

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

N° 141 / 2022

du 24.11.2022

Numéro CAS-2021-00120 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-quatre novembre deux mille vingt-deux.

Composition:

MAGISTRAT1.), président de la Cour,
MAGISTRAT2.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT6.), premier avocat général,
GREFFIER1.), greffier à la Cour.

Entre:

PERSONNE1.), demeurant à ADRESSE 1.)

demandeur en cassation,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

la société européenne BANQUE1.), établie et ayant son siège social à ADRESSE2.), prise dans le cadre des activités de sa succursale à Luxembourg, établie à ADRESSE3.), succursale qui est représentée par les représentants permanents ; la société européenne BANQUE1.) se trouvant aux droits, suite à une opération de fusion-absorption devenue effective à la date du 1^{er} décembre 2016, de la société anonyme BANQUE1.) Luxembourg, ayant eu son siège social à ADRESSE3.),

défenderesse en cassation,

comparant par la société anonyme SOCIETE2.), inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 61/21 IX-CIV, rendu le 24 juin 2021 sous le numéro 40643 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 14 octobre 2021 par PERSONNE1.) à la société européenne BANQUE1.), déposé le 15 octobre 2021 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 14 décembre 2021 par la société BANQUE1.) à PERSONNE1.), déposé le même jour au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint MAGISTRAT7.).

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, la Cour d'appel avait, par arrêt du 14 décembre 2016, confirmé un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui avait rejeté la demande de PERSONNE1.) dirigée contre la banque BANQUE1.) en réparation du préjudice subi en relation avec l'exécution d'un crédit lombard lui accordé par la défenderesse en cassation. Cet arrêt a été cassé par arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars 2018. Statuant au rescisoire, la Cour d'appel a confirmé le jugement.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir - pour dire l'appel non fondé et confirmer le jugement de première instance du 24 avril 2013, débouter M. PERSONNE1.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et le condamner aux dépens de l'instance d'appel - considéré que la Cour n'était pas saisie du moyen invoqué par le demandeur en cassation tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006, aux motifs plus précis suivants :

la Cour d'appel a d'abord jugé que :

<< C'est dès lors à bon droit que la société BANQUE1.) fait plaider, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, que si à la suite de l'annulation de l'arrêt d'appel, les parties se trouvent remises conformément à

l'article 28 de la loi du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure en cassation au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée, comme en l'espèce, dans le dispositif en termes généraux (voir en ce sens Cour de cassation 12 février 1976, Pas. 23, page 281), sous réserve toutefois de ce qui sera dit ci-après d'une part au sujet des dispositions de l'arrêt d'appel qui ont été attaquées par un moyen de cassation qui n'a pas fait l'objet d'une décision par la Cour de cassation et d'autre part au sujet des dispositions de l'arrêt d'appel qui se trouvent dans un lien d'indivisibilité ou de dépendance avec la disposition cassée >> (page 15 de l'arrêt) ;

la Cour d'appel a ensuite tiré les conséquences de cette interprétation restrictive de la portée de la cassation en examinant, pour chaque moyen formulé par le demandeur en cassation, l'existence d'un lien d'indivisibilité ou de dépendance avec la disposition cassée ; spécifiquement à propos du moyen tiré par le demandeur en cassation tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006, la Cour a jugé que :

<< L'existence d'un lien d'indivisibilité ou de dépendance n'est manifestement pas caractérisée en ce qui concerne le moyen tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006 que PERSONNE1.) produit dans le cadre de ses écritures postérieures à l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars 2018. Ce moyen, en ce qu'il reproche à la société BANQUE1.) d'avoir procédé à la réalisation des avoirs gagés de PERSONNE1.) sans avoir respecté l'obligation de l'en avertir par courrier recommandé et de lui laisser un préavis de deux jours, prend appui sur la seule violation des stipulations du contrat de gage du 16 mars 2006 et est étranger dans sa formulation même à l'article 37-3, paragraphe 1^{er}, et à l'article 37-5, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Ce moyen n'est partant pas couvert par la saisine de la Cour d'appel suite à la cassation de l'arrêt d'appel du 14 mars 2016 par l'arrêt du 1^{er} mars 2018, reprochant à la Cour d'appel d'avoir refusé d'examiner la question de la responsabilité civile de la société BANQUE1.) en considération desdites dispositions légales >>.

*alors que, **première branche**, en statuant ainsi l'arrêt attaqué n'a pas appliqué correctement l'article 28, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 18 février sur les pourvois et la procédure en cassation selon lequel lorsque la Cour casse ou annule un arrêt ou un jugement, elle déclare nuls et de nul effet lesdites décisions judiciaires et les actes qui s'en sont suivis et elle remet les parties au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée ou annulée ; que cette prescription légale, reprise dans le dispositif de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars 2018, obligeait la Cour d'appel à se saisir de l'entière du litige sans qu'il soit nécessaire d'examiner si tel ou tel moyen est lié aux dispositions cassées de l'arrêt ;*

qu'en effet une cassation prononcée sans limitation expresse de sa portée, au dispositif de l'arrêt de la Cour de cassation, investit la juridiction devant laquelle la cause est renvoyée, de plein droit de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit ;

qu'en refusant de se saisir du moyen relatif à la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences qui s'imposaient de l'annulation de l'arrêt du 14 décembre 2016 et elle n'a pas remis les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la décision cassée ;

que ce refus de se saisir du moyen fondé par M. PERSONNE1.) sur la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006 constitue une violation de l'article 28, alinéa 1^{er} de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

*que, **deuxième branche**, la Cour d'appel a encore, pour les raisons indiquées dans la première branche, violé l'article 1351 du Code civil en reconnaissant à tort autorité de chose jugée définitive à une partie de l'arrêt cassé et en refusant en conséquence de se saisir du moyen fondé par M. PERSONNE1.) sur la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006 ;*

*que, **troisième branche, subsidiaire à la première et à la deuxième**, dans le cas où la Cour de cassation maintiendrait l'interprétation de l'article 28, alinéa 1^{er} de la loi modifiée du 18 février sur les pourvois et la procédure en cassation selon laquelle la cassation même totale ne peut excéder la portée du moyen qui a servi de base à la cassation, la cour d'appel en a fait une application erronée en l'espèce ;*

que la notion de << portée du moyen ayant servi de base à la cassation >> ne doit en effet pas être comprise comme se rapportant à un élément de la motivation de l'arrêt d'appel atteint par la cassation, mais comme un élément du dispositif (= << disposition >>) de cet arrêt attaqué par le moyen de cassation accueilli par la Cour de cassation ; que la cassation ne laisse rien subsister de cet élément du dispositif et annule l'ensemble des motifs qui lui servent de soutien, peu importe qu'ils aient ou n'aient pas été spécifiquement critiqués par le moyen de cassation accueilli par la Cour de cassation ;

qu'en l'espèce, la Cour d'appel a à tort considéré que le moyen qui a servi de base à la cassation, et qui conditionne sa saisine, est limité à la question de l'invocabilité des dispositions de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, alors que cet aspect n'est qu'un élément de la motivation de l'arrêt et que la cassation a touché les dispositions de l'arrêt du 1^{er} mars 2018 par lesquelles le jugement de première instance a été confirmé, les offres de preuve de M. PERSONNE1.) ont été rejetées et M. PERSONNE1.) a été condamné aux dépens ; que la cassation n'a rien laissé subsister de l'arrêt attaqué dans la limite de ces dispositions ; que la Cour d'appel aurait donc dû se saisir de tous les moyens formulés par M. PERSONNE1.) pouvant conduire à engager la responsabilité contractuelle de la société BANQUE1.) pour avoir vendu les titres qu'il détenait et notamment celui tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006 ;

qu'en refusant de se saisir du moyen fondé par M. PERSONNE1.) sur la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006, l'arrêt de la Cour d'appel a violé l'article 28, alinéa 1^{er} de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

que, quatrième branche, elle aussi subsidiaire à la première et à la deuxième la Cour d'appel a encore, pour les raisons indiquées dans la troisième branche, violé l'article 1351 du Code civil en reconnaissant à tort autorité de chose jugée définitive à une partie de la motivation de l'arrêt cassé et en refusant en conséquence de se saisir du moyen fondé par M. PERSONNE1.) sur la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006. ».

Réponse de la Cour

Sur les première et deuxième branches du moyen

Le demandeur en cassation fait grief aux juges de renvoi de ne pas s'être saisis de l'entière du litige sans qu'il soit nécessaire d'examiner si tel ou tel moyen est lié aux dispositions cassées de l'arrêt et d'avoir retenu qu'une partie de l'arrêt cassé était revêtu de l'autorité de la chose jugée.

L'article 28, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation dispose :

« Lorsque la cour cassera ou annulera un arrêt ou un jugement, elle déclarera nuls et de nul effet lesdites décisions judiciaires et les actes qui s'en sont suivis, et elle remettra les parties au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée ou annulée. ».

La cassation prononcée ne saurait avoir, quelle que soit la formulation du dispositif de l'arrêt de cassation, une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base.

Les juges d'appel, en statuant comme ils l'ont fait, n'ont pas violé les dispositions visées au moyen.

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses première et deuxième branches, n'est pas fondé.

Sur les troisième et quatrième branches du moyen

Vu l'article 28, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation et l'article 1351 du Code civil.

Il ressort de l'arrêt attaqué que les juges de renvoi ont dit que l'arrêt cassé avait acquis autorité de la chose jugée quant au rejet du moyen du demandeur en cassation tiré de la violation, par la défenderesse en cassation, de l'article 2 du contrat de gage ayant lié les parties, non entrepris par le pourvoi en cassation.

Si la cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, elle a cependant pour effet de remettre la cause et les parties au même état où elles se sont trouvées avant la décision annulée et la cassation qui atteint un chef de

dispositif n'en laisse rien subsister quel que soit le moyen qui a déterminé cette annulation.

L'arrêt cassé du 14 décembre 2016 avait, en son dispositif, confirmé le jugement du tribunal d'arrondissement, sans avoir opéré de distinction entre les différents moyens présentés par l'appelant tendant à sa réformation, de sorte que la cassation prononcée a remis en débat l'ensemble des moyens invoqués par le demandeur en cassation à l'appui de sa demande en réparation.

En limitant le débat au moyen tiré de la violation par les juges d'appel de certaines dispositions de l'article 37 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telles qu'introduites par la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, violation sanctionnée par la cassation prononcée par arrêt du 1^{er} mars 2018, et en excluant celui tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage, au motif que ce volet de l'arrêt cassé avait acquis l'autorité de la chose jugée faute d'avoir fait l'objet du pourvoi en cassation, alors que ces deux moyens avaient été produits à l'appui de la demande en réparation, les juges de renvoi ont violé les dispositions visées au moyen, pris en ses troisième et quatrième branches.

Il s'ensuit que l'arrêt encourt la cassation.

Sur le second moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir - pour dire l'appel non fondé et confirmer le jugement de première instance du 24 avril 2013, débouter M. PERSONNE1.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et le condamner aux dépens de l'instance d'appel - pris en compte, de manière décisive, les attestations rédigées pour le compte de BANQUE1.) par ses employés MM. PERSONNE2.) et PERSONNE3.), portant sur ce qui aurait été dit lors d'entretiens que M. PERSONNE1.) aurait menés avec eux, sans présence de tierces personnes ; rejeté les développements des conclusions de M. PERSONNE1.) selon lesquelles la Cour doit << tenir compte de l'arrêt rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans le cadre de l'affaire Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas en date du 27 octobre 1993 [...], soit en admettant l'Appelant à témoigner, soit en rejetant les témoignages des deux employés de la Banque >> (conclusions n° 1 du 18 décembre 2018, p. 9, alinéa 2) ainsi que ceux demandant << qu'il soit ordonné, sur base des articles 348 et 384 du Nouveau Code de Procédure Civile, une comparution personnelle des parties pour entendre M. PERSONNE1.) en ses déclarations, mais sans prestation de serment, (conformément à l'article 405 alinéa 2 du même code), et auditionner MM. PERSONNE2.) et PERSONNE3.) (sur base des articles 348 et 403 du même code >> (conclusions n° 1 du 18 décembre 2018, page 10, alinéa 3),

les motifs pertinents étant in extenso les suivants :

<< - Audition à titre de témoins des salariés de la société BANQUE1.)

Pour autant qu'il faille comprendre les développements de PERSONNE1.) comme s'opposant à ce que deux salariés actuels de la société BANQUE1.) (PERSONNE2.) et PERSONNE3.)) soient considérées comme témoins en raison de cette qualité de salariés, il y a lieu de rejeter ses conclusions. Il est de principe que tout tiers à l'instance peut être entendu comme témoin, et ces salariés sont des tiers à l'instance qui se noue entre PERSONNE1.) et la société BANQUE1.). Leur seule qualité de salariés liés par un lien de subordination à la société BANQUE1.) ne saurait suffire pour leur dénier la qualité de témoins. La seule conséquence qui puisse en découler est, comme pour tout témoin, la faculté d'apprécier avec plus ou moins de sévérité la pertinence de leurs témoignages.

Pour autant qu'il faille comprendre les développements de PERSONNE1.) comme s'opposant, sur base de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à ce que les deux salariés de la société BANQUE1.) soient considérés comme témoins en raison de l'impossibilité pour lui de présenter des témoins susceptibles d'apporter la preuve contraire, il y a de même lieu de rejeter ses conclusions. Il est de principe que la circonstance à elle seule qu'une partie dispose de témoins et l'autre non n'est pas constitutive d'une violation des droits de la défense et n'équivaut pas automatiquement à une rupture de l'égalité des armes (J.-C. Wiwinius, L'application de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juridictions luxembourgeoises, Pasiricrisie 31, page 231). A cela s'ajoute que PERSONNE1.) verse aux débats une attestation testimoniale de son épouse qui est capable de témoigner et dont le témoignage peut être pris en considération.

PERSONNE1.) demande encore expressément sur base des articles 348 et 403 du Nouveau Code de Procédure Civile que les deux salariés de la société BANQUE1.) auteurs des attestations testimoniales soient entendus comme témoins par la Cour. Il est vrai que la Cour jouit de la faculté, en présence d'une attestation testimoniale, de procéder à l'audition de la personne de l'auteur de cette attestation. Toutefois, attestation testimoniale et audition de témoin sont placées par le Nouveau Code de Procédure Civile sur un pied d'égalité, de sorte que l'audition de l'auteur de l'attestation est laissée à la libre appréciation de la juridiction saisie et ne s'impose que si cette audition est de nature à apporter des éléments d'appréciation supplémentaires utiles pour la solution du litige. Tel n'est pas le cas, ainsi qu'il sera retenu ci-après dans le cadre de l'appréciation des éléments de conviction rassemblés au dossier, alors que les attestations de ces deux témoins sont claires, précises et détaillées et que PERSONNE1.) n'explique pas en quoi leur audition par la Cour serait susceptible d'apporter un éclairage nouveau à leurs attestations.

Dans ses conclusions du 1^{er} juillet 2019, PERSONNE1.) propose encore l'audition comme témoin d'un ancien salarié de la société BANQUE1.), qui avait suivi ses affaires pendant des années. Abstraction de ce que c'est à tort que PERSONNE1.) y affirme que "la Cour d'appel antérieurement saisie ne s'était pas prononcée" sur cette offre de preuve, dès lors qu'il résulte de la lecture de l'arrêt du 14 décembre 2016 que cette audition a été rejetée aux motifs que "cette offre de preuve ne tend en résumé qu'à établir que celui-ci était l'interlocuteur exclusif de PERSONNE1.) et se chargeait seul de faire le nécessaire pour assurer la gestion de ses avoirs et qu'il entretenait avec lui une relation de confiance étroite qui n'a jamais été entachée du moindre malentendu, elle doit être rejetée pour manque de

pertinence alors qu'elle ne contient aucun élément de nature à influencer d'une quelconque manière la décision à prendre par la Cour alors surtout qu'il résulte encore de son libellé même que PERSONNE4.) n'était plus au service de la banque en 2008", la Cour actuellement saisie souscrit pleinement à cette motivation et écarte pour cette raison la demande d'audition du témoin PERSONNE4.).

- Audition à titre de témoin de PERSONNE1.)

Pour autant qu'il faille comprendre les développements de PERSONNE1.) comme emportant le droit pour lui ou l'obligation pour la Cour de l'entendre comme témoin, il y a lieu de rejeter ses conclusions. Il est de principe que tout tiers à l'instance, mais seulement les tiers à l'instance, peuvent être entendus comme témoin. PERSONNE1.) étant partie à l'instance, il ne peut être entendu comme témoin.

Pour autant qu'il faille comprendre les développements de PERSONNE1.) comme emportant, sur base de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit pour lui ou l'obligation pour la Cour de l'entendre comme témoin, il y a lieu de rejeter ses conclusions. La circonstance qu'une partie dispose de témoins et l'autre non n'est pas constitutive d'une violation des droits de la défense et n'équivaut pas automatiquement à une rupture de l'égalité des armes (J.-C. Wiwinius, L'application de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juridictions luxembourgeoises, Pasicrisie 31, page 231), et n'emporte pas modification du droit national formant obstacle à l'audition d'une partie comme témoin.

- Audition de PERSONNE1.) dans le cadre d'une comparution des parties

PERSONNE1.) demande expressément sur base des articles 348 et 384 du Nouveau Code de Procédure Civile à être entendu par la Cour, sans prestation de serment, dans ses déclarations personnelles.

La comparution personnelle des parties constitue une mesure d'instruction à laquelle la Cour peut avoir recours sur base des dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile. S'agissant d'une simple mesure d'instruction, et non pas d'un moyen de preuve, le choix d'y recourir relève du pouvoir d'appréciation de la Cour, qui s'opère essentiellement au regard de l'utilité ou de la pertinence de la mesure sollicitée.

En l'espèce, pareille comparution personnelle de PERSONNE1.) n'est pas de nature à apporter un élément nouveau ou additionnel au dossier. La Cour est en effet amplement informée à travers les conclusions écrites produites par PERSONNE1.) au cours de l'instance d'appel sur sa position concernant le déroulement des faits au cours des journées des 8 au 10 octobre 2008. Les explications personnelles qu'il fournirait à la Cour ne différeraient pas de ces conclusions écrites, et ne seraient pas de nature à peser dans la balance de l'appréciation des éléments factuels du litige.

- Appréciation globale sur "l'égalité des armes"

Les développements de PERSONNE1.) doivent en fin de compte encore être compris comme faisant valoir une atteinte au principe de légalité des armes au cas où les attestations testimoniales écrites des deux salariés actuels de la société BANQUE1.) devaient être considérées, où il devait être exclu de l'audition comme témoin et où il ne devait pas être entendu dans le cadre d'une comparution des parties. Dans la mesure où ces trois événements se réalisent, il y a lieu d'analyser l'argument de PERSONNE1.), pour toutefois le rejeter.

L'égalité des armes ne signifie pas que chaque partie doit pouvoir disposer des mêmes moyens de preuve, sous peine de paralyser l'administration de la justice et le cours normal des instances judiciaires. Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose le respect de l'égalité des armes et partant l'obligation d'offrir à chaque partie une 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, la Cour retient que l'accent doit être mis d'une part sur le caractère "raisonnable" de pouvoir présenter sa cause, ce qui n'implique ni une contrainte absolue ni une égalité parfaite, et d'autre part sur la faculté de "présenter" sa cause, ce qui n'implique pas une égalité absolue en termes de moyens de preuve. En l'espèce, PERSONNE1.) a eu la faculté de développer longuement en fait et en droit dans ses conclusions écrites sa position concernant la responsabilité de la société BANQUE1.) et il a eu la possibilité de verser aux débats les éléments de preuve qu'il estimait appropriés (documents et attestation testimoniale de son épouse). De même, il a pu solliciter la production de documents additionnels et il a eu la faculté de contester ou de demander le rejet des éléments de preuve versés au dossier par la société BANQUE1.). La circonstance que ces demandes aient été rejetées pour défaut de justification ou défaut de pertinence n'est pas de nature à faire apparaître la procédure dans sa globalité comme ayant porté atteinte au principe de l'égalité des armes. PERSONNE1.) aurait encore pu contester la véracité des dépositions faites par les deux salariés de la société BANQUE1.) en ayant recours notamment aux moyens de droit pénal appropriés à cet égard, voie qu'il s'est abstenu de suivre >>

***alors que** le principe de l'égalité des armes, inhérent à l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, implique l'obligation d'offrir à chaque partie une 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 ; que c'est placer un demandeur personne physique dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire, une banque, que de lui refuser d'être entendu sur le contenu d'entretiens qui ont eu lieu en tête à tête entre cette personne physique et les employés de la banque, et sur lesquels les employés de banque ont rédigé des attestations testimoniales que les juges du fond acceptent de prendre en considération tout en refusant toute audition des employés de banque et de cette personne physique ;*

que le fait que le demandeur en cassation aurait pu avoir recours « notamment aux moyens de droit pénal appropriés à cet égard, voie qu'il s'est abstenu de suivre » ne saurait lui être opposé, dès lors qu'il appartenait à la Cour d'appel de veiller au respect du droit au procès équitable dans le cadre de la procédure civile pendante devant elle, qui devait être assuré au moyen des voies ouvertes par le Nouveau Code de procédure civile ;

qu'en accordant une importance décisive aux témoignages des employés de la banque tout en refusant d'ordonner une confrontation entre ces employés et M. PERSONNE1.) ou une mesure d'instruction complémentaire, l'arrêt attaqué a placé M. PERSONNE1.) dans une situation de net désavantage par rapport à la partie adverse violant ainsi le principe de l'égalité des armes consacré par l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme. ».

Réponse de la Cour

Par la motivation telle que reproduite au moyen, les juges de renvoi n'ont pas, même abstraction faite du motif surabondant critiqué par le demandeur en cassation, mis ce dernier dans une situation de net désavantage par rapport à la défenderesse en cassation.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure

Au vu du sort réservé aux dépens, la demande de la défenderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

Il serait inéquitable de laisser à charge du demandeur en cassation l'intégralité des frais non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

casse et annule l'arrêt rendu le 24 juin 2021 par la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile sous le numéro 40643 du rôle ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

rejette la demande de la défenderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la défenderesse en cassation à payer au demandeur en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

la condamne aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de AVOCAT1.), sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt soit transcrit sur le registre de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt soit consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président MAGISTRAT1.) en présence du premier avocat général MAGISTRAT6.) et du greffier GREFFIER1.).

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation PERSONNE1.) c/ société européenne BANQUE1.)

(affaire n° CAS-2021-00120 du registre)

Le pourvoi du demandeur en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 15 octobre 2021, d'un mémoire en cassation, signifié le 14 octobre 2021 à la défenderesse en cassation, est dirigé contre un arrêt numéro 61/21-IX-CIV rendu contradictoirement en date du 24 juin 2021 par la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, sous le numéro 40643 du rôle.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est recevable en ce qui concerne le délai¹ et la forme².

Il attaque un arrêt de la Cour d'appel, donc une décision en dernier ressort. Cet arrêt tranche tout le principal.

Il s'ensuit que le pourvoi est recevable.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, saisi par PERSONNE1.) d'une action en responsabilité civile dirigée contre la société anonyme BANQUE1.) (Luxembourg), devenue la société européenne BANQUE1.) (ci-après « *la Banque* »), aux fins de réparation du préjudice subi par suite du fait que dans le cadre d'un contrat lombard accordé par la seconde au premier, celle-ci aurait, suite à la baisse de la valeur des titres donnés en gage par le premier à titre de sûreté d'un crédit, procédé de façon tardive à un appel de marge, donc à une invitation soit d'apporter des sûretés supplémentaires soit de rembourser une partie du crédit, et vendu les titres donnés en gage, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait rejeté la demande. Sur appel du demandeur, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris en retenant notamment que les règles de conduite imposées aux banques par la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, invoquées par le demandeur, ne pourraient pas être opposées par les clients des banques dans

¹ L'arrêt contradictoire attaqué a été signifié au demandeur en cassation en date du 10 août 2021 (Pièce n° 6 annexée au mémoire en réponse ; cette date signification effective de l'arrêt au demandeur en cassation est celle à prendre en considération en application de l'article 9, paragraphe 1, du Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (Journal officiel de l'Union européenne L 324 du 10.12.2007, page 79)). Le demandeur en cassation réside en Allemagne, de sorte que le délai du pourvoi est, conformément à l'article 7, alinéas 1 et 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, ensemble avec l'article 167 du Nouveau Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 7, alinéa 2, de la loi précitée, de deux mois et quinze jours. Le pourvoi a été formé le 15 octobre 2021. Il s'ensuit que le délai du pourvoi, de deux mois et quinze jours, qui a commencé à courir le 10 août 2021, a été respecté.

² Le demandeur en cassation a déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour qui a été signifié à la défenderesse en cassation antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que les formalités de l'article 10 de la loi précitée de 1885 ont été respectées.

leurs relations contractuelles avec celles-ci et admit la Banque à verser des attestations testimoniales établies par des employés tout en refusant au demandeur de témoigner. Cet arrêt fut cassé par votre arrêt n° 18/2018, numéro 3899 du registre, du 1^{er} mars 2018. Sur renvoi après cassation, la Cour d'appel, autrement composée, après avoir précisé que la portée de la cassation s'apprécie par rapport au moyen qui lui sert de base, sous réserve des moyens non examinés par la Cour de cassation et des dispositions qui sont liées par un lien d'indivisibilité ou de dépendance, confirma le jugement entrepris aux motifs que, même à prendre en considération les règles de conduite précitées, le demandeur n'avait pas apporté la preuve d'un comportement fautif de la Banque.

Sur le premier moyen de cassation

Le premier moyen est tiré de la violation des articles 28, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation (ci-après « *la loi de 1885* ») et 1351 du Code civil, en ce que la Cour d'appel a conclu qu'elle n'était pas saisie du moyen invoqué par le demandeur en cassation tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006, aux motifs que « *C'est dès lors à bon droit que la société BANQUE1.) fait plaider, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, que si à la suite de l'annulation de l'arrêt d'appel, les parties se trouvent remises conformément à l'article 28 de la loi du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure en cassation au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée, comme en l'espèce, dans le dispositif en termes généraux (voir en ce sens Cour de cassation 12 février 1976, Pas. 23, page 281), sous réserve toutefois de ce qui sera dit ci-après d'une part au sujet des dispositions de l'arrêt d'appel qui ont été attaquées par un moyen de cassation qui n'a pas fait l'objet d'une décision par la Cour de cassation et d'autre part au sujet des dispositions de l'arrêt d'appel qui se trouvent dans un lien d'indivisibilité ou de dépendance avec la disposition cassée.* »³ et que « *L'existence d'un lien d'indivisibilité ou de dépendance n'est manifestement pas caractérisée en ce qui concerne le moyen tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006 que PERSONNE1.) produit dans le cadre de ses écritures postérieures à l'arrêt de la Cour de cassation du 1er mars 2018. Ce moyen, en ce qu'il reproche à la société BANQUE1.) d'avoir procédé à la réalisation des avoirs gagés de PERSONNE1.) sans avoir respecté l'obligation de l'en avertir par courrier recommandé et de lui laisser un préavis de deux jours, prend appui sur la seule violation des stipulations du contrat de gage du 16 mars 2006 et est étranger dans sa formulation même à l'article 37-3, paragraphe 1er, et à l'article 37-5, paragraphe 1er, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Ce moyen n'est partant pas couvert par la saisine de la Cour d'appel suite à la cassation de l'arrêt d'appel du 14 mars 2016 par l'arrêt du 1er mars 2018, reprochant à la Cour d'appel d'avoir refusé d'examiner la question de la responsabilité civile de la société BANQUE1.) en considération desdites dispositions légales.* »⁴, alors que, première branche, en refusant de se saisir du moyen relatif à la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006, elle a violé l'article 28, alinéa 1, de la loi de 1885, qui l'obligeait à se saisir de l'entière du litige sans qu'il soit nécessaire d'examiner si tel ou tel moyen est lié aux dispositions cassées de l'arrêt ; que, deuxième branche, en reconnaissant à tort autorité de chose jugée définitive à une partie de l'arrêt cassé et en refusant en conséquence de se saisir du moyen du demandeur en cassation fondé sur la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars

³ Arrêt attaqué, page 14, dernier alinéa.

⁴ Idem, page 17, premier alinéa.

2006, elle a violé l'article 1351 du Code civil ; que, troisième branche, subsidiaire à la première et à la deuxième, même à supposer que la cassation ne peut excéder la portée du moyen qui a servi de base à la cassation, la Cour d'appel a fait une application erronée de cette interprétation de l'article 28, alinéa 1, de la loi de 1885, partant, a violé cet article, en méconnaissant que la notion de « portée du moyen ayant servi de base à la cassation » ne se comprend pas comme un élément de la motivation de l'arrêt d'appel atteint par la cassation, mais comme un élément du dispositif de l'arrêt, la cassation ne laissant rien subsister de cet élément du dispositif et annulant l'ensemble des motifs qui lui servent de soutien, peu importe qu'ils aient ou n'aient pas été spécifiquement critiqués par le moyen de cassation accueilli par la Cour de cassation, et en ayant, en application de cette prémisse erronée, considéré à tort qu'elle n'était plus saisie du moyen fondé par le demandeur en cassation sur la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006 parce que le moyen qui a servi de base à la cassation, et qui conditionne sa saisine, est limité à la question de l'invocabilité des dispositions de la loi modifiée du 5 avril 1993 relatives au secteur financier, alors que cet aspect n'est qu'un élément de la motivation de l'arrêt et que la cassation a touché les dispositions de l'arrêt du 1^{er} mars 2018 par lesquelles le jugement de première instance a été confirmé, les offres de preuve du demandeur en cassation ont été rejetées et ce dernier a été condamné aux dépens, donc a touché tous les motifs répondant aux moyens formulés par le demandeur en cassation pour voir engager la responsabilité contractuelle de la défenderesse en cassation pour avoir vendu les titres qu'il détenait et notamment celui de la violation de l'article 2 du contrat de gage du 16 mars 2006 ; et que, quatrième branche, subsidiaire à la première et à la deuxième, elle a, pour les motifs invoqués à l'appui de la troisième branche, violé l'article 1351 du Code civil.

Rappel des faits pertinents

Saisi par le demandeur en cassation d'une demande en responsabilité civile contractuelle contre la Banque, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait dit la demande recevable, mais non fondée⁵.

Sur appel du demandeur en cassation, la Cour d'appel confirma, par arrêt du 14 décembre 2016, le jugement entrepris, après avoir rejeté toutes les demandes principales et incidentes de ce dernier⁶. A ce titre, elle rejeta notamment trois prétentions du demandeur en cassation, à savoir :

- celle d'invoquer les règles de conduite découlant de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier⁷,
- celle tirée de ce que l'admission d'attestations testimoniales de salariés de la Banque et le refus concomitant d'entendre le demandeur en cassation constitue une violation du principe de l'égalité des armes garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸, ainsi que
- celle de reprocher à la Banque d'avoir omis d'observer le préavis de deux jours prévu par l'article 2 du contrat de gage conclu entre parties le 16 mars 2006⁹.

⁵ Idem, page 2, deuxième alinéa.

⁶ Idem et loc.cit.

⁷ Idem, même page, avant-dernier alinéa.

⁸ Idem, page 3, quatrième alinéa.

⁹ Idem, page 4, deuxième alinéa.

Du point de vue formel, les motifs respectifs justifiant le rejet de ces trois prétentions soutenaient un même chef du dispositif de l'arrêt, à savoir celui par lequel la Cour d'appel confirma le jugement entrepris en ce que ce dernier avait rejeté comme non fondée la demande en responsabilité civile dirigée contre la Banque¹⁰.

Contre l'arrêt de la Cour d'appel, le demandeur en cassation forma un pourvoi en cassation. Dans le cadre de ce pourvoi il invoqua deux moyens critiquant respectivement les motifs de rejet de la première et de la deuxième prétention évoquée ci-avant¹¹. Il omit de critiquer les motifs rejetant sa troisième prétention.

Par arrêt n° 18/2018, numéro 3899 du registre, du 1^{er} mars 2018, la Cour de cassation cassa l'arrêt attaqué sur base du premier moyen, sans se prononcer sur le second. Le dispositif de l'arrêt indique que la Cour « *casse et annule l'arrêt [...] [et] déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les acte qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée* ».

Dans le cadre de la procédure consécutive au renvoi après cassation, le demandeur en cassation invoqua à nouveau devant la Cour d'appel, outre sa prétention tirée des règles de conduite découlant de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, également les deux autres prétentions précitées, à savoir :

- celle relative à son audition devant la Cour d'appel dans le contexte de l'admission d'attestations testimoniales émanant de salariés de la Banque et celle relative, dans cet ordre d'idées, au respect du principe de l'égalité des armes¹² et
- celle relative à la violation, par la Banque, de l'article 2 du contrat de gage conclu entre parties le 16 mars 2006¹³.

La Cour d'appel devait donc trancher si ces prétentions pouvaient encore être soulevées devant elle dès lors que l'arrêt de cassation, certes formulé sans restriction, s'était limité à accueillir le moyen qui avait critiqué les motifs relatifs à la prétention tirée des règles de conduite découlant de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Elle décida :

- que « *l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée, comme en l'espèce, dans le dispositif en termes généraux [...], sous réserve [...] d'une part [...] des dispositions de l'arrêt d'appel qui ont été attaquées par un moyen de cassation qui n'a pas fait l'objet d'une décision par la Cour de cassation et d'autre part au sujet des dispositions de l'arrêt d'appel qui se trouvent dans un lien d'indivisibilité ou de dépendance avec la disposition cassée* »¹⁴,

¹⁰ Voir le dispositif de l'arrêt du 14 décembre 2016 (Pièces n° 5 annexée au mémoire en cassation et n° 7 du mémoire en réponse).

¹¹ Voir le mémoire en cassation (Pièce n° 6 annexée au mémoire en cassation). L'arrêt de la Cour de cassation ne s'étant prononcé que sur le premier des deux moyens, il ne comporte pas de résumé du second moyen.

¹² Arrêt attaqué, page 15, avant-dernier alinéa.

¹³ Idem, page 17, premier alinéa.

¹⁴ Idem, page 14, dernier alinéa.

- que la prétention du demandeur en cassation relative à son audition et au respect du principe de l'égalité des armes était « *dans les débats* »¹⁵ parce que la disposition fondée sur les motifs y relatifs du premier arrêt d'appel avait été critiquée par lui dans un moyen de cassation que la Cour de cassation s'était abstenue d'examiner¹⁶ et
- que la prétention relative au non-respect de l'article 2 du contrat de gage conclu entre parties le 16 mars 2006 ne pouvait plus être examinée par elle parce que, d'une part, la disposition fondée sur les motifs par lesquels le premier arrêt d'appel avait rejeté cette prétention n'avait pas été attaquée par le demandeur en cassation devant la Cour de cassation, de sorte qu'elle était passée en force de chose jugée¹⁷ et que, d'autre part, elle ne se trouve pas dans un lien d'indivisibilité ou de dépendance avec la disposition cassée¹⁸.

Sur les deux premières branches du moyen

Dans les deux premières branches du moyen, le demandeur en cassation critique la solution retenue suivant laquelle « *l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée, comme en l'espèce, dans le dispositif en termes généraux [...]* »¹⁹. Cette solution serait incompatible avec l'article 28, alinéa 1, de la loi de 1885, qui dispose que « *[l]orsque la Cour cassera ou annulera un arrêt ou un jugement, elle déclarera nuls et de nul effet lesdites décisions judiciaires et les actes qui s'en sont suivis et elle remettra les parties au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée ou annulée* » et méconnaîtrait la portée de l'autorité de la chose jugée, fondée sur l'article 1351 du Code civil.

Suivant le demandeur en cassation, une cassation prononcée en termes généraux annule toutes les dispositions de la décision cassée quelle que soit l'objet et la portée des moyens de cassation et investit la juridiction de renvoi de l'ensemble du litige. Elle a donc pour effet d'anéantir de façon complète et totale la décision cassée, ne laissant plus aucune place à une quelconque autorité de chose jugée de celle-ci. Cette solution serait imposée par l'article 28, alinéa 1, de la loi de 1885 et se justifierait en raison de sa plus grande simplicité.

La Cour d'appel s'est, en l'espèce, limitée à s'aligner sur votre jurisprudence constante, trouvant son origine dans un arrêt de votre Cour du 12 février 1976, dans lequel vous avez jugé que :

« Attendu que si, en principe, à la suite de l'annulation [par votre Cour] de l'arrêt [frappé de pourvoi] les parties se trouvent remises conformément à l'article 28 de la loi du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure en cassation, au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée [...] dans le dispositif en termes généraux ;

¹⁵ Idem, page 15, troisième alinéa.

¹⁶ Idem, même page, deuxième et troisième alinéa.

¹⁷ Idem, même page, deuxième alinéa.

¹⁸ Idem, page 17, premier alinéa.

¹⁹ Idem, page 14, dernier alinéa.

qu'en conséquence, elle laisse subsister, comme étant passées en force de chose jugée, toutes les dispositions de la décision cassée, qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi »²⁰.

Cette solution a été confirmée par votre Cour par trois arrêts consécutifs, du 11 mai 2000²¹, 27 juin 2019²² et 12 mars 2020²³.

En instance d'appel, l'actuel demandeur en cassation faisait valoir que cette jurisprudence s'inspirerait de celle de la Cour de cassation française. Or, cette jurisprudence serait dépourvue de pertinence au regard de la différence sur ce point des lois française et luxembourgeoise. La Cour de cassation française se limiterait, en effet, à appliquer l'article 624, ancien, du Code de procédure civile français, qui disposait jusqu'à une réforme de 2014, que « [1]a censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ». Cette disposition n'aurait aucun pendant en droit luxembourgeois, de sorte que la jurisprudence de votre Cour, qui s'inspirerait à tort de celle de la Cour de cassation française, serait dépourvue de pertinence.

Par une motivation très fouillée, la Cour d'appel a réfuté cet argument en démontrant que la loi de 1885 a, dès son origine, précisé, dans son article 27, alinéa 1, que la portée de la cassation se limite « à l'objet du litige remis en contestation ». Si cette précision a été malencontreusement supprimée par la loi du 6 avril 1989 tendant à l'humanisation de la procédure de cassation²⁴, cette suppression n'est cependant pas à comprendre comme ayant visé à modifier le régime juridique de la portée des arrêts de cassation. L'article 28, alinéa 1, de la

²⁰ Cour de cassation, 12 février 1976, Pas. 23, page 281, voir page 283, colonne de gauche, deuxième et troisième alinéa.

²¹ Cour de cassation, 11 mai 2000, Pas. 31, page 289, voir page 290, colonne de droite, troisième et quatrième alinéa (« *Attendu que si en principe, à la suite de l'annulation [par la Cour de cassation] de l'arrêt [frappé de pourvoi], les parties se trouvent remises conformément à l'article 28 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée [...] dans le dispositif en termes généraux ; qu'en conséquence, elle laisse subsister, comme étant passées en force de chose jugée, toutes les dispositions de la décision cassée, qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi* »).

²² Cour de cassation, 27 juin 2019, n° 109/2019, numéro CAS-2018-00067 du registre (réponse aux troisième et cinquième moyens de cassation réunis) (« *Attendu que si, en principe, à la suite de l'annulation [par la Cour de cassation] de l'arrêt [frappé de pourvoi][...], les parties se trouvaient remises, conformément à l'article 28 de la loi [de 1885], au même état où elles s'étaient trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée dans le dispositif en termes généraux ; qu'en conséquence, elle laisse subsister, comme étant passées en force de chose jugée, toutes les dispositions de la décision cassée qui n'ont pas été attaquées par le premier pourvoi ; qu'il doit en être ainsi, a fortiori, d'une disposition attaquée, mais non cassée de la décision entreprise* »).

²³ Cour de cassation, 12 mars 2020, n° 46/2020, numéro CAS-2019-00050 du registre (réponse à l'unique moyen de cassation) (« *Si, en principe, à la suite de l'annulation d'un arrêt d'appel par un arrêt de cassation, les parties se trouvent remises, conformément à l'article 28, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée en termes généraux. Par l'arrêt rendu 18 mai 2017, la Cour de cassation a uniquement toisé le premier moyen de cassation, pris en sa première branche. A défaut de décision rendue par la Cour de cassation sur les cinq autres branches du premier moyen et sur les trois branches du second moyen et la réponse à ces moyens ne dépendant pas de celle donnée par la Cour de cassation au premier moyen en ce qu'il portait sur la mandat tacite, l'autorité de la chose jugée n'a pas lieu à l'égard de ces moyens [qui concernaient l'existence d'un mandat apparent ou la responsabilité civile de la défenderesse]* »).

²⁴ Mémorial, A, 1989, n° 20, du 10 avril 1989, page 255.

loi de 1885, en disposant que la cassation « *remettra les parties au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée ou annulée* », est donc à comprendre comme visant une remise en état limitée à « *l'objet du litige remis en contestation* » par le pourvoi en cassation.

Votre jurisprudence n'est donc pas le résultat d'un malentendu.

Elle l'est d'autant moins que la limitation de la cassation, même prononcée en termes généraux, à la portée des moyens est une solution constante qui, avant sa reprise par votre Cour en 1976, avait été admise depuis de nombreuses décennies tant en France qu'en Belgique.

En France, la solution est traditionnellement²⁵ datée d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 février 1870, qui avait retenu que « *s'agissant de chefs distincts et indépendants par leur cause et par leur objet, la cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui a servi de base ; qu'elle laisse subsister comme étant passées en force de chose jugée toutes celles des dispositions de l'arrêt qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi ou qui ont été maintenues d'après le rejet des moyens initialement proposés, à moins qu'elles ne se rattachent aux autres chefs par le lien de l'indivisibilité ou d'une dépendance nécessaire* »²⁶.

En Belgique, la solution est traditionnellement²⁷ datée d'un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1914, qui énonçait « *qu'il est de principe que l'annulation d'un jugement ou d'un arrêt, si généraux et absolus que soient les termes dans lesquels elle a été prononcée, est limitée à la portée du moyen qui lui a servi de base et qu'elle laisse subsister, comme passée en force de chose jugée, toutes les dispositions non attaquées par le pourvoi, à moins qu'elles ne se rattachent aux chefs cassés par un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire* »²⁸. Elle y a été constante depuis lors²⁹ et ce dans un contexte dans lequel « *[a]ucune disposition légale ne détermine expressément les règles qui régissent l'étendue de la cassation en matière civile* »³⁰.

Le droit français récent s'est cependant distancé de cette solution. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation française, se ralliant à un courant jurisprudentiel apparu depuis la fin des années 1980³¹, décida dans un arrêt du 27 octobre 2006 « *que la cassation [...] de la décision attaquée « dans toutes ses dispositions » investit[...] la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit* »³². Le critère pertinent de l'étendue de la cassation est donc le dispositif de l'arrêt de cassation, sans qu'il n'y ait lieu de s'interroger sur la portée des moyens ayant donné lieu à l'arrêt. Ainsi, dans le cas d'espèce considéré, dans lequel la Cour de cassation avait cassé un arrêt « *dans toutes ses dispositions* », cette nouvelle

²⁵ Encyclopédie Dalloz Procédure civile, Paris, Dalloz, 1956, Tome I, V° Cassation, n° 2333, page 460.

²⁶ Cour de cassation française, chambre civile, 23 février 1870, Dalloz périodique, 1870, page 276.

²⁷ A. MEEÛS, L'étendue de la cassation en matière civile, note sous : Cour de cassation de Belgique, 18 mars 1983, Revue critique de jurisprudence belge, 1986, pages 262 à 281, voir n° 7, pages 265-266, note de bas de page 8.

²⁸ Cour de cassation de Belgique, 30 avril 1914, Pas. belge, 1914, I, page 207, voir colonne de droite, deuxième alinéa.

²⁹ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation de Belgique, 19 novembre 2020, Journal des tribunaux, 2021, page 279, rappelant que « *en règle, la cassation est limitée à la portée du moyen qui en est le fondement* ».

³⁰ Georges DE LEVAL, Procédure civile, Tome 2, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 9.247, page 394, premier alinéa.

³¹ L'avocat général CAVARROC expose dans son avis sous l'arrêt que ce courant s'est manifesté pour la première fois dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 25 novembre 1987 (Cour de cassation française, deuxième chambre civile, 25 novembre 1987, Bull. civ. II, n° 244) (Voir l'avis de l'avocat général dans : Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 653, du 15 janvier 2007, pages 67 à 77, voir page 69, note de bas de page 7 et les références y citées).

³² Cour de cassation, Assemblée plénière, 27 octobre 2006, 05-18.977, Bull. A.P., n° 13, page 46.

solution adoptée par l'Assemblée plénière a eu pour effet d'annuler également un dispositif qui avait été favorable au demandeur en cassation et qui, en l'absence de pourvoi incident du défendeur en cassation, n'avait fait l'objet d'aucun grief devant la Cour³³. Tirant les conséquences de ce revirement de jurisprudence, le pouvoir réglementaire français a, par un décret de 2014, modifié l'article 624 du Code de procédure civile, qui dispose dorénavant que « [l]a portée de la cassation est déterminée par le dispositif de l'arrêt »³⁴.

Les auteurs de cet arrêt ont rendu attentif à ce que ce dernier rompt avec une pratique constante contraire « *de deux siècles* »³⁵. Le revirement paraît surtout avoir été motivé par le souhait de la Cour de cassation de « reprendre en main » la détermination de la portée de ses arrêts en « *ferm[ant] définitivement la porte à la tentation du juge du fond de se faire...juge de cassation* »³⁶. Dans cette nouvelle lecture, l'étendue de la saisine du juge du fond se détermine exclusivement au regard du dispositif de l'arrêt de cassation : une cassation sans restriction met à néant toutes les dispositions de l'arrêt, quelle qu'ait été la saisine de la Cour de cassation.

Il a été soutenu, comme le fait en l'espèce le demandeur en cassation, que cette solution est souhaitable en raison de sa simplicité, puisqu'elle met « *un terme aux incertitudes liées à la nécessité, pour la juridiction de renvoi, de s'interroger sur le point de savoir si le ou les moyens accueillis visaient telle ou telle disposition de l'arrêt attaqué* »³⁷. Elle a l'avantage de supprimer « *toute difficulté devant la juridiction de renvoi, qui n'a pas à se livrer à une comparaison de l'arrêt de cassation et du moyen qui en constitue la base pour déterminer si, le cas échéant, derrière une censure apparemment totale ne se trouve pas en réalité une cassation seulement partielle qui limiterait sa saisine* »³⁸.

Il est vrai que la détermination de la portée des arrêts de cassation sur base de la solution traditionnelle n'est pas dépourvue de complexité :

« *Pour déterminer cette étendue, il faut en réalité examiner tout à la fois :*

- *la décision des juges du fond afin de rechercher quelles sont ses dispositions distinctes et, par comparaison avec le pourvoi, quelles sont celles qui ont seules été attaquées ;*
- *les griefs formulés à l'appui du pourvoi et qui, en pratique [...] sont énoncés dans le mémoire [...] sous forme d'un ou de plusieurs moyens, eux-mêmes divisés en une ou plusieurs branches ;*
- *le dispositif de l'arrêt de cassation ;*
- *et enfin ses motifs qui, en principe, suivent le mémoire [...], moyens par moyens et branches par branches, pour les rejeter ou y faire droit »*³⁹.

³³ Laurent LEVENEUR, Portée du dispositif des arrêts de cassation et consécration du contrôle de la qualification de vice caché dans la vente, JCP, édition générale, 2007, II, 10019, page 32, colonne de droite, dernier alinéa.

³⁴ Article 624, nouveau, du Code de procédure civile français, tel qu'il a été modifié par l'article 11 du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 relatif à la procédure civile applicable devant la Cour de cassation.

³⁵ CAVARROC, précité, page 69, sous B, point 2, premier alinéa. La solution traditionnelle paraît donc, en réalité, remonter à une période antérieure à 1870, année de publication du premier arrêt français communément cité à son appui.

³⁶ Idem, page 70, sous C, troisième alinéa.

³⁷ Idem, page 69, sous B, point 2, deuxième alinéa.

³⁸ LEVENEUR, précité, page 33, colonne de gauche, deuxième alinéa.

³⁹ Jacques VOULET, L'étendue de la cassation en matière civile, JCP, édition générale, 1977, I, 2877, point 2.

La simplification apparente apportée de ce point de vue par le revirement présente cependant, en contrepartie, l'inconvénient que « *la juridiction de renvoi est conduite à statuer sur l'entier litige – ce n'est d'ailleurs pas seulement une possibilité pour elle, c'est une obligation : elle ne pourrait déclarer irrecevable une demande portant sur un point qu'elle voudrait tenir pour irrévocablement tranché par la juridiction dont l'arrêt a été attaqué sur d'autres aspects [...]. Or le risque existe qu'elle ne statue pas, sur ceux des points qui avaient donné satisfaction à l'auteur du pourvoi et qu'aucune partie n'avait attaqués, dans le même sens que la décision censurée « dans toutes ses dispositions ».* »⁴⁰. La simplicité apparente implique ainsi le désavantage de remettre en discussion devant les juges du fond des questions déjà tranchées et non remises en question par un pourvoi en cassation. Les procédures deviennent par voie de conséquence de ce point de vue plus complexes. La simplicité apparente de la solution au regard de la détermination de l'étendue de la saisine du juge de renvoi est donc acquise au prix d'une, du point de vue de l'économie de la procédure et de l'équité, fâcheuse possibilité de remise en cause de la chose jugée, prolongeant et complexifiant les procédures et déjouant la confiance légitime des plaideurs. Cette zone d'ombre du revirement se résume à la question de savoir s'il ne faut pas « *avoir le souci d'empêcher la partie qui n'a pas critiqué la décision de profiter de l'effet d'aubaine que lui procure son annulation intégrale à la faveur d'une formule inappropriée [de l'arrêt de cassation]* »⁴¹.

Le revirement opéré en France met les parties à la merci du soin pris par la Cour de cassation de rédiger les dispositifs de ses arrêts de cassation. Il se révèle fâcheux et contreproductif « *dans l'hypothèse où le dispositif de l'arrêt de cassation contiendrait une formule qu'un euphémisme de courtoisie suggère de qualifier d'« inapproprié »* »⁴², auquel cas est « *définitivement acquis [...] tout arrêt de cassation qui aurait mésusé [...] de la formule « dans toutes ses dispositions », constitue une cassation totale et autorise les parties à tout remettre en cause, devant la cour de renvoi, y compris les dispositions de l'arrêt non frappées de pourvoi* »⁴³.

Il laisse « *l'auteur d'un pourvoi, qui ne formule ses griefs que contre une partie d'un arrêt lui ayant donné par ailleurs certaines satisfactions, [...] sans parade, au risque d'une inadvertance dans la formulation du dispositif de l'arrêt dont les motifs, paradoxalement, reconnaissent le bien-fondé de son recours : bref, le risque d'une victoire à la Pyrrhus !* »⁴⁴. Il est à tout le moins incertain qu'une telle parade puisse être trouvée dans une requête en rectification ou en interprétation⁴⁵.

Ceux qui préconisèrent le revirement durent concéder que la solution ancienne et la solution nouvelle constituent « *deux visions des choses et [que] les arguments invoqués se valent de part et d'autre* »⁴⁶. S'ils optèrent finalement pour le revirement c'était au motif qu'il « *faut savoir donner un terme à un litige et se garder d'ouvrir la voie à des contestations interminables qui ne manqueraient pas de proliférer si une solution catégorique – même si elle peut être regardée*

⁴⁰ Idem, même page, même colonne, troisième alinéa.

⁴¹ CAVARROC, précité, page 69, dernier alinéa, citant le rapport du conseiller rapporteur LORIFERNE sous : Cour de cassation française, deuxième chambre civile, 28 février 2006, n° 04-12.936.

⁴² Idem, page 69, avant-dernier alinéa.

⁴³ Idem et loc.cit.

⁴⁴ LEVENEUR, précité, page 33, colonne de gauche, quatrième alinéa.

⁴⁵ LEVENEUR préconise cette voie de recours dans un tel cas (idem, même page, même colonne, cinquième et sixième alinéa) tandis que l'avocat général CAVARROC considère que celle-ci ne saurait trouver application (CAVARROC, précité, page 70, sous C, point 1).

⁴⁶ CAVARROC, précité, page 70, sous C, troisième alinéa.

comme non exempte de critique – ne venait pas fermer définitivement la porte à la tentation du juge du fond de se faire...juge de cassation »⁴⁷.

Il a cependant été vu que la « *solution catégorique* » adoptée dans le cadre du revirement français remet, en cas d'inadvertance de la Cour de cassation dans la formulation du dispositif de son arrêt de cassation, en discussion des points tranchés, n'ayant pas fait l'objet de contestations, et confère ainsi, sans justification, au défendeur en cassation un « *effet d'aubaine* ». Cette fâcheuse remise en discussion de points tranchés est également de nature à contribuer « *à des contestations interminables* ». Finalement, la solution traditionnelle, loin de susciter « *la tentation du juge du fond de se faire...juge de cassation* », permet à celle-ci d'assurer, au sujet de la détermination de la portée de ses arrêts, son autorité sur les juridictions de fond, par « *un contrôle qu'elle effectu[e] a posteriori* »⁴⁸, le cas d'espèce en étant une illustration.

Il n'existe donc aucun argument décisif en faveur du revirement français.

Ce dernier soulève, en revanche, une sérieuse difficulté de principe. En effet, « *[l]a Cour de cassation ne peut pas, plus qu'une autre juridiction, statuer en dehors de la demande qui lui est portée. La cassation, bien que prononcée en termes généraux, n'atteint par suite que les chefs expressément visés par la requête et doit y être restreinte* »⁴⁹. La portée du dispositif des arrêts de cassation ne se résume donc ni à une question de formulation des arrêts, ni à une question d'économie de procédure, ni à un enjeu de pouvoir entre la Cour de cassation et les juridictions de fond, mais elle est circonscrite par la demande, qui définit et limite le pouvoir de la Cour. Sauf à admettre que celle-ci puisse excéder ses pouvoirs, elle ne saurait décider au-delà de sa saisine. Le dispositif de ses arrêts ne saurait donc nécessairement dépasser celle-ci, quel qu'en soit la formulation, le cas échéant incomplète.

Il en suit que si, conformément à l'article 28, alinéa 1, de la loi de 1885, la cassation « *remettra les parties au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée ou annulée* », elle ne saurait avoir, quelle que soit la formulation du dispositif de l'arrêt de cassation, « *une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base* »⁵⁰. Par ailleurs, la compréhension du dispositif de l'arrêt de cassation à la lumière de la saisine de la Cour, loin de méconnaître l'autorité de la chose jugée visée par l'article 1351 du Code civil, constitue, au contraire, la condition même du respect de celle-ci.

Les deux premières branches du premier moyen ne sont, partant, pas fondées.

Sur les deux dernières branches

Dans ses deux dernières branches du premier moyen, présentées à titre subsidiaire par rapport aux deux premières branches, le demandeur en cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir appliqué votre jurisprudence de façon incorrecte. Aux fins de saisir la portée de cette critique, il y a lieu d'exposer l'objet de celle-ci, avant de déterminer si elle se justifie en l'espèce.

⁴⁷ Idem et loc.cit.

⁴⁸ Idem, page 69, sous B, point 2, deuxième alinéa.

⁴⁹ Ernest FAYE, La Cour de cassation, Paris, 1903, n° 264, pages 298-299.

⁵⁰ Cour de cassation, 12 février 1976, précité.

Sur l'objet de la critique

Le demandeur en cassation souligne que votre jurisprudence, à supposer que celle-ci doive être maintenue (ce qu'il conteste dans les deux premières branches du moyen), détermine la portée des arrêts de cassation au regard des chefs de dispositif visés par les moyens de cassation accueillis.

En effet, suivant cette jurisprudence, la distinction entre ce qui a formé au regard du moyen accueilli l'objet de la cassation et ce qui, pour ne pas avoir été visé par le moyen accueilli, est passé en force de chose jugée s'opère au regard du dispositif de la décision cassée, en distinguant les dispositions attaquées par le moyen par opposition aux dispositions non attaquées :

« Attendu que si, en principe, à la suite de l'annulation [par votre Cour] de l'arrêt [frappé de pourvoi] les parties se trouvent remises conformément à l'article 28 de la loi du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure en cassation, au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée [...] dans le dispositif en termes généraux ;

qu'en conséquence, elle laisse subsister, comme étant passées en force de chose jugée, toutes les dispositions de la décision cassée, qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi »⁵¹.

Ce critère ne saurait surprendre, l'article 10, alinéa 1, de la loi de 1885 obligeant le demandeur en cassation, sous peine d'irrecevabilité, de déposer un mémoire en cassation « *lequel précisera les dispositions attaquées de l'arrêt ou du jugement* ». En effet, « [s]eul le dispositif d'un jugement peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation, les motifs de celui-ci ne décidant rien par eux-mêmes et servant seulement à en apprécier la portée et à en contrôler la légalité »⁵².

L'article 249, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile dispose au sujet du dispositif que « [l]a rédaction des jugements contiendra les noms des juges, du procureur d'Etat, s'il a été entendu, ainsi que des avoués, les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements ». Le dispositif se distingue ainsi des motifs.

Cette distinction est opérée de façon stricte par votre jurisprudence. Vous décidez « *que seule la décision inscrite au dispositif d'un arrêt acquiert l'autorité de la chose jugée* »⁵³, à l'exclusion des motifs, dont même ceux qui « *se lient au dispositif d'une façon indissociable et tranchent la question même que le juge avait à décider [...] [ou] qui constituent le soutien nécessaire du dispositif* »⁵⁴. Vous décidez de même au sujet de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile, autorisant l'appel immédiat des jugements qui, « *dans leur dispositif* », tranchent une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure

⁵¹ Idem (c'est nous qui soulignons).

⁵² Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière civile, Paris, Dalloz, 5^e édition, 2015, n° 31.31, page 93.

⁵³ Cour de cassation, 27 février 2014, n° 22/14, numéro 3310 du registre (réponse au premier moyen), votre Cour ayant approuvé ce motif des juges d'appel.

⁵⁴ Idem, le passage citant la prétention élevée dans le moyen rejeté.

provisoire, qu'« il n'y a pas lieu dans ce contexte de tenir compte des motifs de la décision, fussent-ils décisives, ni des dispositions non contenues dans le dispositif »⁵⁵.

Cette position claire, mais rigoureuse, se distingue de celle beaucoup plus pragmatique de la Cour de cassation de Belgique, qui admet que « [t]oute décision du juge sur une contestation est un dispositif, quelle que soit la place de cette décision dans le texte du jugement ou de l'arrêt et quelle que soit la forme dans laquelle elle est exprimée »⁵⁶ et « qu'aucune disposition légale ne règle la place que doit occuper ni la forme dans laquelle doit être exprimée cette partie du jugement que constitue ce que le juge a décidé sur la contestation ; qu'il importe peu, pourvu qu'il exprime cette décision, que le dispositif se trouve, parmi les énonciations du jugement, au même rang que les motifs qui le portent »⁵⁷.

La Cour de cassation française avait aussi, à une certaine époque, appliqué un critère substantiel du dispositif, suivant lequel « les motifs participent de l'autorité qui s'attache au dispositif toutes les fois qu'ils en constituent le soutien nécessaire »⁵⁸. Toutefois, cette solution a été abandonnée⁵⁹, ce qui n'a pas manqué de susciter des critiques : « L'adoption d'un critère formel a l'avantage d'être conforme à la lettre des textes du Code de procédure civile et a le mérite de la clarté et de la simplicité. Cependant, considérer que seul le dispositif a autorité de la chose jugée revient à faire reposer sur les plaideurs la charge d'une rédaction maladroite du jugement [...] et à nier le fait que le jugement est une œuvre intellectuelle indivisible, étrangère à l'opposition entre dispositif et motifs. »⁶⁰.

Au regard de l'état actuel de votre jurisprudence, qui n'exclut cependant sans doute pas l'éventualité d'un possible « mouvement [futur] de balancier en retour »⁶¹, le dispositif se détermine donc par application d'un critère purement formel, qui empêche toute prise en considération des motifs.

La portée de la notion de « dispositions » employée par votre jurisprudence relative à l'étendue des effets des arrêts de cassation étant ainsi précisée, il importe d'attirer l'attention sur un principe qui complète celui qui caractérise cette jurisprudence. En effet, s'il est admis que la cassation ne saurait avoir une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, il y a cependant lieu d'ajouter que la cassation qui atteint un chef de dispositif n'en laisse rien subsister, quel que soit le moyen qui ait déterminé la cassation.

⁵⁵ Cour de cassation, 6 décembre 2018, n° 121/2018, numéro 4039 du registre (réponse au premier moyen), votre Cour ayant approuvé ce motif des juges d'appel.

⁵⁶ Cour de cassation de Belgique, 28 avril 1994, Pas. belge, I, page 418 ; DE LEVAL, précité, page 395, note de bas de page 1721 et les références y citées.

⁵⁷ Cour de cassation de Belgique, 5 octobre 2005, Pas. belge, n° 484, page 1819. Il est à préciser que l'arrêt se réfère à une décision rendue en matière pénale, plus précisément à une décision de la chambre des mises en accusation relative à une demande d'extradition. Or, les jugements rendus en matière pénale doivent, en principe, répondre à des conditions de forme tout aussi strictes, voire plus strictes, que celles applicables aux jugements civils. Le Code judiciaire belge comporte, dans son article 780, une disposition similaire à l'article 249 du Nouveau Code de procédure civile, précisant que tout jugement doit, à peine de nullité, contenir notamment des motifs et un dispositif.

⁵⁸ Cour de cassation française, chambre civile, 21 février 1900, Dalloz périodique, 1905, 1, page 271, cité dans : Jurisclasseur Civil (Archives antérieures au 1^{er} octobre 2016), Art. 1349 à 1353, Fasc. 20, Autorité de la chose jugée au civil sur le civil, par Méline DOUCHY-OUUDOT, novembre 2013, n° 110.

⁵⁹ Idem, n° 112 et n° 114 ; BORÉ, précité, n° 34.12, page 109.

⁶⁰ Jurisclasseur, précité, n° 115.

⁶¹ Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, Luxembourg, Editions Bauler, édition 2012, page 484, deuxième alinéa, dernière phrase.

Ce second principe, complémentaire au premier, a été développé par la Cour de cassation française à partir de 1965 :

« Mais attendu que si, en principe, la cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base, elle a cependant pour effet de remettre la cause et les parties au même et semblable état où elles se trouvaient avant la décision annulée et que la cassation qui atteint un chef de dispositif n'en laisse rien subsister quel que soit le moyen qui ait déterminé cette annulation »⁶².

Il en suit que *« [l]a règle que la cassation est limitée à la portée du moyen qui en est le fondement doit [...] être combinée avec le principe de l'effet absolu de la cassation [...] »⁶³.*

Pour résoudre cette équation *« [i]l faut [...], suivant le conseil de Bergson, « rechercher derrière la paille des mots, le grain des choses » et déterminer les réalités que recouvrent ces formules apparemment opposées »⁶⁴.* Or, les deux principes, à les combiner, signifient tout simplement *« que la cassation n'atteint en principe que la disposition de l'arrêt attaqué par le moyen de cassation retenu, mais qu'en revanche, l'annulation ne laisse rien subsister de la disposition ainsi atteinte »⁶⁵.*

Cette solution a été admise par la Cour de cassation de Belgique dans les termes suivants :

« Si la Cour ne prend connaissance que des chefs de la décision indiqués dans la requête introductive et qu'en règle la cassation est limitée à la portée du moyen qui en est le fondement, la cassation qui atteint un chef du dispositif n'en laisse rien subsister, quel que soit le motif qui ait déterminé cette annulation »⁶⁶.

Cette combinaison de *« deux règles [qui] s'opposent dans ce cas : d'une part, celle qui veut que la cassation soit limitée à la portée du moyen qui en est le fondement, d'autre part, celle [...] [de] « l'effet absolu » de la cassation »⁶⁷,* n'est, bien entendu, pas sans soulever des hésitations :

« [...] pour statuer sur le fondement de la demande, le juge peut devoir trancher plusieurs contestations, en fait ou en droit, touchant au fond et dont la solution commande le seul dispositif final, accueillant ou rejetant la demande. S'il commet une illégalité en statuant sur une de ces contestations au fond, elle entraînera la cassation du dispositif final, mais la cassation laissera-t-elle subsister les décisions du juge sur

⁶² Cour de cassation française, première chambre civile, 15 décembre 1965, Bull. civ. I, n° 712. Dans le même sens, à titre d'illustration : idem, deuxième chambre civile, 3 juin 1970, 69-113.205, Bull. civ. II, n° 190 ; idem, même chambre, 28 mai 1990, 89-14.349, Bull. civ. II, n° 115 ; idem, même chambre, 3 février 2000, 98-13.718, Bull. civ. II, n° 22 ; idem, même chambre, 21 décembre 2006, 06-12.293, Bull. civ. II, n° 352 ; idem, chambre sociale, 10 mars 2009, 08-42.249, Bull. civ. V, n° 64 ; idem, première chambre civile, 10 septembre 2014, 13-19.094, Bull. civ. I, n° 140 ; idem, deuxième chambre civile, 10 juin 2021, 20-14.854, publié au Bulletin ; idem, même chambre 17 juin 2021, 19-24.536, 20-13.893, publié au Bulletin ; idem, même chambre, 9 décembre 2021, 19-18.937, publié au Bulletin ; idem, chambre sociale, 6 avril 2022, 19-25.244, 19-25.994, publié au Bulletin.

⁶³ Christian STORCK et Thierry WERQUIN, Du juge de l'étendue de la cassation, in : A. ALEN et al. (dir.), Libertés, (l)égalité, humanité, Bruxelles, Bruylant, 2018, pages 749 à 766, voir page 759, numéro 14, quatrième alinéa.

⁶⁴ Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière civile, Paris, Dalloz, 3^e édition, 2003, n° 122.61, page 595.

⁶⁵ Idem et loc.cit.

⁶⁶ Cour de cassation de Belgique, 30 septembre 2013, Pas. belge, n° 490, page 1831. Dans le même sens : idem, 8 janvier 2015, Pas. belge, n° 014, page 52.

⁶⁷ MEEÛS, précité, page 271, troisième alinéa.

les autres contestations relatives au fond, bien que ces décisions deviennent sans effet, puisque le dispositif final auquel elles concouraient est cassé ? »⁶⁸.

La réponse est négative, du moins tant que les contestations préalables n'ont pas fait l'objet de chefs de dispositions distincts.

Même en droit belge, qui admet, ainsi qu'il a été vu ci-avant, une compréhension plus souple du dispositif, il est de ce point de vue retenu que « [b]ien que la cassation soit, en règle, limitée à la portée du moyen, elle peut cependant être totale si le dispositif de la décision attaquée est rédigé de manière telle qu'il est impossible de déterminer l'étendue exacte des conséquences de l'illégalité relevée par le moyen accueilli »⁶⁹, donc « [...] de déterminer l'incidence exacte de l'illégalité sur le dispositif »⁷⁰. Il en suit que « [l]orsque le dispositif de la décision attaquée est rédigé de manière telle qu'il est impossible de déterminer l'incidence exacte de l'illégalité sur le dispositif, la cassation totale sera privilégiée, de façon à laisser au juge de renvoi la plus grande liberté »⁷¹.

Certains proposèrent d'assouplir cette rigueur. Il a ainsi été proposé que « [d]ans le cadre d'une appréciation souple de cette impossibilité [de déterminer l'incidence exacte de l'illégalité sur le dispositif], il doit être admis que lorsque le moyen sur le fondement duquel la cassation est prononcée ne porte que sur un poste déterminé d'un dommage corporel, la cassation doit être limitée à la décision rendue sur ce poste du dommage même si dans le dispositif du jugement attaqué la condamnation porte sur un montant globalisé »⁷². Il a encore été suggéré de ne pas s'en tenir au critère exclusif du « dispositif », même conçu d'une façon assouplie, mais de retenir que « [p]our déterminer ce qu'un moyen critique ou ne critique pas ou ce qu'une cassation atteint ou n'atteint pas, on ne peut [...] avoir égard uniquement à la notion de « dispositif », même si l'on admet que celui-ci peut se trouver tant dans les « motifs » du jugement ou de l'arrêt attaqué que dans ce que celui qualifie de décision »⁷³.

Dans la conception française et luxembourgeoise actuelle, très stricte et formelle, du dispositif, il ne se conçoit pas, au risque de mettre en cause la cohérence de la jurisprudence, d'opérer de tels aménagements. L'accueil par votre Cour d'un moyen de cassation aura donc, quelle que soit la portée de ce dernier, pour conséquence l'annulation du chef de dispositif dont il constitue le soutien. Cette solution, qui est la conséquence de cette conception, présente l'avantage d'une certaine simplicité, mais expose, en revanche, les parties aux aléas de la rédaction du dispositif par les juridictions. Plus le dispositif de l'arrêt cassé est rédigé de façon large et indifférenciée, plus grande sera la portée de la cassation. Plus le dispositif est rédigé de façon précise, par prise en considération séparée de chaque prétention, plus limitée et circonscrite au moyen sera la portée de la cassation.

La Banque se réfère dans son Mémoire en réponse à un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation française, du 3 mars 1936⁷⁴. Cet arrêt était relatif à l'étendue des effets d'un

⁶⁸ Idem, page 270, n° 14, troisième alinéa.

⁶⁹ Idem, page 268, point 12.

⁷⁰ STORCK et WERQUIN, précité, page 759, point 15, premier alinéa.

⁷¹ DE LEVAL, précité, page 395, deuxième alinéa.

⁷² Albert FETTWEIS, Sur l'autorité contraignante des arrêts de la Cour de cassation, in : Liber Americum Patrick Henry – Luttons, Bruxelles, Larcier, 2019, pages 125 à 184, voir page 142, numéro 33, deuxième alinéa.

⁷³ Frédéric DUMON, Quo vadimus?, Journal des tribunaux, 1980, pages 501, 521 et 541, voir page 531, colonne du milieu, quatrième alinéa.

⁷⁴ Mémoire en réponse, point 29, page 9. Il y est fait référence à : Cour de cassation française, chambre des requêtes, 3 mars 1936, Gazette du Palais, 1936, 1, page 823.

arrêt de cassation qui, en présence d'une demande en responsabilité civile délictuelle fondée tant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil que sur l'article 1384-1 de ce dernier, avait prononcé la cassation au regard d'un moyen qui avait exclusivement critiqué des motifs relatifs à la seconde de ces deux bases légales. La Cour décida que la cassation laissait subsister la décision pour autant que celle-ci avait statué sur la première base légale. La Banque en déduit, en substance, qu'une cassation se fondant sur un moyen ne critiquant qu'une partie des motifs de l'arrêt attaqué devrait laisser subsister les motifs non critiqués. Malheureusement l'arrêt invoqué n'est pas de nature à soutenir une telle thèse. Il en résulte, en effet, que la décision annulée avait statué sur les deux bases légales dans deux chefs de dispositif différents. La Chambre des requêtes en déduit « *que le pourvoi formé contre cet arrêt était fondé sur un seul moyen contre le chef relatif à l'applicabilité de l'art. 1384-1 [et que] aucun lien d'indivisibilité ou de dépendance n'existant entre ces deux chefs, la cassation prononcée [...] n'a pu, malgré la généralité de ses termes, atteindre que le chef déféré à la Cour de cassation et a laissé subsister comme passée en force de chose jugée la disposition non attaquée* »⁷⁵. La limitation de l'étendue de la cassation s'explique donc par la circonstance que le moyen accueilli se rapportait à un chef de dispositif, spécifique à la demande fondée sur l'article 1384-1, distinct d'un autre chef de dispositif, consacré aux articles 1382 et 1383. L'arrêt confirme ainsi que la cassation met à néant le dispositif qui est soutenu par le motif visé par le moyen accueilli. Elle ne laisse subsister d'autres motifs, non attaqués, qu'à la condition que ces derniers soutiennent un chef de dispositif distinct de celui qui a été mis à néant. Le critère de détermination de l'étendue de la cassation est donc le dispositif, à l'exclusion des motifs.

La problématique de l'étendue des effets des arrêts de cassation pourrait sans doute être, en large partie, évitée par une plus grande attention portée à la question de la forme des dispositifs tant de votre Cour, par abandon de la pratique de cassations prononcées en termes généraux en présence de moyens se limitant à attaquer des chefs déterminés du dispositif, que des juridictions de fond, par le souci de rédiger des dispositifs détaillés, répondant de façon circonstanciée aux différents moyens.

Toutefois, même à vouloir détailler et subdiviser au maximum le dispositif, la cassation de l'un des chefs de dispositif entraînera la cassation par voie de conséquence d'autres chefs en cas d'indivisibilité ou de dépendance entre eux, ainsi que le rappela récemment la Cour de cassation de Belgique :

« Si, en règle, la cassation est limitée à la portée du moyen qui en est le fondement, le juge de renvoi a le pouvoir de statuer sur une contestation élevée devant lui qui a été tranchée par un dispositif de la décision annulée autre que celui qu'attaquait le pourvoi mais auquel la cassation s'étend, soit parce qu'il constitue une suite du dispositif attaqué ou lui est uni par un lien nécessaire, soit parce qu'il n'est du point de vue de l'étendue de la cassation, pas distinct de ce dispositif »⁷⁶.

Sur l'application de la critique au cas d'espèce

Le demandeur en cassation entend engager la responsabilité civile de la Banque. Sa demande a été déclarée recevable mais non fondée par les juges de première instance⁷⁷. Elle a été tranchée

⁷⁵ C'est nous qui soulignons.

⁷⁶ Cour de cassation de Belgique, 19 novembre 2020, Journal des tribunaux, 2021, page 279, voir page 284, colonne du milieu, dernier alinéa.

⁷⁷ Arrêt cassé, du 14 décembre 2016 (Pièce n° 5 annexée au mémoire en cassation ; pièce n° 7 annexée au mémoire en réponse), page 2, quatrième alinéa.

par ces derniers dans un point unique y consacré du dispositif de leur jugement, la rejetant comme non fondée⁷⁸.

Sur appel du demandeur en cassation, la Cour d'appel confirma ce jugement, donc ce dispositif⁷⁹.

Ce chef de dispositif, exprimant la décision de déclarer la demande en responsabilité civile non fondée, se rapporte à l'ensemble des moyens invoqués par le demandeur en cassation à l'appui de cette demande.

Il exprime donc tout à la fois le rejet :

- du moyen d'appel tiré de la violation de règles de conduite prévues par la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, au motif que les clients de banques ne sont pas admis à invoquer ces règles dans leurs relations contractuelles avec celles-ci⁸⁰, ce motif ayant été censuré par votre arrêt de cassation du 1^{er} mars 2018 et
- du moyen d'appel tiré de la violation par la Banque de l'article 2 du contrat de gage conclu entre parties le 16 mars 2006, au motif que « [e]n ce qui concerne l'article 2 du contrat de gage aux termes duquel : « Die BANQUE1.) ist berechtigt, bei Fälligkeit ihrer Forderungen, den Pfandgegenstand, zwei Tage nach Zustellung der Zahlungsaufforderung per Einschreiben an die Anschrift des Pfandgebers/Schuldners, gemäß der luxemburgischen Gesetzgebung zu verwerten (...) », il ne joue pas en l'espèce alors que la banque n'a aucunement procédé à la réalisation du gage, mais le portefeuille a été vendu sur ordre de PERSONNE1.) »⁸¹.

Votre arrêt du 1^{er} mars 2018 exprime une cassation en termes généraux.

Conformément à votre jurisprudence, trouvant son origine dans votre arrêt du 12 février 1976, la cassation prononcée par votre Cour « n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base »⁸².

Le moyen de cassation accueilli était relatif à la possibilité, pour les clients de banques, d'invoquer dans leurs relations avec celles-ci, les règles de conduite prévues par la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Le rejet, par la Cour d'appel, du moyen d'appel du

⁷⁸ Le jugement de première instance (jugement XV No. 613/13, numéro 129 872 du rôle, du 24 avril 2013, du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière civile), qui n'a pas été versé par les parties, mais a été consulté par le soussigné dans la banque de données interne JURSearch, comporte de ce point de vue un dispositif formulé comme suit : « dit cette demande [c'est-à-dire la demande en responsabilité civile du demandeur en cassation, qui était à distinguer d'une seconde demande, aux fins d'annulation pour condition potestative d'un contrat de crédit lombard conclu entre parties, que le tribunal d'arrondissement déclarait irrecevable] non fondée et en déboute » (page 8 du jugement, troisième point du dispositif).

⁷⁹ Le dispositif de l'arrêt cassé indique à ce sujet que la Cour d'appel réforma certes partiellement le jugement de première instance, en ce que le tribunal d'arrondissement y avait déclaré irrecevable la demande d'annulation du contrat de crédit lombard (elle dit cette demande recevable, mais non fondée), mais confirma le jugement pour le surplus, donc pour autant que la demande en responsabilité civile y avait été déclarée non fondée : « pour le surplus : confirme le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 24 avril 2013 » (page 27 de l'arrêt).

⁸⁰ Voir les pages 15 à 18 de l'arrêt, sous « Les règles de conduite de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier ».

⁸¹ Arrêt attaqué, page 25, antépénultième alinéa.

⁸² Cour de cassation, 12 février 1976, précité§.

demandeur en cassation tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage n'était pas attaqué par le pourvoi en cassation de ce dernier, donc ne formait pas l'objet d'un moyen de cassation.

Votre arrêt de cassation, prononcé sur base du moyen de cassation relatif à l'invocabilité par les clients des banques des règles de conduite de la loi de 1993, avait pour effet d'atteindre le chef du dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel confirmant le rejet de la demande en responsabilité civile du demandeur en cassation.

La cassation, même si elle n'a été prononcée qu'en raison d'un moyen de cassation relatif à l'un des motifs fondant le chef du dispositif de l'arrêt d'appel rejetant la demande en responsabilité civile, « *n'en laisse rien subsister quel que soit le moyen qui ait déterminé cette annulation* »⁸³. Elle ne laisse donc rien subsister de ce chef de dispositif. Elle remet, partant, dans le débat l'ensemble des motifs de l'arrêt cassé qui soutiennent ce chef de dispositif, ainsi que l'ensemble des moyens d'appel du demandeur en cassation qui ont été rejetés par ces motifs, y compris celui tiré de la violation de l'article 2 du contrat de gage. Il importe peu que ces motifs n'avaient pas été critiqués par le demandeur en cassation dans son pourvoi ayant donné lieu à votre arrêt de cassation.

La possibilité ainsi conférée au demandeur en cassation de critiquer, dans le cadre de l'instance de renvoi après cassation, des motifs de l'arrêt cassé qu'il n'avait pas attaqués dans son pourvoi s'explique parce que ces motifs soutiennent, au même titre que les motifs sanctionnés par l'arrêt de cassation, un même chef de dispositif, en l'occurrence celui ayant déclaré non fondé la demande en responsabilité civile. Dans le cas d'espèce, cette possibilité s'explique en raison du caractère très général du dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel, qui statua sur l'ensemble des prétentions relatives à la demande en responsabilité civile dans un seul chef de dispositif. La solution aurait été différente si la Cour d'appel avait davantage détaillé son dispositif. Elle aurait ainsi pu consacrer au rejet du moyen tiré de l'invocabilité des règles de conduite et au rejet du moyen tiré de la violation du contrat de gage des chefs de dispositifs spécifiques et séparés, suivis d'un chef de dispositif en tirant la conclusion, qu'il y a lieu de rejeter la demande en responsabilité civile. Dans ce cas, la cassation sanctionnant le rejet du moyen tiré de l'invocabilité des règles de conduite aurait eu pour effet de mettre à néant le chef de dispositif consacré à ce rejet et, par voie de conséquence, celui rejetant la demande en responsabilité, mais elle aurait laissé subsister le chef constatant le rejet du moyen relatif à la violation du contrat de gage, qui aurait ainsi acquis autorité de chose jugée.

Toutefois, comme votre jurisprudence a, sur le modèle de la jurisprudence française actuelle, mais à la différence de la jurisprudence belge, une lecture très formelle de ce qu'il faut comprendre comme « dispositif », excluant toute possibilité de prise en considération des motifs soutenant un chef de dispositif, elle subordonne la portée de vos arrêts, du moins si ces derniers prononcent des cassations en termes généraux, aux aléas de la rédaction des dispositifs par les juges du fond. La simplicité du critère tiré de la détermination du chef de dispositif sur base du seul libellé de la décision annulée, sans possibilité de prise en considération des motifs qui le soutiennent, donc sans possibilité de considérer que l'annulation spécifique à un motif ne met à néant le chef de dispositif que pour autant qu'il trouve appui dans ce motif, tout en maintenant ce même chef pour autant qu'il trouve appui dans d'autres motifs, est donc acquise au prix d'un certain aléa à supporter par les plaideurs.

⁸³ Cour de cassation française, première chambre civile, 15 décembre 1965, précité.

Une lecture moins formaliste du dispositif, qui permettrait, sur le modèle de la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, de comprendre ce dernier à la lumière des motifs sur lesquels il se fonde, aurait pu autoriser de considérer que votre arrêt de cassation n'atteint le chef de dispositif du rejet de la demande en responsabilité civile que dans la mesure où cette demande est fondée sur l'invocation des règles de conduite de la loi de 1993, mais le laisse subsister dans la mesure où il est fondé sur le rejet d'autres motifs non attaqués.

Comme votre jurisprudence sur la portée du dispositif paraît fixée et qu'elle a des implications larges concernant tant la détermination de l'autorité de la chose jugée que la question de la recevabilité de l'appel immédiat contre les décisions mixtes, il est difficile d'envisager de tels assouplissements, de sorte que le moyen est, dans ses deux dernières branches, fondé : la cassation a eu pour effet d'anéantir le chef de dispositif décidant le mal-fondé de la demande en responsabilité civile, privant ainsi de l'autorité de chose jugée tous les motifs de l'arrêt cassé qui soutiennent ce chef, y compris celui relatif à la violation de l'article 2 du contrat de gage. Les moyens d'appel ayant donné lieu à ces motifs pouvaient donc à nouveau être soulevés devant la juridiction de renvoi après cassation.

Le premier moyen n'est donc pas fondé en ce qui concerne les deux premières branches, mais fondé en ce qui concerne les deux dernières branches.

Sur le second moyen de cassation

Le second moyen est tiré de la violation du principe d'égalité des armes consacré par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que la Cour d'appel, pour débouter le demandeur en cassation, a pris en compte, de manière décisive, les attestations rédigées pour le compte de la défenderesse en cassation par les employés de celle-ci, portant sur ce qui aurait été dit lors d'entretiens que le demandeur en cassation aurait menés avec eux, sans présence de tierces personnes, aux motifs que « - *Audition à titre de témoins des salariés de la société BANQUE1.) Pour autant qu'il faille comprendre les développements de PERSONNE1.) comme s'opposant à ce que deux salariés actuels de la société BANQUE1.) (PERSONNE2.) et PERSONNE3.) soient considérées comme témoins en raison de cette qualité de salariés, il y a lieu de rejeter ses conclusions. Il est de principe que tout tiers à l'instance peut être entendu comme témoin, et ces 31 salariés sont des tiers à l'instance qui se noue entre PERSONNE1.) et la société BANQUE1.). Leur seule qualité de salariés liés par un lien de subordination à la société BANQUE1.) ne saurait suffire pour leur dénier la qualité de témoins. La seule conséquence qui puisse en découler est, comme pour tout témoin, la faculté d'apprécier avec plus ou moins de sévérité la pertinence de leurs témoignages. Pour autant qu'il faille comprendre les développements de PERSONNE1.) comme s'opposant, sur base de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à ce que les deux salariés de la société BANQUE1.) soient considérés comme témoins en raison de l'impossibilité pour lui de présenter des témoins susceptibles d'apporter la preuve contraire, il y a de même lieu de rejeter ses conclusions. Il est de principe que la circonstance à elle seule qu'une partie dispose de témoins et l'autre non n'est pas constitutive d'une violation des droits de la défense et n'équivaut pas automatiquement à une rupture de l'égalité des armes (J.-C. Wiwinius, L'application de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juridictions luxembourgeoises, Pasicrisie 31, page 231). A cela s'ajoute que PERSONNE1.) verse aux débats une attestation testimoniale de son épouse qui est capable de témoigner et dont le témoignage peut être pris en considération.*

PERSONNE1.) demande encore expressément sur base des articles 348 et 403 du Nouveau Code de Procédure Civile que les deux salariés de la société BANQUE1.) auteurs des attestations testimoniales soient entendus comme témoins par la Cour. Il est vrai que la Cour jouit de la faculté, en présence d'une attestation testimoniale, de procéder à l'audition de la personne de l'auteur de cette attestation. Toutefois, attestation testimoniale et audition de témoin sont placées par le Nouveau Code de Procédure Civile sur un pied d'égalité, de sorte que l'audition de l'auteur de l'attestation est laissée à la libre appréciation de la juridiction saisie et ne s'impose que si cette audition est de nature à apporter des éléments d'appréciation supplémentaires utiles pour la solution du litige. Tel n'est pas le cas, ainsi qu'il sera retenu ci-après dans le cadre de l'appréciation des éléments de conviction rassemblés au dossier, alors que les attestations de ces deux témoins sont claires, précises et détaillées et que PERSONNE1.) n'explique pas en quoi leur audition par la Cour serait susceptible d'apporter un éclairage nouveau à leurs attestations. Dans ses conclusions du 1er juillet 2019, PERSONNE1.) propose encore l'audition comme témoin d'un ancien salarié de la société BANQUE1.), qui avait suivi ses affaires pendant des années. Abstraction de ce que c'est à tort que PERSONNE1.) y affirme que « la Cour d'appel antérieurement saisie ne s'était pas prononcée » sur cette offre de preuve, dès lors qu'il résulte de la lecture de l'arrêt du 14 décembre 2016 que cette audition a été rejetée aux motifs que « cette offre de preuve ne tend en résumé qu'à établir que celui-ci était l'interlocuteur exclusif de PERSONNE1.) et se chargeait seul de faire le nécessaire pour assurer la gestion de ses avoirs et qu'il entretenait avec lui une relation de confiance étroite qui n'a jamais été entachée du moindre malentendu, elle doit être rejetée pour manque de pertinence alors qu'elle ne contient aucun élément de nature à influencer d'une quelconque manière la décision à prendre par la Cour alors surtout qu'il résulte encore de son libellé 32 même que PERSONNE4.) n'était plus au service de la banque en 2008 », la Cour actuellement saisie souscrit pleinement à cette motivation et écarte pour cette raison la demande d'audition du témoin PERSONNE4.). - Audition à titre de témoin de PERSONNE1.) Pour autant qu'il faille comprendre les développements de PERSONNE1.) comme emportant le droit pour lui ou l'obligation pour la Cour de l'entendre comme témoin, il y a lieu de rejeter ses conclusions. Il est de principe que tout tiers à l'instance, mais seulement les tiers à l'instance, peuvent être entendus comme témoin. PERSONNE1.) étant partie à l'instance, il ne peut être entendu comme témoin. Pour autant qu'il faille comprendre les développements de PERSONNE1.) comme emportant, sur base de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit pour lui ou l'obligation pour la Cour de l'entendre comme témoin, il y a lieu de rejeter ses conclusions. La circonstance qu'une partie dispose de témoins et l'autre non n'est pas constitutive d'une violation des droits de la défense et n'équivaut pas automatiquement à une rupture de l'égalité des armes (J.-C. Wiwinius, *L'application de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juridictions luxembourgeoises*, Pasicrisie 31, page 231), et n'emporte pas modification du droit national formant obstacle à l'audition d'une partie comme témoin. - Audition de PERSONNE1.) dans le cadre d'une comparution des parties PERSONNE1.) demande expressément sur base des articles 348 et 384 du Nouveau Code de Procédure Civile à être entendu par la Cour, sans prestation de serment, dans ses déclarations personnelles. La comparution personnelle des parties constitue une mesure d'instruction à laquelle la Cour peut avoir recours sur base des dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile. S'agissant d'une simple mesure d'instruction, et non pas d'un moyen de preuve, le choix d'y recourir relève du pouvoir d'appréciation de la Cour, qui s'opère essentiellement au regard de l'utilité ou de la pertinence de la mesure sollicitée. En l'espèce, pareille comparution personnelle de PERSONNE1.) n'est pas de nature à apporter un élément nouveau ou additionnel au dossier. La Cour est en effet amplement informée à travers les conclusions écrites produites par PERSONNE1.) au cours de l'instance d'appel sur sa position concernant le déroulement des

faits au cours des journées des 8 au 10 octobre 2008. Les explications personnelles qu'il fournirait à la Cour ne différeraient pas de ces conclusions écrites, et ne seraient pas de nature à peser dans la balance de l'appréciation des éléments factuels du litige. - Appréciation globale sur « l'égalité des armes » Les développements de PERSONNE1.) doivent en fin de compte encore être compris comme faisant valoir une atteinte au principe de légalité des armes au cas où les attestations testimoniales écrites des deux salariés actuels de la société BANQUE1.) devaient être considérées, où il devait être exclu de l'audition comme témoin et où il ne devait pas être entendu dans le cadre d'une comparution des parties. Dans la mesure où ces trois événements se réalisent, il y a lieu d'analyser l'argument de PERSONNE1.), pour toutefois le rejeter. L'égalité des armes ne signifie pas que chaque partie doive pouvoir disposer des mêmes moyens de preuve, sous peine de paralyser l'administration de la justice et le cours normal des instances judiciaires. Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose le respect de l'égalité des armes et partant l'obligation d'offrir à chaque partie une 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, la Cour retient que l'accent doit être mis d'une part sur le caractère « raisonnable » de pouvoir présenter sa cause, ce qui n'implique ni une contrainte absolue ni une égalité parfaite, et d'autre part sur la faculté de « présenter » sa cause, ce qui n'implique pas une égalité absolue en termes de moyens de preuve. En l'espèce, PERSONNE1.) a eu la faculté de développer longuement en fait et en droit dans ses conclusions écrites sa position concernant la responsabilité de la société BANQUE1.) et il a eu la possibilité de verser aux débats les éléments de preuve qu'il estimait appropriés (documents et attestation testimoniale de son épouse). De même, il a pu solliciter la production de documents additionnels et il a eu la faculté de contester ou de demander le rejet des éléments de preuve versés au dossier par la société BANQUE1.). La circonstance que ces demandes aient été rejetées pour défaut de justification ou défaut de pertinence n'est pas de nature à faire apparaître la procédure dans sa globalité comme ayant porté atteinte au principe de l'égalité des armes. PERSONNE1.) aurait encore pu contester la véracité des dépositions faites par les deux salariés de la société BANQUE1.) en ayant recours notamment aux moyens de droit pénal appropriés à cet égard, voie qu'il s'est abstenu de suivre. », alors que, en accordant une importance décisive aux témoignages des employés de la banque tout en refusant d'ordonner une confrontation entre ces employés et le demandeur en cassation ou une mesure d'instruction complémentaire, la Cour d'appel a placé le demandeur en cassation dans une situation de net désavantage par rapport à la partie adverse et qu'il ne saurait lui être reproché de s'être abstenu d'avoir eu recours aux moyens de droit pénal appropriés, la Cour d'appel devant veiller au respect du droit au procès équitable, de sorte que celle-ci a violé la disposition visée au moyen.

Dans son second moyen, le demandeur en cassation invoque une violation du principe d'égalité des armes déduite de ce que la Cour d'appel aurait accordé une importance décisive aux témoignages des employés de la banque, exprimés sous forme d'attestations testimoniales, tout en refusant d'ordonner une confrontation ou une mesure d'instruction complémentaire.

S'agissant des principes régissant la question de l'égalité des armes et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg le soussigné se permet de renvoyer à ses conclusions prises dans l'instance ayant donné lieu, dans le cadre de la présente espèce, à votre arrêt de cassation du 1^{er} mars 2018⁸⁴.

Appréciant souverainement les moyens de preuve, la Cour d'appel a, par les motifs critiqués par le moyen et y cités, exposé de façon détaillée pourquoi elle considéra :

⁸⁴ Ces conclusions ont été versées par les deux parties (Pièce n° 7 annexée au mémoire en cassation et pièce n° 8 annexée au mémoire en réponse).

- que les deux employés de la Banque pouvaient légalement être considérés comme témoins⁸⁵,
- que la légalité de cette conclusion n'était pas remise en cause par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸⁶,
- qu'il n'était pas utile pour la manifestation de la vérité d'entendre les deux employés de banque, qui avaient rédigé des attestations testimoniales, comme témoins⁸⁷,
- qu'il n'était pas utile pour la manifestation de vérité d'entendre comme témoin un ancien employé de la Banque⁸⁸,
- que le demandeur en cassation n'avait pas légalement la qualité de témoin⁸⁹,
- que cette qualité de témoin ne résultait pas non plus de l'article 6 précité⁹⁰,
- qu'il n'était pas utile à la manifestation de la vérité d'entendre le demandeur en cassation dans ses déclarations personnelles⁹¹ et
- que l'égalité des armes, qui n'implique pas que chaque partie doit pouvoir disposer des mêmes moyens de preuve, n'a, au regard d'une appréciation globale de la procédure considérée dans son ensemble, n'a pas été méconnue⁹².

La conclusion de la Cour d'appel qu'une faute contractuelle de la Banque n'est pas établie repose sur le constat que le demandeur en cassation n'a pas réussi à prouver l'existence d'une décision autonome de la Banque de vendre les actifs de l'intéressé sans l'accord de ce dernier⁹³. A cette fin elle constate que cette allégation du demandeur en cassation n'est pas confortée par l'épouse de ce dernier, qui n'a pas assisté à l'entretien téléphonique dans lequel l'intéressé aurait, selon la Banque, donné son accord à la vente des actifs⁹⁴, tandis que les deux employés de la Banque décrivent en détail les circonstances de cet accord et que ces déclarations sont confirmées par des rapports d'entretien établis immédiatement après les faits⁹⁵.

La Cour d'appel considère donc que le demandeur en cassation ne disposait pas de preuves d'un degré de pertinence aussi élevé que celles invoquées par la Banque, cette pertinence ayant dû être appréciée dans un contexte dans lequel le demandeur avait la charge de la preuve.

Or, l'égalité des armes n'implique pas une égalité des preuves :

⁸⁵ Arrêt attaqué, page 30, dernier alinéa.

⁸⁶ Idem, page 31, deuxième alinéa.

⁸⁷ Idem, même page, troisième alinéa.

⁸⁸ Idem, même page, dernier alinéa.

⁸⁹ Idem, page 32, deuxième alinéa.

⁹⁰ Idem, même page, troisième alinéa.

⁹¹ Idem, même page, deux derniers alinéas.

⁹² Idem, page 33, deux premiers alinéas.

⁹³ Idem, page 34, dernier alinéa.

⁹⁴ Idem, même page, troisième alinéa.

⁹⁵ Idem, même page, avant-dernier alinéa.

« [...] devant le juge civil comme devant le juge pénal, chacune des parties doit être en mesure de contredire tous les arguments ou moyens soulevés par les autres parties, de contester, de manière équivalente, les preuves apportées et de soumettre au juge tous les éléments qu'elle juge pertinents ou utiles dans le débat.

Cette large définition ne signifie toutefois pas que ce droit ne connaît aucune limite.

Ainsi, le droit à l'égalité des chances n'implique en tout cas pas que la bataille juridique devrait aussi être totalement égale : il ne peut, en effet, être question d'une lutte égale lorsque la partie adverse se retrouve les mains vides. En pareil cas, toutefois, il est également requis que chacune de ces parties utilise ses « armes » dans des conditions permettant à la partie adverse d'en évaluer la valeur et de présenter ses propres moyens de défense. En d'autres termes : il ne s'agit pas de rechercher l'équivalence des arguments, étant donné que ces arguments ne sauraient toujours être favorables de la même manière à chacune des parties, mais de rechercher l'occasion équivalente pour chacune de ces parties d'invoquer ses propres arguments et de contester ceux de la partie adverse, sans que cela doive par ailleurs impliquer que – par exemple – le temps de parole alloué à chaque partie soit le même. Il suffit que chaque partie ait pu disposer du temps nécessaire pour développer ses propres moyens et pour contester ceux des autres parties.

Chaque différence de traitement des parties ne constitue donc pas en soi une violation du droit à un procès équitable : l'égalité des armes n'est pas une exigence en soi, ce n'est qu'une exigence dans la mesure où elle est une condition préalable à tout procès équitable. Le droit à l'égalité des armes concerne donc les conditions dans lesquelles sont appliquées les règles de procédure et il n'a, par conséquent, pas pour effet de gommer les différences qui existent entre justiciables, lorsque ces différences ont trait à leur intelligence, leur habileté ou la manière dont ils s'organisent : de telles différences sont parfaitement légitimes et ne constituent pas une violation du droit à l'égalité des armes. »⁹⁶.

La Cour d'appel a par ailleurs souverainement constaté que les mesures d'instruction complémentaires sollicitées par le demandeur en cassation n'étaient pas pertinentes pour permettre à ce dernier d'améliorer la qualité de ses preuves.

Ce raisonnement, dont le bien-fondé relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, donc échappe à votre contrôle, respecte les critères du principe de l'égalité des armes tels qu'ils ont été exposés ci-avant.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

⁹⁶ Patrick DUINSLAEGER, Le droit à l'égalité des armes, Journal des tribunaux, 2015, pages 561 et suivantes, voir page 561.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable.

Il est à rejeter, sous réserve du premier moyen pris en ses troisième et quatrième branches, qui sont fondées.

Pour le Procureur général d'État
Le Procureur général d'État adjoint

MAGISTRAT7.)