

Un arrêt préjudiciel ne fait pas disparaître la disposition inconstitutionnelle de l'ordre juridique mais les autres juridictions (autres que celles qui a posé la question ou qui sont appelées à statuer dans la même affaire) sont dispensées de l'obligation de poser une question préjudicielle ayant un objet identique (article 26, § 2, alinéa 2, 2^o, de loi spéciale du 6 janvier 1989) (cfr C. const., 7 juillet 2011, n^o 125/11, point B.5.1) ; il bénéficie d'une autorité « relative renforcée ». Il en résulte en l'espèce une dispense d'interroger la Cour sur la question de savoir si l'article 851 du Code judiciaire viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il impose aux seuls demandeurs étrangers une caution *judicatum solvi*, une réponse affirmative à cette question ayant déjà été apportée par l'arrêt précité.

Étendre, comme le suggère NYS, l'application de l'article 851 du Code judiciaire « à un demandeur étranger tel que LS, ne résidant pas en Belgique et ne possédant (...) aucun bien en Belgique de nature à garantir que les sommes exposées par [NYS] pour sa défense pourront être facilement récupérées » implique de la cour qu'elle rajoute des conditions au texte légal et se substitue au législateur. La seule manière de remédier à l'inégalité constatée est de ne pas appliquer l'article 851 du Code judiciaire à l'égard d'un demandeur étranger. « Tant qu'une nouvelle loi n'a pas été adoptée, l'exception de caution *judicatum solvi* ne peut plus être invoquée contre une société étrangère venant d'un pays se trouvant hors de l'espace économique européen » (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, Gent, Larcier, 2020, p. 1255, n^o 631 *in fine* ; voy. également M. MAHIEU et G. PIJCKE, « Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle : la Cour constitutionnelle a franchi le cap », *J.T.*, 2011, p. 718).

Il n'y a dès lors pas lieu de faire droit à l'exception.

[...]

Observations

La *cautio judicatum solvi*, cette morte vivante

1. L'arrêt 135/2018 du 11 octobre 2018 - Rappels. — Les lecteurs de ces colonnes se souviendront peut-être que par son arrêt 135/2018 du 11 octobre 2018, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnel le mécanisme de la caution *judicatum solvi* institué par l'article 851 du Code judiciaire, qui permettait au justiciable belge de se prémunir contre les pertes pécuniaires que pouvait lui faire subir, par un procès sans fondement, un étranger n'offrant pas de garanties en Belgique pour assurer le paiement des frais et des dommages et intérêts résultant du procès auxquels il serait condamné¹.

Quoique le but poursuivi par cette disposition soit légitime et que la différence de traitement repose sur un critère objectif, il n'en reste pas moins, selon la Cour, que le législateur recourt à un critère dénué de pertinence : rien ne justifie que l'objectif qu'il s'assigne ne soit poursuivi qu'en présence d'un demandeur étranger. Ce n'est, pour la Cour, pas la nationalité du demandeur qui devait faire craindre le défendeur de ne pouvoir recouvrer les sommes engagées dans le procès, mais la circonstance qu'il réside en dehors du territoire belge et n'y possède aucun bien pouvant servir de garantie².

Elle avait néanmoins maintenu les effets de l'article 851 du Code judiciaire jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi mettant fin à cette discrimination et au plus tard jusqu'au 31 août 2019, compte tenu de la nécessité d'éviter les difficultés juridiques emportées par ce constat d'inconstitutionnalité pour les procédures judiciaires en cours.

L'arrêt ici publié offre l'occasion d'évoquer les quelques suites engendrées par la censure constitutionnelle.

2. Initiatives législatives. — Si aucune modification législative n'est intervenue à ce jour, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n'est pas pour autant passé inaperçu dans les coulisses parlementaires.

Une proposition de loi modifiant le Code judiciaire en vue d'abroger l'exception de la caution de l'étranger demandeur est actuellement à l'examen la Chambre des représentants. Cette abrogation est justifiée par l'intérêt décroissant du mécanisme³, outre la crainte qu'un régime adapté pour tenir

compte de l'arrêt de la Cour constitutionnelle « puisse à son tour donner lieu à une nouvelle controverse, voire à de nouvelles discriminations, ce qu'il convient naturellement d'éviter »⁴.

En parallèle, une autre proposition en suggère le maintien, estimant à l'inverse qu'elle continue à présenter un intérêt et une utilité pratique au regard de l'internationalisation et de l'augmentation significative du nombre d'actes juridiques transfrontaliers qu'elle emporte⁵. Les auteurs du texte en projet suggèrent d'avoir égard non plus à la nationalité du demandeur, mais à son lieu d'établissement⁶.

3. Réception(s) prétorienne(s). — Certaines juridictions ont également été amenées à se prononcer sur l'octroi d'une caution *judicatum solvi* après la date du 31 août 2019.

Le tribunal de l'entreprise d'Anvers, division Hasselt, constatant l'absence de modification législative, synthétisait ainsi l'alternative devant laquelle il estimait se trouver⁷ :

— soit il lui revenait d'écarter purement et simplement l'application de l'article 851 du Code judiciaire, au motif de sa contrariété avec les articles 10 et 11 de la Constitution ;

— soit il lui revenait d'interpréter l'article 851 du Code judiciaire en conformité avec l'arrêt de la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire en faisant abstraction de la nationalité des parties, mais en considération du fait que la demanderesse, une société établie dans les Îles vierges britanniques, ne disposait d'aucun élément de patrimoine en Belgique ;

— soit encore il lui revenait de considérer que l'article 851 du Code judiciaire restait applicable en l'espèce, la caution ayant été sollicitée avant le 31 août 2019.

Et le tribunal de conclure, au regard non seulement de ce que l'article 851 du Code judiciaire n'a, en tant que tel, pas été annulé, mais également de ce que ses effets ont été maintenus par la Cour constitutionnelle et qu'une proposition de loi en suggère le maintien, que l'intention du législateur n'est manifestement pas celle de l'exclusion de la disposition en cause de notre ordre juridique. La demanderesse ne démontrant pas l'existence d'un établissement ou d'avoirs en Belgique, il ordonna la constitution d'une caution à sa charge. À titre surabondant, il confirma par ailleurs pouvoir appliquer l'article 851 du Code judiciaire en raison de la limitation par la Cour des effets de son arrêt dans le temps.

Le tribunal de l'entreprise néerlandophone de Bruxelles, dans une décision plus succincte-

(1) Pour un examen du régime de la caution *judicatum solvi* et une analyse de cet arrêt, voy. A. GILLET, « La caution *judicatum solvi*, une institution en sursis (?) », *J.T.*, 2019, pp. 349 et s.

(2) Voy. en particulier le point B.11 rappelé dans la décision annotée.

(3) Lequel résulte de la multiplication de conventions internationales prévoyant la dispense du paiement de cette caution, mais aussi de la jurisprudence européenne (voy. à ce sujet A. GILLET, « La caution *judicatum solvi*, une institution en sursis (?) », *J.T.*, 2019, spéc. pp. 351-352, n^{os} 8-10).

(4) Initialement déposée le 24 janvier 2019 (proposition de loi modifiant le Code judiciaire en vue d'abroger l'exception de la caution de l'étranger demandeur, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2018-2019, n^o 54-3488/01), cette proposition a été reprise sous l'actuelle législation (proposition de loi modifiant le Code judiciaire en vue d'abroger l'exception de la caution de l'étranger demandeur, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2019-2020, n^o 55-0970/01). Dans l'urgence de la crise sanitaire, une proposition de loi portant des dispositions diverses en matière de justice, notamment dans le cadre de

la lutte contre la propagation du coronavirus (*Doc. parl.*, Chambre repr., sess. ord. 2019-2020, n^o 55-1295/001) avait également, dans un premier temps, porté cette proposition en ses articles 34 et 35. Ces dispositions ont finalement été supprimées du texte voté, afin de permettre une analyse plus approfondie de l'impact de l'abrogation de la caution *judicatum solvi* (proposition de loi portant des dispositions diverses en matière de justice, notamment dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus, amendements n^{os} 6 et 7, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2019-2020, n^o 55-1295/003, pp. 9-

10).

(5) Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la caution du demandeur étranger, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extraord. 2019-2020, n^o 55-0246/001.

(6) Voy. à ce sujet A. GILLET, « La caution *judicatum solvi*, une institution en sursis (?) », *J.T.*, 2019, pp. 353 et s., n^{os} 16 et s.

(7) Trib. entr. Anvers, div. Hasselt, 4^e ch., 12 novembre 2019, *R.W.*, 2019-2020, p. 1184, note S. MOSSELMANS, « Actueel toepassingsgebied van de *cautio judicatum solvi* ».

ment motivée, a également déduit du focus de la censure constitutionnelle sur le critère de la nationalité que subsistait la possibilité d'ordonner la constitution d'une caution à une société établie aux États-Unis et ne présentant aucune garantie en Belgique, toute référence gardée à sa nationalité⁸.

L'arrêt ici publié nous paraît apporter, avec d'autres⁹, une réplique opportune à ces décisions qu'il nous est difficile à approuver.

Si, certes, la disposition déclarée inconstitutionnelle subsiste dans l'ordre juridique — un nouveau délai de six mois pour en poursuivre l'annulation devant la Cour constitutionnelle prenant au reste cours au lendemain de la publication de l'arrêt au *Moniteur belge*¹⁰ —, il n'en reste pas moins que l'autorité de chose jugée renforcée de la décision constitutionnelle « permet à toute juridiction, se conformant à cet arrêt, de refuser d'appliquer la norme déclarée inconstitutionnelle tout en interdisant que, sans nouvelle saisine de la Cour constitutionnelle, cette norme puisse encore être tenue pour valide par quelque juridiction que ce soit (...) ». En d'autres termes, l'arrêt préjudiciel comportant un constat d'inconstitutionnalité prive ultérieurement toute juridiction de la possibilité d'appliquer encore la norme jugée inconstitutionnelle¹¹, sauf à poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour.

Il ne fait donc pas l'ombre d'un doute que l'article 851 du Code judiciaire ne peut, aujourd'hui, plus être mobilisé comme tel.

Il nous paraît également douteux que les juridictions puissent se risquer à proposer de cette disposition une application qu'elles jugeraient conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Les choses sont, somme toute, assez simples : le texte est clair ; partant, il ne s'interprète pas. Il a par ailleurs été déclaré inconstitutionnel ; partant, il ne s'applique pas. En s'autorisant à ordonner la constitution d'une garantie au demandeur établi à l'étranger et sans avoirs sur le sol belge, abstraction faite de sa nationalité, le magistrat va plus loin qu'une simple interprétation du texte : il en modifie les conditions. Ce rôle est celui du seul législateur, dont l'intention ne peut être présumée¹².

Antoine GILLET

Assistant à l'Université catholique de Louvain
Assistant à l'Université Saint-Louis Bruxelles
Avocat au barreau du Brabant wallon

ARTICLE 1385QUINQUIES, ALINÉA 1^{er}, DU CODE JUDICIAIRE

- Astreinte
- Demande de suspension ou de suppression
- Compétence en cas d'appel

Liège, 16 octobre 2020

Siég. : E. Dehant.

Plaid. : MM^{es} L. Merahi loco J.-L. Dessy et S. Mhidra loco E. Helmus.

(A. et B. c. SA O. — 2020/RG/677).

En cas d'appel, le juge d'appel ne devient pas, par l'effet dévolutif de l'appel, le juge qui a ordonné l'appel au sens de l'article 1385quinquies, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire si bien qu'est seul compétent pour connaître d'une demande en révision de l'astreinte, le juge ayant prononcé la condamnation sous peine d'astreinte.

Antécédents et objet de l'appel.

L'objet du litige et les circonstances de la cause ont été exactement énoncés par le premier juge, à l'exposé duquel la course réfère.

Il suffit de rappeler brièvement que les appelants sont propriétaires d'un immeuble sis rue (...), à Huy, tandis que l'immeuble voisin, situé aux n° (...) appartient à la SA O.

La SA O. se plaignant de problèmes de stabilité de l'immeuble des appelants, les a assignés en référé en novembre 2018 et a obtenu la désignation de l'expert judiciaire S.

Par la présente procédure, introduite le 6 décembre 2019, la SA O. sollicite la condamnation des consorts A.-B. à réaliser les travaux tels que décrits par l'expert judiciaire S. dans le cadre du second rapport qu'il a déposé le 8 mai 2019, et ce, dans les deux mois de la signification du jugement à intervenir et leur condamnation au paiement d'une astreinte de 750 EUR par jour calendrier, à défaut pour eux de s'exécuter dans le délai imparti. Elle postule également leur condamnation au paiement d'une somme provisionnelle de 2.670,44 EUR.

Le premier juge a dit la demande recevable et fondée dans son principe, en condamnant solidairement A. et B. à réaliser, dans un délai de quatre mois à compter de la signification du jugement, les travaux préconisés par l'expert judiciaire S., cette condamnation étant assortie d'une astreinte de 200 EUR par jour de retard. Il est réservé à statuer quant à la demande portant sur un trouble de jouissance.

Par l'appel qu'ils ont interjeté le 16 juillet 2020, A. et B. contestent la condamnation prononcée à leur encontre. Ils concluent, en

termes de requête d'appel, à l'irrecevabilité de la demande originaire, pour défaut d'intérêt né et actuel dans le chef de la SA O. à titre subsidiaire, ils demandent une limitation des travaux qu'ils devraient réaliser, dans un délai de 2 mois à compter de la signification de l'arrêt à intervenir et à titre infiniment subsidiaire, dans l'hypothèse où la décision d'instance serait confirmée, qu'il soit dit pour droit que le délai d'exécution doit être porté à 16 mois à compter de l'obtention du permis d'urbanisme requis.

Par un courrier du 15 septembre 2020, le conseil des parties appelantes a demandé de pouvoir s'expliquer sur sa demande de suspension/suppression de l'astreinte unique-ment.

La cause a été fixée à cette fin à l'audience du 2 octobre 2020.

Discussion.

Les parties appelantes ont sollicité de pouvoir s'expliquer, dans un premier temps, sur la demande de suspension/suppression de l'astreinte. Elles exposent notamment que les travaux visés dans le rapport de l'expert judiciaire nécessitent l'obtention d'un permis d'urbanisme, ce qui rendrait totalement impossible l'exécution des travaux dans le délai visé par le jugement dont appel.

Comme l'a confirmé le conseil des appelants à l'audience du 2 octobre 2020, cette demande est fondée sur l'article 1385quinquies du Code judiciaire. Elle ne tend pas à contester le principe de l'exécution provisoire, de plein droit, de la décision qu'elle.

L'article 1385quinquies, alinéa 1 du Code judiciaire, dispose que : « Le juge qui a ordonné l'astreinte peut en prononcer la suppression, en suspendre le cours durant le délai qu'il indique ou la réduire, à la demande du condamné, si celui-ci est dans l'impossibilité définitive ou temporaire, totale ou partielle de satisfaire à la condamnation principale ».

En cas d'appel, le juge d'appel ne devient pas, par l'effet dévolutif de l'appel, le juge qui a ordonné l'astreinte, au sens de cette disposition.

La cour de justice Benelux a en effet tranché la question de savoir quel est le juge compétent pour réviser l'astreinte, entre le moment où l'appel est formé et la date à laquelle le juge d'appel sera amené à se prononcer, en ces termes : « Lorsqu'une condamnation a été prononcée par le premier juge sous peine d'astreinte, qu'un appel a été formé contre cette condamnation et que le juge d'appel n'a pas encore statué, le premier juge est seul compétent pour connaître d'une demande en révision de l'astreinte (cfr l'article 1385quinquies C. jud.), notamment d'une demande en réduction de celle-ci » (C.J. Benelux, 14 juin 2013, *NjW*, 2013, p. 746).

(8) Trib. entr. Bruxelles nl., 7^e ch., RG n° A/18/04965, inédit.
(9) Bruxelles, 28 juin 2021, *I.R.D.I.*, 2021, p. 240 (cette décision réforme le jugement cité à la note précédente) ; Trib. entr. Bruxelles nl.,

ch. 1bis, 17 mai 2021, *P&B/R.D.J.P.*, 2021, p. 135 ; Trib. entr. Hainaut, div. Mons, 9 mars 2022, RG n° A/21/00550, inédit.
(10) Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle,

article 4, alinéa 2.
(11) M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 285.

(12) Contra S. MOSSELMANS, « Actueel toepassingsgebied van de cautio judicatum solvi », note sous Trib. entr. Anvers, div. Hasselt, 4^e ch., 12 novembre 2019, *R.W.*, 2019-2020, p. 1190, n° 9.