

# VULNÉRABILITÉ ET ACCÈS AU JUGE Luxembourg

Franck FARJAUDON  
Avocat à la Cour, B&F Avocats, Luxembourg

Avec le concours de  
Georges BOLARD  
Professeur Emérite des Facultés de Droit,  
Avocat à la Cour au barreau de Luxembourg

## INTRODUCTION

### A. Les personnes vulnérables en droit luxembourgeois

1. Le *lexique des termes juridiques*<sup>1</sup> définit indirectement les personnes vulnérables, en droit pénal : « *circonstance aggravante de nombreuses infractions, tenant au fait que la victime, en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique, d'un état de grossesse, mérite une protection particulière dès lors que cette situation est apparente ou connue de l'auteur des faits* ».

Dans une approche pénale, les personnes vulnérables sont donc par nature des personnes qu'il y a lieu de protéger particulièrement compte tenu de leur vulnérabilité, voire de leur incapacité à se défendre contre les abus de tiers malveillants.

Comme en droit français, le législateur luxembourgeois a aussi estimé que l'état de faiblesse (apparente ou connue) d'une personne commande que le droit pénal cherche à la protéger spécifiquement: le droit pénal luxembourgeois prend ainsi en considération l'état de vulnérabilité d'une victime de manière spécifique comme circonstance aggravante ou condition de certaines infractions et énumère les cas pour lesquels le législateur considère une personne « vulnérable » ou en état de faiblesse (par exemple l'article 493 du Code pénal tel que modifié par la loi du 21 février 2013 sur l'abus de faiblesse<sup>2</sup>, l'article 377 du Code pénal sur l'attentat à la pudeur et du viol<sup>3</sup>, l'article 382-2 du Code pénal sur la traite des êtres humains<sup>4</sup> ou encore

---

<sup>1</sup> Dalloz 2014-2015, 22<sup>ème</sup> édition.

<sup>2</sup> « *est puni d'une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 251 à 50.000 euros l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables* ».

<sup>3</sup> qui vise « *une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse* ».

<sup>4</sup> qui vise : « *l'infraction a été commise en abusant de la situation particulièrement vulnérable dans laquelle se trouve une personne, notamment en raison de sa situation administrative illégale ou précaire, de sa situation sociale précaire, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale* ».

l'article 15 de la loi du 18 décembre 2015 relative à l'accueil des demandeurs de protection internationale et de protection temporaire<sup>5</sup>, etc.).

2. En matière civile, s'il n'existe pas de définition légale générale englobant toutes les « personnes vulnérables », cette catégorie de personne regroupant des situations extrêmement diverses, les articles 488<sup>6</sup> et 490<sup>7</sup> du Code civil, qui appréhendent ces situations en terme de « capacité », permettent de mieux identifier leurs caractéristiques propres.

Ces textes visent les personnes dont l'autonomie est si limitée qu'elles ne peuvent qu'imparfaitement exprimer ou exercer leur volonté en raison de leur état ou de leur situation : il en est ainsi des mineurs, de certains majeurs malades, infirmes, aliénés ou des indigents (même par leur faute).

3. D'autres lois ou la jurisprudence retiennent encore comme vulnérables d'autres personnes en état ou en situation de faiblesse (objective ou subjective<sup>8</sup>): il en est, dans certains cas ou pour certaines situations, des personnes en situation administrative irrégulière<sup>9</sup>, des étrangers, des apatrides, etc.

---

<sup>5</sup> qui vise : les « besoins particuliers en matière d'accueil des personnes vulnérables telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, et plus particulièrement les victimes de mutilation génitale féminine ». L'article 7 (2) de la loi du 28 mai 2009 portant création et organisation du Centre de rétention reprend à peu près la même formulation.

<sup>6</sup> « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile.

*Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.*

*Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales. »*

<sup>7</sup> « Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants.

*Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté.*

*L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie. »*

<sup>8</sup> Une décision (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Correctionnel 18, 21 avril 2016, n° 1241/2016 du rôle ; n° JUDOC : 100029080) a notamment retenu ces deux approches dans les termes suivants : « *en ce qui concerne la victime, l'infraction vise à protéger non seulement des personnes que l'on peut a priori considérer comme fragiles (mineur, personne en situation de particulière vulnérabilité, personne en état de sujétion psychologique ou physique) mais encore celles d'entre elles dont la fragilité doit se révéler a posteriori effective (vulnérabilité subjective se traduisant par une ignorance ou une faiblesse) ».*

<sup>9</sup> Dans un arrêt du 30 juin 2016 (n° 2016/2016 du rôle ; n° JUDOC : 100032066), la 18<sup>ème</sup> chambre correctionnel du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg retient que des personnes se trouvaient dans une situation de vulnérabilité en raison de leur situation administrative objective / *a priori*, mais procède à une analyse *in concreto* pour vérifier si ces personnes avaient été ou non les victimes de l'infraction de traite des êtres humains, c'est-à-dire par rapport à sa « *vulnérabilité subjective se traduisant par une ignorance ou une faiblesse* » (cf. article 493 du Code pénal).

Le droit luxembourgeois cherche ainsi à protéger particulièrement les personnes vulnérables pour tenter de « compenser » leur état de faiblesse ou leur absence totale ou partielle d'autonomie et leur permettre d'accéder aux droits garantis pour tous.

**B. L'accès au juge est garanti pour tous notamment par des traités internationaux imposant au Grand-Duché de Luxembourg de prendre les mesures appropriées pour en garantir l'effectivité**

Plusieurs traités internationaux garantissent l'effectivité du droit d'accès au juge pour tous.

**1. Les articles 6 et 13 CEDH**

L'article 6, paragraphe 1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (ci-après CEDH), approuvée par le Grand-Duché de Luxembourg dès le 29 août 1953<sup>10</sup>, énonce que

*« toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».*

L'article 13<sup>11</sup> de la même Convention prévoit également un droit à un recours effectif devant une instance nationale si les droits et libertés reconnus par la CEDH ont été violés.

**2. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 énonce aussi en son article 47 (sous le titre du Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial) que :

*« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.*

*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.*

*Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. ».*

Ces instruments internationaux ont un effet direct et concret dans la jurisprudence luxembourgeoise, le Grand-Duché de Luxembourg considérant que le droit international -

---

<sup>10</sup> Loi d'approbation du 29 août 1953, Mém. 1953, 1099.

<sup>11</sup> « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

CEDH<sup>12</sup> et Charte de l'Union européenne<sup>13</sup> notamment - prime sur le droit interne (système moniste).

### **3. Distinction entre le droit d'agir et le droit d'accès à un juge**

Si la jurisprudence luxembourgeoise applique le droit international, elle est parfois embarrassée par le maniement de la notion de droit d'accès à un tribunal<sup>14</sup>, souvent invoquée par les plaideurs dans une confusion avec le concept de droit d'action<sup>15</sup> voire avec le droit au fond.

Dans un arrêt rendu le 21 juin 2005 (n° 1920/2005 du rôle, n° JUDOC 99860404), le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait ainsi été entraîné sur le terrain du droit d'accès au juge par un plaideur qui récusait l'article 115 du Code des assurances sociales exclusif d'une indemnisation du préjudice moral conformément au droit commun. En réalité, sa demande était *irrecevable faute de droit d'agir*<sup>16</sup> (en matière d'accidents professionnels, l'indemnisation forfaitaire prévue est basée sur le risque et non sur la faute et exclut une action fondée sur le droit commun de la responsabilité<sup>17</sup>): le demandeur ne pouvait donc pas être *titulaire* du droit

---

<sup>12</sup> La primauté de la CEDH sur le droit interne a été rappelée dans un arrêt rendu le 12 février 2015 par le Conseil supérieur de la sécurité sociale (affaire PDIV 2013/0128, *Journal des tribunaux Luxembourg 2015*, p. 155, 2<sup>ème</sup> espèce) : cet arrêt « *fait prévaloir l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (protection de la propriété) sur les dispositions du Code de la sécurité sociale qui prévoient la suspension de la pension de vieillesse revenant à une personne condamnée à une peine d'emprisonnement supérieur à un mois* » : G. FRIDEN et P. KINSCH, *la pratique luxembourgeoise en matière de droit international public (2014-2015)*, Annales du droit luxembourgeois, Vol. 25, 2015, pages 198 et suivantes.

<sup>13</sup> La Cour administrative a également rappelé dans un arrêt rendu le 17 décembre 2015 (n° 36893C du rôle) que les normes de l'Union européenne, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, prévalent sur les dispositions de la loi interne ; cet arrêt énonce notamment ce qui suit :

*« la Charte a, conformément à l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, TUE, dans l'ordre juridique de l'Union la même valeur que les traités, de manière à faire partie des dispositions suprêmes dans la hiérarchie des normes de l'ordre juridique de l'Union, et elle consacre dans son article 47 un droit à un recours effectif devant un tribunal à toute personne dont les droits et libertés garantis par la Charte ont été violés. Dans ces conditions, la Cour estime que la logique juridique impose d'examiner l'applicabilité des dispositions protectrices des personnes faisant partie de l'ordre juridique de l'Union et susceptibles de s'imposer en la matière sous examen en tant que normes hiérarchiquement supérieures avant d'examiner si des dispositions de la CEDH relevant du droit international public peuvent trouver application et sous-tendre utilement l'argumentation de l'appelante ».*

Citée par G. FRIDEN et P. KINSCH, *la pratique luxembourgeoise en matière de droit international public (2014-2015)*, Annales du droit luxembourgeois, Vol. 25, 2015, pages 196 et suivantes

<sup>14</sup> « *Droit pour tout individu de s'adresser aux tribunaux, en toute liberté et égalité, pour la défense de ses intérêts* », qui doit être « *concret et effectif et ne pas être compromis par des obstacles juridiques ou financiers liés à l'insuffisance des ressources du plaideur* » (arrêt *Golder c/ Royaume-Uni*, CEDH, 21 février 1975) » (*Lexiques des termes juridiques*, Dalloz 2014-2015, 22<sup>ème</sup> édition).

<sup>15</sup> À savoir le droit d'être entendu sur le fond de sa demande ou sa défense et le droit d'obtenir du juge une décision sur le fond : cette notion renvoie aux questions de recevabilité (intérêt à agir et qualité pour agir notamment).

Sur ces questions : Cf. G. BOLARD, *Notre belle action en justice*, Mélanges Wiederkehr, p. 17 et seq. ; G. BOLARD, *Qualité ou intérêt pour agir ?*, Mélanges Guinchard, p. 597 et suivants.

<sup>16</sup> En substance, l'article 115 du Code des assurances sociales refuse à une catégorie de personnes le droit d'agir conformément au droit commun en matière d'accidents professionnels ; il exclut donc toute action en réparation de la part du bénéficiaire d'une rente de conjoint survivant contre un membre de l'Assurance contre les accidents, même pour le dommage non couvert par les organismes de sécurité sociale, comme le dommage moral.

<sup>17</sup> « *le système d'indemnisation en matière d'accidents professionnel s'expliquant par une réglementation s'écartant du droit commun basée non plus sur la notion de faute, mais sur celle du risque professionnel et sur*

substantiel litigieux, il n'avait pas de droit d'action et il était vain d'examiner sa demande sur le fond (la demande était donc irrecevable). Nonobstant les bases légales invoquées par le plaideur, la situation en cause ne s'analysait aucunement en une question d'*entrave* à l'accès au juge.

### C. Plan.-

Au regard de ces définitions, plusieurs mécanismes spécifiques visent à garantir l'effectivité de l'accès au juge au bénéfice des personnes vulnérables (I).

Le législateur luxembourgeois a également prévu certaines règles procédurales qui visent à vérifier si les personnes à protéger sont effectivement vulnérables et à protéger les défendeurs des actions en justice introduites par des étrangers (la *cautio judicatum solvi*) (II).

## I. DES MÉCANISMES PROPRES À GARANTIR AUX PERSONNES VULNÉRABLES L'ACCÈS AU JUGE

Le droit luxembourgeois tente de prendre en compte la diversité des situations rencontrées par les personnes vulnérables. Ainsi, les indigents qui n'ont pas les ressources suffisantes pour assumer la défense de leurs intérêts comme demandeur ou défendeur peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire (A). Des procédures spécifiques visent aussi à faciliter l'accès au juge chargé d'ordonner des mesures de protection au bénéfice des personnes vulnérables (B).

### A. L'accès à la justice pour les personnes sans ressources

« *Le droit à l'assistance judiciaire (...) n'est pas un droit absolu, [et] est à toiser conformément à l'article 37-1(3) de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, non contraire à l'article 6, paragraphe 1er, CEDH* » (Cour de cassation, 21 mars 2013, n° 3127 du rôle, 20/13) (1). En matière pénale, la jurisprudence est amenée à vérifier concrètement que les suspects ont été pleinement informés de leur droit à l'assistance judiciaire (2). L'attente d'une décision sur l'obtention de l'assistance judiciaire ne peut toutefois constituer une excuse pour obtenir un relevé de la forclusion (3).

#### **1) Le droit à l'assistance judiciaire<sup>18</sup> pour les personnes sans ressources suffisantes**

C'est l'article 37-1 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat qui organise l'assistance judiciaire (a, b et c).

##### a) Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire

---

*une répartition de ce risque entre l'employeur et la victime de l'accident, l'assuré bénéficiant des prestations statutaires de l'Association d'assurances contre les accidents même en l'absence de responsabilité dans le chef de l'auteur de l'accident et même en cas de faute dans son chef*».

<sup>18</sup> Cf. loi du 18 août 1995 concernant l'assistance judiciaire et loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

Les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes<sup>19</sup> (à l'exclusion des personnes morales, même en difficultés) ont droit à une assistance judiciaire pour la défense de leurs intérêts au Grand-Duché de Luxembourg, à condition qu'il s'agisse: 1° de ressortissants luxembourgeois, ou 2° de ressortissants étrangers autorisés à s'établir au pays, ou 3° de ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne, ou 4° de ressortissants étrangers assimilés aux ressortissants luxembourgeois en matière d'assistance judiciaire par l'effet d'un traité international, (article 37-1 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat) ou 5° de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier en vue du recouvrement des rémunérations dues en application de l'article L. 572-7 du Code du travail.

Ont également droit à l'assistance judiciaire, pour toute procédure en matière civile et commerciale dans les affaires transfrontalières visées par la directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003<sup>20</sup>, les ressortissants étrangers qui ont leur domicile ou leur résidence dans un autre Etat membre de l'Union européenne, à l'exception du Danemark.

En matière civile ou commerciale, l'assistance judiciaire peut également être accordée à une personne visée à l'alinéa premier de l'article 37-1 et pour autant qu'elle ait son domicile ou sa résidence habituelle au Luxembourg, aux fins d'obtention de conseils d'un avocat à Luxembourg, y compris dans la préparation du dossier d'une demande d'aide judiciaire destinée à être présentée dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Ce conformément aux dispositions de la Directive 2003/8/CE précitée du Conseil du 27 janvier 2003.

Le bénéfice de l'assistance judiciaire peut encore être accordé à un ressortissant étranger dont les ressources sont insuffisantes, pour les procédures en matière de droit d'asile, d'accès au territoire, de séjour, d'établissement et d'éloignement des étrangers.

L'assistance judiciaire est refusée à la personne dont l'action apparaît manifestement irrecevable, dénuée de fondement, abusive, ou disproportionnée aux frais à exposer.

#### b) Le contenu de l'assistance judiciaire

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire a droit à l'assistance d'un avocat et de tous officiers ministériels dont la cause, l'instance ou son exécution requiert le concours. L'assistance judiciaire est accordée en matière extrajudiciaire et en matière judiciaire, en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense. Elle s'applique à toute instance portée devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Elle peut être demandée au cours de l'instance pour laquelle elle est sollicitée, avec, en cas d'admission, effet rétroactif au jour de l'introduction de l'instance ou à toute autre date à déterminer par le Bâtonnier. Elle peut être accordée également pour les actes conservatoires ainsi que pour les voies d'exécution des décisions de justice ou de tout autre titre exécutoire.

---

<sup>19</sup> L'insuffisance des ressources s'apprécie par rapport au revenu brut intégral et à la fortune du requérant ainsi que des personnes qui vivent avec lui en communauté domestique, sauf si la procédure oppose entre eux les personnes vivant habituellement au même foyer, ou s'il existe entre eux, eu égard à l'objet du litige, une divergence d'intérêts. Si le requérant est un mineur d'âge impliqué dans une procédure judiciaire, le bénéfice de l'assistance judiciaire lui est accordé indépendamment de la situation de ressources de ses parents ou des personnes qui vivent en communauté domestique avec le mineur ; mais l'Etat peut alors demander le remboursement aux parents disposant de ressources suffisantes. Toutefois, des raisons sérieuses tenant à la situation sociale, familiale ou matérielle du requérant peuvent justifier l'octroi de l'assistance judiciaire.

<sup>20</sup> visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires

Malgré les fortes incitations à recourir à la médiation, l'assistance judiciaire ne couvre pas les frais liés à une médiation conventionnelle en matière civile et commerciale. La loi précise aussi qu'en matière civile l'assistance judiciaire ne couvre ni les indemnités de procédure ni les indemnités pour procédure abusive et vexatoire ; en matière pénale, l'assistance judiciaire ne couvre pas les frais et amendes prononcées à charge des condamnés.

### c) Procédure et révocabilité de l'assistance judiciaire

Le Bâtonnier de l'Ordre des avocats du lieu de résidence du requérant, ou son délégué, décide de l'attribution du bénéfice de l'assistance judiciaire (à défaut de résidence, le Bâtonnier du Conseil de l'Ordre de Luxembourg ou son délégué sont compétents).

Il peut révoquer le bénéfice de l'assistance judiciaire si les ressources du bénéficiaire changent au point que si elles avaient existé au jour de la demande d'assistance judiciaire, celle-ci n'aurait pas été accordée ; il y a alors lieu de rembourser l'Etat.

Contre les décisions de refus ou de retrait du bénéfice de l'assistance judiciaire, le requérant peut interjeter appel devant le Conseil disciplinaire et administratif qui statue en dernier ressort.

### **2) En matière pénale, la jurisprudence luxembourgeoise est amenée à vérifier que les suspects ont été pleinement informés de leur droit à l'assistance judiciaire**

Le droit à un avocat, condition du droit d'accès effectif à un tribunal, a conduit la jurisprudence luxembourgeoise à exiger toutes dispositions appropriées pour s'assurer que les suspects soient pleinement informés de leur droit à l'assistance judiciaire. A défaut, les droits de la défense sont considérés comme violés, entraînant par exemple l'annulation de procédure de flagrance pour ce motif.

Ainsi, les juges luxembourgeois ont rappelé en matière pénale que « *la Cour Européenne des Droits de l'Homme insiste sur le devoir des autorités de prendre toutes les dispositions appropriées pour s'assurer que tout suspect soit pleinement informé de ses droits. Cette information doit également porter sur le droit à l'assistance judiciaire gratuite pour que l'effectivité de ce droit soit garantie (cf. entre autres les arrêts P.) c. Bulgarie, 10 août 2006, requête n° 5484/00, R.) c. Bulgarie, 22 octobre 2009, requête n° 35185/03, P.) c. Chypre, 11 décembre 2008, requête n°4268/04*<sup>21</sup> ».

La Chambre du Conseil de la Cour d'appel a estimé que, bien que la procédure suivie (signature d'un récépissé rédigé en roumain, langue maternelle de l'accusé), ai été « *conforme à la lettre de l'article 39 (7)* », « *en l'espèce, l'information fournie (...) était pour le moins incomplète en ce qu'elle ne comportait aucun renseignement sur le droit à l'assistance judiciaire, voire même fausse, en ce qu'elle pouvait être comprise en ce sens que [le suspect] devrait en tout état de cause supporter lui-même les frais et honoraires de l'avocat choisi ou désigné. Ainsi dans l'affaire R.) c. Bulgarie la Cour rappelle au point n° 21 de son arrêt que dans le système de la Convention, le droit de l'accusé à l'assistance gratuite d'un avocat commis d'office constitue un élément, parmi d'autres, de la notion de procès pénal équitable ; que l'article 6 § 3 c) assortit l'exercice de ce droit de deux conditions ; que la première est liée à l'absence de « moyens de rémunérer un défenseur » ; qu'en second lieu, il faut rechercher si les « intérêts de la justice » commandent l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite ».*

---

<sup>21</sup> Cour d'appel, chambre du conseil, 8 juillet 2013, n° 371/13 du rôle.

### **3) Les personnes dans l'attente d'une décision sur l'octroi de l'assistance judiciaire ne peuvent être relevées de la forclusion si elles pouvaient agir sans avocat**

Assez souvent, la décision portant sur l'octroi de l'assistance judiciaire prend du temps, malgré certains efforts pour réduire les délais ces dernières années. Les justiciables éventuellement bénéficiaires de l'assistance judiciaire ne sauraient toutefois y trouver une excuse valable pour justifier leur carence éventuelle à agir dès lors qu'ils pouvaient effectivement agir, par eux-mêmes le cas échéant.

#### **a) Principes gouvernant le relevé de la déchéance : ignorance de l'acte qui fait courir les délais ou impossibilité d'agir**

La loi du 22 décembre 1986 relative au relevé de la déchéance précise que les intéressés ne peuvent bénéficier du relevé de la déchéance résultant de l'expiration d'un délai imparti pour agir en justice que lorsqu'ils n'ont pas eu connaissance de l'acte qui fait courir le délai ou s'ils se sont trouvés dans l'impossibilité d'agir. A cet égard, la jurisprudence rappelle qu'« *il est admis que « l'impossibilité d'agir» doit être le résultat d'un empêchement mettant l'intéressé hors d'état de pourvoir à ses intérêts (cf. trav. parl. no 2899 commentaire des articles), notion qui est par conséquent à interpréter en ce sens que l'intéressé peut échapper à la déchéance lorsque l'inobservation du délai est due à un véritable événement de force majeure* » (Chambre du Conseil de la Cour d'appel, 24 janvier 2006, n° 34/06 du rôle, n° JUDOC 99861212). Elle en conclut que, si le requérant n'explique pas en quoi il était dans l'impossibilité d'agir, alors le requérant ne saurait utilement bénéficier d'un relevé de la déchéance : en l'espèce, le requérant aurait pu interjeter appel personnellement au greffe (Cour d'appel, 4 décembre 2001, n° 429/01 V du rôle, n° JUDOC 99831637).

Bien que ces décisions aient été rendues en matière pénale, les mêmes principes sont certainement transposables en matière civile.

Un justiciable ne peut donc pas obtenir le relevé de la déchéance du seul fait qu'il ait été dans l'attente d'une décision sur l'assistance judiciaire.

#### **b) Palliatifs possibles : admission provisoire à l'assistance judiciaire en cas d'urgence et force majeure véritable**

Pour autant les justiciables ne sont pas nécessairement démunis face à ces problèmes concrets de délai pour obtenir l'assistance judiciaire.

En amont, l'article 37-1, paragraphe 5, *in fine*, de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat prévoit que, *dans tous les cas d'urgence, l'admission provisoire à l'assistance judiciaire peut être prononcée, sans autres formalités, par le Bâtonnier, pour les actes qu'il déterminera.*

En aval, au vu des principes dégagés par les jurisprudences précitées, le relevé de la déchéance doit pouvoir être admis dans certains cas, notamment *lorsque le recours à un avocat est obligatoire* par exemple (dans les procédures où le justiciable doit constituer avocat) et si l'absence d'avocat a concrètement empêché le justiciable d'agir avant la forclusion. Dans un tel cas, le justiciable devrait être considéré sans aucun doute comme étant dans un cas de force majeure véritable.



## **B. L'accès au juge des personnes vulnérables, aux fins d'ordonner des mesures de protection**

En raison de l'amointrissement de leurs facultés physiques, intellectuelles ou mentales, les personnes vulnérables sont souvent confrontées à des problèmes concrets pour exprimer leur volonté de manière autonome. Ainsi, en dehors de l'aménagement matériel des bâtiments publics pour garantir l'accessibilité purement matérielle aux bâtiments judiciaires comme tous lieux ouverts au public<sup>22</sup>, la loi institue des mesures de protection spécifiques au bénéfice des personnes vulnérables, via la représentation par des tiers sous contrôle judiciaire notamment: l'institution d'un représentant ou d'un tiers référent les assistant dans toutes ou parties des démarches de la vie (tuteur<sup>23</sup>, conseil de famille, parent(s)<sup>24</sup>, conjoint<sup>25</sup>, administrateur *ad hoc*, etc. prévus par le Code civil ou d'autres lois spéciales<sup>26</sup>) permet de les « protéger et les rendre capables »<sup>27</sup>.

Le législateur a ainsi favorisé l'accès au juge chargé d'ordonner des mesures de protection (notamment le juge des tutelles), en simplifiant sa saisine (généralement saisine sur requête sans formalités) et en ouvrant largement la procédure au plus grand nombre directement ou indirectement (par le système des signalements, l'intervention du Parquet ou l'auto-saisine<sup>28</sup>).

Des exemples concrets illustrent ce constat général en droit luxembourgeois.

### **1) L'accès au juge des tutelles selon le Code civil**

Comme en France, le droit luxembourgeois connaît trois régimes de protection des personnes majeures vulnérables: la sauvegarde de justice (qui est en principe limitée dans le temps), la curatelle (qui s'applique à des personnes ayant besoin d'être assistées par un curateur dans les actes de la vie civile du fait de l'altération de leur facultés intellectuelles) et la tutelle (concernant les personnes qui ne peuvent plus exprimer leur volonté et sont alors représentées par un tuteur).

Les demandes de protection ou les signalements sont adressés au juge des tutelles, à savoir le Tribunal de la jeunesse et des tutelles.

L'ouverture de la tutelle est prononcée par le juge des tutelles à la requête de la personne qu'il y a lieu de protéger, de son conjoint (à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux),

---

<sup>22</sup> Loi du 29 mars 2001 portant sur l'accessibilité des lieux ouverts au public ou la loi du 22 juillet 2008 relative à l'accessibilité des lieux ouverts au public aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance.

<sup>23</sup> Pour les majeurs reconnus comme incapables par exemple et sous tutelle.

<sup>24</sup> Pour les mineurs.

<sup>25</sup> Pour les personnes mariées incapables ayant un conjoint apte à les représenter.

<sup>26</sup> Pour les enfants mineurs non accompagnés et bénéficiaires éventuels de la protection internationale (article 20 de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire).

<sup>27</sup> Selon le titre de l'ouvrage de Benoit EYRAUD, *Protéger et rendre capable - la considération civile et sociale des personnes très vulnérables* (Erès, 2013).

<sup>28</sup> Qui a, semble-t-il, été réformé en France en 2009 à la suite d'arrêts de la CEDH interdisant l'auto-saisine.

de ses ascendants, de ses descendants, de ses frères et sœurs, du curateur ainsi que du ministère public<sup>29</sup>. Elle peut être aussi ouverte d'office par le juge (article 493 du Code civil).

Les autres parents, les alliés, les amis peuvent seulement donner au juge avis de la cause qui justifierait l'ouverture de la tutelle. Il en est de même du médecin traitant et du directeur de l'établissement.

En principe, le juge donne préférence à un membre de la famille pour exercer les fonctions de curateur ou de tuteur. Mais si aucun membre de la famille n'est disponible ou fiable, le juge désignera alors un tiers indépendant, généralement un avocat ou une association spécialisée.

## **2) L'accès au juge concernant le conjoint incapable**

Dans le cadre d'un mariage, un des époux peut être autorisé par jugement à représenter son conjoint incapable et hors d'état de manifester sa volonté (articles 217 et 219 du Code civil).

Les demandes sont à introduire par simple requête au président du tribunal d'arrondissement (article 1008 et suivants du NCPC).

## **3) L'accès au juge de la jeunesse concernant les mineurs en danger**

Un signalement concernant un mineur en danger peut être adressé par simple courrier au juge de la jeunesse ou au Procureur d'Etat (parquet).

La loi vise notamment les circonstances suivantes : les mineurs qui se soustraient habituellement à l'obligation scolaire, qui se livrent à la débauche, qui cherchent leurs ressources dans le jeu, dans les trafics, dans des occupations qui les exposent à la prostitution, à la mendicité, au vagabondage ou à la criminalité ou dont la santé physique ou mentale, l'éducation ou le développement social ou moral se trouvent compromis.

Le signalement peut émaner de personnes variées: la loi précise ainsi que le tribunal de la jeunesse ou le procureur d'Etat sont informés par le père, la mère, la personne investie du droit de garde, par tout agent qualifié des secteurs de l'éducation, de la santé ou de l'assistance publique, par tout agent de la police générale et locale, ou par le mineur lui-même (article 7 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse).

## **4) La protection des mineurs non accompagnés (protection internationale et la protection temporaire)**

Afin de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, le mineur non accompagné se voit désigner dès que possible un représentant, à savoir une personne ou une organisation désignée par le juge des tutelles en tant qu'administrateur *ad hoc* afin de l'assister et de le représenter au cours des procédures relatives à sa demande de protection internationale et, le cas échéant, d'accomplir des actes juridiques en son nom ; il en sera informé immédiatement. Lorsqu'une organisation

---

<sup>29</sup> La loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire prévoit : « Art. 77. (L. 1er juillet 2005) Il est constitué au parquet général un service central d'assistance sociale regroupant tous les services chargés d'enquêtes sociales et d'assistance à des personnes sous surveillance judiciaire, comme le service de la protection de la jeunesse, le service de probation, le service d'aide aux victimes, le service de médiation, le service des tutelles pour mineurs et incapables majeurs, les services chargés de l'établissement des dossiers de personnalité. »

est désignée comme représentant, elle désigne une personne chargée de s'acquitter des obligations de représentation à l'égard du mineur non accompagné<sup>30</sup>.

La protection internationale et la protection temporaire devant les juridictions administratives (en première instance devant le tribunal administratif ou en appel devant la Cour administrative) est accélérée. Le nombre de mémoires est limité. Les recours contre les décisions de refus ou de retrait de la demande de protection internationale et contre l'ordre de quitter le territoire<sup>31</sup> et les recours contre la décision du ministre de statuer sur le bien-fondé de la demande de protection internationale font aussi l'objet d'une procédure accélérée.

Les recours contre la décision de refus de la demande de protection internationale et contre l'ordre de quitter le territoire<sup>32</sup> sont suspensifs.

Les recours contre la décision d'irrecevabilité de la demande de protection internationale et contre la décision de transfert vers l'Etat membre acceptant la prise en charge du demandeur<sup>33</sup> connaissent la même procédure accélérée.

Le demandeur peut déposer une requête en référé devant le président du tribunal administratif afin d'obtenir le sursis à l'exécution ou une mesure de sauvegarde et la décision du ministre n'est pas exécutée tant que l'ordonnance de référé n'a pas été prononcée. Le demandeur dispose d'une semaine pour déposer cette requête en référé.

## **5) La protection contre les violences domestiques ou autres**

Dans ses missions de prévention des infractions et de protection des personnes, la Police, avec l'autorisation du procureur d'Etat, expulse de leur domicile et de ses dépendances les personnes contre lesquelles il existe des indices qu'elles se préparent à commettre - à l'égard d'une personne proche avec laquelle elles cohabitent - une infraction contre la vie ou l'intégrité physique, ou qu'elles se préparent à commettre à nouveau à l'égard de cette personne, déjà victime, une infraction contre la vie ou l'intégrité physique (article 1<sup>er</sup> de la loi du 8 septembre 2003 sur la violence domestique).

Si l'une des personnes énumérées à l'article 1017 du NCPC<sup>34</sup> a bénéficié de la protection d'une mesure d'expulsion fondée sur l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 8 septembre 2003 sur la violence domestique citée ci-dessus, elle peut, par simple requête, demander au président du tribunal d'arrondissement de prononcer à l'égard de la personne expulsée une interdiction de retour au domicile pour une période maximale de trois mois à compter de l'expiration de la mesure d'expulsion, et ce sans égard aux éventuels droits réels ou personnels de la personne expulsée par rapport au domicile (article 1017-1 NCPC).

<sup>30</sup> Art. 20 (1) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

<sup>31</sup> Art. 35 (1) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

<sup>32</sup> Art. 35 (2) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

<sup>33</sup> Art. 35 (3) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

<sup>34</sup> Sont habilités à formuler pareille demande, 1° le conjoint de la personne expulsée ou la personne avec laquelle la personne expulsée vit habituellement, les ascendants et descendants légitimes, naturels ou adoptifs, de la personne expulsée; 2° les ascendants légitimes, naturels ou adoptifs, les descendants légitimes, naturels ou adoptifs mineurs ou atteints d'un handicap, du conjoint de la personne expulsée ou de la personne avec laquelle la personne expulsée vit habituellement, à condition d'avoir cohabité avec la personne expulsée avant son expulsion et de justifier du fait que le domicile satisfait leurs besoins urgents de logement (article 1017-1 NCPC).

La requête doit être présentée au plus tard le dixième jour suivant l'entrée en vigueur de la mesure d'expulsion fondée sur l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 8 septembre 2003 sur la violence domestique précitée. Si la demande a été introduite ainsi, l'expulsion continuera à produire ses effets en attendant l'ordonnance du président à intervenir (article 1017-2 du NCPC). Il est statué d'urgence par ordonnance du président (article 1017-3 NCPC)

Diverses autres interdictions et injonctions peuvent être ordonnées en matière de violence (article 1017-7 et suivants du NCPC) ou dans certains autres cas de violence lorsqu'une personne tente d'intimider une victime de la traite des êtres humains notamment (article 1017-13 et suivants du NCPC).

## **II. DES PROCÉDURES PROPRES À VÉRIFIER LA VULNÉRABILITÉ DES PERSONNES ET À PROTÉGER LES DÉFENDEURS D' ACTIONS EN JUSTICE INTRODUITES PAR DES ÉTRANGERS (LA *CAUTIO JUDICATUM SOLVI*)**

Si les mesures de protection sont, par définition, ordonnées en faveur des personnes vulnérables, il est évident que, au vu de l'atteinte potentielle à la liberté de ces personnes - qui sont alors juridiquement reconnues comme incapables et représentées par des tiers -, il y a lieu de vérifier si ces personnes doivent effectivement être protégées en les entendant directement dans les affaires qui les concernent et, le cas échéant, en effectuant des enquêtes (A). Dans une autre perspective, la question de la *cautio judicatum solvi*, qui peut être demandée aux étrangers demandeurs en justice, persiste à Luxembourg (B).

### **A. Les personnes vulnérables sont entendues dans les procédures qui les concernent et des enquêtes peuvent être ordonnées**

Le législateur luxembourgeois a souhaité que les personnes vulnérables soient autant que possible entendues dans les procès qui les concernent. Différentes dispositions montrent que le juge a le devoir ou la faculté de les entendre en fonction des situations concrètes et des aptitudes de la personne vulnérable en cause et qu'il peut ordonner des enquêtes pour vérifier la vulnérabilité ou les besoins de protection de ces personnes.

#### **1) Les majeurs vulnérables visés par le Code civil**

Le juge des tutelles procède à l'audition de la personne concernée et peut ordonner une enquête sociale à effectuer par le Service central d'assistance sociale.

La personne sous curatelle ou tutelle, qui n'est pas d'accord avec les décisions de son curateur ou tuteur, peut adresser une lettre au juge qui convoquera les personnes concernées pour en débattre. En cas de problèmes majeurs, une autre personne peut être nommée curateur ou tuteur.

Le juge des tutelles doit impérativement disposer d'un certificat d'un médecin spécialiste (neurologue / psychiatre / neuropsychiatre / médecin gériatre et interniste), avant de pouvoir prononcer un régime de protection (article 493-1 du Code civil).

#### **2) Le conjoint incapable**

Le tribunal entendra le conjoint avant de statuer (article 1009 alinéa 2 du NCPC).

### **3) Les mineurs**

A la suite de la signature de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, le législateur luxembourgeois a inséré les articles 388-1 et 388-2 du Code civil qui permettent l'audition de l'enfant lorsque « *son intérêt le commande* » « *dans toute procédure le concernant* » ainsi que sa représentation dans un procès si « *les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux* ». L'article 388-1 du code civil précise toutefois que « *[l]’audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure*<sup>35</sup>. »

Bien entendu, le mineur incapable de discernement ne peut être entendu par le juge (par exemple, dans une affaire où le mineur était âgé d'un peu plus de 3 ans : Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, référé, 10 novembre 2004, n° 89422 du rôle).

« *Selon un rapport du Child Rights International Network (CRIN), réseau international qui veille au respect et à l'application du droit des enfants, le Luxembourg se classe à la sixième place mondiale en termes d'accès des enfants à la justice* »<sup>36</sup>.

### **4) Les mineurs en danger**

Le juge de la jeunesse peut, à l'égard de tout mineur qui demande son aide et sans l'assistance du ministère public prendre différentes mesures de garde, d'éducation et de préservation prévues par la loi relative à la protection de la jeunesse à l'égard de tout mineur qui demande son aide et son assistance lorsque ces mesures s'imposent dans l'intérêt du mineur.

Il est tenu de réexaminer la situation et de prendre une décision définitive dans les quinze jours au plus tard, après avoir entendu ou du moins appelé les parents, tuteur ou autres personnes ayant la garde du mineur et sur le rapport, même verbal, d'un agent de probation.

---

<sup>35</sup> Un arrêt de la Cour d'appel a donc rejeté l'intervention d'un avocat qui prétendait représenter les enfants mineurs et a écarté des débats les moyens qu'il avait fait valoir (Cour d'appel, 7 Mai 2003, BIJ 8/2003, p.157 ; Pas. 32 p. 408) aux motifs que « *[l]a précision que « l'enfant peut être entendu sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention » veut dire que l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. Telle est l'interprétation unanimement admise par la jurisprudence.* ».

<sup>36</sup> *Le Luxembourg garantit un bon accès des enfants à la justice*, Le Quotidien, Politiques et société, publié le 15 février 2016 ; cet article précise que :

« *Le rapport du CRIN, intitulé Droits, remèdes et représentation, « prend en compte la capacité des enfants à porter une affaire en justice lorsque leurs droits sont violés, les ressources que le système judiciaire met à leur disposition, les considérations pratiques pour saisir la justice, et si le droit international est ou non applicable devant les juridictions nationales.* ».

*La législation luxembourgeoise intègre la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, sur laquelle repose l'action du CRIN. Elle est applicable par les tribunaux nationaux, de sorte que les enfants victimes d'atteintes à leurs droits ont la possibilité d'être entendus par un juge, d'engager des poursuites civiles ou administratives... Ils peuvent bénéficier d'une assistance juridique gratuite, quelle que soit la situation financière de leurs parents. De même, plusieurs dispositions protègent la capacité de l'enfant à témoigner au tribunal dans des conditions adaptées.*

*Seul entrave constatée : les enfants n'ont pas le droit de porter des actions de groupe ou d'ONG devant les tribunaux du pays.*

Sa décision définitive est notifiée aux parents, tuteur ou autres personnes qui ont la garde du mineur, par lettre recommandée du greffier avec avis de réception. Elle est susceptible d'appel devant la chambre d'appel de la jeunesse. Le délai d'appel est de dix jours à partir de la notification de la décision (article 9 de la loi relative à la protection de la jeunesse).

## **5) Les mineurs non accompagnés, la protection internationale et la protection temporaire**

L'administrateur *ad hoc* a la possibilité d'informer le mineur non accompagné du sens et des éventuelles conséquences de l'entretien personnel et, le cas échéant, de lui indiquer comment se préparer à celui-ci. L'administrateur *ad hoc* ou l'avocat assiste à cet entretien et est autorisé à poser des questions ou formuler des observations dans le cadre fixé par l'agent chargé de mener l'entretien. Le mineur non accompagné doit être personnellement présent lors de l'entretien même si l'administrateur *ad hoc* ou l'avocat est présent (Art. 20. (2) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire).

## **B. La caution judiciaire pour les étrangers**

Depuis la réforme du 13 mars 2009, le siège de la matière se trouve à l'article 257 du NCPC, même si l'article 550 du NCPC peut jouer dans certains cas en matière commerciale (saisies d'effets mobiliers en fonction de la solvabilité du demandeur notamment).

### **1) L'article 257 du NCPC**

L'article 257 du NCPC dispose qu'en toutes matières les étrangers (personnes physiques ou morales), demandeurs principaux ou intervenants, sont tenus, si le défendeur le demande, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels elles peuvent être condamnées.

Bien entendu, les résidents de l'Union européenne ne sont pas visés par cette disposition, de même que les personnes résidentes d'un Etat membre du Conseil de l'Europe ou d'un Etat avec lequel le Luxembourg est lié par une convention internationale dispensant d'une telle caution<sup>37</sup>.

### **2) La jurisprudence vérifie que le montant de la caution ordonnée ne conduit pas à une entrave excessive (test de proportionnalité) à l'accès à la justice**

Toutefois, en application des dispositions de la CEDH, les juges vérifient avec attention si le montant de la caution ordonnée ne conduit pas à une entrave excessive, qualifiée de disproportionnée, à l'accès à la justice.

Dans un arrêt rendu le 6 mai 2005 (n° 39979 du rôle, n° JUDOC 100027869), la Cour d'appel a considéré qu'une caution d'un montant de 1,45 millions était excessive et l'a ramenée à de plus juste proportion (à savoir 40.000 EUR). Les motifs de l'arrêt sont significatifs<sup>38</sup> :

<sup>37</sup> En particulier, la convention internationale du 1<sup>er</sup> mars 1954 relative à la procédure civile approuvée par arrêté grand-ducal du 30 mars 1956 a supprimé la *caution judicatum solvi* pour les ressortissants des Etats contractants.

<sup>38</sup> Avec des motifs similaires: Cour d'appel, 8 mai 2013, n° 38575 du rôle, n° JUDOC 100000766 ; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13 janvier 2010, n° 123807 du rôle, n° JUDOC 99866780 concernant les Iles vierges britanniques.

« 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 Cour EDH a apporté 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 Cour européenne des droits de l'Homme 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, *T. M. / 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 (Voir notamment l'arrêt *C.G.I.L et Cofferati contre Italie* du 24 février 2009 ; requête no 46967/07 ; CEDH, arrêt *Z. N. P. / 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 ). »

### **3) Une protection du défendeur résident à approuver**

La loi du 13 mars 2009 a abrogé l'article 16 du Code civil, mais elle en a réintégré la substance dans l'article 257 du NCPC. Le droit luxembourgeois diffère ainsi du droit français qui depuis la loi du 9 juillet 1975 ne connaît plus la *cautio judicatum solvi*.

La solution luxembourgeoise n'est pas nécessairement la plus mauvaise. En effet, alors que la caution ne peut plus être exigée des justiciables européens et des ressortissants d'Etats avec lesquels a été conclue une convention internationale, elle peut l'être encore de justiciables ressortissants de pays où l'exécution risque d'être difficile, voire impossible. La bienveillance ne doit-elle pas être distinguée de l'angélisme ?