

Arrêt commercial

Audience publique du huit juillet deux mille quinze

Numéro 38721 du rôle.

Composition :

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

Entre :

1. **A.)**, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme **SOC.1.) (SOC.1.)**, domicilié à L-(...);

2. **B.)**, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme **SOC.1.) (SOC.1.)** domicilié à L-(...);

3. **C.)**, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme **SOC.1.) (SOC.1.)**, à L-(...);

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude Steffen d'Esch-sur-Alzette du 25 mai 2012,

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 ;

et :

1. la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme SOC.1.) 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 30 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 actuellement en fonctions, Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, et 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 de la société d'investissement à capital variable **SOC.1.)**, en liquidation, préqualifiée,

3. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable **SOC.1.)**, en liquidation, préqualifiée,

intimés aux fins du susdit exploit Steffen,

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

4. la société anonyme SOC.2.), 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 SOC.3.), 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 SOC.4.), 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 SOC.5.) 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,

intimées aux fins du susdit exploit Steffen,

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

8. D.), pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société **SOC.1.),** 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, rue Jean-Pierre Pescatore,

intimé aux fins du susdit exploit Steffen,

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

9. E.), pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme **SOC.1.),** ayant demeuré à F-(...), demeurant actuellement au (...),

intimé aux fins du susdit exploit Steffen,

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 ;

10. la société anonyme SOC.6.), 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 Steffen,

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

11. 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,

intimée aux fins du susdit exploit Steffen,

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

LA COUR D'APPEL :

Statuant en continuation du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg n° 297/11 du 4 mars 2011, qui a fait droit à la demande des liquidateurs de la société **SOC.1.)** (ci-après **SOC.1.)**), dirigée contre la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (ci-après CSSF), tendant à voir transmettre aux liquidateurs plusieurs documents, plus amplement énumérés au dispositif de ce jugement, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale a, par jugement du 23 mars 2012, rejeté la demande des sociétés **SOC.2.)**, **SOC.3.)**, **SOC.4.)** , **SOC.5.)** AG , et de **D.)** , **A.)** , **B.)** , **C.)** et de la société anonyme **SOC.6.)** tendant à voir prononcer la surséance à statuer, par application de l'adage « le criminel tient le civil en l'état » prévu à l'article 3 alinéa 2 du Code d'Instruction Criminelle (ci-après CIC), en attendant l'issue de l'action publique engagée suivant réquisitoire du Procureur d'Etat de Luxembourg du 31 mars 2011.

A l'appui de leur demande en surséance, les défendeurs avaient fait état de rapports du service de police judiciaire des 10 avril 2010 et 8 février 2011 évoqués dans trois ordonnances de perquisition du 2 mai 2011 qui auraient été notifiées le 8 juin 2011 aux sociétés **SOC.2.)/SOC.3.)/SOC.4.)/SOC.5.)** et dont il résulterait que le Procureur d'Etat a, moyennant réquisitoire du 31 mars 2011, requis l'ouverture d'une instruction pénale pour faux et usage de faux contre inconnu. Les faits ayant donné lieu à l'instruction pénale en cours seraient les mêmes que ceux ayant donné lieu à l'action civile en responsabilité engagée en mars 2010 par les liquidateurs de la société **SOC.1.)** à l'encontre des défendeurs dans la présente instance. La société **SOC.6.)** a en outre demandé au tribunal d'ordonner au Ministère Public de lui communiquer son réquisitoire du 31 mars 2011, le courrier de la CSSF du 28 décembre 2009 ainsi que les rapports du service de police judiciaire des 10 avril 2010 et 8 février 2011.

La société **SOC.1.)** ainsi que les liquidateurs ont, à titre principal, conclu au rejet de l'exception dilatoire soulevée par les défendeurs et demandé en ordre subsidiaire à voir continuer l'instruction au civil et à voir émettre un nouvel échéancier pour l'instruction au fond, arguant qu'une surséance à statuer sur base de l'article 3 alinéa 2 du CIC n'aurait pas pour effet de suspendre l'instruction de l'action civile. En outre, au regard de la complexité de l'affaire pénale en cours, l'instruction risquerait de durer des années, voire plus de dix

ans de sorte qu'admettre une surséance à statuer en raison d'une procédure pénale en cours contreviendrait à l'article 6 de la CEDH dès lors que l'affaire civile ne pourrait être évacuée dans un délai raisonnable.

Pour fonder sa décision, le tribunal a relevé qu'il est établi que suivant réquisitoire du 31 mars 2011, le Ministère Public a requis l'ouverture d'une information contre inconnu du chef de faux et d'usage de faux (articles 193, 196 et 197 du Code pénal). En outre, la société de droit français **SOC.7.)** ainsi que **F.)** et **G.), H.)** et **I.)** auraient lancé une citation directe contre les anciens administrateurs de la société **SOC.8.)** et que les faits dans **SOC.8.)** seraient le cas échéant comparables aux faits dans le litige concernant la société **SOC.1.)**.

Le tribunal a ensuite relevé que bien qu'au vu des pièces lui soumises, l'affaire pénale fût susceptible d'avoir une incidence sur l'affaire civile, il n'était pas possible de déterminer quelles seraient les suites, voire le taux d'influence de cette affaire pénale sur l'instance civile.

Le tribunal a rappelé qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme, (CJCE, 13 juillet 2004, R. / Luxembourg, requête n° 73983/01), le fait de se prononcer sur la procédure civile avant que la procédure pénale ne soit achevée pouvait éventuellement ne pas être compatible avec le principe d'une bonne administration de la justice.

Il a en outre relevé qu'en France, la loi n° 2007 -291 du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a modifié l'article 4 du Code de procédure pénale français concernant la règle « le criminel tient le civil en l'état » en ce sens que le sursis à statuer a perdu son caractère automatique et que le juge peut désormais se prononcer sur l'action civile avant la décision pénale, sauf dans des actions civiles en réparation du préjudice direct résultant de l'infraction pour laquelle le juge pénal est saisi.

Le tribunal a ensuite noté qu'au Luxembourg, l'adage reste en vigueur de sorte que le tribunal ne saurait en faire abstraction en prévoyant d'ores et déjà que la procédure pénale qui nécessitera le cas échéant des analyses financières et juridiques complexes , tant au Luxembourg qu'à l'étranger, conduira à bloquer la décision civile pendant de longues années, ou en tout cas pendant un laps de temps qui serait jugé contraire à l'article 6 de la CEDH.

Le tribunal s'est posé la question de savoir si au moment où il était amené à statuer, la nécessité d'une suspension de l'exercice de l'action civile empêchait l'instruction de l'affaire civile, voire son renvoi devant le magistrat de la mise en état pour considérer que l'article 3, alinéa 2 du CIC, en se référant à l'exercice de l'action

civile, n'empêche que le jugement, mais non pas la mise en état de cette action.

Aussi, le tribunal a-t-il rejeté la demande de surséance et ordonné aux parties d'instruire l'affaire au fond selon l'échéancier à émettre par le juge de la mise en état.

Suivant acte d'huissier de justice du 25 mai 2012, **A.)**, **B.)** et **C.)** ont relevé appel de ce jugement.

Ils concluent à l'annulation, sinon à la réformation de la décision entreprise, et à voir dire qu'il sera sursis à statuer jusqu'à ce que l'instance pénale introduite par le réquisitoire du Parquet du 31 mars 2011 sur base, entre autres, d'un courrier de la CSSF du 28 décembre 2009 et de rapports du service de Police judiciaire des 10 avril 2010 et 8 février 2011 ait pris fin.

Ils demandent encore à voir renvoyer les parties devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale aux fins de prosécution de cause après la fin des instances pénales précitées et à voir dire que durant la période de surséance à statuer aucun acte de procédure et aucun autre acte d'instruction généralement quelconques ne pourront être demandés et / ou posés.

A l'appui de leur appel, les appelants font valoir que les articles 579 et 580 du NCPC, à défaut de prévoir un appel immédiat contre les jugements ordonnant ou refusant le sursis à statuer sont « illégaux », comme étant contraires à la loi habilitante du 25 février 1980 autorisant le Grand-Duc à modifier et à compléter par voie de règlement d'administration publique les dispositions du Code de procédure civile et les dispositions relatives à la procédure civile et commerciale, en respectant les droits de la défense et les libertés individuelles garantis par la Constitution et la Convention européenne des Droits de l'Homme. Les appelants sont d'avis que la sauvegarde des droits de la défense en général et les droits reconnus par la CEDH en particulier imposeraient un droit d'appel immédiat contre les décisions refusant ou ordonnant une surséance à statuer en raison d'une procédure pénale en cours.

En outre, la règle du « criminel tient le civil en l'état » inscrite à l'article 3 alinéa 2 du CIC devrait être qualifiée de règle de compétence, de sorte que les décisions relatives à la surséance à statuer du fait d'une action publique en cours seraient immédiatement appelables en application de l'article 582 du NCPC, le sursis à statuer devant s'analyser en un dessaisissement temporaire, voire un abandon momentané de compétence. Aussi l'appel contre le jugement du 23 mars 2012 qui a refusé la surséance à statuer serait-il recevable.

Les appelants soutiennent encore que le refus d'une surséance à statuer devant intervenir en application du principe « le criminel tient le civil en l'état » et la continuation de l'instruction de l'affaire au civil, violeraient les droits de la défense des personnes concernées, et notamment le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit à la présomption d'innocence.

Dans leurs conclusions du 18 octobre 2013, les appelants demandent acte « *que leur appel est un appel-nullité (à titre principal) et que la réformation est demandée à titre subsidiaire comme mesure alternative pour réparer les violations des formalités substantielles des droits de la défense et des Droits de l'Homme et ce en temps utile avant que le mal ne soit fait et ne devienne donc irréparable* ».

Les appelants critiquent encore la « décision orale » du magistrat ayant présidé la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg après le jugement du 4 mars 2011 « de continuer l'instruction des affaires en faisant pour le moment abstraction des pièces pour lesquelles l'injonction avait été ordonnée par le jugement ».

Quant aux violations des formalités substantielles invoquées à l'appui de leur appel-nullité, les appelants font valoir :

- qu'aucun juge de la mise en état n'a été désigné après le jugement du 4 mars 2011,
- qu'aucune ordonnance de clôture de l'instruction intervenue le 25 janvier 2012 n'a été communiquée aux parties litigantes,

Ils reprochent en outre à la juridiction de première instance d'avoir commis un excès de pouvoir pour avoir méconnu le principe fondamental de la règle « le criminel tient le civil en l'état » prévue à l'article 3 alinéa 2 du CIC. A l'appui de leur moyen, ils invoquent un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 6 décembre 1996 (JurisData n° 1996-024097).

Dans leurs conclusions du 16 juin 2014, les appelants ajoutent que la règle que le « criminel tient le civil en l'état » serait d'ordre public de sorte que l'inobservation de cette règle devrait entraîner la nullité de toute la procédure pour excès de pouvoir. En outre, la violation par une juridiction de cette règle serait contraire à l'article 6 de la CEDH ainsi qu'à l'article 14 du Pacte International des droits civils et politiques. En méconnaissant la règle que « le criminel tient le civil en l'état », le tribunal aurait violé les droits de la défense des appelants.

Tant la société **SOC.6.)** que les sociétés **SOC.2.)/SOC.3.)/SOC.4.)/SOC.5.), D.)** et **E.)** disent interjeter appel

incident contre le jugement entrepris en ce que le tribunal a refusé de surseoir à statuer sur l'affaire civile. Ils font valoir que leur appel serait un appel-nullité et devrait par conséquent être déclaré recevable, motif pris qu'en ayant refusé de surseoir à statuer sur l'affaire civile et ordonné aux parties d'instruire l'affaire au fond, la juridiction de première instance aurait commis un excès de pouvoir. En effet, le grief qui constitue l'excès de pouvoir ne serait pas l'existence de la procédure pénale en cours, mais le fait qu'après avoir constaté que toutes les conditions du sursis à statuer étaient réunies, la juridiction de première instance aurait néanmoins ordonné la poursuite de la mise en état du dossier. En l'occurrence, la juridiction de première instance aurait manifestement outrepassé les limites de ses attributions.

La société **SOC.1.)** et les liquidateurs concluent principalement à l'irrecevabilité de l'appel principal au vœu des articles 578, 579 et 580 du NCPC comme étant un appel prématuré, soutenant que le jugement entrepris serait à qualifier de jugement avant dire droit qui ne contient aucune disposition sur le fond. Ils invoquent un arrêt de la Cour de Cassation du 31 janvier 2013 (n° 7/13, n° 3105 du Registre), et font valoir que le refus de prononcer un sursis à statuer correspond au refus de prendre un acte d'administration judiciaire non susceptible d'appel. Cette interdiction de l'appel immédiat ne serait pas contraire aux exigences de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Les intimés font en outre plaider que les moyens développés par les appelants au principal dans leurs conclusions du 13 octobre 2013 concernant la théorie dite de « l'appel-nullité » seraient à qualifier de moyens nouveaux par rapport à ceux développés dans l'acte d'appel du 25 mai 2012, partant irrecevables.

Il y aurait en outre lieu de distinguer entre l'appel-annulation de droit commun, qui tend à redresser une irrégularité dans l'élaboration d'un jugement et dont les règles pour interjeter appel sont régies par l'article 579 du NCPC et l'appel-nullité qui n'est pas prévu par le NCPC luxembourgeois.

En ordre subsidiaire, et même à admettre que la Cour soit prête à créer une voie de recours exceptionnelle en consacrant l'appel-nullité à l'instar de la jurisprudence française, les intimés lui demandent de constater que les conditions d'un appel-nullité ne seraient pas réunies dans la mesure où les droits de la défense n'auraient pas été violés dans le jugement du 23 mars 2012. En outre, la décision entreprise ne serait pas entachée d'un excès de pouvoir.

A l'appui de leur moyen, les intimés se réfèrent à la doctrine et à la jurisprudence françaises qui refusent de considérer comme des hypothèses d'appel-nullité tant la violation des règles de fond que la

violation des règles de procédure. Ils invoquent un arrêt de Cour d'appel du Luxembourg du 3 mai 1996 (n° 17076) dans lequel la Cour d'appel n'aurait pas retenu le concept d'un appel-nullité pour excès de pouvoir et un arrêt de la Cour de Cassation française du 26 septembre 2006 (n° 05-14465) qui a considéré que le grief tiré de l'existence d'une procédure pénale en cours et son incidence éventuelle sur l'instance civile ne constituent pas un excès de pouvoir.

Les appels-nullité incidents des sociétés **SOC.6.)** et des sociétés **SOC.2.)/SOC.3.)/SOC.4.)/SOC.5.)**, de **D.)** et de **E.)** seraient à déclarer irrecevables pour les mêmes motifs.

Concernant plus particulièrement l'appel-nullité incident interjeté par **E.)**, la société **SOC.1.)** et ses liquidateurs déclarent, en ordre principal, se rapporter à la sagesse de la Cour quant à la régularité de la procédure et quant à la recevabilité des conclusions prises au nom de cet appelant, à défaut pour l'avocat constitué d'avoir déposé une constitution d'avocat en bonne et due forme. Ils demandent en outre à la Cour de constater l'absence d'indication de domicile réel de **E.)**.

Ils font valoir en ordre subsidiaire, qu'un appel d'intimé à intimé serait irrecevable.

La CSSF se rallie aux conclusions de la société **SOC.1.)** et des liquidateurs et conclut pareillement à l'irrecevabilité de l'appel-nullité.

Appréciation de la Cour :

L'appel interjeté le 25 mai 2012 par **A.)**, **B.)** et **C.)** tend principalement à l'annulation et subsidiairement à la réformation du jugement du 23 mars 2012.

La jurisprudence luxembourgeoise a retenu la qualification de jugement avant dire droit, ne remplissant pas les conditions pour pouvoir être appelé d'un jugement ordonnant un sursis à statuer (Cour d'appel, 16 novembre 2005, n° 29043 du rôle, Cour d'appel 13 mai 2015, n° 39827) ou refusant le sursis à statuer (Cour d'appel 5 mars 2008, n° 33135 du rôle ; Cour d'appel, 9 février 2011, n° 36416 du rôle).

L'article 582 du NCPC invoqué par les appelants, article qui dispose que « *lorsqu'il s'agira d'incompétence, l'appel sera recevable, encore que le jugement ait été qualifié en dernier ressort* », signifie que la disposition d'un jugement rendu en dernier ressort, par laquelle la juridiction s'est déclarée incompétente, est susceptible d'appel. Cet article n'est pas applicable en l'espèce, le

tribunal, qui n'a pas statué en dernier ressort, n'ayant pas décliné sa compétence.

Il en résulte que l'appel- annulation, voire l'appel-réformation contre le jugement du 23 mars 2012 n'est pas immédiatement recevable.

Le 18 octobre 2013, les appelants ont demandé acte, « pour autant que de besoin, que leur appel est un appel-nullité (à titre principal) et que la réformation est demandée à titre subsidiaire comme mesure alternative pour réparer les violations des formalités substantielles, des droits de la défense et des Droits de l'Homme et ce en temps utile, avant que le mal ne soit fait et ne devienne donc irréparable ».

Il convient de faire la distinction entre l'appel qui tend à l'annulation d'un jugement et l'appel-nullité. L'appel en annulation suppose que l'appelant invoque la nullité du jugement dans un appel qui est ouvert par la loi tandis que l'appel-nullité, création de la jurisprudence, est un recours admis alors que la loi prohibe l'appel ou le repousse à un moment ultérieur. (Rép. pr.civ. Dalloz, mars 2012, v° Appel n° 928).

Dans un arrêt du 8 décembre 2011 (Cass. 2^{ème} civ, n° 10-18413), la Cour de Cassation française devait se prononcer sur la question de savoir si un appel-nullité se distingue quant à son régime procédural d'un appel-annulation de droit commun. La Cour a retenu « que l'appel-nullité, ouvert en cas d'excès de pouvoir n'est pas une voie de recours autonome ». Cela revient à dire qu'en formant un appel de droit commun, tel que c'est le cas en l'espèce, il est possible dans des conclusions postérieures de conclure à la nullité du jugement de première instance, si tant est que les conditions d'ouverture d'un tel appel-nullité sont données.

Le moyen d'irrecevabilité de la société **SOC.1.)** et des liquidateurs que les développements faits par les appelants quant à la théorie de « l'appel-nullité » seraient à qualifier de moyens nouveaux est partant à rejeter.

Les sociétés **SOC.2.)/SOC.3.)/SOC.4.)/SOC.5.), SOC.6.), D.)** et **E.)** déclarent relever appel-nullité incident contre le jugement entrepris et reprochent à la juridiction de première instance de ne pas avoir accueilli l'exception dilatoire de la surséance à statuer en application de l'article 3 alinéa 2 du CIC.

L'appel incident est défini comme étant celui qui est formé par la partie intimée, par voie de simples conclusions, contre le jugement qui est attaqué par son adversaire, l'appelant principal , en vue d'une réformation dans son intérêt propre (Cour d'appel, 12 février 2003, BIJ, 5/2003, page 60 ; Thierry Hoscheit, Le droit judiciaire privé au

Grand-Duché de Luxembourg au Grand-Duché de Luxembourg, édition 2012, n° 1327 et suiv). Le but d'un appel incident est d'obtenir la réformation d'un jugement de première instance. Il a pour effet d'étendre la matière litigieuse dévolue à la Cour d'appel, mais en restant dans la limite de ce qui a été soumis au juge de première instance. (Rép.pr.civile Dalloz, mars 2012 v° Appel n° 495).

Force est de constater qu'en première instance, tant les appelants au principal que les sociétés **SOC.2.)/SOC.3.)/SOC.4.)/SOC.5.)** et **SOC.6.), E.)** et **D.)** ont conclu à la surséance à statuer en raison d'une procédure pénale en cours sur base de l'article 3 alinéa 2 du CIC et que l'objet de leur demande était identique à celui des appelants au principal. Dans la mesure où il résulte des développements qui précèdent que l'appel-nullité relevé par les appelants principaux n'est pas une voie de recours autonome et que l'examen de celui-ci a d'ores et déjà été dévolu à la Cour du chef de l'appel principal, les conclusions des sociétés **SOC.2.)/SOC.3.)/SOC.4.)/SOC.5.)** et **SOC.6.), E.)** et **D.)** qui tendent à voir déclarer recevable l'appel-nullité du chef d'un excès de pouvoir commis par la juridiction de première instance ne sont pas à qualifier d'appel incident, mais viennent appuyer celles des appelants au principal.

Il y a lieu d'écarter l'argumentation de la société **SOC.1.)** et de ses liquidateurs, que l'appel incident interjeté par **E.)** serait un appel incident d'intimé à intimé, cette hypothèse n'étant pas donnée en l'espèce, dans la mesure où les diverses sociétés **SOC.2.)/SOC.3.)/SOC.4.)/SOC.5.)** et **SOC.6.)** de même que **D.)** et **E.)** ont devant la juridiction de première instance tous sollicité la surséance à statuer de l'action civile sur le fondement de l'article 3 alinéa 2 du CIC et ne font pas valoir de revendications entre eux dans l'instance d'appel.

Il en est de même de leur assertion que l'avocat de **E.)** ne se serait pas valablement constitué, sa constitution du 30 janvier 2015 étant régulière et versée au dossier.

Est également à écarter le moyen de nullité de la société **SOC.1.)** et de ses liquidateurs quant à l'absence d'indication exacte dans ladite constitution d'avocat d'un domicile réel de **E.)**, « domicilié (...) » dès lors qu'une telle formalité est prescrite à peine de nullité par les articles 153 et 585 du NCPC mais non dans les écritures d'avocat.

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, Lexisnexus, 3^{ème} éd, n° 129 et s. ; C. Puigelier : La pratique de la cassation en matière sociale, Lexisnexus, 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 **SOC.1.)** 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 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'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).

Ces deux conditions sont remplies en l'occurrence au regard des développements qui précèdent.

Encore faut-il définir l'excès de pouvoir, deuxième condition de recevabilité de l'appel-nullité.

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).

La Cour est saisie d'un appel dirigé contre un jugement du tribunal d'arrondissement du 23 mars 2012 qui a refusé d'ordonner une surséance à statuer en application de l'article 3 alinéa 2 du CIC et est amenée à se prononcer sur la recevabilité d'un appel-nullité relevé contre ce jugement. En revanche, la Cour n'est pas saisie d'un appel contre une prétendue « décision orale » du magistrat ayant présidé la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, « de continuer l'instruction de l'affaire après que le jugement du 4 mars 2011 n'ait été rendu ». Aussi la Cour ne tiendra pas compte des critiques émises par les appelants à l'égard de cette « décision orale », qui ne sont pas pertinentes pour la solution du présent litige.

Il convient d'ajouter à titre superfétatoire que les pièces dont la communication a été ordonnée par le jugement du 4 mars 2011 concernaient uniquement le fond de l'affaire et ne faisaient pas obstacle à voir entamer les débats sur la question de la surséance à statuer sur l'action civile en raison de procédures pénales en cours. La décision du tribunal d'entamer les débats sur cette question n'est dès lors pas constitutive d'un excès de pouvoir

Au regard des principes ci-avant développés, c'est encore à juste titre que la société **SOC.1.)** et les liquidateurs font plaider, que l'absence de désignation d'un juge de la mise en état conformément à l'article 202 du NCPC avant la décision du 23 mars 2012, de même que l'absence d'une ordonnance de clôture, ne sont pas constitutifs d'un excès de pouvoir ouvrant la voie à un appel- nullité de la décision du tribunal du 23 mars 2012. De même, la désignation d'un magistrat de la mise en état ne s'imposait pas dès lors qu'il résulte des pièces soumises à la Cour qu'au regard des différents courriers adressés au président de la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement, informant le tribunal de l'existence de procédures pénales en cours, la question de la surséance à statuer sur le fondement de l'article 3 alinéa 2 du CIC paraissait prête à être jugée et l'affaire a été renvoyée à l'audience. (voir pièces 36 et 38 de Maître Rukavina).

Concernant la décision de la juridiction de première instance de ne pas surseoir à statuer sur le fondement du principe que « le criminel tient le civil en l'état », la Cour constate ensemble avec la juridiction de première instance qu'en France, depuis la loi du 5 mars 2007 (L-n°2007-291), l'alinéa 3 de l'article 4 du Code de procédure pénale français dispose que le principe n'est désormais pleinement applicable que si la juridiction pénale est saisie du litige relatif à la réparation du préjudice subi par la victime, la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile. Désormais, le criminel n'a plus autorité sur toutes les autres actions exercées à des fins civiles, qui bien que liées à la commission d'une infraction, n'ont pas pour objet la réparation d'un dommage. (Rép.pénal Dalloz, septembre 2012 v° Action civile, n° 665 et 679).

Or, la jurisprudence de la Cour de cassation française considère, concernant une violation de l'article 4 du code de procédure pénale, dans sa rédaction avant la loi du 5 mars 2007, dont la portée était identique à l'article 3 alinéa 2 du CIC luxembourgeois, et tel que l'ont rappelé à bon droit les juges de première instance, « que la violation de la règle du sursis à statuer du juge civil tant que le juge pénal ne s'est pas prononcé définitivement sur l'action publique n'ouvre pas le recours » (Cour de Cassation française, chambre commerciale, 11 mai 2010, n° de pourvoi :09-65960 ; chambre commerciale, 26 septembre 2006, n° 05-14465 : Bull.civ.2005, I. n° 293) .

Au regard des développements qui précèdent, l'appel-nullité est à déclarer irrecevable.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit irrecevable l'appel-nullité contre le jugement du 23 mars 2012,

dit irrecevable les appel-annulation et appel-réformation contre le jugement du 23 mars 2012,

condamne **A.)**, **B.)** et **C.)**, aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Alain Rukavina, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.