

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 123/25 – VII – CIV

Audience publique du douze novembre deux mille vingt-cinq

Numéro CAL-2024-00180 du rôle.

Composition:

Michèle RAUS, président de chambre ;
Joëlle GEHLEN, premier conseiller ;
Daniel LINDEN, conseiller ;
Myriam LOEWEN, greffier.

E n t r e :

1) **PERSONNE1.**), demeurant à ADRESSE1.),

2) **PERSONNE2.**), demeurant à ADRESSE1.),

parties appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 2 février 2024,

comparaissant par Maître Virginie BROUNS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme SOCIETE1.) S.A., en liquidation volontaire, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son liquidateur volontaire la société SOCIETE2.) S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son représentant permanent actuellement

en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

partie intimée aux fins du prédit exploit NILLES du 2 février 2024,

comparaissant par la société en commandite simple CLIFFORD CHANCE, établie et ayant son siège social à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard G.D. Charlotte, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 185112, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société à responsabilité limitée CLIFFORD CHANGE GP, établie et ayant son siège social à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard G.D. Charlotte, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 187001, représentée elle-même dans le cadre de la présente procédure par son gérant actuellement en fonctions, Maître Albert MORO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Laurent DIMMER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 2 juillet 2020, PERSONNE1.) et PERSONNE2.) (ci-après les époux PERSONNE3.)) ont fait donner assignation à la société SOCIETE1.) S.A. (ci-après la société SOCIETE1.)) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, aux fins de l'entendre condamner au paiement :

- d'un montant de 700.000,- USD correspondant à la perte de valeur de leur compte joint pour la période du 31 décembre 2015 au 31 janvier 2018,
- d'un montant de 20.000,- € correspondant au préjudice moral subi au cours de la période du 31 décembre 2015 au 31 janvier 2018,
- d'un montant de 462.000,- USD à titre de perte d'une chance,

chaque fois avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde.

Ils ont sollicité en outre l'allocation d'une indemnité de 5.000,- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que la condamnation de la société SOCIETE1.) au paiement des frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de leur mandataire, qui l'a demandé affirmant en avoir fait l'avance.

Par jugement 21 décembre 2021, le Tribunal a reçu la demande en la forme, a déclaré l'exception de caution judiciaire soulevée par la société SOCIETE1.) fondée

et a ordonné aux époux PERSONNE3.) de consigner solidairement le montant de 5.000,- € à la Caisse de consignation.

Suivant jugement du 20 juin 2023, le Tribunal a

- constaté que l'action introduite par les époux PERSONNE3.) contre la société SOCIETE1.) est prescrite et l'a déclarée irrecevable,
- débouté les époux PERSONNE3.) de leur demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- débouté les époux PERSONNE3.) de leur demande tendant à l'indemnisation des frais et honoraires d'avocat,
- condamné les époux PERSONNE3.) solidairement à payer à la société SOCIETE1.) la somme de 2.500,- € en application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- condamné les époux PERSONNE3.) solidairement au paiement des frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, les époux PERSONNE3.) ont interjeté appel par exploit d'huissier du 2 février 2024 pour voir

- recevoir l'appel en la forme,
- par réformation du jugement entrepris, déclarer les demandes des époux PERSONNE3.) recevables et fondées pour avoir été introduites dans les délais,
- constater que la société SOCIETE1.) a commis des manquements engageant sa responsabilité,
- à titre principal, condamner la société SOCIETE1.) à payer aux parties appelantes la somme de 700.000,- USD correspondant à la perte de valeur du compte joint pour la période du 31 décembre 2015 au 31 janvier 2018, à majorer des intérêts légaux à partir de la demande en justice, chaque fois jusqu'à solde,
- condamner la société SOCIETE1.) à payer aux parties appelantes la somme de 20.000,- € correspondant au préjudice moral subi au cours de la période du 31 décembre 2015 au 31 janvier 2018, et jusqu'à ce jour,
- à titre subsidiaire, condamner la société SOCIETE1.) à payer aux parties appelantes la somme de 462.000,- USD à titre de perte d'une chance, à majorer des intérêts légaux à partir de la présente demande en justice, chaque fois jusqu'à solde,
- en tout état de cause, condamner la société SOCIETE1.) à payer à chacune des parties appelantes une indemnité de procédure de 15.000,- € aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, tant pour la première instance que pour l'instance d'appel,
- réformer le jugement entrepris en ce que leur demande en obtention d'une indemnité de procédure a été rejetée et dans la mesure où ils ont été condamnés solidairement à payer une indemnité de procédure au profit de la société SOCIETE1.) de 2.500,- € ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance,

- entendre condamner la société SOCIETE1.) à payer aux parties appelantes des dommages et intérêts équivalents aux honoraires d'avocat évalués sous toutes réserves généralement quelconques, et notamment sous réserve de majoration en cours d'instance à 15.000,- €

Pour autant que de besoin, et avant dire droit,

- voir nommer un expert avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, détaillé et motivé ;
 - examiner les extraits de compte ainsi que tout autre document détenu par la société SOCIETE1.) afin d'établir la perte de valeur du compte joint des parties appelantes pour la période du 31 décembre 2015 au 31 janvier 2018,
 - dire que l'expert désigné pourra se faire communiquer par les parties ou leurs préposés, la personne chargée de l'établissement et du contrôle des comptes et/ou tout prestataire de service ou de la société SOCIETE1.) tous documents, informations ou données concernant les opérations visées et des pouvoirs les plus étendus pour mener à bien sa mission ;
 - condamner d'ores et déjà la société anonyme SOCIETE1.) S.A., en liquidation volontaire à faire l'avance et à prendre en charge les frais d'expertise ;
- condamner la société SOCIETE1.) à tous les frais et dépens de la première instance et de l'instance d'appel et en ordonner la distraction au profit de l'avocat à la Cour des parties requérantes qui affirme en avoir fait l'avance.

Avant tout autre progrès en cause, la société SOCIETE1.) a soulevé *in limine litis* l'exception cautio judicatum solvi sur base de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile pour un montant de 20.000,- € Elle sollicite, en outre, que la procédure soit suspendue jusqu'à ce que la caution soit versée.

Les époux PERSONNE3.) s'opposent à ces demandes en invoquant, tout d'abord, l'article 17 de la Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 (ci-après la Convention de La Haye), qui interdit qu'un ressortissant d'un Etat contractant, qui y est domicilié, soit astreint au paiement d'une caution.

Comme le Luxembourg et la Chine seraient signataires de la Convention de La Haye, un ressortissant de la Région administrative spéciale de Hong Kong (ci-après Hong Kong) ne pourrait être contraint de fournir une caution judiciaire.

Sinon, en application des principes de non-discrimination et d'égalité devant la loi, les citoyens de Hong Kong devraient pouvoir se prévaloir des droits reconnus par la Convention de La Haye comme les ressortissants de la Région administrative spéciale de Macao.

Les époux PERSONNE3.) contestent, par ailleurs, toute perte financière que la société SOCIETE1.) pourrait subir du fait d'un procès sans fondement, en ce que leur demande en condamnation serait justifiée.

Les parties intimées soulèvent également la violation des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la ConvEDH), dès lors que la fourniture d'une caution judiciaire entraverait leur droit à un libre accès à la justice, notamment compte tenu de la somme réclamée, qui serait excessive en raison de leur situation financière précaire. Cette restriction ne poursuivrait pas, selon les époux PERSONNE3.), un but légitime et raisonnable.

Finalement, ils avancent qu'ils subiraient une discrimination fondée sur la nationalité au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par rapport à un demandeur en justice de nationalité luxembourgeoise qui n'a pas son domicile sur un des territoires et par rapport à un demandeur de nationalité luxembourgeoise, résidant au Luxembourg, qui serait insolvable.

En ordre subsidiaire, les époux PERSONNE3.) sollicitent la réduction de la caution à de plus justes proportions, dès lors que la somme réclamée serait excessive et ils s'opposent à ce que des dispositions du droit belge soient prises en considération pour la fixation du montant de la caution, étant donné que ces dispositions étrangères ne trouveraient pas application au Luxembourg.

La société SOCIETE1.) oppose que ni la Chine ni Hong Kong n'auraient adhéré à la Convention de La Haye, qui s'appliquerait à la seule Région administrative spéciale de Macao (ci-après Macao).

Elle conteste, par ailleurs, toute discrimination au sens des articles 15 (1) et 16 de la Constitution, en ce que l'obligation imposée par l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile à certains non-ressortissants de fournir caution judiciaire se fonderait sur des disparités objectives qui seraient rationnellement justifiées aussi bien qu'adéquates et proportionnées à l'objectif affiché, afin de prémunir le justiciable assigné en justice contre des pertes pécuniaires que pourraient lui faire subir un procès sans fondement par un étranger n'offrant pas de garanties suffisantes dans le pays dans lequel le procès est engagé.

Suivant l'intimée, le législateur luxembourgeois n'aurait pas pu avoir commis une discrimination entre des résidents de Macao et de Hong Kong.

Il n'y aurait pas non plus violation des articles 6 et 14 de la ConvEDH, sinon de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentaux, compte tenu du but légitime poursuivi par la restriction.

Le montant de 20.000,- € réclamé comme caution ne serait pas excessif, selon la société SOCIETE1.), en raison des frais de procédure qu'elle devrait, le cas échéant, engager pour la signification de la décision à Hong Kong, sa traduction et le recouvrement éventuel d'une indemnité de procédure ou d'une indemnité pour procédure vexatoire et abusive auxquelles les époux PERSONNE3.) pourraient être

condamnés. Elle se réfère à un barème applicable en Belgique relatif aux indemnités de procédure.

Avant tout autre progrès en cause, il y a lieu de statuer sur l'exception de *cautio judicatum solvi*.

Appréciation de la Cour

Suivant l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile « (1) *En toutes matières, les personnes, physiques ou morales, autres que celles visées au paragraphe 2, demandeurs principaux ou intervenants étrangers, sont tenues, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels elles peuvent être condamnées.*

Le défendeur peut requérir que caution soit fournie, même pour la première fois, en cause d'appel, s'il est intimé.

(2) *Aucune caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant d'un procès ne peut être exigée des personnes, physiques ou morales, qui ont leur domicile ou leur résidence sur le territoire:*

- *d'un Etat membre de l'Union européenne,*
- *d'un Etat membre du Conseil de l'Europe, ou*
- *d'un Etat avec lequel le Luxembourg est lié par une convention internationale qui stipule la dispense d'une telle caution. »*

Comme la société SOCIETE1.) a son siège social au Luxembourg et que les appelants sont ressortissants de Honk Kong, sans que leur nationalité soit connue, la partie intimée est en principe en droit de demander une caution judiciaire au sens du prédit article.

Les époux PERSONNE3.) ne sauraient se prévaloir de la dispense stipulée à l'alinéa 2 de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile en invoquant l'article 17 de la Convention de La Haye, au motif que ni la Chine, ni Hong Kong, en sa qualité de Région administrative spéciale, n'ont adhéré et ratifié ladite Convention.

La Convention de La Haye s'applique uniquement à Macao suite à une extension faite par le Portugal et une déclaration de la Chine.

Les époux PERSONNE3.) ne sauraient cependant se voir reconnaître les mêmes droits que les ressortissants de Macao, en invoquant les principes de non-discrimination et d'égalité devant la loi reconnus par les articles 15 (1) et 16 nouveaux de la Constitution, dès lors que les ressortissants de Hong Kong et de Macao ne sont pas dans une situation comparable.

Comme le fond du litige n'est pas encore tranché définitivement, une éventuelle perte financière dans le chef de la société SOCIETE1.) ne peut à ce stade être exclue.

S'agissant de la violation des articles 6 et 14 de la ConvEDH, il y a lieu, de relever que la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après CEDH) a décidé que « l'article 14 n'a pas d'existence autonome, mais qu'il joue un rôle important de complément des autres dispositions de la Convention et de ses Protocoles puisqu'il protège les individus placés dans des situations analogues contre toute discrimination dans la jouissance des droits énoncés dans ces autres dispositions. Lorsqu'elle a constaté une violation séparée d'une clause normative de la Convention, invoquée devant elle à la fois comme telle et conjointement avec l'article 14, elle n'a en général pas besoin d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de celui-ci, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige » (CJCE, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 67, série A no 45 ; *Sampanis et autres c/ Grèce*, 11 décembre 2012 ; *Herrmann / Allemagne*, requête n° 9300/ 07, 26 juin 2012).

En l'occurrence, il n'y a partant pas lieu d'examiner séparément le grief tiré par les époux PERSONNE3.) de l'article 14 de la ConvEDH, dès lors qu'ils invoquent une violation conjointe des articles 6 et 14 de la ConvEDH.

D'après la jurisprudence *Golder*, l'article 6, §1 garantit un « droit d'accès à un tribunal », en précisant que ce droit inclut « une décision sur le fond même de la contestation » (CEDH, 21 février 1975, *Golder*, série A n° 18). Un arrêt du 4 décembre 1995 rappelle les précisions que la CEDH a apportées à ce droit avant d'en faire application : ce droit « n'est pas absolu ; il se prête à des limitations (...) car il appelle de par sa nature même une réglementation de l'Etat », lequel dispose pour l'élaborer d'une « certaine marge d'appréciation ». Mais « il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à un individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même » (CEDH, 4 décembre 1995, *Ballet/ France* D.1996. 357, voir également CEDH arrêt *Kreuz / Pologne* du 19 juin 2001, requête n° 28249).

La CEDH a retenu « que lorsque les intérêts de la justice exigeaient que le requérant dans le cadre de son recours versât une caution *judicatum solvi*, que l'accès d'une personne à un tribunal ou une cour pouvait faire l'objet de diverses limitations, y compris financières ». La caution imposée pour faire appel d'une décision est licite, si elle n'atteint pas le droit d'accès au juge d'appel dans sa substance même (CEDH 13 juillet 1995, *Tolstoy Mislavsky / Royaume-Uni*, série A, n° 316-B).

Concernant l'obligation de fournir une caution judiciaire, il convient de noter que l'article 6 précité n'interdit pas purement et simplement d'exiger de l'étranger demandeur qu'il fournisse une caution, mais implique qu'il faut rechercher si, dans son application concrète, le mécanisme de la *cautio judicatum solvi* constitue une entrave au libre accès à la justice. Une telle restriction est valable si elle poursuit un

but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Des limitations proportionnelles qui n'atteignent pas le droit dans sa substance même, sont admissibles (Arrêt C.G.I.L et Coffferati contre Italie du 24 février 2009 ; requête no 46967/07 ; CEDH, arrêt *Zwiazek Nauczycielstwa Polskiego / Pologne*, 21 septembre 2014, n° 42049/98 ; Cour d'Appel, 8 mai 2013, n° 38575 du rôle ; Cour d'Appel, 1er décembre 2012, n° 36932 du rôle ; Cour d'appel, 30 mars 2011, n° 36043 du rôle).

L'obligation de constituer une sûreté, à peine d'irrecevabilité de la demande, est une restriction admise au droit d'accès à un juge (avis Comm. EDH du 10 déc. 1975, req. no 6958/75, DR, vol. 3, p. 155), sauf si l'exigence financière devenait si importante que ce droit d'accès serait atteint dans sa substance même. De la même façon, la caution imposée pour faire appel d'une décision est licite, si elle n'atteint pas le droit d'accès au juge d'appel dans sa substance même (CEDH 13 juill. 1995, *Tolstoy Mislavsky c/Royaume-Uni*, série A, no 316-B, RUDH 1996. 11, obs. F. Sudre (cf. Dalloz Répertoire de procédure civile, Procès équitable, no 157).

Il faut dès lors se demander si la mesure telle que prévue en droit luxembourgeois par l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile est proportionnelle au but recherché.

Il est admis, que le but poursuivi est de prémunir le justiciable assigné en justice contre des pertes pécuniaires que pourrait lui faire subir, par un procès sans fondement, un étranger n'offrant pas de garanties dans le pays dans lequel la procédure est engagée, pour assurer le paiement des frais et des dommages et intérêts auxquels cet étranger sera condamné.

La société SOCIETE1.) réclame la constitution d'une caution judiciaire de 20.000,- € pour se prémunir contre le risque de non-recouvrement des frais et dommages-intérêts auxquels les époux PERSONNE3.) pourraient être condamnés.

Il a été décidé que ce risque a une apparence réelle et n'est à priori pas à exclure, de sorte que la fixation d'une caution est légitime et ne contrevient pas, en soi, au principe de proportionnalité (Cour 6 mai 2015, n° 39979).

Il s'y ajoute que la juridiction saisie d'une demande de fourniture de caution conserve toute latitude quant au montant à fixer et seule la fixation d'un montant prohibitif serait disproportionné.

S'agissant de la prétendue violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il convient de relever que cet article garantit la « *jouissance de tout droit prévu par la loi, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

Le Protocole n° 12 instaure une interdiction générale de la discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi. En consacrant un droit autonome à l'égalité de traitement, cette disposition comble la lacune inhérente à l'article 14 de la Convention elle-même qui ne peut être invoqué qu'en liaison avec l'un quelconque des autres droits garantis par la Convention.

La CEDH précise dans l'arrêt *Sedjic et Finci / Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009 (requête n° 27996/06) que la notion de discrimination qui fait l'objet d'une interprétation constante au sens de l'article 14, doit être interprétée de manière identique au sens du Protocole n° 12.

Elle y rappelle que « *la discrimination consiste à traiter de manière différente sans justification objective et raisonnable des personnes placées dans des situations comparables. Un traitement différencié est dépourvu de justification objective et raisonnable lorsqu'il ne poursuit pas un but légitime ou qu'il n'existe pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ».

Concernant la notion de discrimination, la CEDH retient dans cet arrêt que « *la notion de discrimination fait l'objet d'une interprétation constante dans la jurisprudence de la Cour concernant l'article 14 de la Convention. Il ressort en particulier de cette jurisprudence que par « discrimination », il y a lieu d'entendre un traitement différencié, sans justification objective et raisonnable, de personnes placées dans des situations analogues. Les auteurs du Protocole n° 12 ont utilisé le même terme de discrimination dans l'article 1 de cet instrument. Nonobstant la différence de portée qu'il y a entre les deux dispositions, le sens du mot inscrit à l'article 1 du Protocole n° 12 est censé être identique à celui du terme figurant à l'article 14 (voir le paragraphe 18 du rapport explicatif sur le Protocole no 12). Aussi la Cour n'aperçoit-elle aucune raison de s'écarter, dans le contexte de l'article 1 du Protocole no 12, de l'interprétation bien établie de la notion de « discrimination » mentionnée ci-dessus (en ce qui concerne la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies relative à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, disposition comparable – quoique non identique – à l'article 1 du Protocole no 12 à la Convention) ».*

Distinguer n'est pas discriminer et, comme le relève la Cour dans l'arrêt « affaire linguistique belge » (CEDH, 23 juillet 1968, affaire linguistique belge), l'article 14 n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits reconnus. Au sens de la jurisprudence européenne, la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la convention ne requiert pas le traitement plus favorable. L'arrêt de principe « affaire linguistique belge » met au jour deux critères cumulatifs de définition de la discrimination : une différence de traitement dans l'exercice ou la jouissance d'un droit reconnu, et un manque de justification objective et raisonnable. (JCL Europe Traité : Fasc. : 6523, CEDH Droits garantis- Droit de propriété et droit à la non-discrimination, édition numérique 10 novembre 2012, n° 103 et suiv).

La différence de traitement est comprise par le juge européen selon une conception formelle de l'égalité comme une distinction introduite entre des situations analogues ou comparables. Un grief tiré de l'article 14 ne saurait donc prospérer que si, notamment, la situation de la victime prétendue se révèle comparable à celle de personnes mieux traitées.

Les époux PERSONNE3.) ne sauraient cependant alléguer être victime d'une discrimination fondée sur la nationalité en prenant comme critère de comparaison la situation d'un ressortissant luxembourgeois insolvable résidant au Luxembourg, sinon d'un ressortissant luxembourgeois résidant à l'étranger, la discrimination ne pouvant être appréciée que par rapport à un autre étranger ne tombant pas non plus, tel que les appelants, sous ceux mentionnés à l'article 257 (2) du Nouveau Code de procédure civile (Cour 6 mai 2015, n° 39979).

Selon une jurisprudence constante, la justification objective et raisonnable d'une différence de traitement est celle qui poursuit un but légitime dans une société démocratique et respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (CEDH, 23 juillet 1968, affaire linguistique belge ; CEDH, 26 février 2002, Fretté / France). La Cour européenne des Droits de l'Homme contrôle à la fois la finalité de la différence de traitement et sa proportionnalité. Si la différence de traitement ne poursuit pas un but légitime, le contrôle exercé par le juge européen ne laisse pas de place à la marge d'appréciation nationale et la voie au constat de l'existence d'une discrimination est ouverte. (JCL Europe Traité : Fas. : 6523, CEDH Droits garantis- Droit de propriété et droit à la non-discrimination, finalité de la différence de traitement : défaut de but légitime n° 122 et suiv.) Si la différence de traitement poursuit un but légitime, la Cour effectue alors un contrôle de la proportionnalité de la distinction en cause afin de déterminer si la différence de traitement est soit disproportionnée, soit raisonnable et justifiée. Le défaut de rapport raisonnable de proportionnalité est le critère décisif permettant de qualifier de discrimination une inégalité de traitement. La notion de raisonnable permet à la Cour de fixer les limites du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales en corrigeant une disproportion manifeste. La Cour ne sanctionne alors une différence de traitement que dans l'hypothèse où elle est manifestement dépourvue de base raisonnable (même ouvrage, n° 124, rapport raisonnable et de proportionnalité).

Il convient de rappeler que le but poursuivi par l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile est de prémunir le justiciable assigné en justice contre des pertes pécuniaires que pourrait lui faire subir, par un procès sans fondement, un étranger n'offrant pas de garanties dans le pays dans lequel la procédure est engagée, pour s'assurer le paiement des frais et des dommages-intérêts auxquels cet étranger sera condamné.

La Cour renvoie aux développements faits dans le contexte des articles 6 et 14 de la ConvEDH pour retenir qu'une restriction même de nature financière au droit d'accès au juge est valable s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Le moyen tiré de la violation de l'article 1er du Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est dès lors également à rejeter.

S'agissant du montant de la caution judiciaire à fixer, il y a lieu de relever que les juridictions saisies d'une demande en fourniture de caution conservent toute latitude quant au montant à fixer ; seule la fixation d'un montant prohibitif serait disproportionnée. Elles tiennent par ailleurs compte de la solvabilité de la partie demanderesse et du montant probable des frais et des éventuels dommages et intérêts (Cour d'appel, 1er février 2012, n° 36932 du rôle).

La somme de la caution est fixée en prévision des frais et dommages et intérêts résultant du procès auxquels les demandeurs et intervenants pourront être condamnés, c'est-à-dire du montant probable des frais qui resteront à leur charge s'ils succombent, ainsi que des dommages et intérêts qu'ils pourront encourir par suite d'une demande reconventionnelle fondée sur leur propre demande. Quant aux dommages et intérêts, il ne s'agit que de ceux qui résultent du procès, c'est-à-dire ceux qui ont leur cause dans l'intentement même du procès. Les dommages et intérêts sont uniquement ceux qui répareront le préjudice causé par la demande malicieuse ou imprudente. Les dépens comprennent les frais du procès lui-même. (Les Pandectes belges : v° cautio judicatum solvi, page 896, n° 159).

En l'espèce, PERSONNE1.) et PERSONNE2.) ont assigné la société SOCIETE1.) pour s'entendre condamner à leur verser les sommes de 700.000,- USD, 462.000,- USD et 20.000,- € en réparation du préjudice subi lié à la mauvaise gestion et aux mauvais placements effectués à l'aide des avoirs se trouvant sur leur compte joint détenu auprès de la société SOCIETE1.), ainsi que pour l'entendre condamner en appel à leur payer le montant de 15.000,- € au titre de l'article 240 Nouveau Code de procédure civile et la même somme en remboursement des frais d'avocat.

Pour sa part, la société SOCIETE1.) a formulé une demande en allocation d'une indemnité de 10.000,- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile en appel.

Il ne résulte pas à suffisance de droit des éléments de la cause que les époux PERSONNE3.) se trouveraient dans une situation précaire les empêchant de payer une caution.

Le risque de non-recouvrement de la société SOCIETE1.) face aux appelants établis à Hong Kong est cantonné aux montants qu'elle pourrait réclamer à titre d'indemnité de procédure, de frais et d'émoluments et il n'est pas à exclure que, parmi les frais de procédure, figurent également des frais de traduction en langue anglaise et des frais de signification à Hong Kong.

L'imposition d'une caution d'un montant de 20.000,- €telle que sollicitée par la société SOCIETE1.) est excessive, à défaut de preuve que le montant des frais qu'elle aurait à subir en cas de gain de cause s'élève réellement à un tel montant.

Afin d'éviter que la caution judiciaire à fournir par les appelants ne constitue un obstacle insurmontable à l'accès en justice et au regard des développements qui précèdent, la Cour fixe la caution judiciaire à fournir solidairement par PERSONNE1.) et PERSONNE2.) au montant de 5.000,- €, ce montant permettant à la société SOCIETE1.) de couvrir les frais engendrés par l'exécution d'une éventuelle condamnation des appelants aux frais et dépens de l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel

avant tout autre progrès en cause :

déclare l'exception de caution judiciaire soulevée par la société SOCIETE1.) S.A. fondée,

partant, ordonne à PERSONNE1.) et PERSONNE2.) solidairement de consigner le montant de 5.000,- €à la Caisse de consignation,

dit que faute de justifier de l'accomplissement de cette formalité, la procédure ne pourra progresser que sur la seule demande de la société SOCIETE1.) S.A.,

réserve tous demandes, droits et moyens des parties, ainsi que les frais et dépens de l'instance,

renvoie le dossier devant le conseiller chargé de la mise en état.