

**N° 40 / 2021**  
**du 11.03.2021**  
**Numéro CAS-2020-00063 du registre**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, onze mars deux mille vingt-et-un.**

**Composition:**

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,  
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,  
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,  
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,  
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,  
Martine SOLOVIEFF, procureur général d'Etat,  
Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

**Entre:**

**la société à responsabilité limitée C),**

**demanderesse en cassation,**

**comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,**

**et:**

**1) W), et son épouse**

**2) M),**

**défendeurs en cassation,**

**comparant par Maître Andreas KOMNINOS, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.**

---

Vu l'arrêt attaqué, numéro 41/20, rendu le 11 mars 2020 sous le numéro CAL-2018-01025 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 25 mai 2020 par la société à responsabilité limitée C) à W) et à M), déposé le 2 juin 2020 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 6 juillet 2020 par W) et M) à la société C), déposé le 10 juillet 2020 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Roger LINDEN et les conclusions de l'avocat général Sandra KERSCH ;

### **Sur les faits**

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait débouté W) et M) de leur demande en nullité, sinon en résolution d'une partie d'un contrat-cadre les liant à la société C) portant sur l'inscription d'une hypothèque sur un immeuble leur appartenant. La Cour d'appel a, par réformation, prononcé la résolution judiciaire de cette partie du contrat-cadre et ordonné la radiation judiciaire de l'hypothèque inscrite par la demanderesse en cassation sur l'immeuble des défendeurs en cassation.

### **Sur l'unique moyen de cassation**

#### **Enoncé du moyen**

*« tiré de la violation de l'article 65, 1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, du Nouveau Code de la procédure civile (<< NCPC >>),*

*alors que cette disposition énonce que :*

*<< Le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.*

*Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.*

*Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations >>.*

*en ce que la Cour d'appel a pourtant fondé sa décision sur le moyen tiré du principe de spécialité des hypothèques en le soulevant d'office, c'est-à-dire sans qu'il n'ait été invoqué ou même mentionné par l'une des parties, mais en ayant omis d'avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations à ce sujet, en affirmant que :*

*<< ce raisonnement est contraire au principe de spécialité des hypothèques en vertu duquel une hypothèque conventionnelle ne peut porter que sur un ou des immeubles déterminés et ne peut garantir qu'une ou plusieurs créances spécifiées. Si l'article 2132 du Code civil impose uniquement que la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie soit certaine et déterminée, il est également exigé que les contrats d'hypothèque mentionnent la cause de la créance garantie. Cette créance doit être déterminée expressément ou par voie de référence dans l'acte constitutif de l'hypothèque (M. Cabrillac et C. Mouly, op. cit. p. 263, n°783). >>*

*de sorte qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé l'article 65, 1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, du NCPC et a privé la partie C) du droit de faire valoir ses considérations par rapport au moyen soulevé d'office. ».*

### **Réponse de la Cour**

La demanderesse en cassation à qui il appartient d'établir que les juges d'appel ont soulevé d'office le moyen tiré du principe de la spécialité de l'hypothèque reste en défaut de soumettre à la Cour les écritures des parties de manière à lui permettre d'apprécier le bien-fondé de son allégation.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

### **Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure**

La demanderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

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

### **PAR CES MOTIFS,**

#### **la Cour de cassation :**

rejette le pourvoi ;

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

condamne la demanderesse en cassation à payer aux défendeurs en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

la condamne aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Andreas KOMNINOS, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du procureur général d'Etat Martine SOLOVIEFF et du greffier Daniel SCHROEDER.

**Conclusions du Parquet général**  
**dans l’affaire de cassation de**  
**la société à responsabilité limitée C) s.à.r.l.**  
**contre**  
**W) et M)**  
**(n° CAS-2020-00063 du registre)**

---

Par mémoire signifié le 25 mai 2020 au domicile commun de W) et de M) et déposé le 2 juin 2020, au greffe de la Cour supérieure de justice, Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour, a formé, au nom et pour le compte de la société à responsabilité limitée C), un pourvoi en cassation contre l’arrêt no 41/20 IV-COM (no CAL-2018-01025 du rôle), rendu le 11 mars 2020, par la Cour d’appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale.

Le pourvoi est recevable pour avoir été introduit dans les formes<sup>1</sup> et délai<sup>2</sup> de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Maître Andreas KOMNINOS, avocat à la Cour, a fait signifier un mémoire en réponse en date du 6 juillet 2020 au nom et pour compte de W) et de M), et l’a déposé au greffe de la Cour supérieure de justice le 10 juillet 2020.

Ce mémoire en réponse peut être pris en considération pour avoir été signifié dans les formes et délai de la loi précitée du 18 février 1885.

---

<sup>1</sup> La demanderesse en cassation a déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour, signifié à la partie adverse antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que les formalités de l’article 10 de la loi du 18 février de 1885 ont été respectées.

<sup>2</sup> Selon les indications des parties défenderesses en cassation, non autrement contestées, l’arrêt entrepris a été signifié le 30 avril 2020, de sorte que le pourvoi introduit le 2 juin 2020 a été formé endéans le délai prévu à l’article 7 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

## **Faits et rétroactes**

Par acte d'huissier de justice du 7 octobre 2016, les consorts W)-M) ont assigné la société C) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, aux fins de voir prononcer la nullité, sinon la résolution pour inexécution contractuelle, de la partie d'un contrat-cadre portant sur l'inscription d'une hypothèque de cinquième rang et rédigée comme suit « *C) s'engage à cautionner une ligne de garanties bancaires de 250.000 euros émise auprès de la banque Raiffeisen pour une durée maximum de 6 mois. En contrepartie, elle facturera les frais engendrés pour cette garantie bancaire à Encotec sa. Ce cautionnement sera garanti par l'émission d'une hypothèque en 3eme rang sur la maison de M. et Mme W) sise à L-\_\_\_\_\_* ».

Ils ont encore demandé au tribunal d'ordonner la radiation de l'hypothèque de cinquième rang inscrite sur leur immeuble aux frais de la défenderesse.

Par jugement du 21 mars 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a débouté les consorts W)-M) de leur demande et les a condamnés au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Pour statuer ainsi, le tribunal, en se basant sur l'article 1319 du Code civil aux termes duquel l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, a retenu qu'en présence de l'acte notarié clair liant les parties, il serait oiseux d'analyser la demande en nullité pour absence de cause, sinon en résolution de la partie du contrat-cadre relatif au cautionnement à apporter par la société C). La demande de radiation de l'inscription hypothécaire, en ce qu'elle suppose l'extinction de l'hypothèque par suite de nullité, sinon résolution, a également été rejetée.

Suite à l'appel relevé de ce jugement par les consorts W)-M), les juges d'appel ont, par arrêt du 11 mars 2020, tout d'abord retenu, qu'en tant que droit accessoire, l'hypothèque est subordonnée au sort de la créance garantie et suppose une créance consentie valablement. Contrairement aux conclusions tirées par les premiers juges sur base de l'article 1319 du Code civil, la Cour d'appel a dès lors décidé d'analyser les relations contractuelles entre parties, et a constaté l'existence d'une inexécution contractuelle dans le chef de la société C), qui, contrairement, aux termes du contrat-cadre existant entre parties, ne s'était pas portée caution d'une ligne de garantie bancaire en faveur de la banque. Or selon le même contrat-cadre, l'affectation hypothécaire litigieuse devait garantir ce cautionnement.

Cette inexécution contractuelle a été considérée comme étant suffisamment grave pour justifier la résolution partielle du contrat-cadre aux torts de la société C), de sorte que, par réformation, du jugement entrepris il a été fait droit à la demande en résolution partielle du contrat-cadre liant les parties. L'hypothèque s'éteignant en cas de disparition

de l'obligation garantie, la demande à la radiation de l'inscription hypothécaire a, par réformation, été déclarée fondée aux frais de la société C).

Au vu de l'issue du litige, les appelants ont, par réformation, été déchargés de la condamnation à une indemnité de procédure pour la première instance. La demande en condamnation à une indemnité de procédure pour l'instance d'appel a été déclarée fondée à concurrence de 2.000,- euros dans le chef des appelants. L'intimée C) a été déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et condamnée aux frais de l'instance.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre cet arrêt.

### **Quant au premier et unique moyen de cassation**

*« tiré de la violation de l'article 65, alinéas 1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> du Nouveau code de procédure civile »*

Dans son premier et unique moyen de cassation, la partie demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir violé les alinéas 1<sup>er</sup> et 3<sup>ème</sup> de l'article 65 du Nouveau code de procédure civile en soulevant d'office le moyen tiré du principe de spécialité des hypothèques, c'est-à-dire sans qu'il n'ait été invoqué ou mentionné par l'une des parties, mais en ayant omis d'avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations à ce sujet en affirmant que :

*« Or, ce raisonnement est contraire au principe de spécialité des hypothèques en vertu duquel une hypothèque conventionnelle ne peut porter que sur un ou des immeubles déterminés et ne peut garantir qu'une ou plusieurs créances spécifiées. Si l'article 2132 du Code civil impose uniquement que la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie soit certaine et déterminée par l'acte, il est également exigé que les contrats d'hypothèque mentionnent la cause de la créance garantie. Cette créance doit être déterminée expressément ou par voie de référence dans l'acte constitutif de l'hypothèque (M. Cabrillac et C. Mouly, op. cit. p. 623, n°783) »*

Il ressort de la lecture l'arrêt dont pourvoi, que les juges d'appel, après avoir fait droit à la demande en résolution partielle du contrat-cadre liant les parties, ont déduit du caractère accessoire de l'hypothèque que celle-ci suit le sort de la garantie sous-jacente, rétroactivement anéantie du fait de la résolution, et ont prononcé la radiation de l'hypothèque litigieuse sur base des articles 2160 et 2180 du Code civil.

La décision des juges d'appel est dès lors fondée, outre le motif critiqué, encore sur d'autres motifs, de sorte qu'elle reste justifiée, même si on fait abstraction du motif critiqué, qui est de ce fait surabondant<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cassation, arrêt no 11/2018 du 8 février 2018, numéro 3914 du registre

Le moyen est dès lors inopérant.

### A titre subsidiaire

L'article 65 du Nouveau code de procédure civile se lit comme suit :

*« Le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.*

*Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.*

*Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »*

Avant d'entrer dans le détail de la délimitation du domaine d'application de l'article en question, encore faut-il que le moyen en question ait été soulevé d'office par les juges du fond, un fait qui est contesté par la partie défenderesse en cassation.

Il est admis que les moyens retenus par la décision, y compris ceux soulevés d'office, sont présumés avoir été débattus contradictoirement. Cette présomption est simple. Aussi, la charge de la preuve contraire incombe-t-elle aux parties<sup>4</sup>. Si cette solution essuie un certain nombre de critiques, cette preuve peut être aisément rapportée là où la procédure est écrite. La comparaison des conclusions et de la décision rendue permet de déceler ainsi les moyens que le juge a relevés de son propre mouvement<sup>5</sup>.

Or aucune des parties en cause n'a cru utile de verser l'intégralité des actes de procédure échangés dans le cadre de la présente affaire, pourtant introduite selon la procédure civile !

Votre Cour n'est dès lors même pas mise en mesure de vérifier si le moyen du principe de spécialité des hypothèques a été avancé par une des parties en cause.

Il y a par conséquent lieu de conclure que la preuve de l'absence de respect de la contradiction n'a pas été rapportée, de sorte qu'aucune violation de la disposition visée au moyen ne peut être constatée.

Le moyen est dès lors à rejeter.

### A titre plus subsidiaire

---

<sup>4</sup> JCL, Procédure civile, Fasc. 500-40 : Principe de la contradiction, no 59

<sup>5</sup> JCL, Fasc. 500-35 : Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Fondement des prétentions litigieuses, no 86



L'article 65 précité a été repris de l'article 16 du Code de procédure civile français. Si la disposition française a fait l'objet de remaniements successifs, dont l'analyse dépasse le cadre du moyen sous examen, il se lit depuis le décret du 12 mai 1981 comme suit :

*« Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. »*

*Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.*

*Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »*

Malgré les controverses qui ont affecté la rédaction de l'article en question, la Cour de cassation française a fait preuve de constance quant aux exigences pesant sur les juges du fond. Depuis trois arrêts de la Chambre mixte du 10 juillet 1981<sup>6</sup>, bien que statuant sous l'empire de la rédaction antérieure de l'article 16, la Cour de cassation a imposé aux juges du fond dans de nombreux arrêts l'observation du principe de contradiction lorsqu'ils relèvent d'office un moyen, y compris d'ailleurs pour les moyens d'ordre public.

Si le principe de contradiction est une règle d'ordre public, le domaine de la règle, donc la notion de « *moyens de droit que [le juge] a relevés d'office* », est interprétée d'une façon restrictive. « *Relever d'office un moyen de droit, c'est faire spontanément application au litige de règles de droit autres que celles dont le demandeur ou le défendeur sollicitait le profit* »<sup>7</sup>.

Cet article constitue en effet la contrepartie nécessaire à l'article 12 du même code. Selon l'article 12 alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile français, repris à l'article 61 alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau code de procédure civile : « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » Dès lors que le juge élargit le débat à des points de droit sur lesquels les parties étaient restées silencieuses, à défaut d'une contestation, il y a lieu d'ouvrir un nouveau dialogue<sup>8</sup>.

Malgré la généralité de l'article 16, alinéa 3, certaines initiatives du juge continuent d'échapper, de façon plus ou moins légitime, à la contradiction.

Une série d'exceptions à l'obligation du juge de se soumettre au principe du contradictoire résulte d'une construction jurisprudentielle visant à soustraire à la contradiction les moyens dits « dans la cause », qui seraient ceux qui, bien que non invoqués par les parties, auraient néanmoins pu être débattus par elles, ces dernières

---

<sup>6</sup> Cass. Ch. mixte, 10 juillet 1981, n°77-10.745, n°78-10.425, Bull. ch. mixte, n° 6; D. 1981. 637, conclusions Cabanes

<sup>7</sup> JCL, Procédure civile, Fasc. 500-35 Principes directeurs du procès, no 45

<sup>8</sup> BORE, La cassation en matière civile, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz action, No 74.152

ayant été au moins fictivement à même d'en débattre contradictoirement, car ils ne résultent pas de l'introduction d'éléments nouveaux dans le débat. La notion de moyen dans la cause a été utilisée par la jurisprudence dans deux séries d'hypothèses, dont la vérification des conditions d'application de la loi<sup>9</sup>.

Lorsque le juge vérifie si les conditions d'application de la règle de droit invoquée par les parties sont réunies, la jurisprudence considère que le juge peut dans ce cas échapper à la contradiction, parce qu'il ne relève pas un nouveau moyen de droit. Cette exclusion du contradictoire a pu être justifiée par la doctrine par le fait qu'aucun effet de surprise n'était susceptible de préjudicier aux parties dès lors que le moyen étant dans la cause, il était censé être connu des parties à qui il revenait d'en débattre spontanément. Si certains auteurs critiquent cette exclusion, il n'en reste pas moins qu'elle fait preuve de pragmatisme et permet au juge de mettre un terme à des discussions sans fin.<sup>10</sup>

Dans le cas d'espèce, les débats avaient pour objet la détermination des créances garanties par l'affectation hypothécaire. Dans les motifs critiqués de la décision, les juges du fond visent à répondre au moyen de la partie intimée quant aux conséquences à attacher à la désignation en des termes très généraux des créances garanties sous-jacentes dans l'acte notarié, et à rappeler les conditions de validité d'une hypothèque conventionnelle, sans procéder à une quelconque modification du fondement juridique de la prétention.

Etant donné que les juges d'appel n'ont donc pas relevé d'office un moyen de droit, ils n'étaient pas tenus d'inviter les parties à un débat contradictoire.

Le grief n'est donc pas fondé, de sorte que le moyen doit être rejeté.

---

<sup>9</sup> Répertoire de procédure civile, Principes directeurs du procès, Le principe du contradictoire, Anaïs DANET, no 302

<sup>10</sup> Idem, no 303

## **Conclusion**

Le pourvoi est recevable, mais à rejeter.

Pour le Procureur général d'Etat,  
l'avocat général,

Sandra KERSCH