



DECLINAISONS JURISPRUDENTIELLES SUR LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION¹

Trib. arr. Lux, 1^{ère} ch., 24 juin 2020, n° TAL-2018-01382 du rôle (opérations d'expertise)

CA Lux, 8^{ème} ch., 14 févr. 2019, n° CAL-2017-00024 du rôle (absence du salarié et de l'employeur à l'audience de plaidoiries où l'Etat a formulé des demande en remboursement des indemnités de chômage)

CA Lux., 1^{ère} ch., 23 oct. 2019, n° CAL-2019-00693 du rôle (demande formulée en l'absence du défendeur et sur laquelle il n'a pas pu être entendu)

Cass. . civ., 2^{ème}, 22 oct. 2020, pourvoi n° T 19-15.985 (impossibilité de présumer la tenue d'un débat contradictoire en l'absence d'une partie à l'audience où un le juge relève d'office un moyen)

Comme le résume très justement la Cour d'appel de Luxembourg dans un arrêt du 23 octobre 2019, « *le débat contradictoire est ainsi de l'essence même de la procédure judiciaire en ce qu'il constitue un des piliers du procès équitable et du respect des droits de la défense. Sans contradiction, impliquant que chaque partie soit informée à tout moment des démarches procédurales des autres acteurs impliqués, que se soient ses adversaires, les juges ou les autres intervenants dans la procédure, l'instance ne peut jouir de la crédibilité et de l'acceptation nécessaires pour assurer sa légitimité et celle de la décision adoptée en fin de parcours. La violation de ces principes entraîne la nullité de la décision.* » (2).

Organisée essentiellement aux articles 63 à 66 du NCP (3), la contradiction implique d'abord et

avant tout qu'une partie ne soit pas jugée sans avoir été entendue ou appelée. L'acte introductif d'instance tend précisément à répondre à cette exigence, en permettant au défendeur de connaître précisément les prétentions de son adversaire. Or, celles-ci peuvent évoluer au cours de l'instruction de l'affaire ou lors des plaidoiries. Si le défendeur fait défaut ou n'est plus présent ou représenté en cours d'instance, il ne saurait être jugée sur des prétentions que le demandeur n'avait pas formulées dans l'acte de saisine du juge.

C'est ce que rappelle l'arrêt précité du 23 octobre 2019 où la Cour d'appel censura les premiers juges pour avoir fait droit aux prétentions du demandeur, formulées lors d'une audience de plaidoiries en continuation des débats à laquelle la défenderesse n'était ni

¹ Article publié, ensemble avec les décisions commentées, dans la Revue des Procédures, éditions Legitech 2021, n° 2, pp.120-123.

² CA Lux., 1^{ère} ch., 23 oct. 2019, n° CAL-2019-00693.

³ Le principe de la contradiction est également prévu à l'article 56 du NCP. Il est « *à rapprocher des notions de droits de la défense, loyauté, équité et égalité des armes tels qu'instaurés par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », CA Lux., 8^{ème} ch., 14 févr. 2019, n° CAL-2017-00024. Pour un bilan général sur l'application du principe de la contradiction en droits français, belge, allemand et luxembourgeois, v. le rapport du Recteur Serge Guinchard sur Le principe de la contradiction en droit comparé, in Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky, dir. V. Bolard & M. Pierrat, Dalloz thèmes et commentaires, 2019, p. 363 s.



présente, ni représentée, et tendant à la fixation, auprès de lui, de la résidence habituelle des deux enfants communs, alors qu'il s'était borné à solliciter, dans sa requête introductive d'instance devant le tribunal de la jeunesse et des tutelles, l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de ces enfants communs. La Cour d'appel a considéré que la défenderesse n'avait pas été appelée à comparaître sur une demande de transfert de la résidence habituelle des enfants communs et que, n'ayant pas été présente à l'audience en continuation des débats, elle n'a pas non plus pu être entendue à ce sujet ⁽⁴⁾.

Chargée, aux vœux de l'article 65 du NCPC, de faire observer le principe de la contradiction en toutes circonstances, la Cour d'appel a donc logiquement déclaré irrecevable la demande de transfert de la résidence habituelle des enfants communs qui n'était pas contenue dans l'acte introductif d'instance et à laquelle les premiers juges avaient fait droit, en violation de l'article 63 du même code.

Telle est également la solution retenue dans un litige en matière de droit du travail où le salarié s'était manifestement désintéressé de son affaire et où l'employeur ne s'était plus préoccupé du sort de la demande dirigée à son encontre, alors qu'il avait été déclaré en état de faillite en cours d'instance. Après une douzaine de refixations de l'affaire devant le Tribunal du Travail d'Esch-sur-Alzette, l'Etat avait insisté pour plaider l'affaire sur la question du remboursement des indemnités de chômage qu'il avait versées au salarié, alors même qu'aucune des autres parties n'était plus présente ou représentée à l'audience. Dans un arrêt du 14 février 2019, la Cour d'appel censura les premiers juges qui avaient fait droit à cette demande de l'Etat, alors qu'il ne résultait pas, « à la lecture du jugement attaqué, que [le salarié et l'employeur] contre lesquels la demande en

remboursement des indemnités de chômage a été dirigée, eussent été informées de la demande présentée oralement par l'Etat à l'audience du 2 mai 2017 et partant qu'[ils] eussent été à même de débattre contradictoirement sur le fondement et la valeur des prétentions de l'Etat » ⁽⁵⁾.

La cour rappela que la contradiction « signifie que chacune des parties a été mise en mesure de discuter l'énoncé des faits, les prétentions et les moyens juridiques que ses adversaires lui ont opposés ». La Cour poursuit en énonçant que ce principe « implique que le demandeur informe en temps utile le défendeur de ses prétentions, ainsi que des moyens de fait et de droit et des éléments de preuve qui sont invoqués à l'appui des prétentions ». Cet énoncé eût toutefois mérité d'être plus exhaustif et viser non pas le seul demandeur mais chacune des parties, la cour ayant également appliqué ce principe à l'Etat, mis en intervention en qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi.

En tout état de cause, le juge doit veiller à ce que « les débats soient eux-mêmes contradictoirement menés dans le cadre d'une audience publique, ou bien dans le cadre d'une audience non publique ». Et la Cour d'appel considéra que les premiers juges avaient méconnu le principe de la contradiction « en s'abstenant de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure afin de mettre les défendeurs à la demande de l'ÉTAT en mesure de s'expliquer sur le bien-fondé et l'envergure de la demande en remboursement des indemnités de chômage réclamées ».

Cette solution n'est toutefois pas sans interroger sur modalités pratiques qu'elle entraîne dans le cadre d'une procédure orale où les demandeur et défendeur principaux ne sont plus présents ni représentés aux audiences successives auxquelles l'affaire est appelée. Le simple renvoi de l'affaire à une audience ultérieure n'est pas de

⁴ Si la défenderesse avait comparu lors de l'audience en continuation des débats, elle aurait pu le cas échéant contester le caractère nouveau de la demande en transfert de la résidence habituelle des enfants, ce qui aurait

conduit les premiers juges à examiner sa recevabilité au regard de l'article 53 du NCPC.

⁵ CA Lux., 8^{ème} ch., 14 févr. 2019, n° CAL-2017-00024.

nature à faire connaître les prétentions que l'Etat entendra y élever.

Pour remédier à cette impasse résultant du désintérêt du salarié et de l'employeur quant au sort de l'affaire principale, le juge pourrait inviter l'Etat à introduire une requête en condamnation du salarié en remboursement des indemnités de chômage versées, à en solliciter la jonction avec l'affaire principale, afin de pouvoir statuer sur des prétentions sur lesquelles le salarié a été entendu ou appelé.

Si la contradiction implique qu'une partie ne puisse être pas jugée sans avoir été entendue ou appelée, elle commande, plus largement et comme l'a rappelé la Cour d'appel dans son arrêt du 23 octobre 2019, « *que chaque partie soit informée à tout moment des démarches procédurales des autres acteurs impliqués* »⁽⁶⁾. Ainsi, les mesures d'instruction exécutées par un technicien doivent également être accomplies dans le respect du principe du contradictoire. Dans un jugement rendu le 24 juin 2020, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg rappela, à cet égard, que « *l'expertise judiciaire, en tant que prolongement de l'instance judiciaire, participe à toutes les exigences du contradictoire. Le principe du contradictoire exige que les opérations des experts se fassent en présence des parties ou elles dûment convoquées* »⁽⁷⁾. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de préciser, à de nombreuses reprises, les contours de la contradiction dans la conduite des mesures d'instruction ordonnées par le juge. Dans le jugement en question, le tribunal précisa à toutes fins utiles avant le commencement des opérations d'expertise que « *tout médecin-conseil auquel une partie aurait recours doit de toute évidence s'abstenir d'entrer en contact avec l'expert judiciaire en dehors des limites du contradictoire, et que l'expert judiciaire doit se refuser le cas échéant à tout contact qui se déroulerait en dehors des limites du contradictoire* ». De façon générale, l'expert ne saurait avoir des échanges écrits ou oraux avec

l'une des parties, ni recueillir de sa part des informations ou des pièces, sans que ces échanges, informations ou pièces n'aient été communiquées à l'ensemble des autres parties afin de leur permettre d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport. L'article 64 du NCPC rappelle utilement que « *les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ». Chargé de faire observer le principe de la contradiction en toutes circonstances par l'article 65 du même code, le juge ne saurait retenir dans sa décision les conclusions d'un rapport d'expertise que si les parties ont préalablement été à même d'en débattre contradictoirement devant l'expert avant la finalisation et le dépôt de ce rapport.

Si la contradiction doit, sous le contrôle du juge, être respectée par chacune des parties et des autres acteurs impliqués dans l'instance judiciaire, tel l'expert, elle doit également observée par le juge lui-même. En d'autres termes, l'obligation faite au juge de veiller au respect du contradictoire ne concerne pas seulement le contrôle qu'il doit exercer des rapports qu'entretiennent les parties ou des autres acteurs impliqués dans l'instance judiciaire. Elle s'impose aussi au juge lui-même, indépendamment de toute demande ou de tout moyen que les parties auraient formulé. Telle est l'exigence également posée par l'article 65 du NCPC aux termes duquel « *le juge doit en toutes circonstances (...) observer lui-même le principe de la contradiction* ».

La Cour de cassation française a ainsi censuré une ordonnance de taxe des honoraires d'un avocat rendue par le Premier président de la cour d'appel de Bordeaux qui avait soulevé d'office la caducité d'une convention d'honoraires conclue avec le client de cet avocat, en raison du

⁶ CA Lux., 1^{ère} ch., 23 oct. 2019, n° CAL-2019-00693.

⁷ Trib. arr. Lux., 1^{ère} ch., 24 juin 2020, n° TAL-2018-01382.

dessaisissement de dernier, et qui avait décidé d'arbitrer le temps passé et le taux horaire de l'avocat sur base des critères fixés par l'article 10, alinéa 4, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Or, ce moyen ne figurait pas dans la lettre de saisine du Premier président par le client de l'avocat et n'avait pas été soutenu par celui-ci, faute pour lui d'avoir été présent à l'audience. Quant à l'avocat du client, certes représenté à l'audience, il ne ressortait pas de l'ordonnance déferée à la Cour de cassation, ni des pièces du dossier de procédure, qu'il ait été, au préalable, invité à formuler ses observations sur le moyen relevé d'office et pris de la caducité de la convention d'honoraires.

Sous le visa de l'article 16 du Code de Procédure civile français, qui correspond à l'article 65 du NCPC luxembourgeois, la Cour de cassation posa le principe selon lequel « *en procédure orale, il ne peut être présumé qu'un moyen relevé d'office par le juge a été débattu contradictoirement, dès lors qu'une partie n'était pas présente à l'audience.* »⁽⁸⁾. En d'autres termes, lorsque l'une des parties au litige n'est pas présente ou représentée, le respect de la contradiction commande au juge d'être particulièrement soucieux du respect ce principe et, s'il entend soulever d'office un moyen, il doit résulter de sa décision ou des pièces de procédure, qu'il a entendu les observations de l'autre partie sur ce moyen avant de statuer.

Cette exigence est d'ailleurs d'autant plus prégnante dans le cadre d'une procédure orale où le respect d'un débat contradictoire ne peut être présumé. Cet arrêt de la Cour de cassation française prend le contrepied d'un arrêt rendu en 2003 par la Chambre sociale de cette même cour qui avait jugé que dans une procédure orale, les moyens et prétentions sont présumés, sauf preuve contraire, avoir été contradictoirement débattus à l'audience⁽⁹⁾. Il est toutefois probable que la Chambre sociale suive, à l'avenir,

la position de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation à laquelle sont généralement dévolues les questions de procédure civile.

Quoi qu'il en soit, dans ce type d'hypothèses où la procédure est orale, le juge d'appel ou la Cour de cassation, chargé de vérifier que le principe du contradictoire a bien été observé par le juge ayant rendu la décision entreprise, ne dispose bien souvent que de l'acte introductif d'instance et de la décision subséquente. La motivation de cette dernière est donc essentielle pour établir que le principe de la contradiction a ou non été observé. C'est d'ailleurs sur base de la « *motivation du jugement entrepris* »⁽¹⁰⁾ que la Cour d'appel a, dans son arrêt du 23 octobre 2019, censuré les premiers juges pour violation du principe du contradictoire, après avoir relevé que ce n'était qu'à l'audience en continuation des débats à laquelle la défenderesse n'était pas présente, ni représentée, que le demandeur avait formulé une demande nouvelle.

Parmi les différentes décisions commentées, l'une mérite enfin des développements complémentaires sur la portée du principe de la contradiction. Dans l'affaire portée devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, une des parties civiles avait soulevé un incident dans le cadre du déroulement des opérations d'expertise, au sujet de la présence, qu'elle contestait, du médecin-conseil de l'assureur lors de l'exécution de la mission d'expertise médicale, ce qui constituerait une atteinte à sa vie privée et intime. A l'appui de ces développements, elle invoquait différents principes ayant une traduction juridique à savoir la protection de la vie privée et de la dignité de la personne humaine visée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 10 de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme,

⁸ Cass. civ., 2^{ème} ch., 22 octobre 2020, n° 19-15985. Dans le même sens, Cass. civ. 2^{ème}, 7 mai 2003, Bull. civ. n° 137 ; D. 2003, IR 1605 ; Gaz. Pal. 78 avr. 2004, p. 18, obs. du Rusquec.

⁹ Cass. soc. 8 oct. 2003, Bull. civ. V., n° 254.

¹⁰ CA Lux., 1^{ère} ch., 23 oct. 2019, n° CAL-2019-00693.

ainsi que la sauvegarde du secret médical protégé par l'article 458 du Code pénal.

De son côté, l'assureur qui était partie à l'instance pour y être intervenu volontairement, soutenait qu'il avait droit, à ce titre, d'assister à l'intégralité des opérations d'expertise (à l'exclusion de l'examen clinique), en application du principe du contradictoire qui, selon lui, serait un principe absolu consacré par les articles 63 à 66 du NCPC et par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Après avoir, d'une part, rappelé l'article 366 du NCPC qui permet aux parties de se faire assister lors des opérations d'expertise par leur médecin-conseil ou leur médecin traitant, qui peuvent suivre les opérations d'expertise et présenter des observations orales et, d'autre part, considéré que le secret professionnel ne s'opposait pas à ce qu'une des parties s'adjoigne les conseils d'une autre personne dans le cadre de l'expertise, pour autant que la présence de cette personne soit compatible avec la protection de la vie privée et de l'intimité du corps humain et qu'elle soit utile ou pertinente, le tribunal considéra qu'il y avait lieu de mettre en balance les intérêts divergents des parties, en faisant « *prévaloir les exigences du procès contradictoire* », tout en y apportant des « *aménagements* » ⁽¹¹⁾.

Dans ce jugement, tribunal rappela que le principe du contradictoire souffre déjà des exceptions si la présence des autres parties aux opérations d'expertise de la victime d'un accident est inopportune, voire contraire au droit à l'intimité de la victime ⁽¹²⁾ ou s'il se heurte au secret professionnel ou au principe du respect de la vie privée ⁽¹³⁾.

Puis, rejoignant les moyens de l'assureur, le tribunal considéra que la participation du médecin-conseil aux discussions antérieures et postérieures à l'examen clinique, à l'exclusion de cet examen même qui constitue « *la partie la plus intime des opérations d'expertise* », permet à l'assureur de discuter, le cas échéant, le caractère justifié du choix de l'expert d'exclure tel ou tel élément pour établir ses conclusions et, plus généralement, lui permet d'avoir connaissance de tous les éléments de nature à influencer sur l'indemnisation à laquelle peut prétendre la victime.

En définitive, si l'anamnèse complète ⁽¹⁴⁾ de la victime apporte une atteinte à la vie privée et intime de la victime, cette atteinte est moindre que la participation du médecin-conseil à l'examen clinique et elle est justifiée par les exigences du contradictoire. En outre, cette participation du médecin-conseil aux discussions antérieures et postérieures à l'examen clinique est une mesure pertinente pour pouvoir pleinement saisir les constatations et interrogations de l'expert et le questionner sur des points qui peuvent requérir un éclairage complémentaire.

Ce faisant, le tribunal a reconnu la prééminence du principe de la contradiction auquel il ne saurait être dérogé, mais qui peut faire l'objet d'aménagements lorsque d'autres principes juridiquement protégés sont également en jeu.



Guy PERROT

Avocat à la Cour
Président de la Commission de
procédure civile du barreau de
Luxembourg
guy.perrot@harvey.lu

¹¹ Trib. arr. Lux., 1^{ère} ch., 24 juin 2020, n° TAL-2018-01382.

¹² CA Lux., (pénal) 4 juill. 2012, Pas. 36, p. 235. V. aussi l'article 477 du NCPC qui dispose que « *l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de*

l'instance si ce n'est que sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée ».

¹³ CA Lux., 20 avr. 2016, Pas. 38, p. 55.

¹⁴ Larousse : Ensemble des renseignements fournis au médecin par le malade ou par son entourage sur l'histoire d'une maladie ou les circonstances qui l'ont précédée.