art. 388-2 du Code civil.

moyens qu'il avait fait valoir (Cour d'appel, 7 mai 2003, BIJ 8/2003, p.157 ; Pas. 32 p. 408) aux motifs que « *[I]l a précision que « l'enfant peut être entendu sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention » veut dire que l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. Telle est l'interprétation unanimement admise par la jurisprudence.* ».

En bref, les tiers intéressés peuvent donc être amenés à participer au procès lui-même fut-ce de manière incidente. En fonction de leur rôle, des dispositions spécifiques permettent cependant d'encadrer leur intervention pour éviter que leur implication ou leur refus de s'impliquer cause préjudice à une partie au procès (sanction pénale et obligation de déposer pour le témoin), astreinte pour forcer le tiers détenteur à collaborer).

La problématique du mineur est toutefois différente dans la mesure où le but est de permettre de prendre en compte son intérêt pour les procédures qui le concernent.