

Arrêt commercial

Audience publique du huit juillet deux mille quinze

Numéros 37693, 37791 et 38345 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier assumé.

I)

Entre :

1. la société anonyme SOC1.) LUXEMBOURG, actuellement en liquidation, établie à L-(...), (...), agissant par son liquidateur actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

2. A.), avocat à la Cour, demeurant à L-(...), (...), pris tant en son nom personnel que comme membre du conseil d'administration de la société **SOC2.)**, actuellement en liquidation,

3. B.), actuaire, demeurant à B-(...), (...), pris tant en son nom personnel que comme membre du conseil d'administration de la société **SOC2.)**, actuellement en liquidation,

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey Gallé de Luxembourg du 5 mai 2011 et d'un acte de réassignation du 11 janvier 2012,

sub 1) à 3) comparant par Maître Laurence Payot, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

e t

1. la société d'investissement à capital variable SOC2.), en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en liquidation judiciaire par jugement

du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009 sur base de l'article 104 (1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectifs, représentée par ses liquidateurs judiciaires Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt et 2) Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises,

2. Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC2.**), en liquidation, préqualifiée, suivant les dispositions du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009,

3. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC2.**), en liquidation, préqualifiée, suivant les dispositions du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009,

intimés aux fins du susdit exploit Gallé,

sub 1) à 3) comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

4. la société anonyme SOC3.) (Luxembourg), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

5. la société anonyme SOC4.) COMPANY, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

6. la société anonyme SOC5.) (LUXEMBOURG), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

7. la société anonyme de droit suisse SOC6.) AG, établie et ayant son siège social à CH-(...), (...) et à CH-(...), (...), 1, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Zurich et

Bâle sous le numéro CH (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimées aux fins du susdit exploit Gallé,

sub 4) à 7) comparant par Maître Marc Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

8. **C.**), anciennement président du conseil d'administration de la société **SOC2.**), employé privé, demeurant à L-(...), (...), en son domicile élu en l'étude de Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2324 Luxembourg, 11, avenue Jean-Pierre Pescatore,

intimé aux fins du susdit exploit Gallé,

comparant par Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

9. **D.**), actuel président du conseil d'administration de la société **SOC2.**), domicilié au siège de la société anonyme **SOC3.**) (Luxembourg) à L-(...), (...),

10. **E.**), membre du conseil d'administration de la société **SOC2.**), domicilié au siège de la société anonyme **SOC3.**) (Luxembourg) à L-(...), (...),

11. **F.**), membre du conseil d'administration de la société **SOC2.**), domicilié au siège de la société anonyme **SOC3.**) (Luxembourg) à L-(...), (...),

12. **G.**), membre du conseil d'administration de la société **SOC2.**), domicilié au siège de la société anonyme **SOC3.**) (Luxembourg) à L-(...), (...),

13. **H.**), pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société **SOC2.**), ayant demeuré à F-(...), (...), actuellement à BP (...), Cameroun, zone résidentielle (...),

intimés aux fins du susdit exploit Gallé, l'intimé **H.**) ayant été réassigné par acte d'huissier de justice du 11 janvier 2012,

sub 9) à 13) comparant par la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite à la liste V du tableau de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

14. la société anonyme SOC7.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit Gallé,

comparant par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

15. la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF), établissement public, établie à L-1150 Luxembourg, 110, route d'Arlon, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro J26, représentée par sa direction actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit Gallé,

comparant par Maître Albert Rodesch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

16. la FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), agissant par son chairman en fonctions R.K.) avec siège social à 1735, K Street, NW, Washington DC, 20006-1506 USA(301) 590-6500,

intimée aux fins du susdit exploit Gallé, réassignée selon acte d'huissier de justice du 11 janvier 2012,

ne comparant pas,

17. J.), syndic de la liquidation ayant fait l'objet d'une consolidation substantive de I.) Investment Securities LLC et I.), établi à (...),(...), New York, (...) USA,

intimé aux fins du susdit exploit Gallé, réassigné selon acte d'huissier du 11 janvier 2012,

ne comparant pas,

18. les ETATS-UNIS D'AMERIQUE, représentés par le département du ministère de la Justice des Etats-Unis, ayant ses bureaux au 950, Avenue de Pennsylvanie, NW, Washington DC, 20530-0001, à son domicile élu en l'étude de Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1661 Luxembourg, 47, Grand-Rue

intimés aux fins du susdit exploit Gallé, réassignés selon acte d'huissier de justice du 11 janvier 2012,

comparant par Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II)

Entre :

1. la société anonyme SOC3.) (Luxembourg), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2. la société anonyme SOC4.) COMPANY, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

3. la société anonyme SOC5.) (LUXEMBOURG), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

4. la société anonyme de droit suisse SOC6.) AG, établie et ayant son siège social à CH-(...), (...) et à CH-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Zurich et Bâle sous le numéro CH 270.3.004.6464., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane Gloden d'Esch-sur-Alzette des 10 mai et 10 juin 2011 et d'un acte de réassignation du 29 février 2012,

sub 1) à 4) comparant par Maître Marc Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

et :

1. la société d'investissement à capital variable SOC2.), en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en liquidation judiciaire par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009 sur base de l'article 104 (1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectifs, représentée par ses liquidateurs judiciaires Maître Alain RUKAVINA, avocat à la

Cour, demeurant professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt et 2) Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises,

2. Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC2.**), en liquidation, préqualifiée, suivant les dispositions du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009,

3. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC2.**), en liquidation, préqualifiée, suivant les dispositions du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009,

intimés aux fins du susdit exploit Gloden,

sub 1) à 3) comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

4. la société anonyme SOC1.) Luxembourg, en liquidation volontaire, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), agissant par son liquidateur actuellement en fonctions,

5. B.), membre du conseil d'administration de la société **SOC2.**), demeurant à B-(...), (...),

6. A.), avocat à la Cour, demeurant à L-(...), (...), pris tant en son nom personnel que comme membre du conseil d'administration de la société **SOC2.**), actuellement en liquidation,

intimés aux fins du susdit exploit Gloden,

sub 4)-6) comparant par Maître Laurence Payot, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

7. C.), anciennement président du conseil d'administration de la société **SOC2.**), employé privé, demeurant à L-(...), (...), en son domicile élu en l'étude de Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2324 Luxembourg, 11, avenue Jean-Pierre Pescatore,

intimé aux fins du susdit exploit Gloden,

comparant par Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

8. D.), actuel président du conseil d'administration de la société SOC2.), domicilié au siège de la société anonyme SOC3.) (Luxembourg) à L-(...), (...)

9. E.), membre du conseil d'administration de la société SOC2.), domicilié au siège de la société anonyme SOC3.) (Luxembourg) à L-(...), (...)

10. F.), membre du conseil d'administration de la société SOC2.), domicilié au siège de la société anonyme SOC3.) (Luxembourg) à L-(...), (...);

11. G.), membre du conseil d'administration de la société SOC2.), domicilié au siège de la société anonyme SOC3.) (Luxembourg) à L-(...), (...);

12. H.), ancien membre du conseil d'administration de la société SOC2.), ayant demeuré à (...) à F-(...), actuellement à (...), Cameroun, zone résidentielle Nouvelle route Bastos,

intimés aux fins du susdit exploit Gloden, l'intimé H.) ayant été réassigné suivant acte d'huissier de justice du 29 février 2012,

sub 8) à 12) comparant par la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite à la liste V du tableau de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

13. la société anonyme SOC7.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit Gloden,

comparant par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

14. l'établissement public COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF), établi et ayant son siège social à L-1150 Luxembourg, 110, route d'Arlon, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro J26, représentée par sa direction actuellement en fonctions,

intimé aux fins du susdit exploit Gloden,

comparant par Maître Albert Rodesch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

15. la FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), agissant par son chairman en fonctions R.K.) avec siège social à (...), (...),(...),(...),

intimée aux fins du susdit exploit Gloden,

ne comparant pas,

16. J.), syndic de la liquidation ayant fait l'objet d'une consolidation substantive de I.) Investment Securities LLC et I.), établi à (...),(...) USA,

intimé aux fins du susdit exploit Gloden, réassigné suivant acte d'huissier de justice du 29 février 2012,

ne comparant pas,

17. les ETATS-UNIS D'AMERIQUE, nation souveraine, établie conformément à la Constitution des Etats-Unis, représentés par le département du ministère de la Justice des Etats-Unis, ayant ses bureaux au 950, Avenue de Pennsylvanie, NW, Washington DC, 20530-0001, à son domicile élu en l'étude de Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1661 Luxembourg, 47, Grand-Rue

intimés aux fins du susdit exploit Gloden,

comparant par Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg

III)

Entre :

la société anonyme SOG7.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice suppléant Véronique Reyter en remplacement de l'huissier de justice Jean-

Claude Steffen d'Esch-sur-Alzette du 14 juin 2011 et d'un acte de réassignation des 7 et 29 mars 2012,

comparant par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme SOC2.) en liquidation, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en liquidation judiciaire par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009 sur base de l'article 104 (1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectifs, représentée par ses liquidateurs judiciaires, Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, et Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises,

2. Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC2.)**, en liquidation judiciaire, préqualifiée,

3. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC2.)** en liquidation, préqualifiée,

intimés aux fins du susdit exploit Reyter,

sub 1) à 3) comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

4. la société anonyme SOC3.) (Luxembourg), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

5. la société anonyme SOC4.) COMPANY, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

6. la société anonyme SOC5.) (LUXEMBOURG), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et

des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

7. la société anonyme de droit suisse SOC6.) AG, établie et ayant son siège social à CH(...), (...) et à CH(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Zurich et Bâle sous le numéro CH (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par ses organes statutaires en fonctions, sinon par ses représentants statutaires ou légaux en fonctions,

intimées aux fins du susdit exploit Reyter,

sub 4) à 7) comparant par Maître Marc Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

8. la société anonyme SOC1.) Luxembourg, actuellement en liquidation, établie à L(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), agissant par son liquidateur actuellement en fonctions,

9. B.), actuaire, demeurant à B(...), (...),

10. A.), avocat à la Cour, demeurant à L(...), (...), en son domicile élu en l'étude de Maître Laurence PAYOT, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2132 Luxembourg, 8, avenue Marie-Thérèse,

intimés aux fins du susdit exploit Reyter,

sub 8) - 10) comparant par Maître Laurence Payot, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

11. C.), employé privé, demeurant à L(...), (...), en son domicile élu en l'étude de Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2324 Luxembourg, 11, avenue Jean-Pierre Pescatore,

intimé aux fins du susdit exploit Reyter,

comparant par Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

12. D.), sans état connu, domicilié au siège de la société anonyme **SOC3.) (Luxembourg)** à L(...), (...),

13. E.), sans état connu, domicilié au siège de la société anonyme **SOC3.) (Luxembourg)** à L(...), (...);

14. F.), sans état connu, domicilié au siège de la société anonyme

SOC3.) (Luxembourg) à L-(...), (...);

15. G.), sans état connu, domicilié au siège de la société anonyme **SOC3.)** (Luxembourg) à L-(...), (...);

16. H.), ayant demeuré à F-(...), (...), actuellement à (...), Cameroun, (...),

intimés aux fins du susdit exploit Reyter, l'intimé **H.)** ayant été réassigné suivant acte de l'huissier de justice Reyter du 29 mars 2012,

sub 12)-16) comparant par la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite à la liste V du tableau de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

17. l'établissement public COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF), établi à L-1150 Luxembourg, 110, route d'Arlon, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro J26, représentée par sa direction actuellement en fonctions,

intimé aux fins du susdit exploit Reyter,

comparant par Maître Albert Rodesch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

18. la FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), représentée par son chairman en fonctions **R.K.)** avec siège social à 1735, K Street, NW, Washington DC, 20006-1506 USA, ,

intimée aux fins du susdit exploit Reyter,

ne comparant pas,

19. J.), trustee de la liquidation judiciaire de **I.) Investment Securities LLC** et des affaires de **I.),** établi à (...),(...), New York, (...) USA,

intimé aux fins du susdit exploit Reyter, réassigné suivant acte d'huissier de justice du 7 mars 2012,

ne comparant pas,

20. les ETATS-UNIS D'AMERIQUE, nation souveraine, établie conformément à la Constitution des Etats-Unis, représentés par le département du ministère de la Justice des Etats-Unis, ayant ses bureaux au 950, Avenue de Pennsylvanie, NW, Washington DC, 20530-0001, en son domicile élu en l'étude de Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1661 Luxembourg, 47, Grand-Rue

intimés aux fins du susdit exploit Reyter,

comparant par Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL

I. Les rétroactes

A. Les trois assignations à la base du jugement 296/11 du tribunal d'arrondissement du 4 mars 2011

Par exploits d'huissier de justice des 17 et 18 décembre 2009, la société d'investissement à capital variable **SOC2.)** en liquidation, Maître Alain RUKAVINA et Monsieur Paul LAPLUME agissant en leur qualité de liquidateurs judiciaires et de représentants des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC2.)** en liquidation, ont donné assignation à 1. la société anonyme **SOC3.)** (LUXEMBOURG), 2. la société anonyme **SOC4.)** COMPANY, 3. la société anonyme **SOC5.)** (LUXEMBOURG), 4. la société de droit suisse **SOC6.)** AG, 5. la société anonyme **SOC1.)** LUXEMBOURG, 6. **C.)**, 7. **D.)**, 8. **E.)**, 9. **F.)**, 10. **G.)**, 11. **B.)**, 12. **A.)**, 13. **H.)**, 14. la société anonyme **SOC7.)** et 15. la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour y voir condamner **SOC3.)** S.A. à restituer les titres et instruments financiers énumérés dans l'exploit ci-annexé et à payer à titre de dommages-intérêts pour frais engagés, taxe d'abonnement réglée et autres débours un montant de 10 millions d'Euros ou toute somme supérieure à déterminer par voie d'expertise comptable avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice, y voir condamner solidairement sinon in solidum les parties défenderesses, hormis la CSSF, à payer le montant de 1.323.852.143,93 USD augmenté par le résultat d'une gestion en bon père de famille et conforme à la politique d'investissement à partir du 30 novembre 2008 jusqu'à exécution, y voir condamner les parties défenderesses, hormis la CSSF, solidairement sinon in solidum avec l'obligation de restitution de BMIS qui a fait l'objet de la déclaration de créance du 27 février 2009 que **SOC2.)** a déposé à titre conservatoire et de

façon contrainte. Les demandeurs ont encore requis que les montants réclamés soient majorés du taux de l'intérêt légal, à se voir allouer une provision de 500.000.000 € et une indemnité de procédure de 50.000 €.

Par exploits d'huissier de justice des 13 avril et 17 mai 2010, la société anonyme **SOC1.) LUXEMBOURG, A.) et B.)** ont donné assignation en intervention à 1. la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF), 2. la UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC), 3. la FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), 4. **J.)**, 5. la société anonyme **SOC3.)** (LUXEMBOURG), 6. la société anonyme **SOC4.)** COMPANY, 7. la société anonyme **SOC5.)** (LUXEMBOURG), 8. la société de droit suisse **SOC6.)** AG et 9. la société anonyme **SOC7.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour voir *dire que les assignés en intervention doivent prendre fait et cause pour les demandeurs en intervention, en principal, intérêts et frais, voir évaluer la demande en intervention aux mêmes montants que la demande originaire, voir dire que la CSSF a failli à son obligation de surveillance dans l'intérêt public, s'entendre solidairement, sinon in solidum condamner à tenir les demandeurs en intervention quittes et indemnes de toute condamnation pouvant intervenir à leur encontre en principal, intérêts et frais, s'entendre condamner à des dommages et intérêts personnels pour chaque demandeur en intervention, de l'ordre de 500.000 EUR avec les intérêts légaux à partir du jour de l'assignation jusqu'à solde, s'entendre condamner à tous les frais et dépens de l'instance et au vu de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile s'entendre condamner solidairement sinon in solidum en outre à payer à titre de somme non comprise dans les dépens un montant de 10.000 €.*

Par exploit d'huissier de justice du 8 juillet 2010, la société anonyme **SOC1.) LUXEMBOURG, A.) et B.)** ont donné assignation en intervention aux mêmes entités que celles assignées dans les exploits des 13 avril et 17 mai 2010, sauf la SEC qui n'a pas été assignée, mais en ses lieu et place les ETATS-UNIS D'AMERIQUE.

La société anonyme **SOC1.) LUXEMBOURG en liquidation, A.) et B.)** se sont en cours d'instance désistés de leur demande dirigée contre la SEC.

Les demandeurs au principal ont en outre demandé à voir déclarer le jugement commun à la CSSF et à lui voir enjoindre de leur communiquer les documents suivants:

(i) copie des conclusions de l'enquête menée par la CSSF - et plus amplement citées dans la lettre de la CSSF du 22.09.2009 adressée aux liquidateurs judiciaires - sur la qualité de l'organisation administrative et générale et du contrôle interne des entités

surveillées, à savoir **SOC3.)** S.A., **SOC4.)**, **SOC5.)** et **SOC1.)** LUXEMBOURG S.A. - en vue de garantir de manière générale la protection de tous les investisseurs en relation d'affaires avec ses entités - enquête qui avait abouti à une conclusion par rapport aux obligations d'**SOC3.)** S.A. le 25.02.2009 et au communiqué de presse de la même date,

(ii) copie de l'injonction adressée par la CSSF à **SOC3.)** S.A. de mettre en place « *l'infrastructure nécessaire, c'est-à-dire, les moyens humains et techniques suffisants et les règles internes nécessaires pour accomplir l'ensemble des tâches liées à sa fonction de banque dépositaire d'OPC luxembourgeois* » conformément à la loi du 20.12.2002 et la Circulaire IML 91-75,

(iii) copie de l'injonction adressée par la CSSF à **SOC3.)** S.A. « *d'analyser et de rectifier toutes les structures et procédures en relation avec son obligation de surveillance découlant de son statut de banque dépositaire et de ce que **SOC3.)** devra veiller à réparer les dommages en relation avec le manquement ci-avant relevé en accord avec les obligations d'une banque dépositaire soumise aux dispositions du droit luxembourgeois, sans préjudice de clauses contractuelles contraires valides et opposables et/ou le cas échéant, d'une éventuelle décision de justice en la matière* »,

(iv) copie du rapport final détaillé et daté de mai 2009 que **SOC3.)** S.A. a remis à la CSSF concernant les améliorations apportées à son infrastructure et les modifications substantielles de ses procédures internes liées à la fonction de banque dépositaire ayant permis à la CSSF de retenir que **SOC3.)** a fourni les preuves et garanties d'avoir en place l'infrastructure et les règles d'organisation interne nécessaires conformément à l'injonction lui adressée et en accord avec les standards professionnels applicables au Grand-Duché de Luxembourg.

Les parties ont d'un commun accord demandé au tribunal de toiser avant tout autre progrès en cause la demande dirigée contre la CSSF.

B. Le jugement du 4 mars 2011

Le tribunal qui a statué avec effet contradictoire à l'égard de la FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA) et **J.)** et contradictoirement à l'égard de toutes les autres parties, après avoir reçu les trois assignations en la forme, joint les demandes principale et en intervention, donné acte à la société anonyme **SOC1.)** LUXEMBOURG en liquidation, **A.)** et **B.)** du désistement de leur demande dirigée contre la SEC et s'être déclaré incompétent pour connaître de la demande incidente en communication de pièces dirigée par ces derniers contre la CSSF, a enjoint à la CSSF de transmettre aux liquidateurs de la sicav **SOC2.)** les documents (i) à (iv) tels que repris ci-dessus.

Le tribunal a écarté le moyen des parties défenderesses tiré des articles 284 et 288 du NCPC, qui ne constitueraient pas le « cadre approprié » pour présenter une demande d'échange d'informations à l'encontre de la CSSF, au motif que l'article 59 du NCPC donne au juge le pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction légalement admissibles et que l'article 60 alinéa 2 du même code prévoit expressément qu'il peut, à la requête d'une partie, demander ou enjoindre la production de tous documents détenus par des tiers. La demande des liquidateurs a été déclarée recevable.

Quant au moyen des parties défenderesses qui estimaient qu'il appartiendrait au juge de la mise en état de statuer par voie d'ordonnance conformément à l'article 211 du NCPC, le tribunal a répondu que la production forcée de pièces peut être demandée *au juge*, en vertu de l'article 60 du NCPC et que serait donc compétente la juridiction saisie du litige dans le cadre duquel est soulevée la question de la production des pièces. Il a ajouté qu'étant donné qu'aucun juge de la mise en état n'avait encore été désigné, la formation de jugement pouvait prononcer des mesures d'instruction ou ordonner une production ou communication de pièces.

Le tribunal a qualifié la demande des liquidateurs de « demande de production forcée des pièces » qui serait à distinguer de la demande en communication des pièces qui consiste à assurer le principe de la contradiction.

Il a dit ensuite, après avoir retenu qu'un demandeur ne saurait assigner en déclaration de jugement commun le détenteur d'une pièce, pour que ce dernier devienne partie au procès et qu'il ne puisse ainsi plus invoquer un empêchement légitime dans son chef, que la CSSF était à considérer comme « tiers » et pouvait à cet égard invoquer l'empêchement légitime tiré du secret professionnel.

Le tribunal a analysé la demande au regard de l'article 134 de la loi du 17 décembre 2010 concernant les opcv, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 par application du principe que les règles gouvernant les modes de preuve sont celles en vigueur au moment où le juge statue.

Il en a déduit que le secret professionnel de la CSSF ne fait pas obstacle à l'échange d'informations au Luxembourg entre la CSSF et les organes impliqués dans la liquidation, la faillite ou d'autres procédures similaires concernant des opcv pour l'accomplissement de leur mission, à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des personnes qui les reçoivent et que ce transfert n'est autorisé que dans la mesure où le secret professionnel de ces personnes offre des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF.

La juridiction du premier degré a ensuite relevé que le législateur national avait omis de transposer en droit interne l'article 102.1 alinéa 2 de la directive 2009/65/CE relatif au secret professionnel de l'organe de surveillance (*i.e.* CSSF) qui dispose que lorsqu'un opcvn ou une entreprise qui concourt à son activité a été déclaré en faillite ou que sa liquidation forcée a été ordonnée, les informations confidentielles qui ne concernent pas les tiers impliqués dans les tentatives de sauvetage peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales, mais qu'il incombait au juge national, par application du principe de l'interprétation conforme, en vertu duquel une juridiction appelée à interpréter le droit national est tenue de le faire, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci, de tenir compte de cette entorse au secret professionnel de la CSSF dans le cadre du litige.

Il a partant examiné la demande introduite au nom des liquidateurs, mais non pas au nom de la société **SOC2.)** qui n'est pas soumise au secret professionnel.

Il l'a dit fondée en ce que les liquidateurs ont pour mission d'agir contre toute personne coupable d'avoir contribué, par ses agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif de l'opcvn de sorte que dans la perspective d'une action en responsabilité exercée en accomplissement de leur mission, les liquidateurs étaient en droit de demander la production du dossier d'enquête **SOC3.)-SOC2.)** établi par la CSSF.

Il a rejeté le moyen des sociétés défenderesses tiré de la violation du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense basé sur le fait que permettre à toutes les parties, autres que la CSSF, d'accéder au produit d'une enquête menée par cette dernière battrait en brèche les règles régissant la preuve dans les affaires civiles, les autres parties n'étant tenues à aucune obligation de coopération et de transparence similaire à celle qui aura pesé sur le professionnel du secteur financier dans le cadre de l'enquête menée par la CSSF, au motif que les liquidateurs seraient, en cas de production des informations mis dans la même situation que les sociétés défenderesses déjà en possession de ces documents.

Il a enfin rejeté le moyen de défense de l'ancien administrateur **H.)** qui était basé sur le fait que l'absence de communication des pièces litigieuses à toutes les parties contreviendrait tant aux dispositions de l'article 65 du NCPC régissant le principe du contradictoire, qu'au principe du procès équitable, visé par l'article 6.1 de la CEDH.

Il s'est finalement déclaré incompétent pour ordonner à la CSSF de communiquer une pièce aux parties **SOC1.), A.)** et **B.)** en vertu du principe de la séparation des pouvoirs et rejeté la demande de celles-ci en allocation d'une indemnité de procédure.

Ce jugement a été signifié les 5 et 6 mai 2011 aux parties **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC7.)**.

II. La procédure devant la Cour d'appel

Les appels des 10 mai et 10 juin 2011 des sociétés SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)

Par acte d'huissier de justice du 10 mai 2011, les sociétés **SOC3.)** (Luxembourg), **SOC4.)**, **SOC5.)** et **SOC6.)** AG (ci-après les sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)**) ont interjeté appel contre le jugement du 3 mars 2011 et ont demandé à le voir réformer, partant dire non fondée la demande de production de pièces présentée par les liquidateurs contre la CSSF.

Par acte d'huissier de justice du 10 juin 2011, les mêmes sociétés ont interjeté appel contre le jugement du 3 mars 2011 et ont demandé, en complément à l'acte d'huissier de justice du 10 mai 2011, à voir annuler le jugement du 3 mars 2011, sinon à le voir réformer.

Ces deux affaires ont été enregistrées auprès de la Cour d'appel sous le numéro du rôle 37791.

Par acte d'huissier de justice du 29 février 2012, les intimés **H.)** et **J.)**, non touchés en personne par le premier acte d'huissier de justice, et qui n'avaient pas constitué avocat, ont été réassignés. L'intimé **H.)** a constitué avocat par la suite, **J.)** continuant à ne pas comparaître.

L'appel du 14 juin 2011 de la société SOC7.)

Par acte d'huissier de justice du 14 juin 2011, la société **SOC7.)** a interjeté appel contre le jugement du 3 mars 2011 et a conclu à son annulation pour excès de pouvoir et violation de la loi, sinon à sa réformation et à voir dire non fondée la demande de production de pièces présentée par les liquidateurs contre la CSSF. Elle a encore demandé à voir dire que c'est à tort que le tribunal a joint les demandes principale et en intervention, étant donné que les assignations en intervention des 17 mai et 8 juillet 2010 ne lui ont pas été signifiées

Cette affaire a été enregistrée auprès de la Cour d'appel sous le numéro du rôle 37693.

Par actes d'huissier de justice des 7 et 29 mars 2012, les intimés **H.)** et **J.)**, non touchés en personne par le premier acte d'huissier de justice, et qui n'avaient pas constitué avocat, ont été réassignés.

L'intimé **H.)** a constitué avocat par la suite, **J.)** continuant à ne pas comparaître.

L'appel du 5 mai 2011 de la société SOC1.), de A.) et de B.)

Par acte d'huissier du 5 mai 2011, la société **SOC1.), A.) et B.)** ont interjeté appel contre le jugement du 3 mars 2011 et ont conclu à voir ordonner la communication de la lettre du 27 janvier 2009 d'**SOC3.)** Luxembourg à la CSSF, à voir dire que la communication de cette pièce et celles aux liquidateurs doit se faire à tous les plaideurs et la société **SOC2.)** se voir condamner à leur payer une indemnité de procédure de 10.000 €.

Cette affaire a été enregistrée auprès de la Cour d'appel sous le numéro du rôle 38345.

Par acte d'huissier de justice du 11 janvier 2012, les appelants ont fait réassigner les parties FINRA, **J.), H.)** et les ETATS-UNIS D'AMERIQUE. Les intimés **H.)** et les ETATS-UNIS D'AMERIQUE ont constitué avocat par la suite, **J.)** continuant à ne pas comparaître.

La partie FINRA a été régulièrement réassignée par acte d'huissier du 11 janvier 2012, qui lui a été remis le 9 février 2012.

L'arrêt sera pris avec effet contradictoire contre les intimés **J.)** et FINRA.

Tous ces appels ont fait l'objet d'une ordonnance de jonction du magistrat de la mise en état du 26 septembre 2013.

Discussion

1.La société **SOC2.)** et les liquidateurs concluent d'abord à l'irrecevabilité de l'appel des sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** du 10 juin 2011 pour avoir le même objet que celui du 10 mai 2011.

Ce moyen est à rejeter étant donné que l'objet du second acte d'appel est de compléter le premier acte d'appel du 10 mai 2011 en ce que les sociétés appelantes demandent à la Cour dans le second acte d'appel, principalement, d'annuler le jugement du 4 mars 2011 pour excès de pouvoir et, subsidiairement, de le réformer, la demande subsidiaire étant identique à celle formulée dans le premier acte d'appel. L'objet des deux actes d'appel n'étant que pour partie identique, le second appel est recevable dans la mesure où les appelants demandent à la Cour autre chose que ce qu'ils ont déjà demandé dans le premier acte d'appel. L'appel du 10 juin 2011 en ce qu'il tend à la réformation du jugement du 4 mars 2011 est cependant irrecevable en ce que son objet est identique à celui du 10 mai 2011.

2. La société **SOC2.)** et les liquidateurs concluent encore à l'irrecevabilité pour cause de tardivité des appels des sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC7.)**, au motif que les défendeurs avaient estimé en première instance que la demande en production forcée des pièces devait être adressée au juge de la mise en état et non pas au tribunal, de sorte qu'ils auraient dû interjeter appel contre cette ordonnance dans le délai de 15 jours à partir de la signification du jugement, délai non respecté en l'espèce, ce qui devrait entraîner l'irrecevabilité.

Ces développements sont hors sujet, étant donné qu'il y a lieu de statuer sur la recevabilité d'un appel interjeté contre un jugement qui a ordonné la production desdites pièces, et non pas contre une ordonnance qui n'a pas été rendue.

3. La société **SOC2.)** et les liquidateurs concluent encore à l'irrecevabilité de l'« appel incident » que les parties **F.), E.), D.), G.)** et **H.)** disent former contre le jugement du 4 mars 2011 en ce que le tribunal a fait droit à la demande dirigée par les liquidateurs contre la CSSF, au motif qu'un tel appel incident d'intimé à intimé serait irrecevable.

L'appel incident doit être dirigé contre un volet du jugement qui n'a pas été entrepris par l'appel principal.

Étant donné que les parties **F.), E.), D.), G.)** et **H.)** s'étaient opposées en première instance ensemble avec les sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC7.)** à la demande en production de pièces et qu'elles poursuivaient donc un but identique à celui des sociétés appelantes au principal, leurs développements actuels ne sont pas à qualifier d'appel incident qui, par définition, soumet à la juridiction d'appel un volet du litige dont elle n'est pas encore saisie par l'appel principal. Il s'agit, en l'espèce, de la réitération de moyens qui n'ont pas été accueillis par le tribunal du premier degré. Les intimés **F.), E.), D.), G.)** et **H.)** ne font partant que se joindre aux moyens développés dans le cadre de l'appel principal.

Toujours est-il que ces intimés font valoir des moyens de nullité contre le jugement de première instance qui n'ont pas été invoqués par les appelants au principal.

Étant donné que la partie **SOC7.)** a déclaré se rallier entièrement aux conclusions des parties **F.), E.), D.), G.)** et **H.)** et se les approprier et que la production de moyens nouveaux en appel à l'appui d'une demande y formulée est recevable, il appartiendra à la Cour, le moment venu, de les intégrer dans l'examen qu'elle sera amenée à faire ci-après.

Il n'y a pas lieu de suivre celles des parties qui discutent des conséquences que serait susceptible d'exercer sur la recevabilité de « l'appel incident » de H.) le fait pour celui-ci d'avoir indiqué dans ses conclusions une adresse où il demeure, ce qui a amené la société **SOC2.)** et les liquidateurs, au vu des doutes qu'ils expriment par rapport à l'exactitude de cette adresse à se rapporter sur ce point à la prudence de la Cour, étant donné que l'indication exacte du domicile est prévue à peine de nullité dans l'acte d'huissier de justice portant assignation, mais non pas dans les écritures échangées entre avocats.

4. La société **SOC2.)** et les liquidateurs se rapportent dans le cadre de l'appel interjeté par la société **SOC1.), A.)** et **B.)**, pour le cas où il devait être déclaré recevable, à prudence de justice en ce qui concerne son bien-fondé, étant donné que le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître de leur demande en délivrance d'une pièce détenue par la CSSF.

Le tribunal du premier degré s'est déclaré incompétent au motif qu'en ordonnant une telle mesure, il violerait le principe de la séparation des pouvoirs, un litige ayant été, quant à cette demande et au moment du jugement, pendant devant le tribunal administratif entre **B.)** et la CSSF.

Ce volet de l'appel est entre temps devenu sans objet. Les appelants ont en effet renoncé par conclusions du 11 janvier 2013 à ce volet de l'appel, étant donné que le tribunal administratif a, par jugement définitif du 18 juillet 2012, ordonné à la CSSF de remettre à **B.)** la pièce réclamée.

Il convient dans ce même contexte de déclarer irrecevable le volet de l'appel de la société **SOC7.)** qui fait grief au tribunal d'avoir joint les demandes en intervention lancées par les parties **SOC1.), A.)** et **B.)** à la demande principale de la sicav **SOC2.)** et de ses liquidateurs, au motif que ces assignations ne lui auraient pas été régulièrement signifiées, étant donné que la décision de jonction est une mesure administrative non susceptible d'appel (Cass. 2e civ., 6 avr. 2006, n° 04-16.961 : Juris-Data n° 2006-033151) et que de toute façon, l'appelante n'a pas été lésée dans ses droits au cours de la première instance, abstraction faite de la question de savoir si une assignation en intervention dirigée par un défendeur contre des défendeurs jusque-là non parties à l'instance doit être signifiée aux autres défendeurs.

5. La société **SOC2.)** et les liquidateurs soulèvent encore l'irrecevabilité des appels des sociétés parties **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC7.)** en ce qu'elles n'auraient aucun intérêt pour relever appel, étant donné que l'injonction de produire les pièces s'adresse à la CSSF et que cette dernière, seule lésée, aurait partant seule qualité pour interjeter appel contre cette

décision. Or, il ressortirait des conclusions de la CSSF qu'elle accepte le jugement. De même les appelantes ne feraient-elles état d'aucune lésion de leurs droits.

Les parties appelantes **SOC1.), A.) et B.)** demandent, contrairement aux sociétés appelantes **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.) et SOC7.),** expressément de confirmer le tribunal en ce qu'il a enjoint à la CSSF de produire les pièces.

Les sociétés appelantes **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.) et SOC7.)** de même que les autres intimés, à l'exception de la CSSF et de **C.)** qui se rapporte à prudence de justice, concluent à voir dire que les sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.) et SOC7.)** ont intérêt pour interjeter appel.

La société **SOC7.)** soutient avoir qualité et intérêt pour relever appel en ce que le tribunal aurait commis un excès de pouvoir et que dès lors toute partie au procès serait en droit de relever appel sur ce point spécifique.

Les parties **F.), E.), D.), G.) et H.)** font valoir que la production forcée des pièces nuit à leurs intérêts étant donné que le tribunal a ordonné que la CSSF communique les pièces aux seuls liquidateurs, et qu'une telle mesure viole les droits de la défense de toutes les parties en cause, qui n'auraient pas accès à ces pièces.

Quant à la CSSF qui s'était opposée en première instance à la demande en production forcée des pièces (voir jugement, page 13), elle demande acte en instance d'appel qu'elle accepte le jugement du 4 mars 2011 et qu'elle est disposée à l'exécuter dans toute sa forme et teneur, mais demande à être autorisée à voir occulter dans les documents dont la communication sera ordonnée les noms des tiers et les informations confidentielles sans rapport avec la sicav et/ou avec la perte de ses actifs. Elle informe encore la Cour d'appel de ce qu'elle a, en exécution d'une ordonnance de perquisition et de saisie du 22 juillet 2009 émise par un juge d'instruction de Luxembourg agissant sur commission rogatoire d'autorités judiciaires françaises, remis les pièces litigieuses à la police judiciaire chargée de l'exécution de ladite ordonnance.

Le tribunal a enjoint à la CSSF de produire quatre séries de pièces et de les remettre aux liquidateurs. L'injonction vise uniquement la CSSF qui a cependant déclaré accepter le jugement.

La lettre de la CSSF du 22 septembre 2009 adressée aux liquidateurs judiciaires est de la teneur suivante :

« ... Dès que l'affaire I.) a éclaté, la CSSF a également ouvert une enquête en relation avec les obligations prudentielles des entités surveillées.

Dans son enquête, la CSSF a, en accord toujours avec ses missions légales, contrôlé de manière prioritaire, la qualité de l'organisation administrative générale et du contrôle interne des entités surveillées (en vue de garantir de manière générale la protection de tous les investisseurs en relation d'affaires avec ces entités). Il s'agissait, en tant qu'autorité de surveillance, de déterminer dans ce contexte les violations éventuelles par les différents intervenants et prestataires de services de leurs obligations légales respectives.

*Nos recherches et contrôles sur place ont ainsi notamment fourni les éléments nécessaires pour aboutir à une conclusion par rapport aux obligations d'**SOC3.)** (Luxembourg) SA (« **SOC3.)** ») le 25 février 2009. Ainsi, conformément à ses pouvoirs légaux, la CSSF a enjoint à **SOC3.)** de mettre en place « l'infrastructure nécessaire, c'est-à-dire, les moyens humains et techniques suffisants et les règles internes nécessaires, pour accomplir l'ensemble des tâches liées à sa fonction de banque dépositaire d'OPC luxembourgeois » conformément à la loi du 20 décembre 2002 et à la Circulaire IML 91/75. Nous sommes d'avis que par la publication de notre communiqué de presse daté du 25 février 2009 — précisant entre autres que la CSSF a notamment relevé dans le dossier **SOC3.) / SOC2.)** que « la mauvaise exécution de l'obligation de « due diligence » constitue un manquement grave au devoir de surveillance d'une banque dépositaire et peut par conséquent constituer une violation d'une obligation contractuelle substantielle dans le contexte de la responsabilité de **SOC3.)** au sens de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 » - nous avons clairement indiqué la position de la CSSF en ce qui concerne les manquements organisationnels de la banque dépositaire. Il a également été clarifié que la CSSF a enjoint à **SOC3.)** « d'analyser et de rectifier toutes les structures et procédures en relation avec son obligation de surveillance découlant de son statut de banque dépositaire et **SOC3.)** devra veiller à réparer les dommages en relation avec les manquements ci-avant relevés en accord avec les obligations d'une banque dépositaire soumise aux dispositions du droit luxembourgeois, sans préjudice de clauses contractuelles contraires valides et opposables et/ou, le cas échéant, d'une éventuelle décision judiciaire en la matière. » En mai 2009, **SOC3.)** a remis à la CSSF un rapport final détaillé concernant les améliorations apportées à son infrastructure et les modifications substantielles de ses procédures internes liées à la fonction de banque dépositaire. Après analyse dudit rapport, la CSSF retient que **SOC3.)** a fourni les preuves et garanties d'avoir en place l'infrastructure et les règles d'organisation interne nécessaires conformément à l'injonction lui adressée et en accord avec les standards professionnels applicables au Grand-Duché de Luxembourg. La CSSF, en tant qu'autorité de surveillance prudentielle, veillera, notamment par des contrôles sur place, au respect continu en pratique de ces mesures.*

*Les investigations de la CSSF ne se sont pas limitées à la seule banque dépositaire concernées. Des contrôles sur place ont ainsi été effectués auprès de **SOC4.)** Company SA., de **SOC5.)** Luxembourg et de **SOC1.)** Luxembourg. »*

*Il en ressort que cette enquête visait dans un premier temps la société **SOC3.)** Luxembourg prise en sa qualité de banque*

dépositaire de la sicav **SOC2.)**. Des contrôles ont encore été effectués sur place auprès des sociétés **SOC4.) COMPANY, d'SOC5.) LUXEMBOURG** et d'**SOC1.) LUXEMBOURG**. Ces sociétés ont partant intérêt pour relever appel du jugement dès lors que les pièces à communiquer aux liquidateurs les concernent directement.

Les pièces visées sub iv) du jugement sont constituées par la copie du rapport final détaillé et daté de mai 2009 que la société **SOC3.) Luxembourg** a remis à la CSSF concernant les améliorations apportées à son infrastructure et les modifications substantielles de ses procédures internes liées à la fonction de banque dépositaire, ce qui a permis à la CSSF de retenir que **SOC3.)** avait fourni les preuves et garanties d'avoir en place l'infrastructure et les règles d'organisation interne nécessaires conformément à l'injonction lui adressée et en accord avec les standards professionnels applicables au Grand-Duché de Luxembourg.

Ledit rapport concerne partant « les améliorations apportées par **SOC3.)** à son infrastructure et les modifications substantielles de ses procédures internes liées à la fonction de banque dépositaire ».

Le problème consiste dans le fait que l'intérêt pour agir des appelants est fonction du contenu des pièces qui peuvent les concerner directement ou indirectement, individuellement ou collectivement. Le contenu de ces pièces n'est cependant pas connu par la Cour, sa révélation étant précisément l'objet de l'appel.

Il ressort cependant de l'assignation principale lancée à la requête de la sicav et des liquidateurs que la CSSF a été assignée en déclaration de jugement commun et que la demande dirigée à son encontre en production des pièces a nécessairement pour finalité de l'aveu même des liquidateurs de leur permettre d'y puiser des éléments susceptibles de justifier leur action en responsabilité introduite contre tous les assignés.

Même si le contenu de ces pièces n'est du moins officiellement pas à la connaissance des parties - les documents concernant la société **SOC3.)** prise en sa qualité de dépositaire de même que le rapport qu'elle a établi à la requête de la CSSF est nécessairement à sa connaissance et à celle des autres entités **SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** - et qu'il est partant impossible d'en déterminer le caractère concluant à l'égard de chaque partie défenderesse, la procédure judiciaire initiée par les demandeurs au principal qui tend à la production d'éléments de preuve qu'ils entendent faire valoir contre les défendeurs établit dans le chef de ceux-ci un intérêt né et actuel pour quereller la décision du tribunal.

Ce moyen d'irrecevabilité de l'appel est partant à rejeter.

5.La société **SOC2.)** et les liquidateurs soulèvent encore l'irrecevabilité des appels par application des articles 579 et 580 du NCPC au motif que le tribunal n'a au dispositif du jugement, ni tranché une partie du principal et ordonné une mesure d'instruction

ou une mesure provisoire, ni statué sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident qui met fin à l'instance.

Les développements des intimés **F.)**, **E.)**, **D.)**, **G.)** et **H.)** qui font valoir que l'intégralité de la demande dirigée par les demandeurs au principal contre la CSSF aurait été tranchée sont à écarter étant donné que la mesure d'instruction ordonnée ne vient pas se greffer sur une partie du principal.

Les appels sont irrecevables dans la mesure où les appelants concluent à la réformation du jugement, étant donné que le tribunal n'a pas tranché une partie du principal et ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire et qu'il n'a pas non plus mis fin à l'instance.

L'appel introduit le 10 mai 2011 par les sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** est donc irrecevable. Les frais d'assignation et de réassignation resteront à charge de celles - ci.

L'appel de la société **SOC1.)**, de **A.)** et de **B.)** est devenu sans objet en ce qu'ils ont fait grief au tribunal de s'être déclaré incompétent pour enjoindre à la CSSF de produire la lettre du 27 janvier 2009 d'**SOC3.)** Luxembourg à la CSSF. L'appel est encore motivé par le fait que le tribunal n'a ordonné la communication des pièces qu'aux seuls liquidateurs alors que cette communication devrait se faire en faveur de toutes les parties au procès. Le dispositif de l'acte d'appel est libellé comme suit : « voir enjoindre à la CSSF de communiquer les pièces demandées par les liquidateurs à tous les plaideurs aux fins de garantir un procès équitable et contradictoire à l'encontre de tous ».

Ce faisant, les appelants concluent à la réformation du jugement qui, en vertu des développements faits ci-dessus, ne peut être immédiatement appelé. Il en découle que ce volet de l'appel est irrecevable.

Les frais résultant des exploits d'assignation et de réassignation devront rester intégralement à charge des appelants.

Les appelants **SOC1.)**, **A.)** et **B.)** ont cependant par conclusions du 23 septembre 2013 fait « leurs les arguments adverses pour ce qui est de l'appel-nullité », de sorte que leurs développements y afférents sont à prendre en considération en ce qu'ils les ont pris, non plus en leur qualité de parties appelantes, mais de parties intimées par les appels des sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** du 10 juin 2011 et de la société **SOC7.)** du 14 juin 2011.

Les sociétés appelantes **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC7.)** et les intimés à l'exception de **C.)** font valoir qu'il y a lieu de faire application de la théorie de l'appel-nullité pour déclarer leur

appel recevable. Ils ont exposé que l'appel-nullité est possible, en l'absence de texte prévoyant spécifiquement un recours contre une décision de justice et même en présence d'un texte le prohibant ou le reportant, en cas d'excès de pouvoir, de violation grave des droits de la défense, de violation d'un principe fondamental de procédure, d'erreurs grossières ou de vices particulièrement graves. Ils ont soutenu que les trois conditions pour la recevabilité d'un tel appel sont les suivantes : un texte exclut ou repousse la possibilité du recours ; aucune autre voie de recours ne permet de remédier immédiatement à l'anomalie de la décision et la décision est atteinte d'un vice particulièrement grave.

Les appelants font valoir que la notion d'excès de pouvoir est à interpréter largement et englobe toute transgression grave par le juge des devoirs de sa fonction, notamment lorsqu'il s'arroge des pouvoirs que la loi ne lui reconnaît pas. Un tel excès de pouvoir serait pareillement donné lorsque le juge commet un manquement grave aux devoirs des magistrats en relation avec les principes fondamentaux de la procédure, notamment le respect des droits de la défense.

Quant à la notion d'appel-nullité, il résulte de l'étude de la doctrine et de la jurisprudence françaises invoquées par les parties qu'au cas où la loi interdit tout appel ou en diffère l'exercice, il est possible d'interjeter un appel-nullité en cas d'excès de pouvoir commis par le juge qui a rendu la décision attaquée. Ce recours trouve sa source dans la constatation qu'aucune disposition légale ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours de droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir (Jurisclasseur, procédure civile, fasc. 530, n° 114 et s. ; J.-L. Gallet : La procédure civile devant la Cour d'appel, Litec, 2^{ème} éd., n° 56 et s ; *cf pour l'application des mêmes principes en matière de cassation : J. Boré et L. Boré : La cassation en matière civile, Dalloz Action 2009/ 2010, n° 73.51 et s. ; Droit et pratique de la cassation en matière civile, Lexisnexis, 3^{ème} éd, n° 129 et s. ; C. Puigelier : La pratique de la cassation en matière sociale, Lexisnexis, 2^{ème} éd., n° 937 et s.).*

La théorie dite de « l'appel nullité, importée de la jurisprudence française, a pareillement été consacrée par la Cour de cassation belge dans un arrêt du 1^{er} juin 2006 (Pas. 2006, p.1252). La Cour de cassation a jugé que l'article 1402 du Code judiciaire, qui en principe interdit au juge d'appel de revenir sur l'exécution provisoire accordée par le premier juge, ne faisait pas obstacle à ce que le juge d'appel puisse toutefois annuler cette mesure « lorsqu'elle n'a pas été demandée, lorsqu'elle n'est pas autorisée par la loi, ou encore lorsque la décision a été prise en méconnaissance des droits de la défense ». Depuis cet arrêt, les juridictions de fond ont consacré cette théorie (voir p.ex. Cour d'appel de Liège, 14^{ème} chambre, 29 novembre 2012, JLMB, 2013, p.1954 ; Cour d'appel de Liège, 7^{ème} chambre, 28 novembre 2013, J.T. 2014/2, n° 6546, p.27-28

commenté par Hoc A. ; voir également Cour d'appel de Bruxelles, 16^{ème} chambre, 28 juin 2013, J.T. 2014/32, n° 6576 p.624-625 ; Cour d'appel de Bruxelles, 16^{ème} chambre, 9 juillet 2014, J.T. 2014/32 n° 6576 p.622-624).

Au vu des nombreuses décisions rendues en la matière par les cours et tribunaux français et belges, l'existence d'un tel recours ne fait plus de doute dans ces systèmes juridiques. Il n'existe pas de motifs de ne pas transposer cette solution en droit luxembourgeois.

Concernant la décision du 3 mai 1996 de la Cour d'appel luxembourgeoise citée par la société **SOC2.)** et ses liquidateurs, décision qui, selon ces parties, a rejeté l'application de l'appel-nullité en droit luxembourgeois, il résulte de la lecture de cet arrêt que, saisi du moyen de la partie appelante que l'appel est recevable contre la décision ayant ordonné une communication de pièces, dès lors que le juge a commis un excès de pouvoir, la Cour a répondu qu'il n'y a pas eu d'excès de pouvoir puisque les articles 191 et 192 du code de procédure civile autorisent le juge à enjoindre à une partie ou à un tiers de communiquer une pièce. Rejetant l'existence d'un excès de pouvoir, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la possibilité d'attaquer la décision par un appel-nullité. Cet arrêt ne saurait partant être considéré comme ayant rejeté l'application en droit luxembourgeois de la création prétorienne de l'appel-nullité.

Quant aux cas de figure dans lesquels un tel recours est autorisé, il convient de constater que jusqu'à un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation française du 28 janvier 2005, l'appel-nullité était autorisé, outre en cas d'excès de pouvoir, en cas de violation d'un principe essentiel ou fondamental de procédure. Par son arrêt du 28 janvier 2005, la chambre mixte de la Cour de cassation a mis fin à cette extension de l'appel-nullité, en rappelant que ce recours est réservé au seul cas où un excès de pouvoir a été commis (Bull. civ. 2005, chbre mixte, n° 1). Cette solution a été critiquée par certains auteurs (cf notamment : J. Boré et L. Boré : La cassation en matière civile, Dalloz Action, 2009/2010, 73.57), mais approuvée par d'autres (cf notamment : S. Guichard : Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz Action 2006/2007, n° 541-08). Elle constitue actuellement la position de la Cour de cassation française et elle a été rappelée par un arrêt de la chambre civile de cette même Cour en date du 20 février 2007 (cf R. Perrot, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, dans RTDC 2007, p. 386). La Cour de cassation a rappelé dans cette décision que seul un excès de pouvoir consistant pour le juge de méconnaître l'étendue de son pouvoir de juger pouvait justifier l'ouverture d'un appel-nullité.

En Belgique, cette théorie reçoit une portée plus large qu'en France dans la mesure où dans ce pays, elle ne se cantonne pas à l'hypothèse dans laquelle le juge aurait commis un excès de pouvoir stricto sensu, c'est-à-dire dans laquelle il aurait statué sans pouvoir

de juridiction (J. Van Compernelle « Le double degré de juridiction et les exigences du procès équitable » in J.Van Compernelle et A. Saletti, Le double degré de juridiction - Etude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.6-9) . C'est ainsi qu'en Belgique, dès un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 (Pas. 2004, p.557), il fut entendu que le droit d'appel pouvait renaître lorsque la décision avait été rendue « en violation des droits de la défense ». L'arrêt du 1^{er} juin 2006 y a ajouté l'hypothèse où le juge a statué ultra petita et celle dans laquelle il a statué contra legem. La généralité des termes employés par la Cour de cassation dans son arrêt du 1^{er} juin 2006 avait laissé songer que la théorie dite de « l'appel nullité » puisse être étendue à d'autres domaines. La jurisprudence belge est actuellement fixée en ce sens que la violation des droits de la défense, en ce comprises l'hypothèse où le juge statue ultra petita et celle où il méconnaît le principe de la contradiction, doit continuer à permettre au juge d'appel, que ce soit dans le cas particulier de l'exécution provisoire ou dans un autre contexte, à revenir sur la décision du premier juge même dans le cas où la loi supprime ou restreint cette possibilité. (commentaire des deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Bruxelles des 28 juin 2013 et 9 juillet 2014 par Hoc A. « Principe de la contradiction , obligation de motivation et appel-nullité » J.T. 2014/32, n° 6576, p.613-617).

La Cour adopte la solution dégagée par la Cour de cassation française. Les principes régissant la matière sont identiques dans les deux systèmes juridiques. Les mêmes motifs que ceux invoqués devant les juges français et retenus par ces derniers, soutenus par une large partie de la doctrine, doivent conduire à admettre la même solution en droit luxembourgeois que celle reconnue en droit français. S'agissant en outre d'une voie de recours non prévue par la loi, mais de création prétorienne, son domaine d'application doit être restreint et rester cantonné à l'excès de pouvoir.(voir pour les conditions d'un appel-nullité, Cour d'appel de Versailles, n° de RG 14/03872 du 19 février 2015)

L'appel-nullité n'est ouvert que si trois séries de conditions sont remplies: qu'un texte apporte une atteinte au double degré de juridiction; que la décision à l'encontre de laquelle l'appel est interjeté soit affectée par un vice suffisamment grave et qu'en outre, aucun autre recours ne soit ouvert (JCL procédure civile, Fasc.724 Appel-Appel nullité, Fonctions d'annulation de l'appel n° 17 et suivants).

Quant à la première et la troisième condition, il y a lieu de relever que la recevabilité de l'appel-nullité est conditionnée à la prohibition d'un appel de droit commun. En outre l'appel-nullité est déclaré irrecevable lorsqu'un autre recours permet d'invoquer la nullité d'une décision entachée d'un vice grave. L'irrecevabilité de l'appel-nullité suppose que le plaideur ne dispose d'aucun recours immédiatement recevable. Si le recours est différé par la loi, l'appel-nullité redevient

immédiatement recevable. (JCL procédure civile, Fasc.724 Appel-Appel nullité, Fonctions d'annulation de l'appel n° 30 et suivants).

Il n'est pas contesté que ces deux conditions sont remplies en l'occurrence.

Encore faut-il définir l'excès de pouvoir.

Il est reconnu que l'excès de pouvoir peut se manifester de façon positive, lorsque le juge a outrepassé ses pouvoirs, mais également de façon négative, lorsqu'il n'a pas exercé son pouvoir. L'existence de la deuxième acception est critiquée en doctrine (voir notamment R. Perrot, note précitée).

La notion d'excès de pouvoir positif ne se cantonne pas à l'hypothèse de la transgression de la séparation des pouvoirs, mais elle vise encore les situations telles que lorsque :

le juge transgresse une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité,

il viole un principe fondamental de l'organisation judiciaire,

il statue au mépris d'une immunité de juridiction ou de la compétence exclusive communautaire.

Ne constitue par contre pas un excès de pouvoir :

l'inobservation par le juge de dispositions qui portent atteinte au droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme,

un mal jugé par une erreur de droit,

la méconnaissance de dispositions d'ordre public,

la violation de règles de procédure (cf pour tous ces exemples : J.-L. Gallet : La procédure civile devant la Cour d'appel, Litec, 2^{ème} éd., n° 59).

Il convient tout d'abord d'écarter pour ne pas être pertinents les moyens développés par les parties **F.)**, **E.)**, **D.)**, **G.)** et **H.)** dans leurs conclusions du 23 septembre 2013 (pages 10-14) qui viennent s'ajouter à ceux développés par les sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC7.)**.

Le fait pour le président de chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, de ne pas avoir désigné conformément à l'article 202 du NCPC de juge de mise en état de sorte qu'il a « par là même violé la loi » est inopérant, étant donné que le NCPC n'impose au président de chambre de désigner un juge de la mise en état que dans les affaires qui ne sont pas renvoyées à l'audience, cette décision relevant de sa seule appréciation. La décision que prend le président lorsqu'il se borne à transmettre au juge de la mise en état une affaire qu'il estime ne pouvoir renvoyer à l'audience n'a pas de caractère juridictionnel,

mais constitue une mesure d'administration judiciaire. (JCL, procédure civile, fasc. 220, numéro 14)

Le fait pour le tribunal d'avoir dit siéger en matière civile alors que ce dernier aurait été saisi en matière commerciale amène ces mêmes parties à demander l'annulation du jugement pour violation d'une formalité substantielle pour relever de l'organisation judiciaire. Cette indication fût-elle erronée n'est pas constitutive d'un excès de pouvoir.

Le fait pour le tribunal d'avoir « dans les qualités du jugement procédé à une fausse indication des constitutions d'avocat » n'ouvre pas droit à un appel-nullité, car non constitutif d'un excès de pouvoir. Il s'y ajoute que les qualités ne font pas partie intégrante du jugement et que les intimés ne sont pas concernés par cette prétendue irrégularité.

Le fait pour le tribunal d'avoir donné acte aux parties **SOC1.), A.)** et **B.)** de ce qu'elles se désistaient de leur demande dirigée contre la SEC alors pourtant, selon les appelants, que le tribunal aurait omis de déclarer l'instance éteinte à son égard n'est, abstraction faite de la pertinence du moyen, pas constitutif d'un excès de pouvoir.

En ce qui concerne les moyens tirés de l'excès de pouvoir tels que développés notamment dans les conclusions des sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC7.)**, la Cour d'appel renvoie, dès l'ingrès, à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation française du 27 janvier 1999 (n° de pourvoi 96-44460), cité par le tribunal, qui a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 mai 1996 qui avait dit irrecevable l'appel interjeté par une banque contre un jugement qui lui avait ordonné de verser au greffe un rapport de la commission bancaire française. La Cour d'appel avait dit que l'atteinte prétendument portée au secret bancaire ne peut faire obstacle au pouvoir reconnu au juge d'ordonner communication de tous documents détenus par une partie. Pour fonder sa décision, la Cour de Cassation a retenu qu'« en statuant ainsi, alors que la production ordonnée se heurtait à un empêchement légitime tenant au secret bancaire, en sorte que l'excès de pouvoir entachant la décision des premiers juges rendait l'appel immédiatement recevable », la Cour d'appel avait violé les articles 10,142 et 545 du NCPC (français). Dans son attendu de principe, la Cour de Cassation a dit que « le pouvoir du juge civil d'ordonner la production des éléments de preuve détenus par les parties est limité par l'existence d'un empêchement légitime; que l'appel des jugements qui se bornent à ordonner une mesure d'instruction est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir ».

La Cour qui se rallie aux principes retenus dans cette décision va partant déterminer s'il entrait dans les pouvoirs du tribunal

d'arrondissement d'ordonner à la CSSF de remettre les pièces aux liquidateurs, étant rappelé que la demande de la sicav **SOC2.)** en production de ces pièces a été rejetée par le tribunal et qu'elle n'a pas relevé appel incident de ce volet du jugement.

La juridiction du premier degré a qualifié la demande des liquidateurs de demande en production de pièces dirigée contre la CSSF prise en qualité de tiers qui est en droit d'invoquer un empêchement légitime dans son chef tiré du secret professionnel.

Le tribunal a déclaré applicable à la solution du litige l'article 134 paragraphe (5) de la loi du 10 décembre 2002 sur les opcvn telle que modifiée par celle du 17 décembre 2010.

Il en a conclu qu'il résulte de cette disposition que le secret professionnel de la CSSF ne fait pas obstacle à l'échange d'informations au Luxembourg entre la CSSF et les organes impliqués dans la liquidation, la faillite ou d'autres procédures similaires concernant des OPC pour l'accomplissement de leur mission, à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des personnes qui les reçoivent, dans la mesure où le secret professionnel de ces personnes offre des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF.

Il a encore invoqué l'article 102.1 alinéa 2 relatif au secret professionnel de la directive 2009/65/CE qui prévoit que lorsqu'un opcvn ou une entreprise qui concourt à son activité a été déclaré en faillite ou que sa liquidation forcée a été ordonnée, les informations confidentielles qui ne concernent pas les tiers impliqués dans les tentatives de sauvetage peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales.

Il a enfin dit que le législateur national a omis de transposer cette disposition en droit interne. Toutefois, comme la Cour de justice de l'Union européenne a dégagé le principe de l'interprétation conforme, en vertu duquel une juridiction nationale appelée à interpréter le droit national est tenue de le faire, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci, il incombe aux juges saisis de tenir compte de cette entorse au secret professionnel de la CSSF dans le cadre du présent litige.

Les intimés **F.), E.), D.), G.)** et **H.)** font valoir que le tribunal a appliqué au litige la loi du 17 décembre 2010 alors que l'ordonnance de clôture date du 25 décembre 2010 et qu'ils n'ont pas rouvert les débats pour permettre aux parties de prendre position. Ils concluent à la réformation du jugement en ce que les juges ont commis une erreur de droit. Ils soutiennent que ce faisant, le tribunal aurait violé les droits de la défense.

Pour autant que les conclusions des intimés soient à interpréter comme demande en annulation du jugement en ce que le tribunal aurait violé les droits de la défense en ne soumettant pas la question de l'applicabilité de la loi du 17 décembre 2010 à débat contradictoire, il y a lieu de rappeler que cette violation, dût - elle avoir eu lieu, ne donne pas ouverture à appel-nullité, dès lors que le tribunal n'a ce faisant pas non plus commis un excès de pouvoir.

Pour déclarer applicable la loi nouvelle du 17 décembre 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, le tribunal a retenu qu' « en vertu du principe que les règles gouvernant les modes de preuve sont celles en vigueur au jour où le juge statue, la nouvelle loi du 17 décembre 2010 est applicable aux pièces établies antérieurement à son entrée en vigueur, mais dont l'utilisation, respectivement la communication, fait l'objet d'un litige non encore définitivement tranché à cette date (Cour de cassation française Civ.1^{re}, 3 mai 2006, Bull. civ.I n° 2007 (*note de la Cour : en réalité, il s'agit du n°207*), Civ. 1^{re} 31 janvier 2008, Bull. civ. I n° 32 et Com. 30 mars 2010 Bull. IV n° 69) et qu'en dehors des règles relatives à la preuve préconstituée, œuvre des parties, et aux présomptions légales, œuvre directe de la loi, les autres règles relatives à la preuve concernant la seule œuvre du juge, sont celles déterminées par la loi en vigueur au jour où il statue (P.Roubier, Paris 1962, p.239)(cf. Trib. arr. Luxbg numéro du rôle 184/871 du 25 mars 1987). »

Les appelants font valoir qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la loi du 17 décembre 2010 qui ne serait pas une loi de procédure et rappellent que la liquidation judiciaire de la sicav **SOC2.)** a été prononcée par jugement du 2 avril 2009 et que les pièces dont la production est demandée ont été établies soit par la CSSF (les trois premières), soit par **SOC3.)** (le rapport) dans la première moitié de l'année 2009, de sorte que les règles de preuve à appliquer seraient celles qui étaient en vigueur à cette époque, partant celles prévues à l'article 98 de la loi du 20 décembre 2002 sur les opcv.

Ils font encore grief au tribunal d'avoir dit que le législateur aurait omis de transposer l'article 102.1 alinéa 2 de la directive 2009/65/CE relatif au secret professionnel, dès lors que ce texte communautaire ne fait pas obligation aux Etats membres de transposer ces dispositions en droit national, le contenu dudit article ne faisant que prévoir une possibilité pour les Etats membres de transposer ou non cette disposition en droit national, ce que le Grand-Duché de Luxembourg aurait sciemment omis de faire. Ils reprochent partant au tribunal d'avoir interprété la loi de 2002 telle que modifiée par celle de 2010 à la lumière d'un article de la directive dont il n'y avait pas lieu de tenir compte, le législateur ayant fait le choix de ne pas le transposer.

Les liquidateurs qui concluent à la confirmation du jugement font valoir qu'il y a concordance presque parfaite entre l'article 98 de la loi

sur les opcvn de 2002 et l'article 134 de la même loi telle que modifiée par celle de 2010, sauf que l'ajout *au Luxembourg* inséré dans la loi du 17 décembre 2010 ne signifierait pas que la transmission d'informations régie par la loi de 2002 n'était possible qu'entre autorités se situant dans l'Union Européenne, mais pas au Luxembourg.

Les dispositions transitoires de la loi du 17 décembre 2010 ne concernent pas la question litigieuse, ladite loi étant entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, sauf certaines dispositions qui ne sont entrées en vigueur qu'au 1^{er} juillet 2012. (articles 183-186).

La contradiction n'est qu'apparente entre les articles 192 de la loi de 2010 qui dispose que « la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif est abrogée avec effet au 1^{er} juillet 2012, à l'exception des articles 127 et 129 qui sont abrogés avec effet au 1^{er} janvier 2011 » et l'article 194 qui dispose que la présente loi entre en vigueur le premier jour du mois suivant sa publication au Mémorial » soit en l'espèce le 1^{er} janvier 2011, vu que la loi a été publiée au Mémorial le 24 décembre 2010.

En effet, la loi de 2010 prévoit des dispositions transitoires qui ont pour but de permettre aux opcvn créés sous l'empire de la loi de 2002 de se mettre en conformité avec la loi nouvelle, l'article 183-4 accordant un tel délai jusqu'au 1^{er} juillet 2012, raison pour laquelle celle-ci n'a été abrogée qu'à cette date. (voir le rapport de la commission des finances et du budget du 8 décembre 2010, doc. 6170-4, pages 38 ss)

La question de savoir s'il y a lieu à application de la loi du 20 décembre 2002 qui a transposé la directive 85/611 ou de la loi du 17 décembre 2010 qui a transposé la directive 2009/65/CE est toute relative, voire même sans intérêt pratique.

La Cour note que l'article 134 de la loi du 17 décembre 2010 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 et que le tribunal a retenu à bon droit que les règles relatives à la preuve concernant la seule œuvre du juge sont celles déterminées par la loi en vigueur au jour où il statue. Il a encore dit à bon droit, en se référant à plusieurs décisions rendues par la Cour de Cassation française, que cette loi est applicable aux pièces établies antérieurement à son entrée en vigueur, mais dont l'utilisation respectivement la communication fait l'objet d'un litige non encore tranché au moment où il statue.

La solution serait la même par application de la loi de 2002.

Il convient à cet effet d'abord de déterminer les destinataires pouvant bénéficier de l'échange d'informations.

Les appelants soutiennent au vu du contenu de l'article 134 de la loi de 2010 qui dispose que le secret professionnel de la CSSF ne s'oppose pas à l'échange d'informations à l'intérieur de l'Union Européenne *ou au Luxembourg* et de l'article 98 de la loi de 2002 qui ne contenait pas cet ajout (*ou au Luxembourg*), a contrario, que ce dernier article, qui serait applicable en l'espèce, limitait partant l'échange d'informations de la CSSF aux personnes, autorités ou organes situés dans les Etats membres de l'Union Européenne, à l'exception du Luxembourg.

Ce moyen est à rejeter.

Rien dans les directives concernées, ni dans les travaux préparatoires des lois afférentes de 2002 et 2010 ne permet d'accréditer la thèse selon laquelle la CSSF n'aurait été en droit de transmettre des informations confidentielles qu'à des personnes, autorités ou organes situés sur le territoire des Etats membres de l'Union Européenne, mais non pas à des personnes, autorités ou organes situés au Luxembourg.

Les articles 98 (5) a) tiret 2 de la loi du 20 décembre 2002 et de l'article 134 (5) a) tiret 2 de la loi du 17 décembre 2010, sont de contenu identique, sauf l'ajout *ou au Luxembourg* figurant dans la loi de 2010.

L'interprétation de la directive 2009/65/CE au regard de ses considérants et de son contenu ne permet pas de retenir qu'elle entendait modifier son champ d'application en ce qui concerne les autorités, personnes ou organes pouvant bénéficier de la coopération et qu'il serait plus étendu que celui visé par la directive 85/611 telle que modifiée en ce qu'elle s'appliquerait désormais également au territoire national de l'Etat qui jusqu'à présent ne pouvait qu'accorder une coopération transfrontalière.

Tant les directives que les lois nationales de transposition consacrent des dispositions particulières à la coopération internationale de l'organe de surveillance prudentiel, tel qu'en l'espèce la CSSF avec les autres organes de surveillance situés soit dans l'Union Européenne, soit dans un pays membre de l'AELE, soit dans tout autre pays tiers. Il en est ainsi des articles 98 de la loi de 2002 et 134 de la loi de 2010 en leurs paragraphes respectifs (1) à (4). Cette coopération ne peut qu'être transfrontalière, étant donné que chaque pays membre notamment de l'Union Européenne ne dispose que d'un organe de surveillance des opcvn et qu'il tombe sous le sens que la CSSF ne saurait échanger des informations avec elle-même, de sorte que l'échange d'informations avec les autorités des autres Etats membres de l'Union Européenne dont question au paragraphe (2) des lois concernées de 2002 et de 2010 ne concerne que les autorités de surveillance situées sur le territoire des autres Etats membres de l'Union Européenne, à l'exception du

Luxembourg. Il est par ailleurs inutile de souligner que l'ajout *ou au Luxembourg* ne concerne pas les paragraphes (1) à (4) de l'article 134 de la loi sur les opcv.

Le paragraphe (5) a) de l'article 98 de la loi de 2002 et de l'article 134 de la loi de 2010 concernent l'échange d'informations avec des entités autres que les organes de surveillance, dès lors des autorités, organes et personnes exerçant leur fonction sur le territoire de chacun des Etats membres de l'Union Européenne.

L'article 98 de la loi de 2002 a notamment réglementé l'échange d'informations à l'intérieur de l'Union Européenne tant en ce qui concerne celui à pratiquer entre les organes nationaux de surveillance qu'entre l'organe national de surveillance et d'autres entités. L'article 98 a retenu que cet échange d'informations se faisait à l'intérieur de l'Union Européenne Cette dernière est composée entre autres du Grand-Duché de Luxembourg.

Cette disposition est claire et n'a pas besoin d'interprétation supplémentaire.

Ce n'est pas parce que la loi du 17 décembre 2010 a ajouté *ou au Luxembourg* que le texte général et clair de 2002 devrait a posteriori recevoir une interprétation différente.

L'ajout inséré dans la loi de 2010 est à lire en combinaison avec l'article 102. paragraphe (5) de la directive 2009/65/CE qui dispose que « *les paragraphes 1 et 4 ne font pas obstacle à l'échange d'informations à l'intérieur d'un Etat membre ou entre Etats membres, lorsque cet échange doit avoir lieu entre une autorité compétente et a) les autorités de surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des entreprises d'assurance ou d'autres institutions financières ou les autorités chargées des marchés financiers; b) les organes impliqués dans la liquidation ou la faillite d'opcv ou d'entreprises qui concourent à leur activité ou les organes impliqués dans des procédures similaires, c)* Selon l'article 102 paragraphe (5) in fine, les informations transmises au titre du premier alinéa (i.e. « *les paragraphes 1 et 4 ne font pas obstacle à l'échange d'informations à l'intérieur d'un Etat membre ou entre Etats membres, lorsque cet échange doit avoir lieu entre une autorité compétente* ») sont soumises au secret professionnel prévu au paragraphe 1. Ledit paragraphe dispose en sa deuxième phrase que « *toutefois, lorsqu'un opcv ou une entreprise qui concourt à son activité a été déclaré en faillite ou que sa liquidation forcée a été ordonnée, les informations confidentielles qui ne concernent pas les tiers impliqués dans les tentatives de sauvetage peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civile ou commerciale* ».

Il ressort des considérants 75 et 76 de la directive 2009/65 aux termes desquels

Il convient de prévoir la possibilité d'échanges d'informations entre les autorités compétentes et des autorités ou organismes qui contribuent, de par leur fonction, à renforcer la stabilité du système financier. Toutefois, pour préserver le caractère confidentiel des informations transmises, il convient de limiter strictement les destinataires de ces échanges.

Il est nécessaire de prévoir dans quelles conditions de tels échanges d'informations sont autorisés,

qu'elle a, dans un souci de clarté, distingué la coopération transfrontalière entre autorités compétentes (l'article 97 dispose que les Etats les désignent; elles sont chargées de l'agrément et de la surveillance des opcv; il s'agit en l'espèce de la CSSF et des autorités de surveillance des autres Etats membres) de l'échange d'information qui se fait entre l'autorité compétente et notamment les organes impliqués dans la liquidation ou la faillite d'opcv ou d'entreprises qui concourent à leur activité ou les organes impliqués dans des procédures similaires, ces organes pouvant être situés tant à l'intérieur de l'Etat dont relève l'autorité compétente que dans un autre Etat membre.

Les documents parlementaires relatifs à la loi de 2010 ne font d'ailleurs à aucun endroit état de cet ajout, à plus forte raison de la nécessité de l'insérer dans la loi, sauf qu'il est retenu dans l'exposé des motifs et dans le rapport de la commission des finances et du budget, en des termes identiques, que *l'article 134 reprend dans une large mesure l'article 98 de la loi modifiée du 20 décembre 2002 et traite du secret professionnel de la CSSF et des dérogations à celui-ci* (doc. parl. 6170, p.109 et 6170-4, p.33). Il n'est nulle part indiqué celles des dispositions qui seraient exclues de la *large mesure* y mentionnée.

Il serait à tout le moins étonnant que si la loi de 2002 avait limité la communication d'échange d'informations par la CSSF aux organes de surveillance et autres entités, organes ou personnes situés dans tous les Etats faisant partie de l'Union Européenne, à l'exception du Luxembourg, et que si le législateur de 2010 avait entendu intégrer le Luxembourg dans la liste des Etats pouvant en bénéficier, ce qui aurait constitué une innovation des plus substantielles, il n'en eût pas fait état dans un des deux documents cités ci-dessus, l'intention expresse du législateur national ayant été en 2010 de simplement reprendre *dans une large mesure* les dispositions issues de la loi du 20 décembre 2002. Il est ajouté à titre surabondant qu'il n'existe aucune raison objective pour un pays de permettre à l'autorité de surveillance nationale de réserver des informations confidentielles qu'elle a reçues dans l'exercice de sa mission à des personnes, autorités ou organes se situant sur le territoire d'un Etat membre de l'Union Européenne, mais de ne pas lui permettre d'en faire

bénéficiaire des personnes, autorités ou organes situés sur le territoire de l'Etat dont elle relève.

Le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas transposé dans l'article 134 de la loi de 2010 tel que l'article 102 paragraphe 1, 2^{ème} phrase de la directive 2009/65/CE auquel renvoie le paragraphe 5 in fine. La juridiction du premier degré a retenu qu'il ne l'avait pas transposé du tout et qu'il appartiendrait dès lors aux juridictions nationales d'interpréter l'article 134 au regard de cette disposition communautaire dont il y aurait lieu de tenir compte.

Les articles 98.1 deuxième phrase de la loi de 2002 et 134.1. deuxième phrase de la loi de 2010 permett(ai)ent sans restriction aucune à la CSSF l'échange d'informations à l'intérieur de l'Union Européenne avec les organes impliqués dans la liquidation d'un OPC, les textes étant restés identiques sur le point concerné.

Ce faisant, la loi nationale en ce qu'elle règle le secret professionnel de la CSSF à l'égard de ces organes a un domaine d'application plus large que la directive 2009/65/CE qui limite l'échange d'informations confidentielles à effectuer par l'organe prudentiel au profit des organes de la liquidation forcée d'un opcvn aux procédures civiles et commerciales. Le fait pour la directive 2009/65/CE de retenir que « *les informations confidentielles..peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales* » signifie que le secret professionnel de la CSSF ne s'applique pas, dès lors que l'échange d'informations se fait à l'occasion de procédures civiles et commerciales au profit des organes chargés de la liquidation d'un opcvn, de sorte que l'interprétation des appelants selon lesquels ces dispositions non reprises dans le droit national ne seraient, faute de transposition, pas applicables au Luxembourg, est à rejeter.

Il n'y a pas lieu dans ces conditions de s'interroger sur la compatibilité des lois de 2002 et 2010 avec les directives qu'elles transposent dès lors qu'elles n'en limitent pas leur portée. Il en serait autrement si l'échange d'informations devait avoir lieu dans une procédure autre que civile ou commerciale.

L'échange d'informations devant en l'espèce s'opérer dans un litige de nature commerciale, il n'y a pas de motif légitime dans le chef de la CSSF qui l'empêcherait de transmettre les informations aux liquidateurs de la sicav **SOC2**).

C'est dans ce contexte à tort que les appelants soutiennent que la CSSF aurait la faculté, mais non pas l'obligation de transmettre les pièces.

Il y a en effet lieu de rappeler que la CSSF est d'accord à produire les pièces faisant l'objet de l'injonction prononcée par le tribunal. Il

s'y ajoute que dès lors que le détenteur de la pièce ne peut faire valoir un empêchement légitime, la production est obligatoire.

C'est encore à tort que les intimés **F.)**, **E.)**, **D.)**, **G.)** et **H.)** font valoir que la CSSF serait amenée à produire des pièces qui pourraient être utilisées contre elle dans le cadre de la demande en intervention ou encore si sa responsabilité devait à l'avenir être recherchée par les liquidateurs qui se sont réservés cette possibilité dans l'assignation introductive d'instance.

La Cour est en effet d'avis que si ce moyen devait être présenté, il ne pourrait l'être que par la CSSF qui s'est déclarée d'accord à la production des pièces réclamées. Il n'appartient pas aux intimés de plaider au nom et pour le compte de la CSSF.

Le tribunal a exposé à bon droit que le secret professionnel de la CSSF ne fait pas obstacle à l'échange d'informations au Luxembourg entre la CSSF et les organes impliqués dans la liquidation, la faillite ou d'autres procédures similaires concernant des OPC pour l'accomplissement de leur mission, à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des personnes qui les reçoivent, ce secret professionnel devant offrir des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF.

La mission des liquidateurs nommés par le jugement du 2 avril 2009 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg consiste notamment à intenter et soutenir toutes actions judiciaires dans le cadre de la récupération des actifs de la société, de la distribution des actifs aux créanciers et d'un éventuel boni de liquidation aux investisseurs que sont les actionnaires.

La demande en condamnation dirigée contre les prestataires de services ayant été liés contractuellement à la sicav **SOC2.)** et les administrateurs de celle-ci s'insère dans le cadre de la mission confiée aux liquidateurs qui consiste à récupérer des actifs de la société ou à tout le moins à obtenir une indemnisation du fait d'agissements qui lui ont porté préjudice.

Les parties **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** font plus particulièrement valoir que l'échange d'informations ne devrait porter que sur l'opcvn en liquidation forcée, mais non pas sur les tiers qui ont été liés, tel qu'en l'espèce, à ce dernier moyennant des contrats de prestation de services. Ils soutiennent dans ce contexte que la CSSF a d'ailleurs communiqué aux liquidateurs quatre dossiers concernant directement la sicav, tels que les agréments décernés.

Cette interprétation se heurte au texte même des directives concernées qui disposent que cet échange est permis dans le cadre de procédures civiles ou commerciales.

L'objet de ces procédures n'étant pas autrement défini, la Cour retient, pour donner un sens plein et entier à cette entorse au secret professionnel de la CSSF, tout en la limitant au strict nécessaire, et en considération de ce qui a été retenu ci-dessus, que cette procédure englobe notamment des actions en responsabilité contractuelle, délictuelle ou basée sur un texte légal spécifique que les organes de la liquidation de l'opcv, tels qu'en l'espèce les liquidateurs, poursuivent à l'encontre des prestataires de services liés à la sicav ou encore ses administrateurs actuels ou passés.

L'excès de pouvoir commis par le tribunal aurait encore consisté, selon les appelants, à ordonner la production de pièces qui, d'une part, ne seraient pas utiles pour l'accomplissement de la mission des liquidateurs et, d'autre part, seraient le fruit d'une enquête administrative diligentée par la CSSF en sa qualité d'organe prudentiel contre les sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC1.)**, partant des pièces subjectives, car émanant de l'organe de surveillance, et postérieures aux faits litigieux, documents partant inconciliables avec l'objectivité qui doit caractériser tout élément de preuve. Les sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** d'ajouter que du fait que la CSSF serait entre temps partie au litige, elle aurait été en droit de se préconstituer des preuves et disposerait, en produisant les pièces, d'un avantage par rapport aux autres parties, créant de ce fait une rupture de l'égalité entre parties.

Les liquidateurs ont justifié leur demande à l'égard de la CSSF de la façon suivante (pages 112 et 113 de l'assignation du 18 décembre 2009):

« la CSSF est en possession de divers documents, dont les demandeurs ont requis la communication en date du 10 juillet 2009 suite à une réunion du 19 juin 2009. Ce courrier a par la suite fait l'objet d'autres lettres adressées par les liquidateurs à la CSSF le 27 juillet 2009, 8 octobre 2009 et enfin 30 octobre 2009. La CSSF a répondu par lettre du 22 juillet 2009, 3 août 2009 et 5 novembre 2009. Le 25 février 2009 la CSSF avait en effet rendu public un communiqué de presse précisant entre autres que la CSSF aurait notamment relevé dans le dossier **SOC3.)-SOC2.)** que « *la mauvaise exécution de l'obligation de « due diligence » constitue un manquement grave aux devoirs de surveillance d'une banque dépositaire et peut par conséquent constituer une violation d'une obligation contractuelle substantielle dans le contexte de la responsabilité de **SOC3.)** au sens de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002* ».

Les liquidateurs judiciaires ont ensuite demandé le 27 juillet 2009 à la CSSF de leur communiquer une copie des conclusions de l'enquête menée par la CSSF.

Dans la lettre du 22 septembre 2009, la CSSF prend alors position comme suit : (note de la Cour : voir ci-dessus, pages 24 et 25 de l'arrêt)

Comme les liquidateurs judiciaires ont ensuite insisté dans leur courrier du 08 octobre 2009 et 30 octobre 2009 pour obtenir une copie des enquêtes menées par la CSSF, respectivement la réponse de **SOC3.**), la CSSF a pris position comme suit dans la lettre du 05.11.2009: « *En réponse à votre demande, nous devons vous informer que les pièces et renseignements transmis à la CSSF dans le cadre de l'obligation légale en rapport avec ses missions et compétences, sont couverts par le secret professionnel, auquel la CSSF est tenue en vertu de la loi. Nous vous renvoyons dans ce contexte notamment à l'article 16, relatif au secret professionnel, de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de Surveillance du Secteur Financier telle qu'elle a été modifiée.*

Nous pouvons rajouter que la CSSF, en tant qu'autorité publique de surveillance, enquête sur les responsabilités des différents intervenants en application des textes légaux et réglementaires. De manière générale, la CSSF ne peut cependant pas, dans le cadre de ses investigations, communiquer des appréciations sur les administrés soumis à sa surveillance. »

Comme les liquidateurs judiciaires représentent les intérêts de la partie contractuelle dont les droits ont été violés, ils estiment que le secret professionnel invoqué par la CSSF ne leur est pas opposable.

S'y ajoute que la CSSF peut en outre être en possession de documents dont les demandeurs n'ont pas nécessairement connaissance au jour de la signification de la présente assignation ou de documents qui sont déterminants ou qui pourraient se révéler déterminants au regard du contentieux que le tribunal devra trancher. »

Tout en se réservant le droit d'augmenter leur demande en cours d'instance, les demandeurs ont requis de condamner la CSSF sur base des articles 279 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile à présenter au tribunal le(s) document(s) dont déjà question ci-dessus.

Les pièces dont la production forcée a été requise en première instance sont celles dont la CSSF a fait état dans les courriers échangés avec les liquidateurs.

Ces derniers étaient non seulement en droit, mais avaient pour obligation d'essayer d'entrer à l'aide des moyens légaux à leur disposition en possession desdits documents qui laissent en effet présumer des violations de ses obligations légales à tout le moins par la banque dépositaire.

C'est particulièrement à tort que les intimés soutiennent qu'en ordonnant la production des pièces, la juridiction pallierait à la carence des liquidateurs dans l'administration de la preuve, étant donné que la mesure sollicitée est la seule légalement envisageable.

Il est une fois encore rappelé que le contenu des quatre pièces est, par définition, encore secret. La juridiction saisie d'une demande

en production de pièces détenues par une partie au litige ou un tiers ne saurait, dans ces conditions, que s'en tenir aux apparences qui, en l'espèce, font fortement présumer que leur contenu sera utile aux liquidateurs dans l'exécution de la mission qui est la leur.

Le fait que les pièces à produire sont le fruit d'une enquête diligentée à la requête de la CSSF a posteriori n'enlève pas à celles-ci le caractère de pièces dont question aux articles 279 à 288 du NCPC, l'assertion des appelantes que ces pièces ou éléments de preuve ne devraient concerner que des faits de nature à commander la solution à donner à un litige et être constituées de pièces antérieures ou concomitantes aux faits qu'un plaideur allègue se heurtant au libellé général des textes en question. Il convient de rappeler que les textes légaux et communautaires permettent la divulgation dans le cadre de procédures civiles ou commerciales d'informations confidentielles aux organes chargés de la liquidation d'un opcvn,

Que les informations aient été communiquées ou recueillies par l'autorité prudentielle et que cette dernière ait, au regard des informations ainsi collectées, dressé un rapport dont la production est entre autres demandé par les liquidateurs n'est pas un obstacle à leur production en justice, la valeur probante desdites pièces ou informations devant être appréciée après leur production dans le cadre de la procédure civile ou commerciale.

Il ne saurait encore être reproché aux juges du premier degré de s'être arrogé le droit d'ordonner la production de telles pièces qui émaneraient d'une partie au litige - les appelants **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et **SOC7.)** lui attribuent cette qualité du fait de l'intervention forcée dont la CSSF a fait l'objet dans le cadre de la demande en condamnation dirigée contre elle par la société **SOC1.)** et les consorts **A.)** et **B.)** - de sorte qu'ils auraient conféré à la CSSF le droit de produire des pièces dont elle est l'auteur, source de rupture de l'égalité entre les parties et de la violation du droit à un procès équitable.

Ainsi que l'a rappelé la Cour ci-dessus, l'objet de l'assignation principale des liquidateurs consistait à voir déclarer commun le jugement à intervenir et à voir condamner la CSSF à produire certaines pièces et que la production de ces pièces par la CSSF, dût-elle-même être considérée comme partie au litige et ces pièces dussent-elles même être son œuvre, est permise, ce d'autant plus que l'établissement de celles-ci pièce relevait de la mission de surveillance légale de la partie en cause.

Les appelants et les intimés qui se sont joints à l'appel font encore valoir que l'échange d'informations ne pourrait pas se faire en faveur des liquidateurs qui, ès qualité, ne seraient pas soumis à un secret professionnel pour le moins équivalent à celui de la CSSF. Ils font

valoir que du fait que la divulgation doit se faire dans le cadre d'une action judiciaire, les liquidateurs en faisant usage des pièces produites violeraient le secret professionnel auquel ils sont soumis.

Ces derniers répliquent qu'ils sont soumis au secret professionnel en leur qualité d'avocat et de réviseur d'entreprises.

Cette réplique n'a pas été autrement contestée par les appelants et ces derniers n'ayant pas soutenu que le secret professionnel des liquidateurs serait d'une envergure moindre que celui auquel est soumis la CSSF, la Cour tient pour avéré que la production des pièces peut se faire aux liquidateurs dans le cadre de la procédure engagée.

L'argument que l'usage des pièces à faire par les liquidateurs les conduirait à violer leur secret professionnel ne saurait tenir sous peine d'ôter tout effet à la dérogation au secret professionnel de la CSSF instituée en faveur des organes chargés de la liquidation forcée d'un opcv, cette dérogation n'étant permise que dans les limites strictes d'une procédure civile ou commerciale.

Il faut en conclure que l'usage est uniquement permis dans le cadre de la procédure, sans exception aucune de sorte qu'un usage excédant ce qui est nécessaire et utile dans l'exécution de leur mission par les liquidateurs est interdit.

Le moyen est à écarter.

Le moyen des appelants selon lesquels il y aurait violation du principe du contradictoire dès lors que la production des pièces n'a été ordonnée qu'au profit des liquidateurs, mais non pas au profit des autres parties au litige n'est pas à analyser, étant donné que cette discussion est à mener, non pas au stade de la production des pièces, mais au stade de la communication des pièces, pour le cas où les liquidateurs devaient décider de faire usage desdites pièces.

La juridiction du premier degré n'ayant pas excédé ses pouvoirs, les appels - nullité sont irrecevables.

La demande de la société **SOC2.)** et des liquidateurs en allocation d'une indemnité de procédure de chaque fois 5.000 € à payer par les parties **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)** et la société **SOC7.)**, sinon une indemnité de procédure de 10.000 € à prononcer à la charge solidaire des sociétés appelantes, sinon de 15.000 € à prononcer solidairement à charge des sociétés **SOC3.)/SOC4.)/SOC5.)/SOC6.)**, **SOC7.)** et de la société **SOC1.)**, **A.)** et **B.)** est rejeter, faute par ceux-ci d'établir l'iniquité requise pour faire application de l'article 240 NCP.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant avec effet contradictoire à l'égard d'**J.)** et de la FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY et contradictoirement à l'égard des autres parties, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

dit irrecevables les appels tendant à la nullité du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 4 mars 2011 interjetés par actes d'huissier de justice des 10 et 14 juin 2011,

dit irrecevables les appels tendant à la réformation dudit jugement interjetés par les actes d'huissier de justice des 5 et 10 mai et 10 juin 2011,

rejette la demande de la société **SOC2.)** et des liquidateurs en allocation d'une indemnité de procédure,

laisse les frais engendrés par les actes d'appel et de réassignation à charge des parties appelantes respectives et les condamne pour le surplus au solde des frais et aux dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Alain Rukavina et Patrick Kinsch, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.

Article 50 DIRECTIVE 85/611

1. Les autorités des États membres visées à l'article 49 collaborent étroitement en vue de l'accomplissement de leur mission et doivent se communiquer, à cette seule fin, toutes les informations requises.

2. Les États membres prévoient que toutes les personnes exerçant ou ayant exercé une activité auprès des autorités visées à l'article 49 sont tenues au secret professionnel. Celui-ci implique que les informations confidentielles que ces personnes reçoivent à titre professionnel ne peuvent être divulguées, à quelque personne ou autorité que ce soit, qu'en vertu de dispositions législatives.

3. Le paragraphe 2 n'empêche toutefois pas les autorités visées à l'article 49 de différents États membres d'échanger les communications prévues par la présente directive. Ces informations ainsi échangées tombent sous le secret qui incombe aux personnes exerçant ou ayant exercé une activité auprès de l'autorité qui les reçoit.

4. Sans préjudice des cas qui relèvent du droit pénal, l'autorité visée à l'article 49 qui reçoit les informations peut exclusivement les utiliser pour l'exercice de ses fonctions ainsi que dans le cadre de recours administratifs ou de procédures juridictionnelles concernant cet exercice.

Cet article a été transposé de la façon suivante dans la loi du 30 mars 1988

Art. 75. (1) L'autorité chargée d'exercer les attributions qui sont prévues par la présente loi est l'Institut Monétaire Luxembourgeois. (2) L'Institut exerce ces attributions exclusivement dans l'intérêt public. Art. 76. (1) L'autorité de contrôle collabore avec les autorités de contrôle étrangères en vue de l'accomplissement de leur mission de surveiller les organismes de placement collectif et doit leur communiquer, à cette seule fin, toutes les informations requises. (2) Les informations ne peuvent être communiquées à une autorité étrangère de contrôle que si elles tombent sous le secret incombant à l'autorité étrangère qui les reçoit, et que dans la mesure où l'autorité étrangère accorde le même droit d'information à la direction de l'Institut Monétaire Luxembourgeois. (3) Sans préjudice des cas qui relèvent du droit pénal, l'autorité de contrôle qui reçoit les informations peut exclusivement les utiliser pour l'exercice de ses fonctions ainsi que dans le cadre de recours administratifs ou de procédures juridictionnelles concernant cet exercice. Art. 77. (1) Les décisions à prendre par l'autorité de contrôle en exécution de la présente loi sont

Loi du 17 juillet 2000 ne change rien

Loi du 1er août 2001 portant : - transposition, dans la loi modifiée du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif, de l'article 1er de la directive 2000/64/CE modifiant les directives 85/611/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE et 93/22/CEE en ce qui concerne l'échange d'informations avec des pays tiers; - modification de l'article 76 de la loi modifiée du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif **ne change rien**

Loi du 17 décembre 2002

Chapitre 16. – Organisation de la surveillance Art. 97. (1) L'autorité chargée d'exercer les attributions qui sont prévues par la présente loi est la CSSF. (2) La CSSF exerce ces attributions exclusivement dans l'intérêt public. (3) La CSSF est compétente pour recevoir les réclamations des porteurs de parts des OPC et pour intervenir auprès de ces derniers, aux fins de régler à l'amiable ces réclamations. Art. 98. (1) Toutes les personnes exerçant ou ayant exercé une activité pour la CSSF, ainsi que les réviseurs ou experts mandatés par la CSSF, sont tenus au secret professionnel visé à l'article 16 de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, telle que modifiée. Ce secret implique que les informations confidentielles qu'ils reçoivent à titre professionnel ne peuvent être divulguées à quelque personne ou autorité que ce soit, excepté sous une forme sommaire ou abrégée de façon à ce qu'aucun OPC, aucune société de gestion

ni aucun dépositaire ne puisse être identifié individuellement, sans préjudice des cas relevant du droit pénal. (2) Le paragraphe (1) ne fait pas obstacle à ce que la CSSF échange avec les autorités de surveillance des autres Etats membres de l'Union Européenne des informations dans les limites prévues par la présente loi. La CSSF collabore étroitement avec les autorités de surveillance des autres Etats membres de l'Union Européenne en vue de l'accomplissement de leur mission de surveillance des OPC et communique, à cette fin seulement, toutes les informations requises. Sont assimilées aux autorités de surveillance des Etats membres de l'Union Européenne les autorités de surveillance des Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen autres que les Etats membres de l'Union Européenne, dans les limites définies par cet accord et des actes y afférents. (3) Le paragraphe (1) ne fait pas obstacle à ce que la CSSF échange des informations avec: - les autorités de pays tiers investies de la mission publique de surveillance prudentielle des OPC, - les autres autorités, organismes et personnes visés au paragraphe (5), à l'exception des centrales de risques, et établis dans des pays tiers, - les autorités de pays tiers visées au paragraphe (6). La communication d'informations par la CSSF autorisée par le présent paragraphe est soumise aux conditions suivantes: - les informations communiquées doivent être nécessaires à l'accomplissement de la fonction des autorités, organismes et personnes qui les reçoivent, 3682 - les informations communiquées doivent être couvertes par le secret professionnel des autorités, organismes et personnes qui les reçoivent et le secret professionnel de ces autorités, organismes et personnes doit offrir des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel la CSSF est soumise, - les autorités, organismes et personnes qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, ne peuvent les utiliser qu'aux fins pour lesquelles elles leur ont été communiquées et doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait, - les autorités, organismes et personnes qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, accordent le même droit d'information à la CSSF, - la divulgation par la CSSF d'informations reçues de la part d'autorités d'origine communautaire compétentes pour la surveillance prudentielle des OPC, ne peut se faire qu'avec l'accord explicite de ces autorités et, le cas échéant, exclusivement aux fins pour lesquelles ces autorités ont marqué leur accord. Par pays tiers au sens du présent paragraphe, il faut entendre les Etats autres que ceux visés au paragraphe (2). (4) La CSSF qui, au titre des paragraphes (2) et (3), reçoit des informations confidentielles, ne peut les utiliser que dans l'exercice de ses fonctions: - pour vérifier que les conditions d'accès à l'activité des OPC, des sociétés de gestion et des dépositaires sont remplies et pour faciliter le contrôle des conditions d'exercice de l'activité, de l'organisation administrative et comptable, ainsi que des mécanismes de contrôle interne ; ou - pour l'imposition de sanctions; ou - dans le cadre d'un recours administratif contre une décision de la CSSF; ou - dans le cadre de procédures juridictionnelles engagées contre les décisions de refus

d'octroi de l'agrément ou des décisions de retrait d'agrément. (5) Les paragraphes (1) à (4) ne font pas obstacle à: a) l'échange d'informations à l'intérieur de l'Union Européenne, entre la CSSF et: - les autorités investies de la mission publique de surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des compagnies d'assurances et d'autres institutions financières ainsi que les autorités chargées de la surveillance des marchés financiers, - les organes impliqués dans la liquidation, la faillite ou d'autres procédures similaires concernant des OPC, des sociétés de gestion et des dépositaires, - les personnes chargées du contrôle légal des comptes des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, d'autres établissements financiers ou des compagnies d'assurances pour l'accomplissement de leur mission, b) la transmission, à l'intérieur de l'Union Européenne, par la CSSF aux organismes chargés de la gestion des systèmes d'indemnisation des investisseurs ou de centrales des risques, des informations nécessaires à l'accomplissement de leur fonction. La communication d'informations par la CSSF autorisée par le présent paragraphe est soumise à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des autorités, organismes et personnes qui les reçoivent, et, n'est autorisée que dans la mesure où le secret professionnel de ces autorités, organismes et personnes offre des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF. En particulier, les autorités qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, ne peuvent les utiliser qu'aux fins pour lesquelles elles leur ont été communiquées et doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait. Sont assimilés aux Etats membres de l'Union Européenne les Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen autres que les Etats membres de l'Union Européenne, dans les limites définies par cet accord et des actes y afférents. (6) Les paragraphes (1) et (4) ne font pas obstacle aux échanges d'informations, à l'intérieur de l'Union Européenne, entre la CSSF et: - les autorités chargées de la surveillance des organes impliqués dans la liquidation, la faillite et autres procédures similaires concernant des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des compagnies d'assurances, des OPC, des sociétés de gestion et des dépositaires, - les autorités chargées de la surveillance des personnes chargées du contrôle légal des comptes des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des compagnies d'assurances et d'autres établissements financiers. La communication d'informations par la CSSF autorisée par le présent paragraphe est soumise aux conditions suivantes: - les informations communiquées sont destinées à l'accomplissement de la mission de surveillance des autorités qui les reçoivent, m- les informations communiquées doivent être couvertes par le secret professionnel des autorités qui les reçoivent et le secret professionnel de ces autorités doit offrir des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF, - les autorités qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, ne peuvent les utiliser qu'aux fins pour lesquelles

elles leur ont été communiquées et doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait, - la divulgation par la CSSF d'informations reçues de la part d'autorités de surveillance visées aux paragraphes (2) et (3) ne peut se faire qu'avec l'accord explicite de ces autorités et, le cas échéant, exclusivement aux fins pour lesquelles ces autorités ont marqué leur accord. Sont assimilés aux Etats membres de l'Union Européenne les Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen autres que les Etats membres de l'Union Européenne, dans les limites définies par cet accord et des actes y afférents. (7) Le présent article ne fait pas obstacle à ce que la CSSF transmette aux banques centrales et aux autres organismes à vocation similaire en tant qu'autorités monétaires des informations destinées à l'accomplissement de leur mission. La communication d'informations par la CSSF autorisée par le présent paragraphe est soumise à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des autorités qui les reçoivent, et, n'est autorisée que dans la mesure où le secret professionnel de ces organismes offre des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF. En particulier, les autorités qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, ne peuvent les utiliser qu'aux fins pour lesquelles elles leur ont été communiquées et doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait. Le présent article ne fait en outre pas obstacle à ce que les autorités ou organismes visés au présent paragraphe communiquent à la CSSF les informations qui lui sont nécessaires aux fins du paragraphe (4). Les informations reçues par la CSSF tombent sous son secret professionnel. (8) Le présent article ne fait pas obstacle à ce que la CSSF communique l'information visée aux paragraphes (1) à (4) à une chambre de compensation ou un autre organisme similaire reconnu par la loi pour assurer des services de compensation ou de règlement des contrats sur un des marchés au Luxembourg, si la CSSF estime qu'une telle communication est nécessaire afin de garantir le fonctionnement régulier de ces organismes par rapport à des manquements, même potentiels, d'un intervenant sur ce marché. La communication d'informations par la CSSF autorisée par le présent paragraphe est soumise à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des organismes qui les reçoivent, et, n'est autorisée que dans la mesure où le secret professionnel de ces organismes offre des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF. En particulier, les organismes qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, ne peuvent les utiliser qu'aux fins pour lesquelles elles leur ont été communiquées et doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait. Les informations reçues par la CSSF en vertu des paragraphes (2) et (3) ne peuvent être divulguées, dans le cas visé au présent paragraphe, sans le consentement exprès des autorités de surveillance qui ont divulgué ces informations à la CSSF.

DIRECTIVE 2001/107 RIEN

DIRECTIVE 2001/108 RIEN

DIRECTIVE 2009/65 CONSIDERANTS 75-82

- (
75) Il convient de prévoir la possibilité d'échanges d'informations entre les autorités compétentes et des autorités ou organismes qui contribuent, de par leur fonction, à renforcer la stabilité du système financier. Toutefois, pour préserver le caractère confidentiel des informations transmises, il convient de limiter strictement les destinataires de ces échanges.
- (
76) Il est nécessaire de prévoir dans quelles conditions de tels échanges d'informations sont autorisés.
- (
77) Lorsqu'il est prévu que des informations ne peuvent être divulguées qu'avec l'accord explicite des autorités compétentes, celles-ci peuvent, le cas échéant, subordonner leur accord au respect de conditions strictes.
- (
78) Il convient également d'autoriser les échanges d'informations entre les autorités compétentes, d'une part, et les banques centrales, les organismes ayant une vocation similaire à celle des banques centrales, en tant qu'autorités monétaires, ou, le cas échéant, d'autres autorités publiques chargées de la surveillance des systèmes de paiement, d'autre part.
- (
79) Il convient d'instaurer dans la présente directive le même régime de secret professionnel pour les autorités chargées de l'agrément et de la surveillance des OPCVM et les entreprises qui concourent à cet agrément et à cette surveillance ainsi que les mêmes possibilités d'échanges d'informations que ceux prévus pour les autorités chargées de l'agrément et de la surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des entreprises d'assurances.
- (
80) Afin de renforcer la surveillance prudentielle des OPCVM ou des entreprises qui concourent à leur activité ainsi que la protection des clients des OPCVM ou des entreprises qui concourent à leur activité, les contrôleurs légaux des comptes devraient avoir l'obligation d'informer rapidement les autorités compétentes lorsque, dans les conditions prévues par la présente directive, ils ont, dans l'exercice de leur mission, connaissance de faits qui sont de nature à affecter gravement la situation financière ou l'organisation administrative et comptable d'un OPCVM ou d'une entreprise qui concourt à son activité.
- (
Eu égard à l'objectif poursuivi par la présente

- 81) directive, il est souhaitable que les États membres prévoient que cette obligation s'applique en toute hypothèse lorsque de tels faits sont constatés par un contrôleur légal des comptes dans l'exercice de sa mission auprès d'une entreprise qui a des liens étroits avec un OPCVM ou une entreprise qui concourt à son activité.
- (
82) L'obligation imposée aux contrôleurs légaux des comptes de communiquer, le cas échéant, aux autorités compétentes certains faits et décisions concernant un OPCVM ou une entreprise qui concourt à son activité constatés dans l'exercice de leur mission auprès d'une entité qui n'est ni un OPCVM ni une entreprise qui concourt à l'activité d'un OPCVM ne modifie pas en soi la nature de leur mission auprès de cette entité ni la façon dont ils doivent s'acquitter de leur tâche auprès d'elle.

Directive 2004, article 44 loi modifiée de 1993

Secret professionnel

1. Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes, toute personne travaillant ou ayant travaillé pour les autorités compétentes ou pour les entités délégataires des tâches de celles-ci conformément à l'article 48, paragraphe 2, ainsi que les contrôleurs des comptes ou les experts mandatés par les autorités compétentes soient tenus au secret professionnel. Aucune information confidentielle qu'elles ont reçue par ces personnes dans l'exercice de leurs fonctions ne peut être divulguée à quelque autre personne ou autorité que ce soit, sauf sous une forme résumée ou agrégée empêchant l'identification des entreprises d'investissement, des opérateurs de marchés, des marchés réglementés ou de toute autre personne concernés, sans préjudice des cas relevant du droit pénal ou des autres dispositions de la présente directive.

2. Lorsqu'une entreprise d'investissement, un opérateur de marché ou un marché réglementé a été déclaré en faillite ou qu'il est mis en liquidation forcée, les informations confidentielles qui ne concernent pas des tiers peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales à condition d'être nécessaires au déroulement de la procédure.

Intéressant, ne concerne pas coopération avec Etats tiers, mais Etat intérieur

Fonction d'annulation ordinaire de l'appel – D'après

l'article 542 du Nouveau Code de procédure civile, l'appel a pour objet de faire **réformer ou annuler** par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier ressort. Le mal jugé (appel réformation) comme l'irrégularité dans l'élaboration (appel annulation) d'un jugement peuvent être sanctionnés dans les conditions légales. Certes, la gravité des conséquences de l'annulation d'un jugement a conduit le législateur à définir des cas de manière restrictive (*V. Fasc. Nullité du jugement*), et à encadrer le processus dans des exigences procédurales strictes. Ainsi, par application de la maxime "*Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*" (*NCPC, art. 460*), l'irrégularité affectant une décision de justice ne peut être sanctionnée que par l'exercice d'un recours. L'appel est l'une des voies de recours utilisable, et elle comporte des particularités lorsqu'elle tend à l'annulation d'un jugement (I).

2. – Fonction exceptionnelle d'annulation de l'appel –

Néanmoins, le droit à un double degré de juridiction n'est pas un attribut fondamental inhérent au procès équitable en matière civile (*CEDH, 17 janv. 1970, D. c/ Belgique*) : dès lors, la législation nationale peut prévoir des conditions restrictives d'ouverture et de recevabilité de l'appel. Certains textes ferment l'appel ou le diffèrent jusqu'au prononcé du jugement sur le fond. Pour permettre aux justiciables de contester une décision de justice qui méconnaît gravement certains principes substantiels, la jurisprudence a créé une voie d'appel, dénommée en pratique **l'appel-nullité**. Cette voie ne doit pas être confondue avec l'appel annulation organisé par le Nouveau Code de procédure civile : **l'appel-nullité n'est ouvert qu'en cas d'excès de pouvoir du juge**, et seulement dans le cas où aucune autre voie de recours n'est prévue par la loi.

Il est parfaitement justifié de restaurer une possibilité de critiquer un excès de pouvoir du juge en dépit de l'absence de recours légal. Le respect des droits de la défense, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue (*Cons. const., 18 janv. 1978 : Rec. Cons. const., p. 21. – Cons. const., 23 janv. 1987 : D. 1988, p. 117*) peut fonder cette création prétorienne. De même, l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui impose la garantie concrète d'accès à un juge indépendant et impartial, peut également justifier l'ouverture d'un instrument procédural permettant de corriger un excès de pouvoir du juge : un État de droit ne saurait laisser subsister dans son système juridique un titre exécutoire entaché d'une irrégularité aussi grave. Selon une formule souvent reprise en jurisprudence, "*aucune disposition ne peut interdire de faire constater selon les voies de recours de droit commun la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir*" (*Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-16.297 : Juris-Data n° 2004-025022. – CA Lyon, 3e ch., 9 mars 2006, inédit*). L'un des problèmes majeurs soulevés par l'appel-nullité prétorien est de savoir à quel régime procédural il convient de le soumettre. Peut-on appliquer les règles générales de recevabilité de l'appel ? Est-il assorti des effets suspensif et dévolutif ? Les hésitations et évolutions

jurisprudentielles rendent malaisée toute tentative de systématisation, aussi bien en ce qui concerne le domaine que le régime procédural de l'appel-nullité (II).

I. - L'appel annulation ordinaire

3. – L'appel-annulation – Afin d'éviter toute confusion terminologique, pour désigner l'appel ordinaire de l'article 542 du Nouveau Code de procédure civile, qui permet de sanctionner une irrégularité dans la procédure d'élaboration d'un jugement, la pratique et la doctrine utilisent le plus souvent les termes d'"**appel-annulation**", par référence aux termes mêmes de l'article 542 du Nouveau Code de procédure civile (l'appel tend à faire "annuler" un jugement). Cette distinction n'est pas toujours très bien comprise, dans la mesure où l'appel dit nullité tend aussi à l'annulation d'un jugement ! Sans doute vaudrait-il mieux distinguer l'appel annulation ordinaire, légal, et l'appel annulation exceptionnel, prétorien.

4. – Application du droit commun de l'appel et renvois – Qu'il ait une fonction d'annulation ou de réformation, l'appel est soumis au même régime, prévu par les articles 543 et suivants du Nouveau Code de procédure civile. En conséquence, il ne sera pas développé dans ce fascicule les conditions de recevabilité de l'appel-annulation (tenant aux parties, aux délais et aux jugements) et à la nullité des jugements pour les cas d'ouverture.

5. – Effet dévolutif particulier – L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément ou implicitement, ou de ceux qui en dépendent : l'article 562 du Nouveau Code de procédure civile traduit la maxime "*tantum devolutum quantum appellatum*" (V. le fascicule sur l'effet dévolutif de l'appel). Mais l'alinéa 2 précise que la dévolution opère pour la tout lorsque l'appel "*tend à l'annulation du jugement*". La jurisprudence a nuancé le principe légal (A) pour assurer le respect des droits de la défense et en limiter la portée (B).

A. - Principe légal de la dévolution pour le tout

6. – Affirmation du principe de l'effet dévolutif impératif – Le décret du 28 août 1972 (*art. 105, al. 2*) d'abord et le Nouveau Code de procédure civile (*NCPC, art. 562, al. 2*) ensuite, ont entendu mettre un terme à une controverse relative à l'effet dévolutif de l'appel annulation, qu'il n'est pas inutile d'exposer, parce qu'elle permet de comprendre les exceptions prétoriennes actuelles.

Pour certains auteurs et certaines décisions, l'annulation de la décision des premiers juges entraînait cette conséquence que le premier degré de juridiction n'ayant pas été épuisé, la connaissance de l'affaire au fond devait être renvoyée aux premiers juges. Si la cour décidait de s'en saisir, ce ne pouvait être qu'en exerçant son pouvoir d'évocation, ce qui n'était pour elle qu'une faculté (*en ce sens, Raynaud, obs. : RTD civ. 1952, p. 119 et 551 ; RTD civ. 1953, p. 387 ; RTD civ. 1955, p. 553 ; RTD civ. 1958, p. 302 ; RTD civ. 1967, p. 215 ; RTD civ. 1970, p. 416. – Meurisse, Effet dévolutif de l'appel, évocation, plénitude de juridiction : Gaz. Pal. 1950, 1, doctr. p. 2 ; Effet dévolutif de l'appel ou évocation : D. 1953, chron. p. 127.*

– CA Montpellier, 12 juin 1951 : JCP A 1951, IV, 1709, obs. Madray.
– T. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 et CA Meaux, 2 avr. 1952 ; D. 1952, jurispr. p. 564, note R. Perrot. – CA Douai, 3 juin 1966 : JCP G 1966, IV, 4961. – CA Grenoble, 17 déc. 1968 : RTD civ. 1970, p. 416, obs. Raynaud).

Pour d'autres auteurs et d'autres décisions, au contraire, l'annulation du jugement pour vice de forme, ne faisait pas obstacle à ce que l'effet dévolutif se produisit : la cour était donc tenue, en raison du caractère impératif de celui-ci, de statuer au fond (Cass. soc., 5 nov. 1949 : Bull. civ. 1949, III, n° 1017. – Cass. com., 5 déc. 1961 : Bull. civ. 1961, III, n° 375. – CA Montpellier, 4 juin 1952 : JCP G 1952, II, 7089. – CA Nîmes, 29 mai 1954 : JCP G 1955, II, 8704. – V. également Cass. 3e civ., 10 juill. 1969 : RTD civ. 1970, p. 416, obs. Raynaud. – Cass. 2e civ., 28 janv. 1970 : JCP A 1970, IV, 5724, obs. J.A. – Sur l'ensemble de la discussion, V. Hébraud, *Effet dévolutif et évocation : La voie d'appel*, p. 143 s. – Motulsky, *Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et de l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême* : JCP A 1953, I, 1095 ; *Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation* : JCP A 1958, I, 1423. – Loisel, *Emploi optimal de la notion d'évocation en procédure civile* : JCP G 1971, I, 2432).

L'article 562 du Nouveau Code de procédure civile ne permet plus aucun doute : il affirme que l'appel annulation entraîne impérativement un effet dévolutif pour le tout, obligeant la cour d'appel à se saisir de tous les chefs du jugement.

7. – Domaine – La disposition de l'article 562, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile, a été jugée applicable en matière disciplinaire (CA Aix-en-Provence, 10 mars 1980 : Gaz. Pal. 1980, 1, p. 269, note A.D ; RTD civ. 1980, p. 623, obs. R. Perrot. – Cass. 1re civ., 1er mars 2005, n° 04-11.371, pour un appel contre une décision du conseil de l'ordre en formation disciplinaire) et en matière prud'homale, en cas d'annulation pour absence de préliminaire de conciliation (Cass. soc., 8 avr. 1998 : Juris-Data n° 1998-001832 ; Bull. civ. 1998, V, n° 254. – Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 03-42.736 : Juris-Data n° 2005-029787. – Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 03-47749 : Bull. civ. 2005, V, n° 286).

8. – Indifférence du cas de nullité – Cette dévolution s'applique même si la nullité du jugement est d'ordre public (Cass. com., 21 mai 1985 : JCP G 1985, IV, 268). La jurisprudence fait application de l'article 562 à des hypothèses diversifiées :

- –

annulation du jugement pour violation des droits de la défense (Cass. 2e civ., 24 févr. 1988 : Bull. civ. 1988, II, n° 52) ;

- –

décision prononcée par un magistrat n'ayant pas participé au

délibéré (*Cass. com.*, 24 mars 1980 : *Bull. civ.* 1980, IV, n° 139) ;

• –

nullité de la procédure de conciliation (*Cass. soc.*, 5 nov. 1980 : *Bull. civ.* 1980, V, n° 802) ;

• –

défaut de communication au ministère public (*Cass. 1re civ.*, 12 nov. 1985 : *Bull. civ.* 1985, I, n° 247) ;

• –

défaut de respect du délai de comparution (*CA Riom*, 27 juin 1988 : *D.* 1989, somm. p. 182, obs. P. Julien).

9. – Conditions – La dévolution pour le tout ne suppose pas que les parties aient été mises au préalable en demeure de conclure au fond (*Cass. 2e civ.*, 11 juin 1997 : *Procédures* 1997, comm. 230, obs. R. Perrot. – *Cass. 2e civ.*, 13 juill. 1999 : *Procédures* 1999, comm. 223, obs. R. Perrot. – *Cass. 2e civ.*, 22 mars 2006 : *JCP G* 2006, IV, 1887).

C'est un pouvoir distinct des hypothèses d'évocation par la cour d'appel, et il n'y a pas lieu de se référer aux conditions de l'évocation pour appliquer l'effet dévolutif (*Cass. 2e civ.*, 8 juin 1983 : *Gaz. Pal.* 1983, pan. p. 265, obs. S. Guinchard).

10. – Conséquences – L'effet dévolutif sur le tout oblige la cour d'appel, après avoir annulé le jugement, à statuer sur le fond sans pouvoir renvoyer l'examen de l'affaire aux premiers juges (*Cass. com.*, 13 déc. 2005 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 250, pour l'irrégularité d'une ordonnance du juge commissaire pour violation de la contradiction. – *CA Aix-en-Provence*, 23 janv. 1973 : *D.* 1973, jurispr. p. 445, note F. Derrida ; *RTD civ.* 1973, p. 816, obs. P. Raynaud). La cour d'appel est tenue de statuer sur le fond du litige quelque soit sa décision sur la nullité du jugement (*Cass. 2e civ.*, 6 avr. 2006, n° 04-14.282).

11. – Respect de la contradiction – En tout état de cause, la procédure devant la cour d'appel statuant sur le fond par l'effet dévolutif doit respecter les principes fondamentaux et l'affaire ne peut être renvoyée pour être plaidée au fond que si elle est en état d'être jugée. Ainsi, l'appelant ne peut pas être condamné au motif qu'il n'a invoqué aucun moyen pour s'opposer à la demande s'il n'a pas reçu d'injonction de conclure au fond (*Cass. 2e civ.*, 24 oct. 1990 : *Bull. civ.* 1990, II, n° 212. – *Cass. 2e civ.*, 13 juill. 2000 : *Bull. civ.* 2000, II, n° 121 et 125 ; *D.* 2001, p. 499, note Bolard ; *RTD civ.* 2001, p. 957, obs. R. Perrot. – *Cass. 2e civ.*, 20 déc. 2001 : *Procédures* 2002, comm. 43, obs. R. Perrot). La Cour de cassation insiste sur le fait que la cour d'appel ne peut statuer au fond qu'après que les parties

ont été invitées à conclure au fond (*Cass. 2e civ., 26 juin 2003 : Bull. civ. 2003, II, n° 209 ; Gaz. Pal. 9-10 juill. 2004, p. 8, obs. Du Rusquec*) : si le conseiller de la mise en état a mis en demeure l'appelant de conclure sur le fond, la cour d'appel peut statuer par l'effet dévolutif sur le tout sans méconnaître le principe de la contradiction (*Cass. 2e civ., 22 févr. 2007, n° 05-21.399 :Juris-Data n° 2007-037479*).

12. – Particularisme des procédures collectives – Le jugement d'ouverture est susceptible d'appel (*C. com., art. L. 661-1. – Ph. Roussel-Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté, Litec, Carré Droit, p. 325 s.*). L'article 175 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, reprenant les dispositions de l'article 11 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises précise que : *“la cour d'appel qui annule un jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire peut, d'office, ouvrir la procédure de redressement judiciaire”* (sur cette disposition, *V. R. Perrot : RTD civ. 1977, p. 626 ; RTD civ. 1979, p. 203 ; RTD civ. 1982, p. 663. – Cass. com., 2 arrêts, 2 nov. 2005, n° 04-13.085 et 04-13.086 : Juris-Data n° 2005-030548*).

Ce pouvoir accordé à la cour d'appel est généralement compris comme une application de l'effet dévolutif de l'appel annulation (*P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2006-2007, n° 321-41*). Il signifie que la cour d'appel, saisie d'un appel annulation contre un jugement d'ouverture et qui annule le jugement, n'a pas l'obligation de renvoyer devant le 1er juge pour le prononcé du redressement judiciaire, quelle que soit la cause d'annulation du jugement et quelles que soient les conclusions de l'appelant (sur la procédure ou sur le fond). Elle peut d'office, si les conditions sont réunies, ouvrir la procédure de redressement judiciaire. Cette attribution est justifiée : il serait regrettable qu'une irrégularité procédurale conduise à une perte de temps préjudiciable pour le sort de l'entreprise, en imposant un retour devant le premier juge, alors que les conditions de l'ouverture d'une procédure collective sont déjà réunies.

Ce pouvoir est dévolu impérativement à la cour d'appel : si elle omet de l'exercer, le pouvoir en cassation n'est pas ouvert contre l'arrêt, il faut former devant la cour d'appel une requête en omission de statuer (*Cass. com., 15 mars 2005, n° 02-13.415*). Le pourvoi sera ouvert contre l'arrêt qui aura statué sur la requête (*NCPC, art. 463*).

En revanche, par application des dispositions de l'article 562 du Nouveau Code de procédure civile et 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'article 11 du décret de 1985, la cour d'appel, saisie d'un appel annulation du jugement pour irrégularité de la saisine de la juridiction du premier degré, n'a pas le pouvoir de prononcer d'office le redressement ou la liquidation judiciaire du dirigeant de la personne

morale (Cass. com., 4 janv. 2005 : Bull. civ. 2005, IV, n° 2 ; D. 2005, p. 280, obs. A. Lienhard ; D. 2006, p. 548, obs. Julien et Fricero ; JCP G 2005, II, 10080, note P. Cagnoli).

En tout état de cause, le pouvoir dévolu à la cour d'appel ne peut pas s'appliquer si l'annulation est fondée sur une irrégularité de saisine de la juridiction de première instance (Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-20.375 : Juris-Data n° 2007-037425).

B. - Exceptions prétoriennes à la dévolution pour le tout

13. – Restrictions à l'effet dévolutif sur le tout – Le principe de la dévolution pour le tout, pour général qu'il soit, a suscité des difficultés d'application et une jurisprudence abondante sur le plan même du **domaine à assigner à la dévolution pour le tout et à ses conséquences**. En présence d'irrégularités telles que l'on pouvait difficilement dire qu'il y avait eu véritablement un premier degré de juridiction, l'idée que l'effet dévolutif ne pouvait alors se produire a resurgi. Le retour au premier degré permet de garantir, à la fois, les droits de la défense et le principe du double degré de juridiction : en présence d'une irrégularité viciant l'acte introductif lui-même, le défendeur défaillant n'ayant pu assurer sa défense, il a semblé inéquitable de permettre à la cour de statuer sur le fond. Il est résulté de cette position des restrictions prétoriennes au domaine de la dévolution pour le tout.

14. – Irrégularité affectant l'acte introductif d'instance – Il résulte d'une jurisprudence constante que l'appel est dépourvu d'effet dévolutif sur le fond lorsque le jugement est déclaré nul en raison d'une **irrégularité qui affecte l'acte introductif d'instance et que le défendeur n'a pas comparu** (Cass. 2e civ., 27 févr. 1985 : Bull. civ. 1985, II, n° 46 ; D. 1985, inf. rap. p. 262, obs. Julien ; RTD civ. 1985, p. 451, obs. Perrot ; Rev. huissiers 1986, p. 259. – CA Paris, 24 févr. 1986 : Gaz. Pal. 1986, 1, somm. p. 210. – Cass. 2e civ., 26 juin 1985 : Gaz. Pal. 1986, 1, somm. ann. p. 83. – CA Paris, 16 nov. 2002 : Bull. inf. C. cass. 2002, n° 518). Dans cette hypothèse, l'atteinte aux droits de la défense et au procès équitable est telle, qu'il faut renvoyer l'affaire au fond devant les premiers juges (Cass. 3e civ., 14 nov. 2006, n° 06-11.858), dans la mesure où l'on considère qu'il n'y a pas véritablement eu un débat en première instance.

Dans cette mesure, cette exclusion de l'effet dévolutif **concerne tous les cas d'irrégularité de l'acte introductif d'instance**, même si l'annulation tient à un vice de fond résultant du défaut de capacité d'une personne morale (Cass. soc., 13 nov. 2002 : Procédures 2003, comm. 2, obs. R. Perrot ; RTD civ. 2003, p. 145, obs. R. Perrot), ou à une méconnaissance du contradictoire (délai insuffisant entre l'assignation en référé et l'audience, CA Paris, 16 janv. 1991 : Bull. avoués 1991, n° 2, p. 64).

En revanche, si malgré la défectuosité de l'acte introductif d'instance, le défendeur a comparu et a conclu sur le fond devant le premier juge, l'effet dévolutif est applicable (Cass. 2e civ., 9 déc.

1997 : *Bull. civ.* 1997, II, n° 303 ; *D.* 1998, *jurispr.* p. 229, note Bolard. – *Cass. 1re civ.*, 3 mai 2000, inédit, n° 98-15.977. – *Cass. com.*, 28 janv. 2004, inédit, n° 01-02.870), à condition toutefois que, devant la cour, l'appelant ait conclu au fond et ne se soit pas borné à demander la nullité du jugement (*Cass. 2e civ.*, 13 juill. 2000 : *Bull. civ.* 2000, II, n° 121 et 125 ; *D.* 2001, p. 499, note Bolard).

De toute manière, si la cause de nullité n'affecte pas l'acte introductif d'instance, l'effet dévolutif pour le tout s'applique (*Cass. com.*, 16 janv. 2007, n° 05-18.666 : *Juris-Data* n° 2007-037005, pour l'absence de rapport du juge commissaire). Comme un examen de l'affaire a déjà eu lieu en première instance, la cour d'appel peut statuer sur le fond sans que les droits de la défense soient atteints.

15. – Rétablissement de l'effet dévolutif en cas de dépôt de conclusions au fond à titre principal – La jurisprudence a considéré qu'en dépit de l'annulation de l'acte introductif d'instance et du défaut de comparution du défendeur, l'effet dévolutif de l'appel annulation doit être rétabli si l'appelant a conclu au fond à titre principal devant la cour d'appel (*Cass. 2e civ.*, 9 juill. 1981 : *Bull. civ.* 1981, II, n° 154 ; *RTD civ.* 1982, p. 473, obs. Perrot. – *Cass. 2e civ.*, 21 mars 1983 : *D.* 1983, *inf. rap.* p. 393, obs. Julien. – *Cass. 2e civ.*, 22 nov. 1984 : *Bull. civ.* 1984, II, n° 173 ; *JCP G* 1985, IV, 37 ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, *pan. jurispr.* p. 83, obs. Guinchard. – *Cass. 2e civ.*, 21 févr. 1990 : *D.* 1990, *inf. rap.* p. 63 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, *pan. jurispr.* p. 97. – *Cass. 1re civ.*, 12 juin 2001, *Bull. civ.* 2001, I, n° 167 ; *JCP G* 2001, I, 362 ; n° 14, obs. L. cadiet ; *RTD civ.* 2001, p. 957, obs. R. Perrot ; *D.* 2001, p. 2715, obs. P. Julien. – *Cass. 2e civ.*, 3 oct. 2002 : *Bull. civ.* 2002, II, n° 200 ; *D.* 2002, p. 2846 ; *JCP G* 2002, IV, 2804. – *Cass. com.*, 4 févr. 2003, n° 99-16.177 : *Juris-Data* n° 2003-017621. – *Cass. 2e civ.*, 23 nov. 2006, n° 05-12.901 : *Juris-Data* n° 2006-036077). Cette solution est fondée sur le fait qu'en concluant au fond, l'appelant a renoncé au premier degré de juridiction (*Cass. 2e civ.*, 8 juill. 1981 : *Bull. civ.* 1981, II, n° 154. – *Cass. 2e civ.*, 20 mars 2003 : *D.* 2003, p. 943, en matière d'arbitrage).

16. – Question des conclusions subsidiaires – Initialement, la jurisprudence rétablissait l'effet dévolutif de l'appel annulation, même en présence d'une nullité de l'acte introductif d'instance, dès lors que l'appelant avait présenté des conclusions au fond même à titre subsidiaire devant la cour d'appel, ou avait été contraint de conclure par une injonction du conseiller de la mise en état (*Cass. 2e civ.*, 27 févr. 1985 : *D.* 1985, *inf. rap.* p. 262, obs. Julien ; *RTD civ.* 1985, p. 451, obs. Perrot. – *CA Paris*, 24 févr. 1986 : *Gaz. Pal.* 1986, 1, *somm.* p. 210. – *CA Nancy*, 8 oct. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 274, note Renard. – *Cass. com.*, 6 oct. 1992 : *D.* 1993, *somm. comm.* p. 181). Cette dernière solution, qui n'est guère conciliable avec la fonction normalement assignée aux conclusions subsidiaires, a été très discutée (en ce sens, *R. Perrot*, obs. : *RTD civ.* 1985, p. 451 et 1990, p. 149). La jurisprudence la plus récente refuse de considérer que des conclusions subsidiaires puissent permettre de rétablir l'effet

dévolutif sur le tout (*Cass. 2e civ., 25 mai 2000 : Bull. civ. 2000, II, n° 87 ; D. 2000, jurispr. p. 819, note G. Bolard ; JCP G 2000, I, 267, n° 2, obs. L. Cadiet ; Procédures 2000, comm. 160, obs. R. Perrot. – Cass. 2e civ., 3 avr. 2003 : Bull. civ. 2003, II, n° 95 ; Procédures 2003, comm. 136, obs. R. Perrot ; JCP G 2003, IV, 1972*). En tout état de cause, si l'annulation du jugement n'est pas fondée sur une irrégularité de l'acte introductif d'instance, il n'y a pas lieu de poser la question des conclusions subsidiaires, l'effet dévolutif pour le tout s'applique (*Cass. com., 29 nov. 2005, n° 04-10.515 : Juris-Data n° 2005-031076*).

II. - L'appel-nullité prétorien

A. - Domaine de l'appel-nullité

17. – Un recours exceptionnel et subsidiaire – Les conditions de l'ouverture prétorienne de l'appel-nullité démontrent que ce recours est conçu comme une voie d'exception, qui ne se conçoit que de façon subsidiaire. L'appel-nullité n'est ouvert qu'à trois séries de conditions : qu'un texte apporte une atteinte au principe du double degré de juridiction ; que la décision à l'encontre de laquelle l'appel est interjeté soit affectée par un vice suffisamment grave ; et qu'en outre, aucun autre recours ne soit ouvert.

1° Ouverture de l'appel-nullité

a) Existence d'une entrave au principe du double degré de juridiction

18. – Interdiction ou limitation du droit d'appel ordinaire –

Selon la jurisprudence, l'ouverture de l'appel-nullité suppose que l'on soit en présence d'une limitation au droit d'appel. Celui-ci peut être interdit, différé dans le temps, ou n'être ouvert qu'à certaines personnes seulement, notamment au Ministère public. La recevabilité de l'appel-nullité est conditionnée à la prohibition d'un appel de droit commun : la Cour d'appel de Dijon a jugé que l'appelant ne saurait être admis à faire valoir un appel-nullité formalisé à titre subsidiaire et qu'il lui appartenait de choisir au départ l'une ou l'autre voie, l'emprunt de la première coupant l'accès de la seconde (*CA Dijon, 8 avr. 1997 : Juris-Data n° 1997-040561. – V. également CA Dijon, 22 avr. 1997 : Juris-Data n° 1997-041790*). Dès lors que la partie intéressée dispose d'un recours, elle est irrecevable à former un appel nullité (*Cass. com., 5 juill. 2005, n° 04-12.597 : Juris-Data n° 2005-029412*, pour la décision d'un juge commissaire autorisant la vente aux enchères publiques). C'est le cas si le jugement rendu en dernier ressort est susceptible de pouvoir en cassation, l'appel-nullité devant être déclaré irrecevable (*Cass. soc., 29 juin 2005, n° 02-45.885*).

L'appel est donc conçu comme un recours "restauré" (*P. Cagnoli, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, thèse, Caen, 1999, spéc. n° 476-477, 483-484*).

19. – Interdiction du droit d'appel – Si on laisse de côté les interdictions traditionnelles qui résultent des dispositions fixant le taux du ressort ou concernant certaines décisions, telles par exemple les mesures d'administration judiciaire ou celles statuant sur les

incidents de la saisie immobilière, les interdictions faites au droit d'interjeter appel se sont multipliées, pour répondre à un enjeu de célérité dans le prononcé d'un jugement au fond (*V. R. Perrot, Les interdictions du droit d'appel, Introduction aux journées d'études des avoués près les cours d'appel, Versailles 1985 : Gaz. Pal. 17-18 sept. 1986*) ; il convient de se référer au fascicule 712 relatif aux jugements susceptibles d'appel. La jurisprudence est abondante en ce qui concerne les décisions rendues dans le cadre des procédures collectives, en raison des nombreuses interdictions de former des recours : par exemple, les jugements du tribunal de commerce statuant sur recours formé contre une ordonnance du juge commissaire ne sont susceptibles d'aucun recours, sous réserve que le juge ait commis un excès de pouvoir, ouvrant un appel-nullité (*Cass. com., 29 nov. 2005, n° 04-16.699 : Juris-Data n° 2005-031077*).

20. – Appel différé – Un certain nombre de décisions ne sont pas susceptibles d'un appel immédiat. C'est le cas, notamment, pour les jugements avant dire droit qui ne peuvent, en principe, être frappés d'appel qu'avec le jugement sur le fond (*NCPC, art. 544 et 545*). Ainsi, l'appel-nullité est ouvert contre une ordonnance fixant une mesure d'instruction dès lors que le juge a commis un excès de pouvoir (*Cass. soc., 23 févr. 1977 : Gaz. Pal. 1977, 2, p. 499*). La Cour d'appel de Paris (*CA Paris, 7 mars 1990 : Gaz. Pal. 1991, 1, somm. p. 27*) a reconnu que *“s'il est interdit de poursuivre la réformation d'une décision avant dire droit indépendamment de la réformation de la décision sur le fond, il est possible de faire constater par la voie de l'appel immédiat la nullité d'une décision avant dire droit affectée d'un vice fondamental tenant aux conditions mêmes dans lesquelles elle a été rendue”*. Si la décision n'est entachée d'aucun excès de pouvoir, le recours-nullité immédiat doit être déclaré irrecevable (*Cass. 1re civ., 2 mars 2004 : Bull. civ. 2004, I, n° 67 ; RTD civ. 2004, p. 109, obs. J. Hauser, à propos du pourvoi en cassation nullité contre un arrêt rendu sur appel d'une ordonnance de non-conciliation*).

21. – Exclusion exceptionnelle de l'appel-nullité (les mesures d'administration judiciaires, les décisions administratives) –

Dans certains cas, l'absence d'ouverture d'un recours est fondée sur la nature particulière de la mesure : le juge peut se prononcer par voie de mesures d'administration judiciaire (*NCPC, art. 537*), un organe peut prendre une décision administrative. La Cour de cassation considère que même en présence d'un excès de pouvoir, l'appel-nullité ou le pourvoi nullité sont fermés. Par exemple, contre les décisions *“du Conseil de l'ordre des avocats statuant en matière administrative”*, notamment pour l'inscription au tableau d'un ancien magistrat, l'appel-nullité est prohibé (*Cass. 1re civ., 12 avr. 2005, n° 03-13.684 : Bull. civ. 2005, I, n° 176, p. 150*). De même, une décision de radiation du rôle, mesure d'administration judiciaire qui n'a pas de caractère juridictionnel et n'a pas d'incidence sur le lien juridique d'instance, ne peut être déférée à la Cour de cassation, fût-ce pour excès de pouvoir (*Cass. 2e civ., 23 nov. 2006, n° 05-*

16.135). C'est aussi le cas d'une décision de jonction d'instance (*Cass. 2e civ., 6 avr. 2006, n° 04-16.961 : Juris-Data n° 2006-033151*).

b) Existence d'un vice grave affectant la décision

22. – Vice suffisamment grave – L'ouverture prétorienne de l'appel-nullité doit permettre de sanctionner une irrégularité caractérisée et grave : à défaut, il faut respecter le but poursuivi par le législateur lorsqu'il a fermé ou limité l'appel, l'appel-nullité est irrecevable en l'absence de preuve d'un vice grave affectant le jugement de liquidation judiciaire (*Cass. com., 3 avr. 2001 : Juris-Data n° 2001-009213*). La détermination du domaine exact des cas d'ouverture de l'appel-nullité soulève des difficultés insurmontables. La jurisprudence se réfère le plus souvent à l'excès de pouvoir du juge (*N. Fricero, L'excès de pouvoir en procédure civile : RGDP 1998, p. 17*), sans en donner une définition précise, ou encore à la violation grave d'un principe fondamental, ou d'une règle fondamentale de procédure. Si l'on tente de systématiser la jurisprudence, on peut distinguer les cas d'excès de pouvoir, et les violations graves d'un principe fondamental de procédure.

1) L'excès de pouvoir

23. – Méconnaissance de la séparation des pouvoirs – L'excès de pouvoir est établi lorsque le juge judiciaire empiète sur les attributions des autres autorités :

• –

sur celles du pouvoir exécutif (*Cass. soc., 23 févr. 1977 : JCP G 1978, II, 18897, note J.A. ; Gaz. Pal. 1977, 2, p. 499, note R.P. ; RTD civ. 1977, p. 621, obs. Perrot. – Cass. 1re civ., 15 avr. 1986 : Gaz. Pal. 1987, pan. jurispr. p. 17, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; Rev. crit. DIP 1986, p. 723, obs. G. Couchez. – Cass. 2e civ., 17 juin 1987 : D. 1987, somm. p. 359, obs. P. Julien ; RTD civ. 1988, p. 184, obs. R. Perrot. – Cass. 2e civ., 20 févr. 2001 : Procédures 2001, comm. 80, obs. R. Perrot*) ;

• –

sur celles de l'ordre administratif (*Cass. 1re civ., 26 juin 2001 : JCP 2001, IV, 2553. – Cass. 2e civ., 9 déc. 2002 : Bull. civ. 2002, II, n° 280. – Cass. 3e civ., 9 déc. 2003 : Bull. civ. 2003, III, n° 246*). Il s'agit là de l'acception traditionnelle de l'excès de pouvoir (*F. Kernaleguen, L'excès de pouvoir du juge : revue Justice 1996, p. 105*).

24. – L'excès de pouvoir positif – Lorsque le juge **s'arroge des attributions que le dispositif normatif lui refuse**, il commet une violation particulièrement grave de la loi qui permet l'ouverture de l'appel-nullité. Il en est ainsi, dès lors que le tribunal statue hors des limites de ses attributions (*CA Paris, 4 juill. 1984 : Gaz. Pal. 1985, jurispr. p. 93, note Marchi*). Un appel-nullité immédiat est ouvert

contre un jugement avant-dire droit si le juge outrepassé ses pouvoirs (*CA Versailles, 26 sept. 1995 : D. 1996, somm. p. 351, obs. P. Julien*). Les attributions limitées des bureaux de conciliation des conseils de prud'hommes (*C. trav., art. R. 516-18*) ont donné lieu à une jurisprudence abondante : commet un excès de pouvoir le bureau qui prescrit des provisions excédant les limites légales, ce qui rend l'appel recevable en dépit des restrictions (*CA Paris, 29 mai 1976 : RTD civ. 1976, p. 625, obs. R. Perrot. – Cass. soc., 5 oct. 1978 : RTD civ. 1979, p. 196, obs. R. Perrot. – Cass. soc., 13 janv. 1998 : Bull. civ. 1998, V, n° 4, à propos du jugement avant-dire droit d'un Conseil des prud'hommes désignant un *amicus curiae*). De même, commet un excès de pouvoir :*

- –

le juge qui ordonne une enquête sociale sur la famille naturelle de l'enfant alors que la demande gracieuse d'adoption ne lui confère pas le pouvoir de prescrire d'office une mesure d'instruction (*CA Nîmes, 22 juin 1994 : Bull. inf. C. cass. 1994, n° 915*) ;

- –

le tribunal de commerce qui arrête un plan de cession d'une société au profit d'anciens dirigeants, administrateurs provisoires de l'entreprise, contrairement aux dispositions de l'article L. 621-57 du Code de commerce alors applicables (*Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-15.060 : Bull. civ. 2005, IV, n° 203, p. 218*) ;

- –

le juge commissaire qui résilie un contrat alors qu'il n'a pas compétence pour prendre cette mesure (*Cass. com., 5 juill. 2005, n° 04-14.194*) ; ou qui fait obligation à la Poste d'acheminer le courrier du débiteur vers l'étude du liquidateur sans rétribution de cette prestation (*Cass. com., 7 juin 2005, n° 04-12.081*), le juge qui arrête l'exécution d'une décision que la loi rend exécutoire de droit (*Cass. 2e civ., 17 juin 1987 : Bull. civ. 1987, II, n° 130 ; D. 1987, somm. p. 359, obs. P. Julien*).

La Cour de cassation considère que la recevabilité de l'appel-nullité résulte du fait que le tribunal a statué alors qu'il était dépourvu de pouvoir juridictionnel (*Cass. com., 4 janv. 2005 [2 arrêts], n° 03-10.194 et 03-10.195 : Juris-Data n° 2005-026391*).

Dans toutes ces hypothèses, un juge compétent a violé une loi parce qu'il a dépassé les limites de ses attributions.

25. – Excès de pouvoir négatif – Le juge qui **refuse d'exercer les compétences que la loi lui attribue** commet un excès de pouvoir (*N. Fricero, L'excès de pouvoir en procédure civile : RGDP, 1998, p. 26*). Ainsi, le président du Tribunal de grande instance de

Paris qui se déclare incompétent pour statuer (pour désigner un arbitre dans un tribunal arbitral international), alors que le Nouveau Code de procédure civile lui confère ce pouvoir et que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit un accès à un juge, commet "ainsi un excès de pouvoir négatif" ou "par défaut" qui rend recevable un appel-nullité (Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n° 02-15.237 : Bull. civ. 2005, I, n° 53, p. 45 ; D. 2005, p. 2727, note S. Hotte. – Rappr. Cass. 2e civ., 4 sept. 1998 : Bull. civ. 1998, II, n° 121, p. 72 et Cass. 2e civ., 22 mai 1996 : D. 1996, inf. rap. p. 157). De même, commet un excès de pouvoir négatif le juge qui refuse de se prononcer sur le bien-fondé d'une demande de remise d'une adjudication (Cass. 2e civ., 8 avr. 2004, n° 02-15.356 : Juris-Data n° 2004-023225). Certes, la notion même d'excès de pouvoir "négatif" peut sembler peu lisible (R. Perrot, obs. sous Cass. 1re civ., 20 févr. 2007 : RTD civ. 2007, à paraître) : néanmoins, dans la mesure où le comportement du juge qui refuse de statuer alors que la loi lui en confère le pouvoir – et sans doute le devoir – doit recevoir une sanction procédurale, on peut admettre que l'ouverture d'un recours immédiat soit fondée sur une notion extensive d'excès de pouvoir. La fonction sanctionnatrice du recours-nullité est un objectif légitime qui justifie les excès... de langage !

26. – Les violations des règles de fond n'ont jamais été considérées comme des hypothèses d'appel-nullité : même si une interprétation faite par un tribunal n'est pas conforme à celle donnée par la Cour de cassation, il ne s'agit pas là d'une irrégularité grossière susceptible de conduire à la recevabilité de l'appel-nullité (CA Besançon, 20 juin 1997, G. c/ C. n° rôle 217/96). Une "erreur commise par le juge commissaire, puis par le tribunal de commerce qui ont examiné la requête sur le fondement erroné de l'article L. 621-55 du Code de commerce", n'est pas susceptible de fonder un appel-nullité (Cass. com., 4 janv. 2005, n° 02-21.504). Cette solution se justifie : le contrôle de la légalité est prévu dans le cadre de recours dont l'organisation répond à des enjeux particuliers : si le législateur a différé ou supprimé les recours, c'est parce que la nécessité d'un déroulement rapide de la procédure lui a semblé devoir primer les droits de la défense. Cet objectif ne pourrait pas être réalisé si le recours devait renaître chaque fois que le juge commet une erreur dans l'application ou l'interprétation de la loi. La pratique jurisprudentielle révèle toutefois que cette affirmation n'est pas toujours appliquée (P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 2006/2007, n° 333-22 s., à propos des jugements statuant sur opposition à l'encontre des ordonnances du juge commissaire).

27. – Les violations des règles de procédure ne constituent pas des hypothèses d'excès de pouvoir. De nombreuses décisions rappellent ce principe. La chambre mixte, le 28 janvier 2005, a jugé que la violation du principe de la contradiction ne constitue pas un excès de pouvoir (Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005 : Bull. civ. 2005, ch. mixte, n° 1 ; JCP G 2005, I, 125, n° 14, obs. S. Amrani-

Mekki ; Procédures 2005, comm. 87, obs. R. Perrot ; Dr. et proc. 2005, p. 224, obs. M. Douchy-Oudot. – V. aussi Cass. com., 3 mai 2006 : D. 2006, p. 1369, obs. Lienhard. – CA Douai, 16 mai 2006 : D. 2006, p. 1529, obs. A. Lienhard). Cette décision, rendue à propos de la recevabilité du pourvoi-nullité, est applicable à l'appel-nullité. D'autres décisions traduisent la conception restrictive de l'excès de pouvoir, et l'exclusion de la méconnaissance par le juge des règles de procédure même essentielles :

- –

la violation des droits de la défense ne constitue pas un excès de pouvoir (*Cass. com., 21 mars 2006, n° 04-17.953 : Juris-Data n° 2006-032843*) ;

- –

ni la violation des règles relatives à la composition des juridictions, ni la violation du principe de la contradiction ne sont des excès de pouvoir (*Cass. 2e civ., 17 nov. 2005, n° 03-20.815 : Bull. civ. 2005, I, n° 293, p. 206 ; Procédures 2006, comm. 12, obs. Junillon*) ;

- –

pas plus que le grief tiré de l'existence d'une procédure pénale en cours et de son incidence éventuelle sur l'instance civile (*Cass. com., 26 sept. 2006, n° 05-14.465*). Peu importe la nature de la règle de procédure méconnue : ne constituent pas un excès de pouvoir, l'existence d'une contestation sérieuse (*Cass. soc., 3 mai 1995 : Procédures 1995, n° 264, obs. H. Croze*) ou la méconnaissance de la condition de l'évolution du litige assortissant l'intervention forcée en appel (*Cass. soc., 14 juin 2005 : Bull. civ. 2005, V, n° 199*).

2) Les violations graves d'un principe processuel fondamental ?

28. – Admission de l'appel-nullité – Soucieuse de permettre la sanction des irrégularités les plus importantes, une jurisprudence ancienne avait ouvert l'appel-nullité en présence de “*vices graves affectant le jugement dans sa régularité intrinsèque ou résultant de l'inobservation d'un principe fondamental*”(CA Paris, 6 mars 1991, P. c/ Z., R.G. n° 89-15704), ou de “*violation d'un principe fondamental de procédure*”(Cass. com., 14 oct. 1997 : *Procédures 1997, comm. 286. – Cass. com., 26 juin 2001 : JCP G 2002, II, 10096, note A. Perdriau*).

Plusieurs exemples peuvent utilement illustrer cet objectif (*P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz Action, 2006/2007, n° 321-21 s.*). Ils concernent **le non-respect des délais de comparution** (pour une ordonnance de non-conciliation, l'appel ordinaire étant exclu, *Cass. 2e civ., 3 juill. 1985 : Bull. civ.*

1985, II, n° 134), **un vice affectant la composition du tribunal** (pour un jugement rendu avec le concours d'un auxiliaire de justice appelé à compléter le tribunal, en l'espèce, l'un des syndics de la procédure collective ayant la qualité d'avocat qui se trouve être juge et partie dans l'affaire qui lui est soumise, *Cass. com.*, 6 mars 1984 : *D.* 1984, *inf. rap.* p. 237, *obs. Julien* ; *RTD civ.* 1984, p. 568, *obs. Perrot*), **la violation de la contradiction**(*Cass. com.*, 28 avr. 1998 : *JCP G* 1998, *IV*, 1332), **l'absence de motivation**(*CA Dijon*, 23 oct. 2001 : *JCP G* 2002, *IV*, 1348).

Note de la rédaction – Mise à jour du 18/12/2013

28 . - Contradictoire, excès de pouvoir et appel-nullité

Constitue un excès de pouvoir le fait pour un juge, qui se prononce en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé. Il ressort de l'arrêt attaqué que le débiteur, propriétaire indivis d'un bien immobilier, a été mis en liquidation judiciaire le 13 janvier 2004 ; que saisi d'une requête tendant à voir ordonner la vente de la part indivise du débiteur à ses frères et soeurs, le juge-commissaire a rejeté cette demande ; que sur recours de ces derniers, le tribunal, sans entendre ni appeler le débiteur, a réformé l'ordonnance, pris acte de la proposition de la soeur de racheter les parts de ses deux frères et autorisé le liquidateur à régulariser la proposition transactionnelle telle que visée dans la requête initiale. Pour déclarer irrecevable l'appel nullité formé par le débiteur contre ce jugement, l'arrêt, après avoir énoncé qu'aucune disposition légale ne peut interdire de faire constater la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir, retient que le débiteur invoque exclusivement le non-respect de la contradiction posé par les articles 14 à 16 du Code de procédure civile pour n'avoir pas été avisé de l'opposition ni convoqué par le tribunal et que la violation d'un principe fondamental de procédure, tel celui du contradictoire, ne constitue pas un excès de pouvoir. En statuant ainsi, la cour d'appel, a violé l'article 14 du Code de procédure civile, ensemble l'article L. 623-5 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et les principes régissant l'excès de pouvoir (*Cass. com.*, 16 juin 2009, n° 08-13.565 : *JurisData* n° 2009-048660).

Contradiction, domaine de l'appel-nullité, décision rendue par des arbitres n'étant pas une sentence arbitrale

L'arrêt retient justement qu'une décision se prononçant sur le montant et la répartition d'un solde d'honoraires dus à l'expert ne tranche en aucune manière tout ou partie du litige au fond qui oppose les parties, ou encore la compétence ou bien un incident de procédure qui met fin à l'instance ; la cour en a exactement déduit que cette décision ne constituait pas une sentence au sens des articles 1482 et suivants du Code de procédure civile et, partant, que l'appel de la société était irrecevable. La violation alléguée du principe de la contradiction ne peut constituer un excès de pouvoir

susceptible de rendre recevable l'appel-nullité (*Cass. 1re civ., 17 juin 2009, n° 08-11.697 : JurisData n° 2009-048630*).

29. – Perspectives – Depuis l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 28 janvier 2005 (*Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19.153 : Juris-Data n° 2005-026724*) ces irrégularités ne permettent plus l'ouverture d'un appel-nullité. **Seul l'excès de pouvoir est pris en considération**, et aucune violation des règles de procédure ne conduit à la qualification d'excès de pouvoir même si le principe méconnu est fondamental. La Cour de cassation refuse d'admettre la recevabilité d'un recours nullité dès lors qu'elle constate l'absence d'excès de pouvoir (*Cass. com., 27 févr. 2007, n° 05-13.415. – Cass. com., 27 févr. 2007, n° 05-20.678. – Cass. com., 13 mars 2007, n° 05-21.117 : Juris-Data n° 2007-037992*). La deuxième Chambre civile considère que ne constituent un excès de pouvoir ni la violation des règles relatives à la composition des juridictions, ni la violation du principe de la contradiction (*Cass. 2e civ., 17 nov. 2005, n° 03-20.815 : Juris-Data n° 1995-030729*). La première Chambre civile, dans un arrêt du 20 février 2007 (*Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, n° 06-13.134 : Juris-Data n° 2007-037457 ; RTD civ. 2007, obs. R. Perrot, à paraître*), à propos d'un appel-nullité déclaré fondé sur l'absence de motivation du jugement, a réaffirmé que *“l'appel-nullité n'est recevable qu'en cas d'excès de pouvoir, consistant pour le juge à méconnaître l'étendue de son pouvoir de juger”*, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un défaut de motivation du jugement.

Il reste que la notion d'excès de pouvoir étant difficile à cerner, son rôle d'antidote à l'ivresse du pouvoir (*G. Bolard, L'appel-nullité : D. 1987, chron. p. 177*) pourra amener la Cour de cassation à considérer que telle ou telle violation grave d'une règle fondamentale de procédure entre dans le domaine de l'excès de pouvoir, ce qui permettra à l'appel-nullité de jouer son rôle de soupape de sécurité pour lutter contre des dysfonctionnements procéduraux importants. L'absence de tout instrument procédural pour sanctionner immédiatement une méconnaissance d'un principe processuel fondamental n'est pas admissible.

c) Absence de tout autre recours

30. – Caractère subsidiaire de l'appel-nullité – L'appel-nullité est déclaré irrecevable lorsqu'un autre recours permet d'invoquer la nullité d'une décision entachée d'un vice grave. Tel est le cas lorsque le recours en cassation est ouvert (V. à propos d'un jugement, rendu dans des conditions irrégulières sur un incident de saisie : *Cass. 2e civ., 27 juin 1984 : Bull. civ. 1984, II, n° 122. – Cass. soc., 29 juin 2005, n° 02-45.885, à propos d'une ordonnance de référé prescrivant la remise de documents sous astreinte*). De même, l'appel d'un jugement rendu par défaut et en dernier ressort n'est pas recevable, même s'il est destiné à faire constater la nullité du jugement, puisque dans ce cas, la voie de l'opposition est ouverte (*Cass. 2e civ., 26 oct. 1994 : Juris-Data n° 1994-002378*) ; l'appel-nullité est également

fermé si la décision peut faire l'objet d'un recours, même subordonné à des conditions restrictives, comme c'est le cas pour l'autorisation d'un appel ordinaire pour les jugements prescrivant une expertise (CA Paris, 1^{re} ch. C, 29 avr. 2003 : D. 2004, inf. rap. p. 260, obs. Desnoyer) ; ou encore si la décision peut faire l'objet d'un contredit (Cass. soc., 15 déc. 1999 : Bull. civ. 1999, V, n° 490 ; D. 2000, inf. rap. p. 27 ; JCP G 2000, IV, 1245).

Si l'appel-réformation est ouvert, l'appel-nullité est irrecevable (Cass. com., 12 avr. 2005, n° 03-16538 : *Juris-Data* n° 2005-028109). En revanche, dès lors qu'aucun recours n'est ouvert, l'appel-nullité permet de sanctionner un excès de pouvoir du juge (par ex. contre l'ordonnance du président du tribunal de grande instance statuant en matière d'arbitrage : *NCPC*, art. 1457. – Cass. 2^e civ., 18 déc. 1996 : *RTD com.* 1997, p. 435, obs. *Dubarry et Loquin* ; *Rev. arb.* 1997, p. 361, obs. *Hory*. – Cass. 2^e civ., 16 mars 2000 : *RTD com.* 2000, p. 593, obs. *Dubarry et Loquin*).

Note de la rédaction – Mise à jour du 18/12/2013

30 . - Appel-nullité contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence internationale (non)

La voie de l'appel-nullité n'est pas ouverte contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence internationale, celle-ci pouvant être attaquée par la voie du recours exercé contre cette sentence (Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 11-17.739 : *JurisData* n° 2013-025064 ; *JCP G* 2013, act. 1268 ; *JCP E* 2013, 1677. – V. *CPC*, art. 1524, *réd. D.* n° 2011-48, 13 janv. 2011).

31. – Exclusion de tout recours immédiat – L'irrecevabilité de l'appel-nullité (ou du pourvoi-nullité) suppose que le plaideur ne dispose d'aucun recours immédiatement recevable. Si le recours est différé par la loi, l'appel-nullité redevient immédiatement recevable (V. à propos de l'ordonnance rendue par le bureau de conciliation d'un Conseil de prud'hommes : Cass. soc., 12 juin 1986 : *Bull. civ.* 1986, V, n° 304. – V. également *Barret*, *article cité* : *RTD civ.* 1990, *spécialement* p. 218).

2° Recevabilité de l'appel-nullité

32. – Autonomie ou application du droit commun ? L'instauration prétorienne d'un appel-nullité n'est pas sans conduire à des incertitudes relatives au régime procédural du recours, qu'il s'agisse du délai d'exercice ou de la détermination des personnes ayant qualité pour agir.

a) Délai pour agir

33. – Application du délai d'appel spécifique à la matière – Le délai d'appel de droit commun en matière contentieuse est d'un mois à compter de la signification du jugement ; il est de 15 jours pour les ordonnances de référé et de 10 jours en matière de procédures collectives. Doit-on transposer ces délais de droit commun à l'appel-nullité ? La question s'est posée à plusieurs reprises dans la matière des procédures collectives : la jurisprudence décide que l'appel-

nullité doit être formé dans les délais prévus par la loi et le décret de 1985, même s'ils sont plus courts que le délai du droit commun (CA Paris, 8 juill. 1987 : D. 1987, p. 11. – CA Douai, 16 juill. 1987 : Gaz. Pal. 1987, 2, p. 633. – Cass. com., 5 déc. 1995 : Juris-Data n° 1995-003888).

L'appel-nullité ne déroge aux conditions de recevabilité qu'au regard des cas d'ouverture, non aux exigences temporelles. La Cour de cassation a posé ce principe général à propos des procédures collectives : les voies de recours restent soumises aux conditions de forme et de délai qui leur sont propres, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles tendent à la réformation, à l'annulation ou à la rétractation de la décision attaquée (Cass. com., 15 janv. 1991 : Bull. civ. 1991, IV, n° 26 ; D. 1992, somm. p. 91, obs. F. Derrida).

b) Qualité pour agir

34. – Droit d'appel ouvert aux parties – L'article 546 du Nouveau Code de procédure civile précise que le droit d'appel appartient à toute partie. Cette exigence est étendue à l'appel-nullité par la jurisprudence : il ne peut être formé que par une partie au procès (Cass. com., 22 nov. 1994, Lameynardie : Juris-Data n° 1994-002125 ; Bull. civ. 1994, IV, n° 346). Si un tiers à l'instance veut faire sanctionner une décision qui lui porte grief, il dispose de la tierce opposition-nullité. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que "l'appel-nullité n'est ouvert qu'à ceux qui ont une prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du Nouveau Code de procédure civile, ce qui n'est pas le cas du repreneur évincé ou de la caution" (Cass. com., 24 mai 2005, n° 04-11.943. – Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-14.223 : Juris-Data n° 2005-027651). Elle décide que le représentant des créanciers n'est pas partie à la première instance, faute d'avoir été convoqué devant le tribunal saisi de la déclaration de cessation des paiements, et qu'il ne peut donc pas former appel-nullité (Cass. com., 10 mai 2005, n° 03-12.895 : Juris-Data n° 2005-028385).

35. – Qualité pour agir réservée à certaines personnes –

L'exercice de l'appel dans le droit des procédures collectives soulève la question de la qualité requise pour agir. On sait, en effet, que, dans ces procédures, cette qualité est souvent réservée à certaines personnes (appel du jugement d'ouverture, appel des jugements relatifs à la nomination ou au remplacement des organes de la procédure...). Ces limitations concernent l'appel réformation. L'accord est unanime en doctrine pour estimer que ces limitations ne peuvent pas être étendues à l'appel-nullité (Soinne, *op. cit.*, n° 7. – Bolard, *chron. citée*, n° 31. – Barret, *article cité* : RTD civ. 1990, p. 209) et la jurisprudence se prononce en général dans le même sens (CA Versailles, 9 juill. 1986 : Gaz. Pal. 1986, 2, p. 570. – CA Douai, 4 juin 1987 : Gaz. Pal. 1987, 2, p. 691) en affirmant qu' "aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'un jugement lorsque celui-ci présente de graves irrégularités commises par les premiers juges qui ont soit violé l'un des principes

fondamentaux de la procédure civile, soit outrepassé leurs pouvoirs”.

Note de la rédaction – Mise à jour du 18/12/2013

35 . - Appel nullité. Qualité pour agir

Le grand-oncle et la grand tante d'un enfant ont la qualité de tiers dans l'instance en désignation d'un administrateur ad hoc chargé de représenter le mineur dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative et sont irrecevables à former appel-nullité de la décision (Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2010, n° 09-10.641, 585 : *JurisData* n° 2010-008748 ; *Procédures* 2010, comm. 317).

c) Intérêt pour agir

36. – Intérêt pour agir – La recevabilité de l'appel-nullité suppose que la partie soit victime d'un excès de pouvoir du juge, mais elle *“n'est pas subordonnée à la preuve de l'existence d'un préjudice”* (Cass. com., 18 janv. 2005, n° 02-14.007 : *Juris-Data* n° 2005-026717). L'auteur de recours doit seulement démontrer son intérêt à la nullité du jugement (Cass. com., 28 févr. 1995 : *Bull. civ.* 1995, IV, n° 57. – CA Paris, 22 oct. 1991 : *D.* 1992, p. 417).

d) Taux du ressort

37. – Exclusion du taux du ressort – L'appel-nullité ayant pour finalité de sanctionner un excès de pouvoir du juge, la Cour de cassation a jugé que la condition relative au montant du litige ne doit pas être appliquée. Notamment, en cas d'excès de pouvoir, les décisions du bureau de conciliation sont susceptibles d'un appel-nullité immédiat quel que soit le montant de la demande (Cass. soc., 12 juin 1996 : *Gaz. Pal.* 1996, 2, pan. p. 220).

B. - Régime procédural de l'appel-nullité

38. – Identité processuelle de l'appel-nullité et de l'appel de droit commun ? Pour éviter toute insécurité juridique, il est nécessaire que le régime procédural de l'appel-nullité soit précisé, et la question essentielle est de savoir si les modalités et les effets de l'appel "ordinaire" peuvent être transposés à l'appel-nullité (V. Gerbay, *Les effets de l'appel, voie d'annulation* : *D.* 1993, chron. p. 143).

1° Procédure de l'appel-nullité

39. – Identité des règles – Même si la jurisprudence n'a pas été amenée à statuer sur chaque règle de la procédure, le principe posé est celui de la mise en oeuvre du droit commun de l'appel. La Cour de cassation décide que l'appel-nullité *“doit être formé selon les modes et dans le délai de l'appel”* (Cass. 2^e civ., 29 janv. 2004, n° 02-15.347 : *Juris-Data* n° 2004-022165).

40. – Abus de droit – Les dispositions de l'article 559 du Nouveau Code de Procédure civile sont applicables à l'appel-nullité. Mai, si cet appel est fondé sur un excès de pouvoir du juge caractérisé, la cour d'appel ne peut pas sanctionner l'appelant par une amende, faute de justifier qu'il a commis un abus du droit (Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-44.499 : *Juris-Data* n° 2004-025113).

41. – Régularité de la notification du jugement – Une originalité

apparaît en ce qui concerne la régularité de la signification du jugement entaché d'excès de pouvoir. En effet, alors que l'article 680 du Nouveau Code de procédure civile subordonne la validité de la signification à la présence de mentions indiquant de manière très apparente le délai d'appel ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé, la Cour de cassation décide logiquement que l'acte de notification du jugement n'a ni à indiquer qu'un appel-nullité est exceptionnellement ouvert, ni à préciser le délai et les modalités d'exercice de cette voie de recours (*Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-17.943* : l'arrêt ajoute qu'il n'y a pas violation de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lequel n'implique aucun droit à un double degré de juridiction en matière civile).

2° Effets de l'appel-nullité

a) Effet suspensif

42. – Problématique de l'effet suspensif de l'appel-nullité –

Selon le droit commun, l'appel produit un effet suspensif de l'exécution (*NCPC, art. 539*) : dénier à l'appel-nullité tout effet suspensif reviendrait à permettre l'exécution d'une décision, par hypothèse, affectée d'une irrégularité grave (*Barret, op. et loc. cit.*), ce qui serait peu opportun pour assurer la crédibilité de la justice et restaurer les droits de la défense. Pour ces raisons, le jugement frappé d'un appel-nullité ne devrait pas être susceptible d'exécution. La difficulté réside dans le fait qu'un jugement contre lequel est ouvert un appel-nullité prétorien est, par définition, insusceptible de recours suspensif d'exécution : dès lors, il est nécessairement passé en force de chose jugée, et donc exécutoire. On ne peut pas considérer que l'appel-nullité produit un effet suspensif automatique de l'exécution, comme c'est le cas pour le délai d'appel ordinaire et son exercice. Il faut ouvrir la possibilité à l'appelant, après avoir formalisé son appel-nullité, d'obtenir l'arrêt de l'exécution du jugement attaqué.

En ce sens, certaines décisions ont reconnu au premier président le pouvoir de suspendre cette exécution au motif que l'irrégularité serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives (*CA Rennes, Ord., 21 mars 1980 : Gaz. Pal. 1980, 1, p. 303, note du Rusquec. – CA Paris, Ord., 4 oct. 1976 : D. 1977, jurispr. p. 28, note Bettinger ; RTD civ. 1977, p. 191, obs. Perrot*).

Il a même été jugé qu'une telle irrégularité peut justifier la suspension d'une **exécution provisoire de droit** (*V. CA Lyon, Ord., 18 mai 1982 : Gaz. Pal. 1982, 1, somm. p. 178 ; RTD civ. 1982, p. 658, obs. R. Perrot*, à propos de la décision du bureau de conciliation d'un Conseil de prud'hommes qui avait prononcé une condamnation provisionnelle pour des sommes non indiquées dans la demande, sous astreinte, et alors qu'il n'y avait eu aucun débat contradictoire). **L'article 524 du Nouveau Code de procédure civile règle la question** en permettant au premier président, en cas d'appel (ce qui doit viser également l'appel-nullité), d'arrêter l'exécution de droit *“en cas de violation manifeste du principe du*

contradictoire” (ce qui ne constitue pas un excès de pouvoir) “ou de l'article 12” (la violation d'une règle de droit peut constituer un excès de pouvoir), et “lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives”. On peut concevoir qu'un appel-nullité vise une ordonnance de référé, exécutoire de droit (NCPC, art. 489), qu'un excès de pouvoir soit allégué, la violation de la loi réalisant une “violation de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile”, et que l'appelant démontre des conséquences manifestement excessives, ce qui permettra l'arrêt de l'exécution.

b) Effet dévolutif

43. – Admission de l'effet dévolutif – La question de savoir si l'effet dévolutif, prévu pour le droit commun par l'article 562 du Nouveau Code de procédure civile, doit être attaché à l'appel-nullité, a été largement discutée (V. Barret, article cité : RTD civ. 1990, p. 199, n° 34 s. – Gerbay, chron. préc. : D. 1993, p. 146, n° 12 s. – Bolard, chron. citée : D. 1988, p. 181, n° 22 s.). En faveur de l'effet dévolutif, on invoque le caractère général de l'article 562, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile qui confère expressément l'effet dévolutif à l'appel qui tend à l'annulation du jugement. Après certaines hésitations, la jurisprudence est fixée depuis un arrêt du 28 mai 1996 (à propos d'un appel-nullité pour excès de pouvoir, Cass. com., 28 mai 1996 : Bull. civ. 1996, IV, n° 150 ; JCP G 1996, IV, 1625 : RTD civ. 1996, p. 985, obs. R. Perrot) : “Si la recevabilité de l'appel-nullité est conditionnée par l'existence de griefs autonomes, tels l'excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de procédure, son effet dévolutif s'opère pour le tout, en application de l'article 562, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile, la cour d'appel ayant dès lors l'obligation, après avoir annulé la décision attaquée de statuer au fond en répondant aux conclusions qui déterminent les moyens des parties”. Cette jurisprudence s'est maintenue, la Cour de cassation admettant que la cour d'appel est “saisie de l'entier litige par suite de l'effet dévolutif” de l'appel-nullité (Cass. com., 13 déc. 2005, pour un jugement relatif à la nomination du liquidateur d'une société. – V. aussi Cass. com., 29 nov. 2005, n° 04-10.515). Il serait logique d'appliquer à cet effet dévolutif les mêmes distinctions que la Cour de cassation pose pour l'effet dévolutif de l'appel annulation, selon que l'irrégularité affecte ou non l'acte introductif d'instance (V. supra n° 13). Mais, comme la Cour de cassation a limité la recevabilité de l'appel-nullité à l'hypothèse d'excès de pouvoir du juge, cette distinction ne paraît avoir aucune portée pratique.

Bibliographie

O. Barret

L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile) : RTD civ. 1990, p. 199

G. Bolard

L'appel-nullité : D. 1988, chron. p. 177

L. Cadet

Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives : Rev. proc. coll.

1988, p. 17

P. Cagnoli

Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté :
LGDJ, 2002

F. Derrida

*La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à
la liquidation judiciaires des entreprises* : LPA 1988, n° 145 ; D. 1989,
chron. p. 77, 85, 93

J.-Ph. Duhamel

*L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'acte d'appel et des écritures
des parties* : Bull. inf. C. cass. n° 2, Hors série, 2003, p. 48

N. Fricero

L'excès de pouvoir en procédure civile : RGDP 1998, n° 1, p. 17

Ph. Gerbay

Les effets de l'appel-voie d'annulation : D. 1993, chron. p. 143

A. Honorat et D. Mas

Les perspectives de l'appel en nullité : LPA 1987, n° 78

V. Huet

Le particularisme de l'appel-nullité : Rev. jur. Ouest 1989, p. 359

Fr. Kernaleguen

L'excès de pouvoir du juge : revue Justice 1996, p. 151

D. Mas

*La portée de l'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un
jugement sur le fond* : thèse Nice, 1987

A. Perdriau

Pour une limitation des appels-nullité : Gaz. Pal. 5 mars 1996, doct.

A. Pirovano

La contestation du plan de cession d'entreprise : D. 1988, p. 273 et
279

A. Robert

L'appel-nullité : Dr. et patrimoine 1998, n° 57, p. 58

M. Santa-Croce

*De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de
pouvoir* : Mélanges Jeantin, Dalloz 1998, p. 467

B. Soinne

Le recours en nullité dans le cadre des procédures collectives : Gaz.
Pal. 1987, 2, doct. p. 695

© LexisNexis SA

Fasc. 623 : PRODUCTION FORCÉE DE PIÈCES

Date du fascicule : 20 Mars 2012

Date de la dernière mise à jour : 20 Mars 2012

Xavier Marchand

Avocat au barreau de Paris

Cécile Vieira

Juriste

Points-clés

- 1. –

Le droit processuel français, articulé autour du principe d'une **procédure accusatoire**, repose sur l'exigence de la communication et de la **production par les parties des éléments de preuve** qui leur paraissent nécessaires au soutien de leurs prétentions ou, simplement, de leur argumentation. Cette production est donc en principe **spontanée et volontaire** mais elle peut prendre la forme d'une production **forcée** lorsqu'un obstacle s'y oppose (V. n° 1 à n° 9).

- 2. –

La **production forcée de pièces** est en principe subordonnée à la **requête d'une partie**, à l'égard d'un **adversaire** ou d'un **tiers** ; le juge n'est cependant pas dépourvu d'un important pouvoir d'initiative (V. n° 6 à n° 12).

- 3. –

La demande en production forcée a nécessairement pour objet une pièce qui n'est pas encore dans le débat. Cette demande, si elle n'est soumise à **aucune contrainte formelle**, doit cependant présenter, pour la résolution du litige, un **intérêt certain** que le juge de l'injonction apprécie **souverainement** (V. n° 13 à n° 23).

- 4. –

Convaincu du bien-fondé de la demande de communication, le juge prononce une **injonction de produire** qui précise l'ensemble des **modalités et garanties d'exécution** de la production. Le juge tire toutes les conséquences qui lui semble s'imposer à défaut de production par la partie ou le tiers qui résiste sans motif légitime et peut notamment prononcer les **sanctions financières** qui lui semblent s'imposer ; aucune exécution forcée n'est en revanche possible (V. n° 24 à n° 40).

Sommaire analytique

Introduction

I. - Initiative de la production forcée de pièces

A. - Principe : requête d'une partie

1° Parties à la demande de production forcée

a) Demandeurs

b) Destinataires de la demande

2° Conditions de recevabilité de la demande

a) Forme de la demande

b) Bien-fondé de la demande

3° Objet de la demande

B. - Pouvoir d'initiative du juge

1° Pouvoir du juge dans les procédures orales

2° Pouvoir d'initiative du juge de la mise en état

3° Pouvoir d'initiative des techniciens

II. - Examen de la demande par le juge

A. - Juge de l'injonction

B. - Pouvoir d'appréciation du juge

III. - Injonction de produire

A. - Nature et contenu de l'injonction de produire

1° Une décision avant dire droit

2° Contenu de l'injonction

B. - Suites à apporter à l'injonction de produire

1° Exécution de l'injonction

2° Obstacles à la production forcée de pièces

3° Sanction de l'inexécution injustifiée

Bibliographie

Introduction

1. – Définition – Le procès civil est la faculté organisée par l'État de permettre aux parties qui n'ont pu trouver entre elles la solution de leurs différends de confier à un tiers impartial et souverain le soin de les trancher, dans un cadre défini et grâce à des instruments connus à l'avance, et de définir ainsi une solution intelligible et donc acceptée ou acceptable. Ainsi, né de la volonté de l'une des parties, et en tout état de cause avec la participation de l'autre, le procès civil est par essence la "chose des parties" et ne peut vivre qu'alimenté par leurs prétentions et les faits qu'elles entendent articuler à l'appui de celles-ci. Encore faut-il que ces faits puissent être examinés, analysés, critiqués, complétés le cas échéant, par la partie à qui on les oppose, ce qui suppose naturellement que ceux-ci soient produits. Cette règle est rappelée à l'article 6 du Code de procédure civile : il appartient aux parties d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions et de produire les éléments de preuve qui les fondent.

Cet acte de production recouvre deux opérations distinctes mais nécessairement associées : "une opération intellectuelle qui consiste à invoquer les moyens de preuves propres à établir la réalité des faits allégués ; une opération matérielle, qui confère à la précédente tout son effet et qui aboutit à soumettre à l'appréciation du juge les preuves annoncées" (*J.-J. Daigre, La production forcée des pièces dans le procès civil : PUF 1979*). L'une ne va pas sans l'autre mais il peut arriver que l'intention ne soit suivie d'aucun effet ou encore que l'effet recherché soit de contrarier l'intention.

2. – Distinction entre production volontaire et production forcée – Dans la majorité des cas, la partie qui allègue un fait en détient la preuve ; les deux opérations sont ainsi confondues. La partie qui détient une pièce susceptible de convaincre le juge de la réalité des faits qu'elle allègue a naturellement tout intérêt à la soumettre à l'appréciation du juge et ne manquera donc pas de la produire. C'est production est ainsi volontaire.

Il arrive toutefois qu'un plaideur ait connaissance d'une pièce utile au soutien de ses prétentions sans en avoir la possession, soit qu'il l'ait perdue, soit qu'il en ait une copie incomplète, soit encore qu'il en ait eu connaissance sans jamais l'avoir détenue voire simplement détenue. Le détenteur de cet élément peut se révéler être l'un de ses adversaires mais peut encore être un tiers au procès. L'un et l'autre n'ont pas nécessairement intérêt à produire spontanément cette pièce ; l'adversaire, parce qu'il aiderait son contradicteur et le tiers parce qu'il préfère rester à l'écart d'un procès dont il n'attend rien sauf le risque de devoir exposer des frais ou simplement être entraîné dans une affaire qui lui vaudra l'inimitié de tous. La nécessité de contraindre cette production peut ainsi apparaître afin de faire sourdre une vérité que des intérêts contrariés pourraient taire. C'est l'objet de la production forcée, objet du présent fascicule, que d'organiser cette mise en lumière, que l'on se gardera de confondre avec la communication de pièce (V. JCl. Procédure civile, Fasc. 622, Communication de pièces).

3. – Production forcée de pièces et communication de pièces

– La communication de pièces, régie par les articles 132 à 137 du Code de procédure civile, oblige les parties à se transmettre spontanément et réciproquement toutes les pièces et documents qu'elles invoquent au soutien de leurs prétentions. Il s'agit là d'une application particulière du principe de la contradiction consacré à l'article 15 du Code de procédure civile.

Lorsqu'on se réfère à la production de pièces, il ne s'agit donc plus simplement d'obliger les adversaires à se faire connaître leurs moyens de preuve respectifs mais de permettre au juge de vérifier la réalité des faits en cause. Ainsi, contrairement à la communication de pièces qui s'applique systématiquement, la production forcée de pièces exige l'intervention du juge. Le plaideur qui ne détient pas une pièce utile au soutien de ses prétentions n'a d'autre option, s'il entend pouvoir invoquer cette pièce, que de demander au juge d'en ordonner la production forcée par la personne qui la détient, qu'elle soit partie au procès ou simple tiers. Il s'agit là non plus de l'application du principe du contradictoire mais du principe de la collaboration des justiciables à la manifestation de la vérité, consacré à l'article 10 du Code civil et 11, alinéa 2, du Code de procédure civile. Ce dernier principe n'allait pas de soi et son inscription parmi les dispositions liminaires du Code de procédure civile est relativement récente.

4. – La consécration de la production forcée de pièces – La production forcée de pièce marque une évolution significative de la procédure civile issue du courant de réforme consacré par la nouvelle codification de 1975 qui a proposé une refonte des principes directeurs du procès. Le souci d'accroître l'efficacité de la justice et faciliter la recherche de la vérité a conduit le législateur à écarter le juge civil de son rôle purement passif pour devenir un acteur de la manifestation de la vérité et à exiger des parties et des tiers une réelle coopération à l'oeuvre de justice.

Le décret n° 71-470 du 9 septembre 1971 avait introduit la possibilité pour le juge, à la requête d'une partie, d'enjoindre à l'autre partie ou à un tiers de communiquer un élément de preuve. Quelques mois plus tard, la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 avait porté cette règle au rang législatif en posant à l'article 10 du Code civil la règle selon laquelle "chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité".

Depuis la codification de 1975, le régime de la production forcée est réglementé aux articles 138 à 142 du Code de procédure civile mais son principe est affirmé dès les dispositions liminaires du code ; l'article 11 alinéa 2, issu du décret de 1971, prévoit ainsi que "*si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire*" tout comme il pourra enjoindre "*la production de tous documents détenus par des tiers*". Cette consécration de la production forcée dès les premières dispositions du Code en fait un principe directeur du procès civil.

5. – Plan – Si l'initiative de la demande de production forcée d'une pièce ne peut en principe relever que des parties, le juge n'est cependant pas dénué de tout pouvoir d'incitation ou de suggestion (I). Quelle que soit l'origine de cette initiative, la demande devra faire l'objet d'un examen par le juge (II) avant d'être le cas échéant ordonnée (III).

I. - Initiative de la production forcée de pièces

6. – Plan – L'article 11, alinéa 2, du Code de procédure civile, confirmé par l'article 138 du même Code, précise que "*si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire*". Il en ressort qu'en principe la production forcée de pièces ne peut avoir lieu que sur demande d'une partie, adressée à son adversaire ou à un tiers (A). Les exceptions sont toutefois nombreuses qui peuvent faire douter de la pérennité de ce principe (B).

A. - Principe : requête d'une partie

1° Parties à la demande de production forcée

a) Demandeurs

7. – Requête de l'une des parties – Le juge civil étant lié par les prétentions des parties, la production forcée exige la requête de l'une des parties (*CPC, art. 11, al. 2 et 138*). En effet, permettre au juge d'ordonner d'office la production d'une pièce conduirait à violer le principe du dispositif. En conséquence, l'injonction de produire une pièce interviendra incidemment sur demande d'une partie, que celle-ci soit détenue par une autre partie ou par un tiers (*Cass. 1re civ., 21 oct. 1975, n° 74-12.739 ; JurisData n° 1975-000281 ; Bull. civ. 1975, I, n° 281. – Cass. 2e civ., 17 mars 2005, n° 02-14.514 ; JurisData n° 2005-027580 ; Bull. civ. 2005, II, n° 72*).

8. – Instance en cours – L'existence même de "parties" suppose celle d'une instance. Ainsi, aux termes de l'article 138 du Code de procédure civile, la production forcée d'une pièce auprès d'un adversaire ou d'un tiers ne pourra être demandée "*qu'au cours d'une instance*". Néanmoins, en application de l'article 145 du Code de

procédure civile, une production forcée pourra être demandée avant tout procès "s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige" (Cass. 2e civ., 26 mai 2011, n° 10-20.048 ; JurisData n° 2011-010005 ; D. 2011, p. 2891, obs. P. Delebecque).

b) Destinataires de la demande

9. – Parties ou tiers – L'article 10 du Code civil rappelle que toute personne, qu'elle soit ou non partie prenante au procès, est tenue d'apporter son concours à l'acte de justice.

Le Code de procédure civile ne distingue pas davantage et soumet les parties comme les tiers au même régime ; l'article 142 rappelle ainsi que le régime des articles 138 à 141, applicable à la production forcée de pièces par les tiers au procès, a également vocation à s'appliquer aux parties, sans qu'il y ait donc lieu de s'attacher à la qualité de la personne à qui la demande est adressée (*CPC, art. 138 et 139*).

10. – Personnes privées ou publiques – Cette obligation s'applique aussi bien aux personnes privées qu'aux personnes publiques ; les juges civils peuvent ainsi enjoindre à l'Administration de produire un document sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs (Cass. 1re civ., 21 juill. 1987, n° 85-16.436 ; Bull. civ. 1987, I, n° 248 ; Gaz. Pal. 1988, p. 125). Cette production forcée vient compléter le mécanisme de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 qui a instauré un principe de "liberté d'accès aux documents administratifs" et ainsi offert la possibilité à tout administré d'obtenir copie d'un document administratif. Cette loi, quoi qu'ouvrant largement le droit à avoir communication des documents administratifs, ne s'étend toutefois pas aux projets de documents administratifs, ou à leurs actes préparatoires, aux documents intéressants la défense nationale, la sûreté de l'État, la vie privée, au secret en matière commerciale et industrielle, etc. Certains documents échappent donc à l'obligation de communication, ce alors même qu'ils peuvent avoir un intérêt dans le cadre d'un litige porté devant un juge civil. L'injonction probatoire permet au juge d'ordonner la production de documents qui échappent à la compétence de la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs), autorité administrative indépendante chargée d'assurer la bonne application de la loi du 17 juillet 1978.

11. – Personne située sur le territoire français ou à l'étranger – Une partie peut avoir intérêt à requérir la production d'une pièce par une personne (partie ou tiers) située sur un territoire étranger. La question se pose cependant de savoir si le juge français peut procéder à une injonction probatoire extraterritoriale et, dans cette hypothèse, s'il le peut librement ou s'il doit solliciter le concours ou l'autorisation des autorités où lesdites pièces sont localisées (*Rev. crit. DI 2007, p. 53, obs. A. Nuyts*).

Au sein de l'Union européenne, le souhait affiché de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein

duquel est assurée la libre circulation des personnes a incité le Conseil a progressivement mettre en place les mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur. Un règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale a ainsi été édicté pour organiser les modalités de ces productions forcées. Quoiqu'ambitieux, ce règlement n'organise cependant ni la possibilité pour le juge français d'ordonner une mesure d'instruction, et notamment une demande de production forcée de pièces, à l'encontre d'une personne résidant sur le territoire d'un état membre, ni la possibilité inverse de saisir le juge du pays dans lequel réside la personne censée détenir le document sollicité. Ce règlement n'organise qu'un mécanisme de coopération, c'est-à-dire en pratique un mécanisme imposant à la fois l'intervention d'un juge ordonnant la communication et l'intervention d'un juge, par hypothèse étranger, autorisant l'exécution sur son territoire de cette mesure.

2° Conditions de recevabilité de la demande

12. – Si la demande de production forcée n'est contrainte par aucun formalisme (a), elle doit réunir les conditions de recevabilités communes à toute mesure d'administration (b) ainsi que les conditions spécifiques à son objet (c).

a) Forme de la demande

13. – Absence de formalisme – La demande de production forcée ne répond à aucune prescription formelle ; l'article 139 du Code de procédure civile, applicable tant à la demande de production adressée à une partie qu'à un tiers, précise clairement que "*la demande est faite sans forme*".

14. – Une demande précise – Si la demande de production forcée n'est soumise à aucune règle de forme, elle doit en revanche être expresse et précise afin de permettre au juge d'identifier les pièces dont la production est demandée et d'en apprécier l'intérêt (Cass. com., 12 mars 1979, n° 77-13.595 : Bull. civ. 1979, IV, n° 97 – Cass. 2e civ., 15 mars 1979, n° 77-15.381 : Bull. civ. 1979, II, n° 88). Il faut encore que la demande soit claire : ainsi, il a été jugé que le juge n'est pas tenu d'enjoindre à une partie de produire une pièce en présence d'une "simple allégation" contenue dans les conclusions de son adversaire (Cass. 1re civ., 2 mars 2004, n° 02-17.777 : JurisData n° 2004-022571 ; Bull. civ. 2004, I, n° 72).

b) Bien-fondé de la demande

15. – Subsidiarité de l'intervention du juge – Comme pour toute mesure d'instruction, l'injonction de produire est réservée aux hypothèses dans lesquelles le même résultat ne peut être obtenu par les plaideurs seuls (*CPC, art. 146, al. 2*). L'intervention du juge ne doit pas palier la carence des parties dans l'administration de la preuve. Ainsi, par exemple, la partie qui demande la production d'un acte ne doit pas avoir été partie à cet acte, sauf circonstances exceptionnelles (*CPC, art. 138*). La raison en est que celui qui a été partie à un acte authentique ou sous seing privé doit normalement

disposer d'un exemplaire de cet acte et n'a donc pas en principe à recourir à l'intervention du juge.

16. – Demande contribuant à la sauvegarde d'un droit – Il faut, en outre, que la demande de production ait pour but la sauvegarde d'un droit légalement reconnu ou judiciairement constaté. C'est pourquoi il faut approuver la cour d'appel pour avoir refusé à un créancier d'ordonner à un employeur la production d'une fiche de paye et de l'adresse d'un employé, débiteur dudit créancier (Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1990, n° 89-15.246 : JurisData n° 1990-003206 ; Bull. civ. 1990, I, n° 238 ; JCP G 1991, IV, 1 ; D. 1991, p. 353 ; RTD civ. 1992, p. 101).

3° Objet de la demande

17. – Pièce qui existe entre les mains de celui à qui elle est réclamée – Le juge doit vérifier que la pièce a une existence au moins vraisemblable, si ce n'est certaine, entre les mains du destinataire de la demande (Cass. 2^e civ., 17 nov. 1993, n° 92-12.922 : JurisData n° 1993-002968 ; Bull. civ. 1993, II, n° 330 ; JCP G 1994, IV, 135).

18. – Pièce identifiée ou identifiable – Comme signalé précédemment, la production forcée de pièce n'a pas pour but de suppléer la carence des parties dans leur charge de la preuve, mais seulement de participer à la recherche de la vérité. En conséquence, autoriser la réclamation d'un ensemble de pièces indéterminées serait contraire à l'esprit de la production forcée de pièces et en ferait un mécanisme de caractère inquisitorial. Ainsi, la demande sera rejetée dès lors que les documents demandés ne sont pas suffisamment spécifiés, ce qui est le cas lorsque "la nature, l'origine et le nombre exacts de ces documents sont totalement ignorés" (CA Aix-en-Provence, 21 nov. 1995 : JCP G 1996, II, 22597, obs. J.-J. Daigre. – Cass. com., 12 mars 1979, préc. – Cass. 2^e civ., 15 mars 1979, préc.).

B. - Pouvoir d'initiative du juge

19. – L'interdiction faite au juge d'ordonner d'office la production forcée de pièces trouve ses limites devant les juridictions qui connaissent l'oralité des débats (1°) et cède, souvent, au pouvoir d'initiative du juge de la mise en état (2°) ou celui de experts judiciaires (3°).

1° Pouvoir du juge dans les procédures orales

20. – Pouvoir du juge en l'absence d'avocat – Les rédacteurs du Code de procédure civile ont souhaité offrir aux justiciables la possibilité de recourir à la justice facilement et à moindre coût en les dispensant de la représentation obligatoire par avocat, dès lors que la procédure est orale. Cette simplicité offerte aux parties n'est pas sans danger. Aussi diligente que puisse être une partie dans la défense de ses droits, un avocat sera toujours plus averti. Pour pallier l'éventuelle déficience des parties, le législateur a accru le rôle du juge notamment en ce qui concerne la production forcée de pièces.

En effet, la subordination de l'injonction de produire à la demande

de l'une des parties est écartée lorsque la procédure est orale. La diligence requise des parties est moindre en l'absence d'avocat. Ainsi, le juge pourra prendre l'initiative d'enjoindre la production d'une pièce pour éclairer sa décision.

21. – Tribunal d'instance – Aux termes de l'article 846 du Code de procédure civile, la "procédure est orale" devant le tribunal d'instance. Or, le décret 2010-1165 du 1er octobre 2010, portant réforme du livre 1er du Code de procédure civile, en insérant un paragraphe intitulé "dispositions propres à la procédure orale" prévoit que *"le juge peut inviter, à tout moment, les parties à fournir les explications de fait et de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclairer"* (CPC, art. 446-3). En conséquence, le juge d'instance pourrait ordonner d'office la production forcée d'une pièce aux fins de rendre une justice éclairée.

22. – Autres juridictions appliquant une procédure orale – Une circulaire du 24 janvier 2011, relative au décret du 1er octobre 2010, est venue préciser que l'article 446-3 du Code de procédure civile, présente un caractère général applicable à l'ensemble des juridictions qui connaissent d'une procédure orale. Ainsi, le pouvoir donné au juge d'ordonner d'office la production forcée d'une pièce s'exerce devant : le tribunal d'instance, le juge de proximité, le tribunal de commerce, le tribunal paritaire des baux ruraux, le juge de l'exécution, les juridictions de sécurité sociale, le juge aux affaires familiales, le tribunal de grande instance lorsqu'il statue en référé et la cour d'appel lorsque la représentation n'est pas obligatoire.

23. – Un pouvoir restreint – Si une partie à l'instance peut requérir du juge qu'il enjoigne la production d'une pièce détenue par une partie comme par un tiers, le pouvoir laissé au juge d'enjoindre d'office la production d'une pièce ne pourra s'exercer qu'à l'égard d'une partie (CPC, art. 446-3).

2° Pouvoir d'initiative du juge de la mise en état

24. – Rôle du juge de la mise en état – La plupart des affaires soumises au tribunal de grande instance sont instruites par le juge de la mise en état. En 1965, l'introduction du juge de la mise en état dans le système judiciaire traduisait une volonté du législateur de rendre plus active la fonction du juge dans le procès civil, pour plus de célérité. L'idée est que le juge de la mise en état puisse épurer le litige de l'essentiel du contentieux procédural afin que l'affaire vienne devant la juridiction du fond débarrassée de tout contentieux. À partir de sa désignation, et jusqu'à la clôture de l'instruction, le juge de la mise en état jouit d'un important pouvoir d'initiative pour rendre l'affaire en état d'être jugée.

25. – Production de pièce devant le juge de la mise en état – Aux termes de l'article 770 du Code de procédure civile, *"le juge de la mise en état exerce tous les pouvoirs nécessaires à la communication, à l'obtention et à la production de pièces"*. Ce pouvoir donné au juge de la mise en état d'enjoindre d'office la production de pièces utile à la résolution du litige est en parfaite

cohérence avec sa mission. Ce pouvoir n'est toutefois acceptable qu'à la condition que ce rôle actif du juge ne vienne pas palier la carence des parties dans la charge de la preuve (*CPC, art. 146*). Ce rôle accru offert au juge ne se comprend qu'autant qu'il s'agit d'assurer une réelle coopération entre les parties et le juge dans le but de satisfaire à l'oeuvre de justice. Il ne doit pas conduire à ce que le juge devienne l'unique acteur du procès civil, les parties devenant de simples spectateurs.

26. – Production de pièce devant les institutions équivalentes au juge de la mise en état – Le juge de la mise en état est en charge de l'instruction des affaires devant les tribunaux de grande instance. Le conseiller de la mise en état se voit attribuer les mêmes pouvoirs devant les cours d'appel à l'exception notable du pouvoir d'enjoindre la production forcée d'une pièce (*CPC, art. 914*). On suppose certainement qu'à ce stade le juge dispose des explications de fait dégagées en première instance, suffisantes pour lui permettre de rendre une décision éclairée.

Devant le tribunal du commerce, l'instruction des affaires est assurée par le juge rapporteur qui dispose des mêmes pouvoirs que le juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance (*CPC, art. 862*). Il en va de même du conseiller rapporteur du conseil des prud'hommes qui peut mettre les parties *"en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous documents ou justifications propres à éclairer le conseil de prud'hommes. En cas de non-production des documents et justifications mentionnés au premier alinéa, le rapporteur peut renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement. Ce bureau tire toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus"* (*C. trav., art. R. 1454-3*).

27. – Portée des exceptions – L'importance des exceptions portées à l'exigence de principe d'une demande des parties avant toute production forcée est telle qu'on peut douter de sa portée. Toutefois, si une réelle coopération des parties et du juge est souhaitable, la subordination du procès civil à l'unique volonté du juge est une dérive à proscrire. Il convient donc de préserver la règle selon laquelle la production forcée intervient sur requête de l'une des parties que le juge appréciera souverainement.

3° Pouvoir d'initiative des techniciens

28. – Interdiction de se substituer aux parties – Le technicien, pas plus que le juge, ne doit se substituer à une partie négligente pour rechercher en ses lieu et place des documents non indiqués, ni inventoriés par elle.

Toutefois, nombre d'experts judiciaires trouvent dans les dispositions de l'article 243 du Code de procédure civile selon lesquelles *"le technicien peut demander communication de tous documents aux parties et au tiers, sauf à au juge à l'ordonner en cas de difficulté"* et celles de l'article 275, alinéa 1er, qui précisent que *"les parties doivent remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission"* la possibilité d'établir, au commencement de leurs

opérations, une liste de l'ensemble des pièces dont la production leur sera utile pour l'accomplissement de leur mission, sans qu'aucune des parties n'ait formé quelque demande que ce soit.

Cette habitude, pour louable qu'elle puisse apparaître dès lors qu'elle vise à éclairer les débats, n'en constitue cependant pas moins une violation d'autant plus grave du principe du dispositif qu'elle n'émane pas du juge et qu'elle n'est plus susceptible, par la suite, d'être sanctionnée dès lors qu'il suffit à l'une des parties de reprendre à son compte les demandes formées par l'expert pour que celles-ci soient, formellement, régularisées.

II. - Examen de la demande par le juge

29. – Les textes consacrant la production forcée figurent dans la partie générale du Code de procédure civile. En conséquence, le juge de l'injonction pourra exercer son pouvoir souverain d'appréciation (B) devant toutes les juridictions civiles (A).

A. - Juge de l'injonction

30. – Juge saisi du principal – Les dispositions consacrant la production forcée de pièces figurent dans le livre 1er du Code de procédure civile applicable à toutes les juridictions de jugement (*CPC, art. 11, al. 2. – CPC, art. 138 à 142*). Aussi, tous les magistrats sont compétents pour ordonner une mesure de production de pièces. Toutefois, dès lors que l'instruction de l'affaire se fait devant un juge de la mise en état, celui-ci est seul compétent pour connaître de la demande en production forcée (*CPC, art. 771, al. 5*).

31. – Juge de l'urgence – Un plaideur trouvera parfois intérêt à demander une production forcée en dehors de tout litige déclaré. Ainsi, la Cour de cassation a considéré "qu'il résulte de la combinaison des articles 10 du Code civil, 11 et 145 du Code de procédure civile qu'il peut être ordonné à des tiers, sur requête ou en référé, de produire tous documents qu'ils détiennent, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige" (*Cass. 2e civ., 26 mai 2011, n° 10-20.048 : JurisData n° 2011-010005*).

B. - Pouvoir d'appréciation du juge

32. – Appréciation souveraine de l'opportunité et de la pertinence de la demande – Pour être susceptible d'être utilement examinée, la requête doit avoir pour objet une pièce ayant un intérêt certain, ou du moins présumé, dans l'établissement des faits allégués par la partie demanderesse. L'opportunité de la production sera souverainement appréciée par le juge (*Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 06-16.278 : JurisData n° 2008-045785 ; Bull. civ. 2008, I, n° 259*). Il faut, en outre, que la preuve recherchée soit pertinente. Elle doit être utile au demandeur pour faire valoir ses droits, même s'il n'est pas exigé qu'elle apporte avec certitude la conviction du fait allégué (*CA Aix-en-Provence, 21 nov. 1995 : JCP G 1996, II, 22597, obs. J.-J. Daigre*). Ainsi, la demande doit être refusée si la conviction du magistrat est déjà faite et que la production forcée d'une nouvelle pièce ne présenterait aucune utilité. La Cour de cassation respecte ainsi le pouvoir discrétionnaire du fond d'ordonner ou non la

production d'un élément de preuve (Cass. 3e civ., 16 oct. 2003, n° 01-13.770 ; JurisData n° 2003-020553 ; Bull. civ. 2003, III, n° 307).

33. – Un pouvoir contrôlé – La Cour de cassation entend toutefois exercer un contrôle sur les décisions prises en se réservant la possibilité d'examiner la motivation des décisions ordonnant ou refusant une production forcée (Cass. 2e civ., 31 mai 1995, n° 93-13.475 ; Bull. civ. 1995, II, n° 167 ; Justices 1996, n° 362, obs. Héron) ou étendant trop largement le champ des pièces dont la communication est ordonnée (Cass. 2e civ., 16 juill. 1979 ; Bull. civ. 1979, II, n° 220).

Elle veille également à ce que la production des pièces dont la production pourrait permettre de prouver inéluctablement la prétention de la partie qui la demande soit ordonnée, ce en application des principes de transparence et d'efficacité énoncés à l'article 10 du Code de procédure civile ; dans un tel cas en effet, le juge du fond perd son pouvoir d'appréciation et doit ordonner la dite production (Cass. 3e civ., 15 juin 1976, n° 75-10.759 ; Bull. civ. 1976, III, n° 262).

III. - Injonction de produire

34. – Plan – Afin d'assurer l'efficacité de son injonction de produire, le juge prendra soin de motiver sa décision et d'en prévoir les garanties d'exécution (A) bien qu'il lui soit impossible de palier à tous les obstacles pouvant s'élever contre sa réalisation (B).

A. - Nature et contenu de l'injonction de produire

1° Une décision avant dire droit

35. – Absence de formalisme – L'article 151 du Code de procédure civile réserve aux décisions susceptibles d'un recours indépendant du jugement sur la fond la forme solennelle des décisions judiciaires ; en principe donc, une simple mention au dossier ou au registre devrait suffire à l'injonction de produire.

36. – Une décision motivée – L'obligation faite au juge de motiver sa décision et d'organiser les modalités de son exécution conduit cependant en pratique le juge à rendre une ordonnance ou un jugement, selon les règles de composition qui s'appliquent à lui.

37. – Autorité de la décision – Comme toute décision avant dire droit, l'injonction de produire n'a pas autorité de la chose jugée au principal.

38. – Recours – Ordonnée dans le cadre de l'instruction d'une instance au fond, la mesure de production forcée n'est susceptible d'aucun recours immédiat indépendamment du jugement sur le fond. Toutefois, le juge de l'injonction peut toujours rétracter ou modifier sa décision.

Ordonnée en revanche au visa de l'article 145 du Code de procédure civile, la décision de production forcée pourra en revanche faire l'objet d'un appel immédiat dans les formes et aux conditions prévues à l'article 490 du Code de procédure civile.

2° Contenu de l'injonction

39. – Modalités d'exécution – L'injonction ne se limite pas à

ordonner la production d'une ou plusieurs pièces. En effet, aux fins d'assurer son efficacité, l'injonction fixe les modalités de son exécution. Ainsi, elle précise si la production se fait par sur simple copie ou sur original auquel cas elle établit les modalités de sa restitution.

En outre, le libre choix des modalités de production laissé au juge, lui permet de tenir compte d'éventuels empêchements faisant obstacle à la production. Ainsi, la protection du secret professionnel ou de la vie privée justifie une production par extrait de la pièce litigieuse et non dans son intégralité.

De surcroît, l'objectif premier de la production forcée, étant de rendre une justice efficace, le juge peut fixer les délais d'exécution de la production.

40. – Garanties d'exécution – Le juge peut garantir l'exécution de sa décision en l'accompagnant d'une astreinte qui sera liquidée à défaut d'exécution selon les modalités fixées. Toutefois, la meilleure garantie d'exécution de la production et de son efficacité tient à son caractère immédiat. C'est pour quoi, l'article 140 du Code de procédure civile prévoit que le demandeur à la production peut passer directement à l'exécution sans attendre l'expiration des voies de recours et sans même avoir à signifier la décision.

B. - Suites à apporter à l'injonction de produire

1° Exécution de l'injonction

41. – Exécution immédiate – L'injonction de produire est, tout au moins dans l'hypothèse où la production est ordonnée à l'encontre d'un tiers, "*exécutoire à titre provisoire, sur minute s'il y a lieu*" (CPC, art. 140). La décision est donc immédiatement exécutoire sans qu'aucune signification préalable ne soit requise. Bien que l'article 142 du Code de procédure civile, propre au régime de production forcée entre les parties, ne renvoie pas à l'article 140 du même Code, rien ne justifierait que l'injonction faite à une partie ne soit pas immédiatement exécutoire.

S'agissant de savoir dans quelle mesure un recours est ouvert contre l'injonction de produire, il convient de distinguer selon que la demande de production était dirigée contre une partie à l'instance ou contre un tiers.

42. – Voie de recours ouverte aux parties – Pour les parties, en l'absence de disposition spécifique, il y a lieu de faire application des règles générales. La décision entrant dans la catégorie des décisions avant dire droit, elle ne peut en principe faire l'objet d'un recours indépendamment du jugement sur le fond. C'est ainsi qu'en a jugé la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en décidant que la demande de production adressée à une partie à l'instance n'est susceptible de recours que par voie du principal (Cass. 2e civ., 20 mars 1974, n° 73-10.085 : JurisData n° 1974-099100 ; Bull. civ. 1974, II, n° 100).

43. – Voies de recours ouvertes aux tiers – Aux termes de l'article 141 du Code de procédure civile, le tiers peut dans un

premier temps saisir sans forme le juge auteur de l'injonction qui pourra rectifier ou modifier sa décision, "*en cas de difficulté, ou s'il est invoqué quelque empêchement légitime*"; étant précisé que cette demande n'a certainement pas d'effet suspensif (*Rép. proc. civ. Dalloz, V° Exécution provisoire, P. Hoonakker*). Si dans sa décision statuant sur cette demande de modification ou rectification, le juge persiste dans son injonction, le tiers peut interjeter appel de cette nouvelle décision dans les quinze jours de son prononcé.

2° Obstacles à la production forcée de pièces

44. – Équilibre entre vérité et "empêchement légitime" – La production ordonnée, la collaboration du destinataire de l'injonction à la manifestation de la vérité pourra rencontrer certaines résistances, jugées ou non légitimes. Un équilibre doit être trouvé entre les besoins liés à la manifestation de la vérité et la protection des intérêts privés des destinataires de l'injonction. De toute évidence, le simple fait que la partie détentrice ne désire pas en faire état compte tenu du caractère personnel de la pièce ne suffit pas (*CA Aix-en-Provence, 21 nov. 1995 : JCP G 1996, II, 22597, obs. J.-J. Daigre*).

45. – Empêchements et motifs légitimes – Les articles 11 et 141 du Code de procédure civile permettent aux tiers de se soustraire à la production forcée en invoquant l'existence d'un "*empêchement légitime*". En revanche, ni l'article 142 du Code de procédure civile, ni les articles 138 et 139 auxquels il renvoie, ne permettent aux parties d'invoquer le même *empêchement légitime*. Par une application stricte des dispositions précitées, la chambre commerciale de la cour de cassation a pu décider qu'aucun empêchement légitime ne pouvait être invoqué par la partie tenue de la production afin de s'y soustraire (*Cass. com., 19 juin 1990, n° 88-19.618 : JurisData n° 1990-701757 ; Bull. civ. 1990, IV, n° 179 ; JCP G 1990, IV, 39*).

La question s'est toutefois posée de savoir s'il existe des limites au pouvoir du juge civil d'ordonner la production d'une pièce détenue par une partie, en dehors des dispositions précitées. Pour cela, certains auteurs ont proposé de se rapporter à l'article 10 du Code civil. Aux termes de cet article, "*chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la volonté*" sauf à invoquer un "*motif légitime*" l'en empêchant.

L'empêchement comme le motif légitime pourront être constitués par un droit au secret ou un cas de force majeure.

46. – Le secret : faits justificatifs de l'inexécution communs aux parties et aux tiers – Le droit au secret peut justifier qu'une partie ou un tiers à qui l'on enjoint de produire une pièce, refuse de s'exécuter. Ce droit au secret peut exister dans des domaines très variés.

Le destinataire d'une demande en production forcée peut résister en invoquant le secret professionnel. La jurisprudence l'admettra selon l'enjeu et les règles professionnelles applicables.

Le secret professionnel qui existe entre un client et son avocat ne pourra être invoqué comme empêchement à la production d'une pièce qu'à condition que cette pièce ne soit pas accessible par ailleurs (Cass. 1re civ., 13 mars 2008, n° 05-11.314 : *JurisData* n° 2008-043127 ; Bull. civ. 2008, I, n° 71). En tous les cas, l'autorisation donnée par le bâtonnier de produire des lettres échangées par les conseils des parties, n'oblige pas le juge à autoriser la production forcée qui reste soumise à son pouvoir discrétionnaire (Cass. 1re civ., 19 déc. 1995, n° 94-13.143 ; Bull. civ. I, n° 464).

De même la Cour de cassation, a décidé à plusieurs reprises que le secret bancaire constitue bien un motif légitime (Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-16.317 ; Bull. civ. 1995, IV, n° 172 ; RTD civ. 1996, p. 166, obs. J. Mestre ; RTD com. 1995, p. 818, obs. M. Cabrillac). Une jurisprudence plus récente a décidé que la production forcée se heurtant au secret bancaire auquel est tenu un établissement de crédit, ne cesse pas avec la "disparition de la personne qui en bénéficie et s'étend aux personnes qui ont eu le pouvoir de faire fonctionner le compte" (Cass. com., 25 févr. 2003, n° 00-21.184 : *JurisData* n° 2003-017925 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 26 ; D. 2003, p. 1162, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2003, p. 477, obs. J. Hauser ; RTD com. 2003, p. 343, obs. D. Legeais).

Celui à qui on enjoint de produire une pièce pourra également s'y opposer en invoquant le secret de sa vie privée. Le secret de la vie privée l'emportera dès lors que la nécessité de la production litigieuse ne justifie pas une atteinte à la vie privée (Cass. 1re civ., 16 oct. 2008, n° 07-15.778 : *JurisData* n° 2008-045356 ; Bull. civ. 2008, I, n° 230 ; JCP G 2009, I, 142, n° 9, obs. Y.-M. Serinet ; D. 2008, p. 2714, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 2009, p. 167, obs. R. Perrot).

Parmi les motifs souvent soulevés, pour résister à la production forcée, figure le secret médical. La Cour de cassation n'hésite pas à réaffirmer fermement l'obstacle que constitue le secret médical à la manifestation de la vérité (Cass. 2e civ., 13 nov. 2008, n° 07-18.364 : *JurisData* n° 2008-045787 ; Bull. civ. 2008, II, n° 240 ; D. 2009, p. 1302, obs. J. Penneau). Le secret médical est d'autant plus retenu par la jurisprudence lorsqu'il s'oppose à la défense d'intérêts pécuniaires. À titre d'exemple, à la suite du décès d'un assuré, le bénéficiaire désigné assigne l'assureur en paiement du capital décès. Au cours de l'instance, l'assureur requiert du juge d'enjoindre la communication du dossier médical du défunt qu'il soupçonne d'avoir menti sur son état de santé au moment de l'adhésion au contrat. Le juge fait droit à la demande d'injonction, et une demande en rétractation est formée devant la cour d'appel. La cour d'appel refuse cette rétractation en jugeant que le secret médical ne constitue pas un empêchement légitime à la production forcée de pièces par une partie "lorsqu'il tend à faire écarter un élément de

preuve contraire aux prétentions d'une partie et à tenir en échec l'exécution de bonne foi du contrat". L'arrêt est cassé par la première chambre civile qui rappelle que le secret médical est un empêchement légitime à la production du dossier de l'assuré (Cass. 1re civ., 7 déc. 2004, n° 02-12.539 : JurisData n° 2004-026049 ; Bull. civ. 2004, I, n° 306 ; D. 2005, p. 332, obs. P. Julien ; D. 2005, p. 1317, obs. H. Groutel ; D. 2005, p. 403, obs. J. Penneau).

47. – La force majeure : faits justificatifs de l'inexécution communs aux parties et aux tiers – À l'évidence, les parties et tiers peuvent être empêchés de produire parce que la pièce a disparu de leurs mains, par perte, destruction, vol, etc. Il leur reviendra alors d'apporter la preuve de cette disparition.

L'impossibilité de produire la pièce requise doit être avérée. La jurisprudence fait preuve de rigueur dans l'appréciation de la force majeure. Ainsi, la deuxième chambre civile a pu décider que la disparition de la direction technique de la société destinataire de la demande de production, ainsi que le départ à la retraite de son seul salarié et le caractère introuvable des archives, ne suffit pas à caractériser un empêchement de produire (Cass. 2e civ., 20 mai 2010, n° 09-14.846 : JurisData n° 2010-006873).

3° Sanction de l'inexécution injustifiée

48. – Sanction de la faute : l'astreinte – L'article 139 du Code de procédure civile, applicable tant à la production forcée ordonnée à un tiers qu'à une partie (CPC, art. 142), prévoit la possibilité, pour le juge, d'ordonner la délivrance de la pièce litigieuse sous peine d'astreinte. En cas d'inexécution de l'injonction de produire, l'astreinte initialement fixée comme garantie d'exécution sera liquidée pour sanctionner le destinataire de la demande qui résisterait sans motif légitime.

49. – Sanction du préjudice : Dommages-intérêts – Aux termes de l'article 10, alinéa 2, du Code civil, celui qui, sans motif légitime, se soustrait à son obligation d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la volonté, alors qu'il y a été contraint, peut être débiteur de dommages-intérêts en fonction du préjudice causé.

50. – Sanction probatoire – L'article 11, alinéa 2, du Code de procédure civile, permet au juge de tirer toutes les conséquences du défaut de production. L'appréciation qu'il fait d'un refus de produire relève de son intime conviction. Le juge peut déduire de ce comportement une reconnaissance du bien-fondé de l'allégation objet de l'incident de preuve, ou se restreindre à une présomption de son bien-fondé, renversant ainsi la charge de la preuve. En tous les cas son interprétation sera souveraine et échappera au contrôle de la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 4 mai 1973, n° 71-12.114 ; Bull. civ. 1973, I, n° 150, p. 134).

A priori c'est une sanction qui n'est appliquée qu'au détenteur qui serait partie à l'instance. Pourtant la cour de cassation refuse que le juge affirme qu'il ne peut tirer aucune conséquence de la non production (Cass. 1re civ., 30 mars 2005, n° 02-20.429 : JurisData

*n° 2005-027837 ; JCP G 2005, I, 183, n° 8, obs. Y.-
M. Serinet ; Procédures 2005, comm. 123, obs. R. Perrot).*

51. – Absence d'exécution forcée – Aucun texte ne prévoit l'exécution forcée sans quoi on se rapprocherait de la perquisition et donc du procès inquisitoire.

Bibliographie

L. Cadiet et E. Jeuland

Droit judiciaire privé : LexisNexis 2011, 7e éd

G. Couchez

Procédure civile : Sirey 2010, 16e éd

H. Croze

Guide pratique de procédure civile : LexisNexis 2011, 4e éd

M. Douchy-Oudot

Procédure civile : Gualino 2010, 4e éd

C. Lefort

Procédure civile : Dalloz 2011, 4e éd

N. Fricero

Procédure civile : LGDJ 2011, 4e éd

J.-J. Daigre

La production forcée des pièces dans le procès civil : PUF 1979

C. Brahic Lambrey

: Rép. proc. civ. Dalloz, V° Production forcée de Pièces

Ph. Hoonakker

: Rép. proc. civ. Dalloz, V° Exécution provisoire

F. Ferrand

: Rép. proc. civ. Dalloz, V° Preuve

© LexisNexis SA