

Sommaire

Vie du droit

Le nouveau droit disciplinaire notarial : un premier pas dans le Code judiciaire pour la réglementation de la profession notariale, par O. Piérard 197

Le point sur...

La tierce décision obligatoire, une solution opportune en cas d'imprévision, par M. Berlingin 202

Jurisprudence

■ Lettre de patronage - Obligation de faire - Incidence de la faillite de la société patronnée - Principe d'égalité des créanciers et règles du concours - Caducité par disparition de l'objet (oui) Bruxelles, 9^e ch., 8 février 2024 206

■ Lettre de patronage - Droit applicable - Convention de Rome du 19 juin 1980 (art. 4, §§ 2 et 5) - Lettre de patronage - Obligation de faire - Incidence de la fin de la participation de la société mère dans la société patronnée - Caducité par disparition de l'objet (non) Bruxelles, 9^e ch., 23 mars 2023, note 207

Chronique

PILE OU FACE - Une pratique illégale... et inique ! - Échos - Dates retenues.

4,9 cm (L) x 11,5 cm (H)

 LARCIER

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hédonadair, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

<https://jt.larcier.be>
23 mars 2024 - 143^e année
12 - N° 6976
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Vie du droit

Le nouveau droit disciplinaire notarial : un premier pas dans le Code judiciaire pour la réglementation de la profession notariale

1. La réforme du notariat de 2022. Le 1^{er} janvier 2024, nous soufflons la première bougie de l'entrée en vigueur de la réforme du notariat intervenue notamment à l'occasion de l'adoption de la loi du 22 novembre 2022¹. Pour mémoire, cette réforme s'articulait autour de deux axes : la révision de l'arrêté royal portant le tarif des honoraires des notaires du 16 décembre 1950 et la mise à jour de la loi contenant organisation du notariat du 16 mars 1803 (ci-après « loi organique du notariat »). Ce second axe comprenait, quant à lui, six volets, à savoir (1) ouvrir l'accès à la fonction notariale à beaucoup plus de jeunes juristes qualifiés, (2) continuer la digitalisation des actes notariés et l'adaptation des textes existants à ses conséquences, (3) réformer fondamentalement le droit disciplinaire notarial, (4) améliorer l'organisation de la Chambre nationale et des chambres provinciales des notaires, (5) adapter le mécanisme de solidarité du fond notarial corollairement à la révision de l'arrêté-tarif et (6) adapter une série de dispositions de la loi au regard des évolutions sociétales, aux évolutions d'autres lois (tel que le Code des sociétés et des associations) et aux changements amorcés par la pandémie de la Covid-19².

2. La réforme du droit disciplinaire notarial. Bien que la majeure partie des dispositions de la loi du 22 novembre 2022 soient entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2023, l'article 124 de la loi prévoyait que partie d'entre elles n'entreraient en vigueur que l'année suivante, soit le 1^{er} janvier 2024. Ces dispositions concernent précisément le nouveau droit disciplinaire notarial (adopté concomitamment au nouveau droit disciplinaire des huissiers justices³). L'entrée en vigueur différée s'explique par le fait que le droit disciplinaire notarial alors jugé désuet, bien plus qu'une simple évolution, a vécu une totale refonte : avec une redistribution de la réglementation y ayant trait, pour partie dans la loi organique du notariat⁴ et pour partie dans le Code judiciaire^{5,6}. Synthétiquement, la loi organique du notariat concerne le temps des poursuites — devant la chambre (provinciale) des notaires et devant l'auditorat — et le Code judiciaire concerne le temps du jugement⁷. À l'occasion de cette refonte, ont par ailleurs vu le jour deux nouveaux organes : l'auditorat

(1) La loi du 22 novembre 2022 portant modification de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses est entrée, pour la plupart des dispositions, en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Ses dispositions transitoires prévoient toutefois qu'exceptionnellement certaines dispositions entreront en vigueur ultérieurement : plus précisément le 1^{er} septembre 2023 ou le 1^{er} janvier 2024 (loi portant modification de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le code judiciaire et des dispositions diverses, article 124, *M.B.*, 22 décembre 2022, p. 98866).

(2) Projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, Résumé, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 3.

(3) Dans les travaux préparatoires de la loi du 22 novembre 2022, nous lisons que l'objectif de l'insertion du nouveau livre IVbis dans le Code judiciaire est « de créer une modernisation, une uniformisation et une professionnalisation des procédures disciplinaires de ces deux fonctions par un organe disciplinaire commun pour ces deux acteurs de la justice qui revêtent le statut de fonctionnaire public » (projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, pp. 64 et s.).

(4) Aux articles 95 à 113, sous le titre IV intitulé « De la discipline, des mesures conservatoires et d'appui ».

(5) Aux articles 555/3 à 555/5octies, sous le nouveau livre IVbis de la deuxième partie intitulé « De la discipline des notaires et des huissiers de justice ».

(6) Antérieurement à l'adoption de la loi du 22 novembre 2022, le Code judiciaire contenait déjà le droit disciplinaire d'autres professions juridiques, tel que celui des avocats ou celui des magistrats. Outre cela, comme l'a indiqué la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 17 janvier 2013 : « les règles énoncées par le Code judiciaire peuvent constituer le droit commun de la procédure et s'appliquer, le cas échéant, de manière supplétive à une procédure déterminée, qui relève, comme en l'espèce, de la matière disciplinaire, sauf lorsque ces règles sont contredites ou que la procédure est régie autrement, soit par une disposition légale antérieure, non expressément abrogée, soit par une disposition légale ultérieure » (C. const., 17 janvier 2013, n° 1/2013, B.4.1.). Nous saluons, dès lors, les changements amenés par la loi du 22 novembre 2022, lesquels rendent le paysage juridique — en matière disciplinaire — plus uniforme et plus cohérent.

(7) Le livre IVbis comprend trois chapitres : le chapitre 1^{er} pour les peines disciplinaires, les mesures conserva-

(organe auprès de la Chambre nationale des notaires) et le conseil de discipline (organe au niveau national).

Ce dispositif normatif inédit⁸ ambitionne de lutter davantage contre les excès et les irrégularités au moyen d'une réglementation — menant à une procédure et des sanctions à son image — davantage efficace et professionnelle⁹.

3. Les grands changements. Au regard de l'ancienne procédure disciplinaire, nous identifions trois changements substantiels : (1) la création d'un auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires, (2) la création d'un conseil de discipline au niveau national, indépendant des institutions notariales, qui dispose de la compétence exclusive pour l'ensemble des peines disciplinaires^{10 11} et (3) la répartition des compétences entre les chambres provinciales et l'auditorat, instances de poursuites, d'une part, et le conseil de discipline, instance de délibération, d'autre part.

4. L'auditorat¹². Le nouvel article 97^{quater} de la loi organique du notariat prévoit qu'un auditorat est créé au sein de la Chambre nationale des notaires¹³.

Celui-ci se divise en deux sections : une néerlandophone¹⁴ et une francophone¹⁵. Chaque section est composée de trois membres^{16 17}, désignés en tant qu'« auditeurs ». Il s'agit de notaires. Au préalable, un appel à candidatures est lancé sur la plateforme interne au notariat (*eNotariat*) par le comité de direction de la Chambre nationale, qui en avise simultanément les chambres provinciales afin qu'elles informent les membres de la compagnie et les notaires honoraires éligibles de la

possibilité de postulation¹⁸. Pour être élus, les aspirants auditeurs doivent exercer la fonction notariale depuis au moins cinq ans ou disposer du titre de notaire honoraire¹⁹ et n'être concernés par aucune cause d'incompatibilité²⁰. À ces conditions, un notaire peut alors être élu pour une durée de trois ans²¹ par l'assemblée générale de la Chambre nationale, sur proposition²² du comité de direction²³. Le mandat des auditeurs est immédiatement renouvelable une fois et après l'écoulement d'une durée d'un an sans exercer cette fonction, tout ancien auditeur peut être à nouveau élu (pour une nouvelle durée de trois ans)²⁴. Les fonctions d'auditeur cessent en tout état de cause au terme des trois années de mandat, mais elles le peuvent, au surplus, du fait d'une démission, d'un décès, d'une période ininterrompue d'incapacité de plus de trois mois ou encore pour motif de révocation pour faute grave, suspension ou en raison d'une condamnation disciplinaire²⁵.

Pour le traitement des dossiers, l'auditorat forme un collège, constitué par la réunion des deux sections et dont le président est l'auditeur principal le plus âgé (des deux sections). Tous les dossiers sont discutés conjointement par les deux sections, toutefois chacune d'elles statue individuellement sur les affaires et les plaintes ayant donné lieu à des poursuites, qui relèvent de sa compétence. Un rapport distinct est subseqüemment déposé par chaque chambre²⁶.

Un règlement d'ordre intérieur de la Chambre nationale règle le fonctionnement et l'organisation de l'auditorat, la présentation des auditeurs à nommer et la manière dont un auditeur est désigné pour un dossier²⁷.

toires et d'appui et la suspension préventive, le chapitre II pour les organes compétents pour la discipline et le chapitre III pour la procédure disciplinaire.

(8) C'est peu dire puisque le droit disciplinaire notarial est demeuré quasi intact depuis son adoption, c'est-à-dire depuis l'adoption de la loi du 16 mars 1803. Cela lui valait d'ailleurs d'être considéré comme « sans doute le plus ancien de l'époque contemporaine », comme l'avait souligné J.-F. Taymans. Une révision des textes y ayant trait était intervenue lors de la première grande réforme du notariat en 1999 mais, depuis lors, aucune modification substantielle n'y avait été apportée. Toutefois, il semblerait que le droit disciplinaire notarial — *post* loi du 4 mai de 1999 — comportait toujours des manques de clarté, des ambiguïtés, des normes loin d'être propices à une justice plus efficace ou encore des lacunes (J.-F. TAYMANS, « Quelques considérations sur le droit disciplinaire notarial », *Rev. dr. pén. entr.*, 2012/1, pp. 51 et 57-58).

(9) Projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 6.

(10) Il en découle que la distinction entre les peines intérieures et les peines de haute discipline a été supprimée (abrogation des articles 96 et 97 de la loi organique du notariat) et que le tribunal de première instance n'a plus aucune compétence en matière de discipline notariale (abrogation des articles 108 à 111 de la même loi), si ce n'est s'agissant de la désignation du magistrat-président du conseil de discipline.

(11) Toutes les peines disciplinaires sont actuellement reprises à l'article 555/3 du Code judiciaire. Exhaustivement, il s'agit : du rappel à l'ordre, du blâme, de l'amende disciplinaire pouvant aller de 125 EUR à

25.000 EUR au profit du Trésor public, de la suspension et de la destitution.

(12) Le législateur a opté pour cette terminologie en raison de son utilisation dans des fonctions semblables au sein d'autres organes juridictionnels (projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 45).

(13) Le droit disciplinaire des huissiers de justice est, quant à lui, entièrement repris dans le Code judiciaire, à l'instar de l'entière de la réglementation de la profession. Les dispositions relatives à l'auditorat créé au sein de la Chambre nationale des huissiers de justice se situent, pour cette raison, dans le Code judiciaire (articles 533 et s.).

(14) Elle est compétente pour l'enquête disciplinaire visant un notaire/notaire-honoraire/candidat-notaire ayant sa résidence en région de langue néerlandaise/étant inscrit au rôle linguistique néerlandais ou visant un notaire inscrit au rôle linguistique néerlandais ayant sa résidence dans la Région de Bruxelles-Capitale.

(15) Elle est compétente pour l'enquête disciplinaire à l'encontre d'un notaire/notaire-honoraire/candidat-notaire ayant sa résidence en région de langue française ou en région de langue allemande/étant inscrit au rôle linguistique français ou encore, à l'encontre d'un notaire inscrit au rôle linguistique français ayant sa résidence dans la Région de Bruxelles-Capitale.

(16) Dans les faits, chaque chambre compte trois membres effectifs et trois membres de réserve, de manière à assurer la continuité du service dans l'hypothèse où un membre effectif n'était plus en mesure de terminer son mandat (règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires adopté par l'assemblée générale de la

Chambre nationale des notaires le 22 juin 2023, article 4).

(17) Un des trois auditeurs est désigné en tant qu'auditeur principal. Ce dernier dirige sa section et assure la coopération pratique avec le secrétariat ainsi qu'avec l'autre section (règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2023, article 16).

(18) Règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2023, article 5.

(19) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 97^{quater}, § 1^{er}, alinéa 3, *M.B.*, 16 mars 1803.

(20) On ne peut être à la fois notaire-auditeur et membre du comité de direction de la Chambre nationale des notaires, d'une chambre de notaires ou du conseil de discipline en tant qu'assesseur.

(21) Le règlement d'ordre intérieur de l'auditorat comprend une disposition transitoire (article 34), qui dispose qu'aux fins d'« assurer la continuité de l'auditorat, lors de la première constitution de l'auditorat, un auditeur est élu dans chaque section pour un an, un deuxième pour deux ans et un troisième pour le terme normal de trois ans ».

(22) De notre point de vue, il aurait été préférable d'indiquer « sur présentation » en sorte que les textes de l'article 97^{quater} de la loi organique du notariat (qui prévoit malheureusement le terme

« proposition ») et des articles 7 et 8 du règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires (qui reprennent les termes « présentation » et « présente ») soient en adéquation.

Le comité de direction ne propose en effet pas les candidats mais les présente, de sorte que tout candidat recevable est présenté à l'assemblée

générale de la Chambre nationale.

(23) De cette manière, le comité de direction et l'assemblée générale peuvent veiller à la continuité de la composition de l'auditorat et s'assurer, dans la mesure du possible, qu'il existe une répartition territoriale optimale. Pour formuler sa « proposition », le comité de direction a la possibilité de recueillir l'avis de la chambre des notaires de la compagnie du candidat (règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2023, articles 3 et 7).

(24) Règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2023, article 12.

(25) Règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2023, article 13, alinéas 1 et 2.

(26) Pour tout autre sujet, les deux sections statuent conjointement (règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2023, article 17).

(27) Le règlement d'ordre intérieur de l'auditorat établi par la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2023 a été approuvé par l'arrêté royal du 12 octobre 2023, publié au *Moniteur belge* du 18 octobre suivant (AR fixant l'entrée en vigueur de l'article 61 de la loi du 22 novembre 2022 portant modification de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses et portant approbation du règlement d'ordre intérieur de l'auditorat auprès de la Chambre nationale des notaires établi par la Chambre nationale des notaires du 12 octobre

Les compétences de l'auditorat se déduisent de la combinaison des articles 97^{ter}, 98, 100, § 2, 102 de la loi organique du notariat en sus de l'article 555/5bis, § 4, du Code judiciaire²⁸.

5. Le conseil de discipline. Il s'agit sans nul doute de la principale nouveauté en droit disciplinaire notarial. À des fins de rationalisation, d'objectivation et d'efficacité, un conseil de discipline commun — pour les notaires et les huissiers de justice — a été institué au niveau national²⁹. Il a été jugé qu'un droit disciplinaire uniforme avec une application uniforme des règles déontologiques et des règlements renforcerait la sécurité juridique et la confiance des citoyens dans la fonction publique. Cet objectif d'uniformisation se traduit par l'abandon de la jurisprudence — parfois diffuse — au niveau local (des différentes chambres des notaires) pour confier le pouvoir de décision à un magistrat disposant d'une autorité incontestable et d'une grande expérience³⁰.

Le siège de la réglementation du conseil de discipline trouve sa place au nouvel article 555/5bis du Code judiciaire.

Ce conseil est composé de deux chambres de discipline : une néerlandophone³¹ et une francophone³². À l'instar de l'auditorat, chacune des chambres comprend trois membres : un président-magistrat³³ et deux assesseurs. Tous les trois ans, chaque tribunal de première instance doit désigner un magistrat parmi ceux en fonction au sein du tribunal³⁴, pour qu'ensuite le Collège des cours et tribunaux nomme, parmi les magistrats désignés, un président et trois suppléants pour chacune des chambres³⁵. Pour une durée de trois ans, ce sont dès lors les deux mêmes magistrats qui président les deux chambres de discipline : l'un pour la section francophone et l'autre pour la section néerlandophone. Les assesseurs sont, quant à eux, désignés par les chambres de notaires. Chaque chambre choisit un notaire par tranche entamée de cinquante notaires dans la compagnie concernée. À Bruxelles, sont désignés un assesseur francophone et un assesseur néerlandophone par tranche entamée de cent notaires. Pour se voir confier la fonction, il convient de répondre aux mêmes exigences que les notaires auditeurs (*cf. supra*) et de ne pas être visé par une cause d'incompatibilité³⁶. Le mandat d'assesseur³⁷ vaut également pour trois ans et les membres sortants peuvent être immédiatement redésignés une seule fois. La composition du conseil de discipline est donc, comme décrit ci-avant, hétérogène, comptant à la fois un membre externe à la profession et deux membres internes à la profession du mis en cause.

Le conseil de discipline fixe un règlement d'ordre intérieur³⁸ régissant le fonctionnement et l'organisation, la suppléance du président, la désignation des assesseurs et le mode de composition d'une chambre de discipline pour une audience³⁹.

Les compétences du conseil de discipline se déduisent de la combinaison de l'article 102 de la loi organique du notariat et des articles 555/3 et suivants du Code judiciaire.

L'on peut s'interroger sur l'application de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après visée par l'abréviation « Convention EDH ») à la procédure disciplinaire devant le conseil de discipline. En d'autres termes, une procédure disciplinaire est-elle soumise au respect des sacro-saintes garanties du procès équitable ? L'article 6 consacre notamment le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue (...) par un « tribunal indépendant et impartial ». *Ergo*, le conseil de discipline répond-il à la définition du terme « tribunal », tel qu'envisagé à l'article 6 de la CEDH ? Poser la question, c'est y répondre ! Sans nul doute, le conseil de discipline constitue un « tribunal » au sens de cet article puisqu'il dispose du pouvoir de statuer sur des questions relevant de sa compétence, conformément à procédure déterminée, et ce, en vertu d'un prescrit normatif. De surcroît, ce « tribunal » rencontre les exigences suivantes : être institué par la loi, être indépendant — spécialement par rapport à l'exécutif —, être impartial, comprendre des membres dont le mandat a une durée suffisante et fonctionner conformément aux garanties de l'article 6, § 1^{er} de la Convention EDH⁴⁰. Au demeurant, le conseil de discipline est présidé par magistrat à part entière.

6. La loi organique du notariat et le temps des poursuites. Les poursuites sont désormais menées par deux organes : l'auditorat et la chambre des notaires⁴¹.

Les poursuites peuvent être initiées par deux voies : (1) soit via l'auditorat, qui a pris connaissance de l'affaire disciplinaire par l'intermédiaire de la chambre des notaires, (2) soit via la chambre des notaires, qui a pris connaissance de l'affaire disciplinaire à l'intervention du syndic ou bien d'office ou bien sur plainte d'un tiers ou d'un autre membre de la compagnie des notaires ou encore sur dénonciation écrite du procureur du Roi. Remarquons que les deux voies sont dans les faits successives, c'est-à-dire qu'un dossier disciplinaire passe nécessairement entre les mains de l'une et l'autre instance de poursuite^{42 43}.

2023, *M.B.*, 18 octobre 2023, p. 94420).

(28) Alors que la procédure de poursuite est la même pour les huissiers de justice et les notaires et hormis le cas de la compétence générale de surveillance des fonctionnaires publics attribuée au procureur du Roi (C. jud., article 148), la procédure d'introduction des poursuites diffère d'une profession à l'autre, notamment s'agissant des organes compétents. C'est la raison pour laquelle, en ce qui concerne le notariat, les organes compétents pour l'introduction des poursuites trouvent encore le siège de leur réglementation dans la loi organique du notariat, tel que le laisse apparaître l'article 555/5bis, § 4, du Code judiciaire.

(29) Son siège se situe, du reste, en Région de Bruxelles-Capitale.

(30) Projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 70.

(31) Elle est compétente pour les procédures visant un notaire/notaire honoraire/candidat-notaire ayant sa résidence en région de langue néerlandaise/étant inscrit au rôle linguistique néerlandais (s'agissant des candidats-notaires et notaires honoraires) ou celui inscrit au rôle linguistique néerlandais ayant sa résidence dans la Ré-

gion de Bruxelles-Capitale.

(32) Elle est compétente pour les procédures visant un notaire/notaire honoraire/candidat-notaire ayant sa résidence en région de langue française et allemande/étant inscrit au rôle linguistique français (s'agissant des candidats-notaires et notaire honoraire) ou celui inscrit au rôle linguistique français ayant sa résidence dans la Région de Bruxelles-Capitale.

(33) Le président est un magistrat dans le but d'éviter que seuls des membres d'une profession aient à se positionner sur un comportement d'un de leur pair. La discipline n'est, dès lors, plus exclusivement une affaire interne à une profession. Le législateur a estimé qu'un président-magistrat était la garantie d'une jurisprudence objective à l'égard du public et de l'autorité publique (Projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 70). Le magistrat-président est, du reste, tenu de respecter les règles propres à sa profession, raison pour laquelle l'article 555/5quater du Code judiciaire permet au mis en cause ou à l'instance de poursuite d'exercer leur droit de récusation pour l'un des motifs énoncés à l'article 828 du même code.

(34) Un recours en annulation a été introduit à cet égard, le requérant estimant qu'il était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution de ne permettre qu'aux juges en fonction au sein d'un tribunal de première instance d'accéder à la fonction de magistrat-président du conseil de discipline. La Cour constitutionnelle a jugé que le moyen invoqué n'était pas fondé (voy. C. const., 25 janvier 2024, n° 15/2024, B.6. et s.).

(35) En Région de Bruxelles-Capitale, un magistrat est désigné pour chaque rôle linguistique.

(36) On ne peut être à la fois notaire-asseur et membre du comité de direction de la Chambre nationale des notaires, d'une chambre de notaires ou de l'auditorat.

(37) Les notaires toujours en exercice désignés comme assesseurs doivent, conformément à la déontologie, accepter leur mission, ce qui n'est pas le cas des notaires honoraires. En outre, assez logiquement, ils ne peuvent avoir fait l'objet d'une peine disciplinaire passée en force de chose jugée dans les cinq années précédant leur désignation.

(38) Au vu de la composition particulière du conseil de discipline, il incombe au président (magistrat) de prendre l'initiative qui s'impose quant au règlement, tout veillant à ce que les assesseurs soient suffisamment impliqués et l'approuvent (projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de dis-

cipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 72).

(39) C. jud., article 555/5bis, § 2, alinéa 14.

(40) J. ALARDIN et J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 75 ; C.E.D.H., 31 mai 2011, *Kontalex c. Grèce*, req. 5900/08, § 38 ; C.E.D.H., 9 novembre 2006, *Stojakovic c. Autriche*, req. 30003/02, § 46 ; C.E.D.H., 1^{er} décembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, § 227.

(41) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 97^{ter} *juncto* article 98, *M.B.*, 16 mars 1803.

(42) Cela permet, selon le législateur, « de veiller à une plus grande cohérence et une grande uniformité en matière disciplinaire » puisque sans considération de la chambre des notaires provinciale qui a connu en premier chef du dossier disciplinaire, l'auditorat quant à lui demeure en toutes circonstances inchangé (hormis le cas du changement de mandat) et, par voie de conséquence, est censé adopter une position constante face à une affaire de la même espèce (projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les

Dès lors qu'il en a pris connaissance, l'organe de poursuite (l'auditorat ou la chambre des notaires) peut décider soit de poursuivre, soit de classer sans suite, soit de proposer une transaction de 125 à 5.000 EUR ayant pour objet de mettre fin aux poursuites⁴⁴.

Concrètement, c'est le syndic⁴⁵ qui est à la manœuvre au sein de la chambre des notaires quand cette dernière est avertie de faits susceptibles de mener à des poursuites disciplinaires. Après avoir pris connaissance de ces faits, de la plainte ou de la dénonciation, le syndic dispose d'un mois pour en aviser le mis en cause. La notification mentionne l'objet de la mise en cause ainsi que les lieux et heures où il peut consulter le dossier qui le concerne. Dans le même délai, l'intéressé peut faire part de sa réaction par écrit ou oralement^{46, 47}. À partir de la prise de connaissance des faits (de la plainte ou de la dénonciation), le syndic dispose en outre — et surtout — d'un délai de trois mois pour les examiner et rédiger un rapport à destination de la chambre. À cette occasion, il peut d'ores et déjà se positionner quant aux poursuites. Sur cette base, la chambre des notaires prend sa décision — de façon motivée — de poursuivre, de classer le dossier sans suite ou de proposer une transaction au profit du Trésor⁴⁸. Aucune transaction n'est cependant perçue aussi longtemps que l'auditorat n'a pas pris position. Finalement, dans un délai de quinze jours suivant la décision de la chambre, le syndic communique à l'auditorat une copie de la décision motivée et informe simultanément le membre concerné de son contenu⁴⁹.

L'auditorat intervient subséquemment⁵⁰, en s'enquérant de la décision de la chambre ainsi que du dossier disciplinaire. Le verdict de l'auditorat peut, considérant la position de la chambre, varier. Ainsi, si cette dernière a décidé de poursuivre, il ne peut modifier cette décision. Si la chambre a, en revanche, opté pour un classement sans suite, l'auditorat peut soit se ranger à cette décision et la confirmer, soit au contraire poursuivre ou proposer une transaction. Finalement, s'il a été décidé de proposer une transaction à l'intéressé, ou cette décision est

suivie par l'auditorat, ou il peut juger qu'il est nécessaire d'entamer des poursuites⁵¹. Dans un délai de quinze jours, l'auditorat doit soit informer le tiers ou le membre qui a introduit la plainte et le membre concerné que le dossier est classé sans suite, soit informer le membre concerné qu'il a été décidé de poursuivre l'affaire, soit indiquer au membre concerné que lui est proposée une transaction⁵².

De manière générale, un dossier introduit sur dénonciation du procureur du Roi ne peut ni être classé sans suite ni faire l'objet d'une transaction. Suivant le même raisonnement, une procédure initiée à la suite d'une plainte d'un tiers ne peut pas non plus mener à une transaction⁵³.

S'il a été décidé de poursuivre (par la chambre des notaires ou par l'auditorat), l'instance de poursuite détermine l'action et désigne le syndic (au sein de la chambre^{53bis}) ou l'auditeur (au sein de l'auditorat) en charge de l'introduction de la procédure disciplinaire auprès du conseil de discipline⁵⁴. Le premier pourra se faire assister par l'auditorat, le second par le syndic⁵⁵. Dans la même logique de relais de l'information et d'assistance, selon l'instance (syndic ou auditorat) qui a initié la poursuite auprès du conseil de discipline, elle informe l'autre (auditorat ou syndic) de la décision du conseil⁵⁶.

Tous les délais pré-indiqués sont, dans la loi, suivis de l'expression « jours ouvrables », laquelle signifie tous les autres jours que le samedi, le dimanche et les jours fériés⁵⁷.

L'article 91, alinéa 1^{er}, 13^o, de la loi organique du notariat indique, parmi l'énumération des compétences de la Chambre nationale des notaires, que cette dernière a, entre autres, l'attribution de désigner ou le cas échéant d'établir un canal numérique pour les différentes notifications en matière disciplinaire. Ce réseau sûr⁵⁸ porte la dénomination de « Disciplina »⁵⁹.

7. Le Code judiciaire et le temps du jugement. Si en raison de son comportement, il porte atteinte à la dignité du notariat⁶⁰ ou il manque

huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 45).

(43) Les travaux préparatoires relèvent que cette dualité des organes de poursuites (non accompagnée d'une règle de subsidiarité) est propre au notariat puisque pareille succession d'interventions (dans un premier temps, de la chambre des notaires et, dans un second temps, de l'auditorat) ne se rencontre pas chez les huissiers. Ensuite, il est ajouté (sans transition aucune, du reste) qu'il existe traditionnellement une distinction entre la résolution amiable d'une plainte et la procédure disciplinaire « interne » entamée sans égard à la résolution amiable intervenue, bien qu'elle puisse être prise en compte dans le cadre du dossier disciplinaire. Le législateur poursuit avec des explications que nous trouvons des plus confuses. De notre point de vue, l'on peut comprendre de ce passage que malgré sa compétence en matière disciplinaire (laquelle est complémentaire et préalable à celle de l'auditorat), la chambre des notaires conserve sa compétence de prévention et conciliation — amiable — de toutes plaintes et réclamations émises par un tiers.

(44) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 98, *M.B.*, 16 mars 1803.

(45) Pour rappel, chaque chambre des notaires compte au moins deux syndics. Lorsqu'elle est composée de neuf ou de douze membres, un troisième syndic peut être élu (loi du 16 mars 1803 [25 Ventôse-5 Germinal an XI] contenant organisation du notariat, article 81, alinéas 2 et 3, *M.B.*, 16 mars 1803).

(46) Loi du 16 mars 1803

(25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 99, *M.B.*, 16 mars 1803.

(47) Compte tenu du libellé de l'article 99 de la loi organique du notariat, de notre point de vue, la réaction doit être adressée au syndic ; de sorte que celui-ci puisse s'en servir pour rédiger son rapport.

(48) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 101, § 3, *M.B.*, 16 mars 1803.

(49) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 100, § 1^{er}, *M.B.*, 16 mars 1803.

(50) Précisons qu'un dossier disciplinaire est, en tout état de cause, porté à la connaissance des deux organes de poursuite. Il ne s'agit dès lors pas de compétences alternatives.

(51) L'auditorat dispose d'un droit d'évocation, à moins que la chambre des notaires ait pris la décision de poursuivre. Partant, l'articulation de l'article 98 de la loi contenant organisation ne nous paraît pas adéquate : une inversion des paragraphes aurait permis davantage de lisibilité et de cohérence.

(52) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 100, § 2, *M.B.*, 16 mars 1803.

(53) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 101, §§ 1 et 2, *M.B.*, 16 mars 1803.

(53bis) La loi demeure muette quant à l'identité du syndic (est-ce le même que celui qui a instruit le dossier jusqu'à là ou est-ce un autre). Il y a fort à penser que le syndic qui traite du dossier disciplinaire depuis la mise au fait de la chambre poursuivra sa mission en introduisant le dossier -

pour lequel il a dû rédiger un rapport à présenter à la chambre — auprès du conseil de discipline.

(54) Dans le texte de l'article 102, alinéa 1^{er}, il est prévu que la chambre, qui décide de poursuivre, détermine l'action et désigne le syndic qui introduira la procédure disciplinaire devant le conseil de discipline « visé à l'article 427 du Code judiciaire ». Toutefois, ce renvoi est des plus étonnants attendu que l'article 427 du Code judiciaire a été abrogé par une loi du 15 juillet 2013 et que, qui plus est, il ne concernait aucunement le conseil de discipline mais la transmission de la décision disciplinaire par l'autorité compétente au ministre de la Justice, qui était responsable de la création d'une banque de données prête à reprendre toute la jurisprudence en matière disciplinaire (à l'égard des personnes exerçant une fonction judiciaire). De toute évidence, le législateur visait l'article 555/5bis du Code judiciaire.

(55) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 102, *M.B.*, 16 mars 1803.

(56) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 103, *M.B.*, 16 mars 1803.

(57) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 98bis, *M.B.*, 16 mars 1803.

(58) Les travaux préparatoires précisent implicitement que ce canal numérique doit avoir cette qualité essentielle (projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022,

n° 2868/001, p. 73).

(59) Il sert pour toutes les notifications en matière disciplinaire et est accessible à tout membre d'une compagnie de notaires, aux notaires honoraires, à la chambre des notaires, à l'auditorat, au procureur du Roi, au conseil de discipline, à la cour d'appel ainsi qu'à la Cour de cassation.

(60) La loi disciplinaire est intrinsèquement liée à la déontologie d'une profession. Certains estiment même qu'elle permet de la définir. Il en découle que la discipline vient sanctionner notamment un manquement par un membre d'un groupe professionnel à une obligation déontologique propre à sa profession. L'article 2 du Code de déontologie des notaires consacre le principal général en vertu duquel « le notaire s'abstient de tout comportement portant atteinte à la confiance des citoyens dans l'institution notariale ou contraire à la dignité du notariat ». Le Code énonce ensuite toute une série de règles et de devoirs régissant la profession. Cela étant, les règles déontologiques existent sans pour autant être codifiées. Il en découle que même non textuellement formalisées, une norme peut mener à des poursuites disciplinaires (J. ALARDIN et J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 12 et 16). Ainsi, il est concevable qu'un comportement ne soit pas en tant que tel proscrit par le code de déontologie mais qu'il le soit au nom du principe général de respect de la dignité de la profession. Les organes disciplinaires (de poursuite, en premier chef, et décisionnel, en définitive) seront par conséquent amenés à s'interroger sur la portée de l'expression « dignité du notariat ». C'est-à-dire qu'ils devront se demander si un comportement en particulier est digne d'un no-

à ses obligations⁶¹, un membre d'une compagnie⁶² ou un notaire honoraire⁶³ s'expose à une peine disciplinaire⁶⁴. Depuis le 1^{er} janvier 2024, le conseil de discipline est l'organe compétent pour prendre la décision finale⁶⁵ en matière disciplinaire⁶⁶.

Lorsque l'auditorat ou la chambre des notaires a estimé qu'il convenait de poursuivre l'affaire, celle-ci est communiquée au conseil de discipline — et plus précisément à la chambre de discipline compétente — par envoi recommandé, exploit d'huissier ou via le canal numérique « Disciplina ». L'instance de poursuite demande, dans ce cas, au président de la chambre de discipline saisie de lui communiquer la composition de la chambre amenée à statuer et transmet, dans le même temps, le dossier au greffe du conseil de discipline. Le président désigne alors les deux notaires-asseesseurs qui siégeront au sein la chambre installée. Ces notaires-asseesseurs ne peuvent appartenir à la même compagnie que le mis en cause, ne peuvent avoir une résidence attenante à la résidence de l'intéressé et ne peuvent pas non plus être membre d'une association possédant un bureau⁶⁷ attenant à la résidence de l'intéressé. Le président fixe, enfin, l'heure et la date de la première audience⁶⁸.

Le greffier indique, à l'instance de poursuite qui a saisi le conseil de discipline, toutes les décisions d'ordre organisationnel prises jusque là (la composition de la chambre de discipline compétente, les heures et date de la première audience). Il convoque ensuite l'intéressé — par l'un des modes de communication évoqués *supra* — à comparaître devant la chambre de discipline compétente. La convocation du greffier comporte le fait à l'origine de la mise en cause, la peine disciplinaire requise par l'instance de poursuite, les lieux et heures où il peut consulter le dossier ainsi que la qualité de l'instance qui a entamé les poursuites et la composition de la chambre de discipline appelée à statuer. Cette convocation est envoyée en copie au procureur du Roi compétent dans la résidence du mis en cause afin qu'il puisse intervenir dans la procédure s'il juge que les faits sont d'une gravité qui le justifie⁶⁹. Pour une question de transparence⁷⁰, dans le cas où les poursuites résultent d'une plainte, l'instance de poursuite doit tenir informé le plaignant de la procédure en cours⁷¹.

L'intéressé peut se faire assister soit par un avocat, soit par un membre d'une compagnie, soit par un notaire honoraire. Des témoins peuvent en outre être entendus à la demande de l'intéressé, du procureur du Roi, de l'organe de poursuite ou du plaignant, pour autant que la requête soit introduite auprès du greffe du conseil de discipline dans les

huit jours de la convocation. Dans le même délai — qui court à compter la réception de la requête —, la chambre de discipline convoque le cas échéant les témoins. Ensuite, la chambre de discipline compétente convoque le plaignant, le procureur du Roi, les tiers intéressés⁷² et les notaires impliqués — directement ou indirectement — dans le dossier et qui ont exprimé le souhait d'être entendus à l'audience. Toutes ces personnes peuvent se faire assister. Outre ce qui précède, la chambre de discipline peut convoquer quiconque elle souhaite entendre⁷³.

À l'instar du droit disciplinaire des magistrats (article 415 C. jud.) ou des avocats (article 474 C. jud.), sous peine de prescription, la procédure disciplinaire doit être ouverte dans les deux ans de la connaissance des faits par l'organe de poursuite^{74 75}.

Au minimum un mois après la comparution de l'intéressé, l'audience consacrée aux débats est tenue par la chambre de discipline compétente. Les débats sont publics⁷⁶, à moins que le huis clos ait été demandé par le mis en cause (pour autant que cette demande ne soit pas contraire à l'ordre public) ou que la sauvegarde de l'ordre public ou des bonnes mœurs le requiert ou bien que la chambre estime que ce soit strictement nécessaire ou encore que la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts d'une personne concernée par l'affaire ou à la bonne administration de la justice⁷⁷. Dans tous ces cas, le huis clos s'impose. Quoi qu'il en soit, l'audience permet, d'une part, à l'intéressé ou son représentant d'avancer ses moyens de défense et, d'autre part, s'il y en a, aux témoins d'être interrogés^{78 79}.

Il n'y a pas d'exception à la règle du secret du délibéré : la chambre de discipline prend sa décision au scrutin secret et, à cette occasion, peut décider d'infliger l'une des peines disciplinaires prévues à l'article 555/3. Il n'y a pas plus d'exception en ce qui concerne le prononcé de la décision : elle l'est en audience publique dans le mois de la clôture des débats. Elle est alors exécutoire par provision⁸⁰.

Dans les quinze jours qui suivent le prononcé, la décision est notifiée au plaignant, à l'intéressé, à la chambre des notaires ou à l'auditorat ainsi qu'au procureur du Roi, avec la précision qu'il est possible de former opposition à son encontre ou d'interjeter appel devant la cour d'appel du ressort de la résidence de l'intéressé. Dans cette hypothèse, le recours doit être intenté dans le mois qui suit la notification. L'opposition suit alors les règles du livre III (« Des voies de recours »), titre II (« De l'opposition »), tout comme l'appel est traité conformément aux règles du titre III (« De l'appel »)⁸¹.

taire, et plus largement, ne porte pas atteinte à la profession ; est-ce que, par ce comportement, le professionnel accorde à sa profession le respect qu'elle mérite. À titre d'exemple, il n'est pas digne pour un notaire d'être condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis de dix-huit mois et à une amende pour faux, usage de faux et escroquerie dans l'exercice de ses fonctions (Civ. Eupen, réf., 5 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008/25, p. 1117) ou encore il n'est pas digne d'un notaire de manquer à ses obligations comptables, entre autres en utilisant les fonds d'un client pour ses besoins personnels.

(61) La discipline existe essentiellement aux fins de protéger l'intérêt général (Bruxelles, 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1431).

(62) Voy. à ce sujet l'article 68 de la loi portant organisation du notariat.

(63) Rappelons que, certes, un notaire honoraire n'est pas membre de la compagnie de notaires — n'étant pas repris dans l'énumération de l'article 68 de la loi organique du notariat — mais qu'il est tout de même tenu au respect de la déontologie notariale, tel que le prévoit l'article 1^{er} du Code de déontologie adopté par la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004, approuvé par l'arrêté royal du 21 septembre 2005. Alors même qu'il n'exerce plus, un notaire honoraire pourrait porter atteinte à l'institution notariale, raison pour laquelle il reste soumis aux règles

déontologiques et, corollairement, à la discipline propre à la profession.

(64) C. jud., article 555/3, alinéa 1^{er}. La discipline constitue « une règle de conduite commune aux membres d'un corps, d'une collectivité et destinée à y faire respecter une règle » (définition du *Petit Robert*). Elle permet, en effet, de faire régner l'ordre dans une profession selon des lignes de conduites définies, notamment dans un code de déontologie. Toutefois, il ne s'agit pas d'une sanction pénale puisque « le droit disciplinaire tend à corriger plutôt qu'à sanctionner. Cette « correction de famille » s'exerce d'après les règles de l'équité et du bon sens, bien plus que du droit strict et de la loi positive, et vise de faits non caractérisés, blessant l'honneur et la délicatesse du corps ou de la profession publique » (J. ALARDIN et J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 50).

(65) Sous réserve de l'exercice d'une voie de recours ou d'une opposition.

(66) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 102, *M.B.*, 16 mars 1803 *juncto* C. jud., article 555/5sexies.

(67) Comprenez : une étude ou une antenne en cas d'association à résidences multiples.

(68) C. jud., article 555/5ter, § 1^{er}.

(69) Projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation

du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 73.

(70) Projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 73.

(71) C. jud., article 555/5ter, § 2.

(72) Cette terminologie paraît des plus larges, ce qu'à du reste relevé le Conseil d'État, cependant le législateur a délibérément opté pour le maintien de ces termes sans en préciser la teneur. Selon toute probabilité, cela se justifie par le fait que l'intervention d'un huissier de justice peut concerner un certain nombre d'actes et que cette disposition vaut tant pour les huissiers de justice que pour les notaires (projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 73).

(73) C. jud., article 555/5ter, §§ 1 à 3.

(74) C. jud., article 555/5ter, § 4.

(75) Lorsque la chambre est l'autorité de poursuite, nous pouvons nous poser la question quant à la prise de connaissance : est-ce que ça vise la chambre dans son ensemble ou uniquement le syndicat (étant le premier à prendre connaissance des faits) ?

Une lecture littérale des différents textes (article 555/5ter, § 4, C. jud. *juncto* article 97ter, loi contenant organisation du notariat) nous amène à considérer qu'il s'agit de la chambre dans son entièreté.

(76) Le déroulement de la procédure disciplinaire ressemble à la procédure pénale.

(77) Les travaux préparatoires ajoutent que les notaires, tout comme les huissiers de justice, sont tenus au secret professionnel et à un devoir de discrétion, raison pour laquelle un huis clos pourrait se justifier (projet de loi modifiant la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, introduisant un conseil de discipline pour les notaires et les huissiers de justice dans le Code judiciaire et des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, n° 2868/001, p. 74).

(78) C. jud., article 555/5quinquies.

(79) Le texte de cet article contient une série d'impératifs visant à garantir le respect des droits de la défense.

(80) C. jud., article 555/5sexies.

(81) C. jud., article 555/5octies.

8. Les mesures conservatoires et d'appui. Outre les cinq sanctions disciplinaires (voy. la note de page 10), la chambre des notaires ou le conseil de discipline peuvent ordonner des mesures conservatoires et d'appui.

La chambre des notaires impose des mesures conservatoires ou d'appui lorsqu'un membre de la compagnie manque à ses obligations comptables ; les mesures conservatoires visent à préserver les intérêts financiers des clients du concerné alors que les mesures d'appui visent — sans surprise — à apporter un appui au notaire⁸².

La chambre de discipline, quant à elle, peut imposer pareilles mesures, telles que prévues à l'article 95 de la loi contenant organisation du notariat, tantôt durant la procédure disciplinaire, tantôt à titre de mesure d'accompagnement lorsqu'une sanction disciplinaire est ordonnée⁸³.

Les mesures conservatoires ou d'appui sont prescrites par l'un ou l'autre organe, selon que le dossier disciplinaire se trouve d'ores et déjà dans le giron du conseil de discipline ou non.

9. La suspension préventive. La chambre de discipline peut, de surcroît, infliger une suspension préventive lorsque tout laisse à penser que la poursuite de ses fonctions par un membre d'une compagnie risque de porter atteinte à la profession et, plus largement, à l'intérêt général.

Précisément, pareille mesure peut être imposée lorsqu'un membre d'une compagnie fait l'objet d'une procédure pénale ou judiciaire^{83bis}, qu'il existe de sérieuses présomptions quant au bien-fondé des faits reprochés et qu'il existe un danger manifeste que la poursuite de la profession soit de nature à causer des préjudices graves à des tiers ou à porter sérieusement atteinte à la dignité de la profession. Dans ce cas, le président peut ordonner la mesure pour tout au plus la durée de la procédure (pénale ou disciplinaire)⁸⁴.

Outre cette possibilité, une suspension préventive peut être ordonnée lorsqu'il ressort de plaintes contre un membre d'une compagnie ou d'enquêtes qu'il existe un danger imminent et manifeste que la pour-

suite de la profession soit de nature à causer des préjudices graves à des tiers ou à porter sérieusement atteinte à la dignité de la profession. Dans ce cas, le président de la chambre compétente peut décider de suspendre l'intéressé préventivement, avant même qu'une quelconque procédure disciplinaire ou pénale n'ait été introduite. La mesure ne peut alors être imposée que pour une durée d'un mois, prolongeable une fois d'un mois⁸⁵.

Dans les deux hypothèses, la décision est exécutoire, nonobstant toute opposition ou appel⁸⁶.

Aussi longtemps que la mesure est d'application, le notaire suspendu préventivement ne peut de toute évidence pas exercer sa profession. En revanche, puisqu'il s'agit d'une mesure administrative et non d'une sanction, elle n'entraîne aucune conséquence sur le plan financier. Le notaire suspendu préventivement conserve dès lors son droit aux honoraires pour les actes passés au cours de sa suspension, sous réserve des compensations dues au suppléant⁸⁷.

La mesure peut assurément être levée à tout moment par le président de la chambre compétente, à la requête soit du procureur du Roi, soit de l'instance de poursuite, soit de l'intéressé⁸⁸.

Enfin, le notaire, qui est suspendu préventivement et qui nonobstant la mesure poursuit l'exercice de ses fonctions, peut se voir infliger une peine de l'article 262 du Code pénal^{89 90}.

10. Première entrée dans le Code judiciaire. À l'occasion de la réforme du notariat de 2022, le législateur a intégré une partie des normes relatives à l'organisation du notariat dans le Code judiciaire. Un souci de cohérence — relativement aux autres professions juridiques — requerrait une totale intégration de la réglementation de la profession notariale dans le Code judiciaire.

Olympe PIÉRARD

Assistante au Centre de la personne, de la famille et de son patrimoine
Collaboratrice notariale

(82) Loi du 16 mars 1803 (25 Ventôse-5 Germinal an XI) contenant organisation du notariat, article 95, *M.B.*, 16 mars 1803.
(83) C. jud., article 555/4.

(83bis) Rappelons que la disciplinaire est entièrement indépendante et autonome de toute autre procédure — civile ou pénale.
(84) C. jud., article 555/5, § 2.

(85) C. jud., article 555/5, § 3.
(86) C. jud., article 555/5, § 2, alinéa 1^{er}, et § 3, alinéa 3.
(87) C. jud., article 555/5, §§ 6 et 7.
(88) C. jud., article 555/5, § 5.

(89) C'est-à-dire une peine d'emprisonnement allant de huit jours à un an et une amende de vingt-six euros à cinq cents euros.
(90) C. jud., article 555/5, § 9.

Le point sur...

La tierce décision obligatoire, une solution opportune en cas d'imprévision

1 Introduction

1. Le livre 5 du Code civil, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023, consacre en droit belge la théorie de l'imprévision¹.

L'article 5:74 du Code civil, intitulé « Changement de circonstances », prévoit ainsi que :

« Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

» Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies : [...]

» Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations.

» En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé ».

2. Il ressort de cette disposition que, même dans l'hypothèse d'un changement de circonstances qui rend l'exécution du contrat plus onéreuse ou moins rentable, les parties doivent continuer à l'exécuter

(1) À ce sujet, notamment P.-A. FORIERS, « Force majeure et imprévision », in T. DERVAL, R. JAFFERALI et B. KOHL (coord.), *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1^{er} et 5*

du nouveau Code civil, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 344 et s. ; D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in B. KOHL et P. WÉRY (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2022,

pp. 217 et s. ; J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in R. JAFFERALI (dir.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 281 et

s. ; D. ROOSES, « Enkele praktische bedenkingen bij artikel 5:74 BW aangaande "wijziging van omstandigheden" in het nieuwe verbintenissenrecht », *R.W.*, 2022-2023, pp. 163 et s.

conformément à son prescrit. Il s'agit d'une application du principe de la convention-loi consacré à l'article 5.69 du Code civil².

Cependant, si les conditions énoncées par l'article 5.74 du Code civil sont réunies, le cocontractant impacté négativement par le changement de circonstances pourra demander la renégociation du contrat pour l'avenir³ à moins que les parties n'aient écarté l'application de cette disposition ou qu'il se déduise de l'économie du contrat que le cocontractant concerné a assumé le risque⁴.

3. En cas de refus ou d'échec des négociations dans un délai raisonnable, le juge, siégeant selon les formes du référé⁵, pourra mettre fin à la convention ou l'adapter.

Il dispose à cet effet d'un large pouvoir d'appréciation qui devra le mener à « trouver la solution la plus adéquate au vu des intérêts légitimes des parties et de leur situation financière. Il lui reviendra donc de rechercher la solution qui soit la plus équitable, la plus équilibrée »⁶. Le juge ne pourra, cependant, s'il décide d'adapter la convention, aller au-delà de ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, et ainsi modifier totalement l'équilibre du contrat initialement convenu. À défaut de pouvoir adapter le contrat dans le respect des limites précitées, le juge devra choisir l'option de la résiliation selon les modalités qu'il déterminera⁷.

4. Quand bien même le pouvoir du juge est-il limité par l'article 5.74 du Code civil, il n'en demeure pas moins que ce pouvoir reste très important avec le risque de voir les parties dépossédées de la maîtrise de leurs engagements contractuels. Ce risque n'a d'ailleurs pas manqué de faire naître les critiques⁸ et la crainte de voir l'application de l'article 5.74 du Code civil fréquemment écartée par les parties. En effet, si les acteurs économiques sont, lorsque c'est approprié, généralement favorables à la possibilité d'adapter ou résilier le contrat en cas de bouleversement de circonstances⁹, l'intervention d'un juge — en particulier un juge étatique — risque de leur poser un problème majeur¹⁰.

5. Un autre problème découlant de l'intervention du juge réside dans le temps nécessaire à obtenir une décision.

En effet, il est évident qu'une solution rapide est essentielle et peut même être vitale pour une entreprise qui fait face à un changement de circonstances la confrontant à des conditions excessivement onéreuses¹¹.

C'est d'autant plus le cas que la solution retenue par le législateur belge implique que le contrat doit être exécuté jusqu'à son adaptation par le juge ou de l'accord des parties. Cette solution se démarque ainsi de celle retenue dans d'autres pays dans lesquels le bouleversement de

l'économie contractuelle peut justifier la modification unilatérale du contrat sans intervention préalable du juge. Le débiteur peut dès lors invoquer le changement de circonstances sous la forme d'une exception face au créancier qui réclame *a posteriori* l'exécution forcée du contrat¹².

Certes le législateur belge a prévu l'intervention du juge siégeant selon les formes du référé. Reste qu'une telle procédure peut prendre plusieurs semaines, voire plusieurs mois ; en particulier devant certaines juridictions plus encombrées.

6. En vue de pallier les deux problèmes précités, les parties peuvent songer à aménager contractuellement les conséquences de la survenance d'un changement de circonstances en prévoyant le recours à la tierce décision obligatoire^{13 14}.

Ainsi, à défaut d'accord quant à l'existence et/ou aux conséquences d'un changement de circonstances, les parties peuvent prévoir de s'en remettre à la décision d'un tiers décideur qui les liera¹⁵ plutôt qu'à la décision d'un juge comme le prévoit l'article 5.74 du Code civil. Certaines institutions ont, au demeurant, adopté des règles de procédure spécifiques à l'adaptation de contrat par le biais d'une tierce décision obligatoire¹⁶.

2 Qu'est-ce que la tierce décision obligatoire ?

A. Définition

7. La tierce décision obligatoire n'est, à ce jour, pas définie par le législateur. La doctrine s'accorde, cependant, pour considérer que la tierce décision obligatoire est un « processus par lequel des parties qui connaissent des difficultés recourent aux services d'un tiers, qui n'est ni un juge, ni un arbitre, afin d'obtenir une décision obligatoire, qui s'imposera à elles avec la même force qu'un contrat lie les cocontractants »¹⁷.

B. Nature juridique de la tierce décision obligatoire

8. La tierce décision obligatoire est un mécanisme contractuel qui trouve son fondement dans la liberté contractuelle¹⁸.

9. Dans la mesure où la tierce décision obligatoire est un mécanisme contractuel, le tiers décideur puisera son pouvoir dans la convention qui lie les parties¹⁹.

(2) R. JAFFERALI, « La réforme du droit des obligations. Les principales nouveautés », *J.T.*, 2023, p. 43.

(3) Les parties devront continuer à exécuter les obligations prévues par le contrat aux conditions initiales pendant la durée des négociations.

(4) R. JAFFERALI, « La réforme du droit des obligations. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 44.

(5) Sur le régime des procédures comme en référé, voy.

H. BOULARBAH, « L'intervention du président du tribunal de l'entreprise au bénéfice de l'urgence », in J.-F. GERMAIN (dir.), *L'entreprise face à l'urgence*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 135 et s.

(6) P.-A. FORIERS, « Force majeure et imprévision », *op. cit.*, p. 354.

(7) R. JAFFERALI, « La réforme du droit des obligations. Les principales nouveautés », *op. cit.*, pp. 44-45.

(8) P.-A. FORIERS, « Force majeure et imprévision », *op. cit.*, p. 355.

(9) M. FONTAINE, « Les dispositions générales et le droit des obligations du nouveau Code civil belge (livres 1^{er} et 5) », *R.G.D.C.*, 2023.

Voy. Également D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en

droit belge pour une renégociation du contrat par voie de clause et intervention de l'arbitrage », in *Le droit des affaires en évolution. Les juristes d'entreprise et les responsabilités de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2023, p. 81.

(10) D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge pour une renégociation du contrat par voie de clause et intervention de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 80.

(11) R. JAFFERALI, « La réforme du droit des obligations. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 43 ;

D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge pour une renégociation du contrat par voie de clause et intervention de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 84.

(12) On rencontre parfois les termes « expertise obligatoire ».

Y. HERINCKX, « Rôles respectifs de l'expert "tiers décideur" et de l'arbitre dans le contentieux post-acquisition », in *Liber amicorum en*

l'honneur de Jean-Pierre Bloomberg, Bruxelles, Intersentia, 2021, p. 287.

(14) Sur le sujet, voy. notamment O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, pp. 565 et s. ; B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », in O. Caprasse (dir.), *Modes alternatifs de règlement des conflits - Réformes et actualités*, CUP, vol. 178, Liège, Anthemis, 2017, pp. 121 et s. ; M.-L. STORME, « De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel te verkoming van gedingen. Een rechtsvergelijkend onderzoek op de grenzen van het contractenrecht en het procesrecht », *T.P.R.*, 1984, pp. 1243 et s. ; M.-L. STORME, « La tierce décision obligatoire ou l'avis obligatoire comme moyen de prévention de litiges - Une étude comparative des limites entre le droit des contrats et le droit de la procédure », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1985, pp. 285 et s. ; M.-L. STORME et M.-E. STORME, « De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht », *T.P.R.*, 1985, pp. 713 et s. ; M. BERLINGIN, « La tierce décision obligatoire : la troisième voie »,

J.M.A., 2022/3, pp. 14 et s.

(15) P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Jurim Pratique*, 2014, p. 108.

(16) Voy. par exemple, le règlement du CEPANI sur l'adaptation des contrats (https://www.arbitrationbelgium.com/Autres%20ADR%20en%20FR/adaptation_des_contrats.pdf).

(17) O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *op. cit.*, n° 44 ;

voy. égal. B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 122 ; M.-L. STORME et M.-E. STORME, « De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht », *op. cit.*, p. 713.

(18) Cass. 24 octobre 1990, *Bull. ass.*, 1991, p. 91 ; B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 125.

(19) La force obligatoire de la tierce décision obligatoire peut également être prévue dans d'autres actes aux termes desquels les parties peuvent choisir d'y recourir tels qu'un testa-

Une telle convention peut être conclue avant la naissance du litige et se manifester sous la forme d'une clause insérée dans un contrat conclu entre les parties. Dans cette hypothèse, on considère que, bien qu'elle soit insérée dans une autre convention et pour autant que son objet porte bien sur la résolution d'un différend entre les parties et non la détermination d'un élément du contrat²⁰, la convention de tierce décision obligatoire est autonome. Cela implique que la convention de tierce décision obligatoire survit à la disparition de la convention qui la contient à moins, évidemment, que les causes de la disparition de cette dernière impactent également la convention de tierce décision obligatoire²¹.

10. Même si cette hypothèse est plus rare, la convention de tierce décision obligatoire peut également être conclue après la naissance du litige sous la forme, cette fois, d'une convention *ad hoc*²².

Cette hypothèse est, selon nous, appelée à se multiplier précisément à la suite de l'entrée en vigueur de l'article 5.74 du Code civil dont question ci-dessus.

Ainsi, si les parties souhaitent plutôt se référer à la décision d'un tiers expert en cas de désaccord plutôt qu'à la décision d'un juge appelé par la disposition précitée à trancher le litige selon les formes du référé, elles pourront conclure une convention *ad hoc* de tierce décision obligatoire.

C. Conséquences de la nature contractuelle de la tierce décision obligatoire

11. De la nature contractuelle de la tierce décision obligatoire découlent plusieurs conséquences.

Tout d'abord, à défaut de disposition spécifique, la tierce décision obligatoire est soumise au principe du consensualisme, de sorte qu'aucune formalité ne conditionne sa validité même si l'existence d'un écrit est bien évidemment fortement recommandée à des fins probatoires.

Quant aux conditions de fond, la validité de l'accord intervenu sera soumise aux règles issues du droit commun édictées par les articles 5.27 et suivants du Code civil²³.

12. La nature contractuelle de la tierce décision obligatoire a également une importante conséquence sur la force exécutoire de la décision du tiers.

En effet, la décision du tiers a autorité de chose convenue en ce sens qu'elle forme la « loi des parties »²⁴. Comme l'a relevé la Cour de cassation, la décision du tiers décideur obligatoire puise sa force obligatoire dans celle de la convention²⁵.

En conséquence, à l'inverse d'une sentence arbitrale, la décision du tiers ne bénéficie pas de l'autorité de chose jugée²⁶ et ne peut dès lors recevoir un *exequatur*. En d'autres termes, la décision ne pourra, en l'état, faire l'objet d'une exécution forcée²⁷ à moins d'avoir été consa-

crée dans un titre exécutoire par acte authentique ou d'avoir fait l'objet d'un jugement d'accord si la décision du tiers décideur intervient dans le contexte d'un litige judiciaire.

Ainsi, à défaut pour une partie de se conformer à la décision rendue par le tiers, l'autre partie devra solliciter le juge ou l'arbitre afin d'obtenir l'exécution forcée de la décision intervenue, le cas échéant sous astreinte.

13. Notons encore que le principe de la convention-loi édicté par l'article 5.69 du Code civil liant également le juge²⁸, il ne pourra que dans des hypothèses très limitées s'écarter de la décision du tiers décideur et, par exemple, accorder une indemnité plus ou moins importante que celle accordée par ce dernier²⁹.

Dans le même ordre d'idées, on considère majoritairement que le juge ne pourra ordonner une expertise portant sur des questions qui ont déjà été traitées par le tiers décideur³⁰.

3 Procédure

A. Généralités

14. Aucune règle procédurale issue du Code judiciaire ou d'un autre texte légal ne s'imposant aux parties, ces dernières sont libres de définir les règles de procédure qui s'appliqueront dans le cadre du processus de tierce décision obligatoire.

En pratique, il est cependant rare que les parties déterminent elles-mêmes les règles de procédure applicables. Il appartiendra ainsi, dans la vaste majorité des cas, au tiers décideur de déterminer les règles à suivre. Ce dernier dispose à cet effet d'une grande liberté mais doit cependant veiller au respect des standards minimaux du procès équitable tels que le respect du contradictoire et de l'égalité des armes³¹. Il est, en outre, majoritairement considéré que le tiers est soumis à une obligation de motivation de sa décision à moins que les parties y aient renoncé³².

15. Une alternative consiste pour les parties à se référer au règlement d'une institution soit au stade de l'insertion de la clause contractuelle prévoyant la tierce décision obligatoire dans leur convention, soit après la naissance du différend³³. Ce type de règlements prévoit ainsi les règles de procédure à suivre de l'entame de la procédure à la décision en passant, notamment, par la désignation du tiers, son éventuel remplacement, les règles de communication entre les parties, l'instruction du dossier et la répartition des frais.

ment ou les statuts d'une société. M.-L. STORME et M.-E. STORME, « De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht », *op. cit.*, p. 721 ; B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 123.

(20) La tierce décision obligatoire peut également constituer un mécanisme permettant aux parties de fixer, par l'intervention d'un tiers, certains éléments de la convention qu'elles ont conclue comme l'illustre l'article 1592 de l'ancien Code civil. Dans cette hypothèse, il n'est donc pas (encore) question de résolution d'un conflit. On peut également se référer à l'hypothèse visée par l'article 4 :5 du Code des sociétés et des associations. (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 289 ; L. SIMON, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaeghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000,

pp. 261 et s. ; O. CAPRASSE, « La fixation du prix par un tiers désigné sur la base de l'article 1592 du Code civil », note sous Cass. 13 décembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 115).

(21) Par analogie, cette solution est celle retenue en matière de clause d'arbitrage par application de l'article 1690 du Code judiciaire. C. DELFORGE et M. BERLINGIN, « Les clauses relatives à la résolution des différends : les clauses de médiation et d'arbitrage », in C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Brugge, Bruxelles, die Keure, la Charte, 2017, p. 275.

(22) B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 132. Sur le sujet : P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 229 et s.

(23) B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 125.

(24) B. KOHL et A. RIGOLET, « La

tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 146 ; Liège, 22 octobre 2010, *D.A.O.R.*, 2011, p. 501.

(25) Cass., 28 octobre 2016, *Pas.*, 2016, I, p. 2098.

(26) O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *op. cit.*, n° 45.

(27) O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *op. cit.*, n° 45.

(28) Voy. S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Le juge et le contrat*, Brugge, Bruxelles, die Keure, la Charte, 2014, et plus particulièrement A. CRUQUENAIRE, « Le rôle du juge en matière d'interprétation du contrat », p. 312.

(29) M. BERLINGIN, « La tierce décision obligatoire : la troisième voie », *op. cit.*, pp. 19-20.

(30) B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 151 et références citées.

(31) B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 145.

(32) O. CAPRASSE, « Tierce décision obligatoire et motivation », note sous Liège 26 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1374 et références citées dont Liège 26 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1374 et Cass. 18 septembre 1981, *R.D.C.*, 1982, p. 557 ; B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 145 ; Y. HERINCKX, « Rôles respectifs de l'expert "tiers décideur" et de l'arbitre dans le contentieux post-acquisition », *op. cit.*, pp. 298-299.

(33) Voy. notamment le règlement du CEPANI sur l'expertise technique : (<https://www.arbitrationbelgium.com/Autres%20ADR%20en%20FR/Expertise/expertise%20reglement.pdf>) et le règlement des experts de la Chambre de commerce internationale (<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-ICC-Expert-Rules-FRENCH-version-1.pdf>).

B. Désignation du tiers décideur

16. Il appartient aux parties de déterminer l'identité du tiers décideur ou la méthode permettant de le désigner qui peut consister à confier à une tierce personne ou à une institution le soin de le désigner.

17. Les parties sont libres quant au choix de l'identité ou de la méthode de désignation du tiers décideur mais il est recommandé qu'elles prennent le soin de préciser les compétences et aptitudes particulières dont le tiers doit disposer pour remplir adéquatement sa mission.

18. Les parties veilleront également à ce que le tiers décideur dispose de la disponibilité nécessaire en vue de rendre une décision rapide.

19. La seule véritable contrainte dans le choix du (ou des) tiers décideur(s) réside dans le fait que ce(s) dernier(s) doit(vent) être impartial(aux) et indépendant(s) à l'égard des parties. En effet, quand bien même les parties ne l'auraient pas prévu dans leur convention, la doctrine et la jurisprudence considèrent qu'il s'agit d'une obligation implicite, ce qui implique que, tout comme un arbitre, le tiers décideur informe les parties de tout élément de nature à jeter un doute sur son indépendance³⁴. Par contre, l'obligation d'indépendance n'étant pas d'ordre public, les parties, pleinement informées du fait que le tiers dont la désignation est envisagée ne présente pas les garanties suffisantes d'indépendance, peuvent, tout comme en matière d'arbitrage, valablement s'accorder sur le fait de le désigner malgré tout et renoncer ainsi à l'exigence d'indépendance^{35 36}.

C. Caractéristiques de la décision du tiers

20. Comme indiqué ci-dessus (*cf. supra*, § 12), la décision rendue par le tiers a force obligatoire entre les parties mais ne bénéficie pas de l'autorité de chose jugée³⁷ et ne peut, en conséquence, recevoir un *exequatur* comme une sentence arbitrale. La décision ne pourra donc, en l'état, faire l'objet d'une exécution forcée³⁸ à moins d'avoir été consacrée dans un titre exécutoire par acte authentique ou d'avoir fait l'objet d'un jugement d'accord si la décision du tiers décideur intervient dans le contexte d'un litige judiciaire.

21. En outre, une fois la décision rendue par le tiers décideur, celle-ci ne pourra être remise en cause par le juge (ou par l'arbitre, en présence d'une clause d'arbitrage) que dans un nombre limité de circonstances³⁹ :

- Non-validité de la convention de tierce décision obligatoire ;
- Non-respect par le tiers des limites de sa mission⁴⁰ ;
- Non-respect de la procédure convenue entre les parties⁴¹ et des droits de la défense⁴² ;
- Violation de l'ordre public ou de normes impératives⁴³ ;
- En cas d'erreurs grossières ou manifestes.

Notons, en outre, que l'étendue du pouvoir de contrôle du juge saisi dépendra des circonstances invoquées. En effet, si le juge est appelé à contrôler le contenu de la décision du tiers, on estime majoritairement qu'il ne pourra exercer qu'un contrôle marginal. Par contre, si le contrôle porte sur la validité de la convention de tierce décision obligatoire ou le respect des limites de la mission du tiers et des règles de procédure, le juge disposera d'un pouvoir de contrôle de pleine juridiction⁴⁴.

22. Si la décision est invalidée par le juge ou l'arbitre, des hésitations existent quant à la qualification du sort réservé à la décision du tiers (écartement, déclaration d'absence de caractère obligatoire, inopposabilité, annulation). Reste que l'effet ne fait aucun doute : la décision perd, totalement ou partiellement⁴⁵, sa force obligatoire de sorte qu'elle ne lie plus les parties ni, par voie de conséquence, le juge⁴⁶.

Dès lors, en fonction des circonstances et dans le respect de la volonté des parties exprimée au travers de la convention de tierce décision obligatoire, le juge pourra renvoyer la décision au tiers décideur en vue de corriger les erreurs ou manquements⁴⁷, désigner un nouveau tiers⁴⁸ (pour autant que l'expert ne soit pas désigné nommément dans la convention) ou statuer lui-même, pour autant dans ce dernier cas que le renvoi ou la désignation d'un nouveau tiers ne soit pas possible causant ainsi la caducité de la convention de tierce décision obligatoire^{49 50}.

(34) B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, pp. 142-143 et les références citées. Voy. également Gand, 29 mars 2018, *Bull. ass.*, 2018, p. 497.

(35) O. CAPRASSE, « La fixation du prix par un tiers désigné sur la base de l'article 1592 du Code civil », *op. cit.*, p. 116 ; B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 143.

(36) Notons que le barreau de Bruxelles a, en vue de promouvoir le recours à la tierce décision obligatoire en Belgique, mis en place une liste de « tiers décideurs agréés » composée d'avocats et mettant ainsi à la disposition des parties des avocats tiers décideurs dont la spécialisation dans une ou plusieurs matières est vérifiée par le conseil de l'Ordre et qui seuls peuvent intervenir en qualité de tiers décideurs dans le cadre de la procédure mise en place par l'Ordre.

(37) O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *op. cit.*, n° 45.

(38) *Ibidem*.

(39) Y. HERINCKX, « Rôles respectifs de l'expert "tiers décideur" et de l'arbitre dans le contentieux post-acquisition », *op. cit.*, pp. 295 et s. ; O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *op. cit.*, n° 47 et s.

(40) Voy. notamment Cass., 28 octobre 2016, *R.G.D.C.*, 2018,

p. 484, note A. RIGOLET, « Tierce décision obligatoire : la volonté des parties, rien que la volonté des parties, et toute la volonté des parties ». Dans cet arrêt la Cour souligne que « [u]ne tierce décision obligatoire puise sa force obligatoire dans celle de la convention. La tierce décision ne peut, dès lors, être obligatoire lorsque le tiers n'a pas exécuté sa mission conformément à ce qui avait été convenu par les parties ». Dans le même sens, Bruxelles, 20 février 1992, *J.T.*, 1993, p. 106 ; Bruxelles, 31 mai 2016, *R.P.S.*, 2019, p. 406 ; Comm. Gand, 2 octobre 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 26.

(41) Civ. Liège, 3 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1377, note O. CAPRASSE ; Bruxelles, 17 mars 2010, *Bull. ass.*, 2013, p. 292 ; Anvers, 18 octobre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 829.

(42) Bruxelles, 30 novembre 2012, *Rev. not.*, 2013, p. 253, note J. van Compernelle ; Pol. Brabant wallon, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15274.

(43) Par analogie avec l'arbitrage en ce qui concerne les normes impératives. Voy. à cet égard G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *op. cit.*, pp. 533-535 et 546-549 ; B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *J.T.*, 2014, pp. 417-418 ; M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *in* A. SALETTI, J. VAN COMPERNELLE et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'ar-*

bitre et le juge étatique. Étude de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 353 ; P. LEFEBVRE et M. SERVAIS, « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation des sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2014/2, p. 338.

(44) B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, pp. 154-155 et les références citées ; Y. HERINCKX, « Rôles respectifs de l'expert "tiers décideur" et de l'arbitre dans le contentieux post-acquisition », *op. cit.*, pp. 295 et s. *Contra* : L. STORME et M.E. STORME, « De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht », *op. cit.*, p. 734. Voy. également *contra* : Gand, 29 mars 2018, *Bull. ass.*, 2018/4, p. 497 ; Liège, 7 février 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 983 ; Trib. Hainaut, div. Charleroi, 17 février 2021, *J.J.P.*, 2022, p. 63.

(45) B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 157. Voy. notamment leur application par analogie de Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 607.

(46) Y. HERINCKX, « Rôles respectifs de l'expert "tiers décideur" et de l'arbitre dans le contentieux post-acquisition », *op. cit.*, p. 295.

(47) Liège, 26 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, note O. CAPRASSE. Voy. par contre Anvers, 24 février 2012, qui

estime que le tiers dont la décision avait été écartée ne présentait plus l'objectivité et l'indépendance nécessaires. (*R.W.*, 2012-2013, p. 1150).

(48) Anvers, 24 février 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1150.

(49) B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, pp. 159-161.

(50) Ce sera le cas si le tiers décideur est expressément visé par la convention de tierce décision obligatoire et n'est plus en mesure d'intervenir. Par analogie en matière d'arbitrage voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *op. cit.*, p. 236 ; J. LINSMEAU, *op. cit.*, p. 85 ; P. BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 131. Si, par contre, la tierce décision obligatoire a pour objet de fixer un des éléments de la convention des parties (*cf. supra*, note n° 20), le juge ne peut se substituer au tiers comme l'a confirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 31 octobre 2008 (Cass., 31 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2011, p. 72, note F. GEORGE) ; B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 161 ; *Contra* Y. HERINCKX, « Rôles respectifs de l'expert "tiers décideur" et de l'arbitre dans le contentieux post-acquisition », *op. cit.*, p. 293.

4 Conclusion

23. Il ressort des développements qui précèdent que la tierce décision obligatoire apparaît comme une solution adéquate à la suite de l'entrée en vigueur de l'article 5.74 du Code civil. La tierce décision obligatoire permet en effet de pallier les difficultés engendrées par la nécessaire intervention du juge étatique en cas de survenance d'un bouleversement de circonstances.

Ce mécanisme, qui n'est soumis à aucune réglementation particulière, offre en effet une grande flexibilité, un faible coût et, surtout, permet

d'apporter une solution rapide en cas de différend quant à l'existence ou aux conséquences d'un bouleversement de circonstances. Or, il a été relevé ci-dessus qu'une solution rapide est essentielle, et peut même être vitale, pour une entreprise qui fait face à un changement de circonstances la confrontant à des conditions excessivement onéreuses⁵¹.

Maxime BERLINGIN

*Maître de conférences invité à l'UCLouvain - Saint-Louis Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles
Président du Benelux Arbitration and ADR Group*

(51) R. JAFFERALI, « La réforme du droit des obligations. Les principales

nouveautés », *op. cit.*, p. 43 ;
D. PHILIPPE, « L'introduction de l'im-

prévision en droit belge pour une re-négociation du contrat par voie de

clause et intervention de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 83.

Jurisprudence

LETTRE DE PATRONAGE

- Obligation de faire
- Incidence de la faillite de la société patronnée
- Principe d'égalité des créanciers et règles du concours
- Caducité par disparition de l'objet (oui)

Bruxelles (9^e ch.), 8 février 2024

Siég. : M.-F. Carlier (prés.), F. Custers et Z. Pletinckx.

Plaid. : MM^{es} X. Taton et A. Hoc.

(Banco BPI c. Spadel — RG n° 2015/AR/1135).

Dès lors que l'engagement pris par la société mère, émettrice d'une lettre de patronage, s'analyse comme une obligation consistant à faire en sorte que sa filiale, société patronnée, soit en mesure de rembourser le créancier en faveur duquel la lettre a été émise, la faillite de la filiale entraîne la caducité par disparition de son objet de l'engagement pris par la société mère, dès lors que le principe d'égalité des créanciers et les règles du concours interdisent à la société patronnée de réaliser tout paiement direct entre les mains du créancier en faveur duquel la lettre de patronage a été émise.

I. La procédure devant la cour.

La cour a prononcé un arrêt interlocutoire le 23 mars 2023.

La procédure est contradictoire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

II. Antécédents de la procédure.

1. Par son arrêt du 23 mars 2023, statuant en appel du jugement prononcé le 22 janvier

2015 par le tribunal de commerce francophone de Bruxelles, la cour reçoit les appels, dit l'appel incident non fondé et ordonne la réouverture des débats.

Dans ses motifs, la cour :

— dit que la lettre de patronage émise le 5 juillet 1996 est régie par le droit belge ;

— dit que ladite lettre de patronage, rédigée comme suit « Par la présente, nous vous informons que, en qualité d'actionnaire de Empresa das Águas do Alardo, LDA, dont le siège est sis à Castelo Novo, Commune de Fundao, notre entreprise apportera tout son soutien, jusqu'à concurrence de la somme de 259.325.500 USD (lire vraisemblablement PTE et non USD), concernant la garantie et/ou des garanties bancaires à fournir à l'IAPMEI par cet établissement de crédit, majorée de toutes les obligations découlant desdites garanties, et disposera des fonds nécessaires au règlement des intérêts et de la dette, si celui-ci est exigé. En ce sens, nous ferons respecter intégralement les obligations à votre égard et souhaitons également augmenter le chiffre d'affaires » :

- ne confère pas à BPI un second débiteur, à l'instar des sûretés personnelles répertoriées en droit belge ;

- contient par contre plus que l'expression d'un « simple engagement d'honneur » ;

- contient la création dans le chef de Spadel d'obligations de faire en faveur ou à propos d'Alardo, société patronnée, et qui, par leur formulation et en l'absence de tout aléa, s'analysent en des obligations de résultat ; le résultat à atteindre est le remboursement par Alardo à BPI du montant déboursé par cette dernière à la suite de l'appel à la garantie à première demande par l'IAPMEI, tout en conservant toute liberté sur la mise en œuvre des moyens pour l'atteindre en l'absence de précisions à cet égard dans la lettre de patronage ;

— dit que la cession de la participation de Spadel dans Alardo n'a pas d'incidence sur les obligations souscrites par Spadel envers BPI (pas de fin contractuelle des obligations, pas de décharge, pas de caducité par disparition de l'objet) ;

— pose la question de l'incidence de la faillite d'Alardo en 2010 sur l'exécution en na-

ture des obligations de faire souscrites par Spadel dont celle de « en ce sens [faire] respecter intégralement les obligations » d'Alardo envers BPI.

2. BPI demande à la cour de :

« — constater l'absence de caducité de la lettre de patronage par disparition de son objet ; et par conséquent ;

» — déclarer [son] appel principal (...) recevable et fondé ;

» — en conséquence, réformer le jugement entrepris du 22 janvier 2015 ;

» — et, émendant et faisant ce que le premier juge eut dû faire :

» - dire [sa] demande (...) recevable et fondée ;

» - condamner Spadel à [lui] payer (...) un montant de 1.568.411,44 EUR augmenté des intérêts moratoires et judiciaires au taux légal depuis la mise en demeure du 20 février 2013 jusqu'à complet paiement ; et

» - condamner Spadel aux dépens des deux instances, en ce compris les frais de citation, les droits de mise au rôle et l'indemnité de procédure pour chaque instance liquidée au montant de base de 16.500 EUR en première instance et de 22.500 EUR en appel ».

Quant à Spadel, elle demande de :

« — Dire l'appel principal recevable mais non fondé ;

» — Par conséquent, débouter BPI de sa demande originaire ;

» — Confirmer le jugement *a quo* en ce qu'il condamne BPI à l'indemnité de procédure de première instance liquidée au montant de 33.000 EUR ;

» — Condamner BPI aux dépens de l'instance d'appel, en ce compris les frais de signification du jugement *a quo* (1.372,03 EUR) et l'indemnité de procédure liquidée à son montant maximal (45.000 EUR) ;

» — Condamner BPI à [lui] payer (...) le montant de 35.718,67 EUR, à majorer des intérêts judiciaires au taux légal à partir de la date moyenne du 1^{er} juin 2014 jusqu'à parfait paiement ».

III. Discussion.

3. BPI poursuit l'exécution en nature des obligations souscrites par Spadel.

4. Ces obligations d'« apporter[...] tout son soutien », « disposer[...] des fonds nécessaires au règlement des intérêts et de la dette » et de « en ce sens [faire] respecter intégralement les obligations à [l'égard de BPI] » tendent à faire en sorte qu'Alardo rembourse à BPI le montant déboursé par cette dernière à la suite de l'appel à la garantie à première demande par l'IAPMEI.

Le périmètre financier des obligations de Spadel est limité à 259.325.500 PTE, majorés de toutes les obligations découlant de la garantie et/ou des garanties bancaires à fournir à l'IAPMEI par BPI.

5. Avant que BPI n'intente la présente procédure contre Spadel le 18 décembre 2013, Alardo, société patronnée, a été déclarée en faillite le 30 novembre 2010 ; la procédure de faillite est toujours en cours au Portugal.

En droit portugais, tout comme en droit belge, la faillite emporte la liquidation du patrimoine du débiteur insolvable et la répartition du produit obtenu entre ses créanciers. Elle implique la formation d'une masse administrée, en l'occurrence, par un curateur.

BPI indique que le curateur lui a confirmé que la liquidation des actifs sera insuffisante pour un remboursement du montant payé à l'IAPMEI ; à l'audience, elle précise que les créanciers privilégiés (travailleurs et créanciers titulaires d'hypothèques) passeront avant elle, simple créancier chirographaire.

Sans être contredite, Spadel relève qu'au Portugal, à l'instar de ce qui se passe en Belgique, l'objectif recherché étant d'éviter que le débiteur ne diminue son actif ou n'augmente son passif au détriment des créanciers, le failli est dessaisi de son patrimoine et la société faillie ne peut plus effectuer aucun paiement.

6. La lettre de patronage n'envisage pas l'hypothèse de la faillite de la société patronnée ; il n'y est pas précisé que dans le cas où Alardo serait déclarée en faillite, les obligations de Spadel envers BPI seraient éteintes.

7. Cependant, la mise à la disposition du curateur d'Alardo des fonds — par Spadel dans la limite financière des engagements souscrits ou par un tiers sur instruction de Spadel dans les mêmes limites — pour qu'Alardo s'acquitte de sa dette envers BPI serait vaine. Comme le concède *in fine* BPI, « cette voie (...) n'est toutefois pas la plus efficace pour atteindre le résultat promis (...) dès lors que les sommes prêtées ou données par Spadel au curateur de la faillite [d'Alardo] pourraient par hypothèse être affectées en priorité au paiement d'autres créanciers (privilégiés) ».

8. BPI affirme qu'il existe des méthodes d'exécution alternatives à un soutien financier d'Alardo en faillite et que le principe d'exécution de bonne foi des conventions commande à Spadel de les mettre en œuvre. BPI invoque à cet effet la figure du « paiement pour autrui » visée aux articles 1236 de l'ancien Code civil et 5.196 du nouveau Code ci-

vil pour atteindre le résultat promis, « à savoir le remboursement de la dette [d'Alardo] vis-à-vis de BPI ».

Cette position ne peut néanmoins être retenue.

Reposant sur une prémisse inexacte, elle dénature l'obligation de faire souscrite par Spadel dans la lettre de patronage en une obligation de donner. Spadel n'a, en effet, pas promis de rembourser elle-même les fonds prêtés à Alardo ; elle s'est engagée à « apporter tout son soutien » afin qu'Alardo rembourse à BPI le montant prêté. Exécuter elle-même (en qualité de tiers) l'obligation de remboursement (de donner) souscrite par Alardo (débiteur) vis-à-vis de BPI (créancier) ne correspond pas aux (et va au-delà des) termes de la lettre de patronage qui crée dans le chef de Spadel une obligation de faire envers BPI.

Elle se heurte ensuite au principe d'égalité des créanciers et aux règles du concours avec les autres créanciers du patronné. À dater de l'ouverture de la faillite d'Alardo, l'exécution de l'obligation souscrite par la société patronnée envers BPI est régie par les règles de la faillite. L'exécution par Spadel (en qualité de tiers) de cette obligation conduirait à leur violation.

Ainsi, comme le constate la doctrine, « le bénéficiaire de la lettre peut uniquement exiger que l'émetteur mette le patronné en mesure d'exécuter ses engagements. Il ne percevra jamais les sommes qui lui sont dues directement de l'émetteur » (M. GOFFART, « Chapitre 3 - Comparaison de la lettre de patronage avec d'autres institutions », in M. GRÉGOIRE [dir.], t. V, *Les sûretés, privilèges et hypothèques*, vol. 1, *Les garanties tangentielles*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 418).

9. Il est enfin irrelevant que Spadel dispose d'une contre-garantie émise par la banque Banco Millenium (anciennement Banco Pinto & Sotto Mayor) sur ordre des consorts de Sousa Cintra ou encore que dans son courrier du 22 mars 2013, le conseil de Spadel a écrit que « néanmoins, [son] client est prêt à collaborer dans les négociations entre [BPI] et la banque Banco Millenium, afin de mettre en jeu la contre-garantie donnée par cette banque en faveur de [son] client ». Cette proposition était au demeurant précédée de la réitération du refus de Spadel de payer le montant demandé par BPI.

10. Il découle des considérations qui précèdent que la faillite d'Alardo met Spadel dans l'impossibilité définitive de s'exécuter en nature.

Les obligations souscrites par Spadel dans la lettre de patronage du 5 juillet 1996 sont dès lors devenues caduques par l'impossibilité d'exécution de leur objet depuis l'ouverture de la faillite d'Alardo, en 2010.

La demande tendant à leur exécution n'est par conséquent pas fondée.

Partant, l'appel n'est pas fondé.

11. BPI étant la partie qui succombe en appel, les dépens d'appel sont à sa charge.

Spadel réclame une somme de 35.718,67 EUR ayant trait aux frais de traduc-

tion et consultations juridiques qu'elle affirme avoir dû exposer pour assurer sa défense dans le cadre du présent litige ; elle ne précise pas quel est le fondement de cette demande de remboursement. Ces frais ne font pas partie des dépens à charge de la partie qui succombe, exhaustivement énumérés à l'article 1018 du Code judiciaire. Cette demande n'est pas fondée.

Spadel a en revanche droit à l'indemnité de procédure. Elle demande de liquider cette indemnité à son montant maximal (pour une demande dont le montant dépasse 1.000.000 EUR) mais ne démontre pas, pour l'instance d'appel, que l'un des critères de l'article 1022, alinéa 3, du Code judiciaire, qui justifierait que l'on s'écarte du montant de base de l'indemnité de procédure, est rencontré. Les frais qu'elle affirme avoir dû exposer pour assurer sa défense (frais de traduction, consultations de professeurs d'universités et avocats...) sont antérieurs au prononcé du jugement entrepris dans le cadre duquel elle a déjà obtenu une indemnité de procédure majorée.

Il est enfin rappelé qu'en vertu de l'article 1024 du Code judiciaire, les frais d'exécution (dont les frais de signification) incombent à la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie.

[...]

LETTRÉ DE PATRONAGE

- Droit applicable
- Convention de Rome du 19 juin 1980 (art. 4, §§ 2 et 5)
- Lettre de patronage
- Obligation de faire
- Incidence de la fin de la participation de la société mère dans la société patronnée
- Caducité par disparition de l'objet (non)

Bruxelles (9^e ch.), 23 mars 2023

Siég. : M.-F. Carlier (prés.) ; F. Custers et Z. Pletinckx.

Plaid. : MM^{es} X. Taton, G.-A. Dal et A. Hoc.
(Banco BPI c. Spadel — RG n° 2015/AR/1135).

La fin de la participation de la société mère dans sa filiale n'entraîne pas la caducité par disparition de son objet de la lettre de patronage qu'elle a émise, la fin de cette participation rendant seulement plus difficile, mais pas impossible, l'exécution par la société mère de son engagement, qui s'analyse étant une obligation défaire en sorte que la société patronnée soit en mesure de rembourser le créancier en faveur duquel la lettre de patronage a été émise.

I. La décision entreprise.

L'appel est dirigé contre le jugement prononcé le 22 janvier 2015 par le tribunal de commerce francophone de Bruxelles.

Les parties ne produisent pas d'acte de signification de cette décision.

II. La procédure devant la cour.

L'appel est formé par requête, déposée par la SA de droit portugais Banco BPI (ci-après « BPI ») au greffe de la cour, le 5 juin 2015.

La procédure est contradictoire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III. Les faits et antécédents de la procédure.

1. Le litige porte sur une lettre de patronage émise par la SA de droit belge Société de services, de participation, de direction et d'élaboration (ci-après « Spadel ») en faveur de BPI et dont cette dernière poursuit l'exécution.

Spadel est une société belge à la tête d'un groupe européen actif dans le secteur notamment de la production et de la commercialisation d'eaux minérales.

BPI (précédemment dénommée Banco Fonsecas & Burnay SA) est une banque privée portugaise qui a pour activités principales la vente de produits et de services bancaires classiques et le conseil en investissement.

2. En 1996, Spadel détient, directement et indirectement, la totalité des actions de la société portugaise Empress das Aguas do Alardo (ci-après « Alardo »), établie à Castelo Novo au Portugal. Cette société exploite l'Agua do Alardo, eau bien connue sur le marché portugais.

En avril 1996, Alardo conclut avec une institution publique portugaise (l'IAPMEI) une convention d'octroi de subsides, pour partie à fonds perdus et pour une autre partie remboursables selon des échéances contractuellement définies ; cette convention impose à Alardo diverses obligations dont l'émission d'une garantie à première demande en faveur de l'IAPMEI.

Le 5 juillet 1996, Spadel adresse à BPI la lettre de patronage litigieuse. Celle-ci est rédigée à Castelo Novo, en portugais, sur papier à en-tête de Spadel avec l'ensemble de ses coordonnées belges (adresse, téléphone, fax, registre du commerce, TVA et compte bancaire belges). Elle est signée par un administrateur et l'administrateur-délégué de Spadel.

Le 8 juillet 1996, soit trois jours plus tard, à Lisbonne, BPI émet en faveur de l'IAPMEI Lisbonne une garantie à première demande n° (...), selon le contrat n° (...), de 259.325.500 escudos (PTE), à majorer des intérêts.

3. Un an plus tard, Spadel négocie la cession de sa participation dans Alardo avec les consorts de Sousa Cintra.

Le 30 juillet 1997, Spadel écrit à BPI ce qui suit :

« Notre filiale Empresa das Aguas do Alardo, Lda, nous a mis au courant de votre décision de rappeler les crédits au 31 juillet 1997.

» Eu égard aux négociations en cours en vue de la cession des participations du Groupe Spadel dans Empresa das Aguas do Alardo, Lda, nous vous demandons de suspendre momentanément votre décision.

» Veuillez agréer (...) ».

Le 12 août 1997, le contrat de cession des actions Alardo est signé. Il y est notamment stipulé que :

« En tant que condition essentielle de la présente cession de parts sociales pour déterminer le prix convenu et garantir la libération des garanties fournies par le cédant Spadel à General Bank et Banco Fonsecas & Burnay, relatives au paiement par Alardo de toutes sommes dues, en vertu de contrats d'ouverture de crédit conclus avec lesdites banques, à concurrence de cent cinquante millions d'escudos, et pour garantir également la libération, par l'IAPMEI, de la garantie fournie par Spadel, relative au remboursement de subventions attribuées à Empresa das Aguas do Alardo, Lda, en vertu du contrat n° (...), les cessionnaires remettent, à cette date, à la société représentée par le premier comparant, une garantie bancaire à première demande émise par Banco Pinto & Sotto Mayor, SA À cette même date ».

En exécution de cette disposition, les cessionnaires remettent à Spadel lors de la conclusion de la convention de cession, une garantie bancaire à première demande émise par la Banco Pinto & Sotto Mayor (actuellement dénommée Millenium BCP) en faveur de Spadel.

4. Le 10 mars 1998, à la suite d'un contact téléphonique, Alardo interroge BPI sur les possibilités de remplacer la lettre de confort fournie par Spadel en rapport avec la garantie bancaire « (...) ».

Le 15 avril 1998, BPI lui répond qu'elle marque son accord sur la libération de la lettre de confort « souscrite adéquatement par la SA Spadel, comme contre garantie bancaire émise par la [BPI] en faveur de l'IAPMEI, avec un remplacement par :

» — (...) saisie du dépôt à terme (...)

» Ou, en alternative,

» — Garantie bancaire en régime de "first demand", à émettre par une banque qui reçoive l'accord de [BPI] » (selon la traduction fournie par les parties).

Aucune suite concrète n'est réservée à ce projet.

5. Le 17 avril 2002, BPI adresse un courrier à Alardo lui demandant de la libérer de ses engagements envers l'IAPMEI ; une copie de ce courrier est adressée à Spadel, le 23 avril suivant.

Spadel n'y répond pas.

6. Le 8 août 2008, l'IAPMEI fait appel à la garantie bancaire donnée par BPI, à la suite de la résiliation de la convention d'octroi des subsides.

Puisque BPI s'y oppose, l'IAPMEI initie, en 2009, une procédure d'exécution forcée de la garantie bancaire à première demande.

Par un jugement définitif du 29 février 2012, le tribunal administratif et fiscal de Porto condamne BPI à payer à l'IAPMEI la somme de 1.568.411,44 EUR.

BPI s'acquitte du paiement de cette somme, le 1^{er} février 2013.

7. Dans l'intervalle, Alardo est déclarée en faillite, le 30 novembre 2010.

8. Le 20 février 2013, BPI invite Spadel à exécuter l'engagement pris dans la lettre de patronage et à lui verser 1.568.411,44 EUR, la récupération de ce montant auprès d'Alardo n'étant plus possible.

Par courrier de son conseil du 5 mars 2013, Spadel répond qu'elle considère ne pas être tenue au paiement demandé et propose la tenue d'une réunion pour clarifier la situation.

Par courrier du 22 mars suivant, Spadel maintient son refus. Elle se dit « néanmoins (...) prêt[e] à collaborer dans les négociations entre [BPI] et la banque Banco Millenium [anciennement Banco Pinto & Sotto Mayor], afin de mettre en jeu la contre-garantie donnée par cette banque en [sa] faveur (...) ».

9. Le 18 décembre 2013, BPI fait citer Spadel devant le tribunal de commerce de Bruxelles en paiement de 1.568.411,44 EUR augmentés des intérêts moratoires et judiciaires au taux légal depuis la mise en demeure du 20 février 2013 jusqu'à complet paiement.

Par le jugement entrepris, le premier juge dit la demande non fondée aux motifs que « la lettre de patronage litigieuse [soumise au droit belge] est devenue caduque par disparition de son objet depuis la date de cession par Spadel de sa participation dans Alardo, le 12 août 1997 » en sorte qu'elle ne peut sortir aucun effet.

10. En appel, Banco BPI demande à la cour de faire droit à sa demande initiale et de condamner Spadel à lui payer 1.568.411,44 EUR augmentés des intérêts moratoires et judiciaires au taux légal depuis la mise en demeure du 20 février 2013 jusqu'à complet paiement et des dépens des deux instances.

Spadel conclut au non-fondement de l'appel et forme un appel incident sur la question du droit applicable.

IV. Discussion.**1. Sur le droit applicable.**

11. Pour analyser la lettre de patronage du 5 juillet 1996, il convient préalablement de déterminer le droit qui lui est applicable et ce, en raison des éléments d'extranéité qu'elle présente et du défaut de choix par les parties.

Celles-ci s'accordent sur le fondement contractuel de la lettre de patronage et sur l'application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après dénommée « Convention de Rome »).

12. Spadel fait grief au jugement entrepris d'avoir retenu l'application du droit belge. Elle soutient que si l'application de l'article 4, § 2, de la Convention de Rome conduit à la désignation de ce droit — dès lors que c'est elle qui assume la prestation caractéristique et qu'elle avait son administration centrale en Belgique au moment de l'émission de la lettre de patronage — il résulte néanmoins de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens plus étroits avec le Portugal en sorte qu'en application du § 5 de cette disposition, c'est le droit portugais qui est applicable. Elle appuie sa position sur les éléments suivants :

- la prestation prévue dans la lettre de patronage devait se voir exécutée au Portugal en faveur d'une banque portugaise ;
- la lettre de patronage, ainsi que la garantie bancaire pour les besoins de laquelle elle a été émise, sont toutes deux rédigées en portugais ;
- la lettre de patronage a été émise en vue de permettre à une société portugaise d'obtenir une garantie bancaire de la part d'une banque portugaise ;
- la garantie bancaire à première demande consentie par BPI a été exécutée au Portugal à la suite d'un jugement définitif rendu par une juridiction portugaise.

13. En vertu de l'article 4 de la Convention de Rome :

« 1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays ; il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

« 2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois ; si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

« 3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

« 4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur ; il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du

présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.

« 5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

Dans ses arrêts des 6 octobre 2009 (arrêt *ICF*, aff. C-133/08, EU:C:2009:617) et 23 octobre 2014 (arrêt *Haeger & Schmidt*, aff. C-305/13, EU:C:2014:2320), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) précise que :

— l'article 4 de la convention [de Rome] se fonde sur le principe général, consacré à son paragraphe 1, selon lequel, pour déterminer le rattachement d'un contrat à un droit national, il faut établir le pays avec lequel ce contrat présente « les liens les plus étroits » (arrêt *ICF*, EU:C:2009:617, point 26) ;

— ainsi qu'il ressort du rapport Giuliano et Lagarde, la souplesse de ce principe général est tempérée par les « présomptions » prévues à l'article 4, paragraphes 2 à 4, de la convention. En particulier, cet article 4, paragraphe 2, énonce une présomption de caractère général, consistant à retenir comme critère de rattachement le lieu de résidence de la partie au contrat qui fournit la prestation caractéristique, alors que ledit article 4, paragraphes 3 et 4, fixe des critères de rattachement spéciaux en ce qui concerne, respectivement, les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier et les contrats de transport. L'article 4, paragraphe 5, de la convention contient une clause d'exception permettant d'écarter lesdites présomptions (arrêt *ICF*, EU:C:2009:617, point 27) ; il ressort du rapport Giuliano et Lagarde que les rédacteurs de la convention ont considéré comme indispensable « d'envisager la possibilité d'appliquer une loi autre que celles auxquelles se réfèrent les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 toutes les fois qu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». Il ressort également dudit rapport que l'article 4, paragraphe 5, de la convention laisse au juge « une certaine marge d'appréciation quant à la présence, dans chaque cas d'espèce, de l'ensemble des circonstances qui justifient la non-application des présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 » et qu'une telle disposition constitue « l'inévitable contrepartie d'une règle de conflit à caractère général, destinée à s'appliquer à presque toutes les catégories de contrats » (arrêt *ICF*, EU:C:2009:617, point 58) ; ainsi qu'il ressort de la lettre et de l'objectif de l'article 4 de la convention, le juge doit toujours procéder à la détermination de la loi applicable sur la base desdites présomptions, lesquelles répondent à l'exigence générale de prévisibilité de la loi et donc de sécurité juridique dans les relations contractuelles (arrêt *ICF*, EU:C:2009:617, point 62 ; arrêt *Haeger & Schmidt*, EU:C:2014:2320, point 46) ; lorsqu'il s'agit d'un contrat qui relève de l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome et qu'il est possible d'identifier sa pres-

tation caractéristique, le juge national doit, en premier lieu, procéder à la détermination de la loi applicable sur la base des critères de rattachement spécifiques figurant à ce paragraphe 2, ainsi qu'il a été rappelé au point 35 du présent arrêt (voy., en ce sens, arrêt *ICF*, EU:C:2009:617, point 62) (arrêt *Haeger & Schmidt*, EU:C:2014:2320, point 46) ;

— ainsi qu'il ressort tant du libellé de l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome, qui réserve expressément le cas de l'application du paragraphe 5 de cet article, que de la jurisprudence de la Cour, cette présomption peut être écartée lorsque les conditions prévues à ce paragraphe 5 sont satisfaites (voy., en ce sens, arrêt *ICF*, EU:C:2009:617, points 63 et 64) (arrêt *Haeger & Schmidt*, EU:C:2014:2320, point 47) ;

— il découle de ce qui précède que le juge doit vérifier, en second lieu, si, au regard de l'ensemble des circonstances du litige dont il est saisi, il y a lieu ou non d'écarter la solution à laquelle il est parvenu en application dudit paragraphe 2. À cette fin, il doit procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle à la date de la conclusion du contrat et, d'autre part, un autre pays avec lequel ce contrat présente des liens étroits (arrêt *Haeger & Schmidt*, EU:C:2014:2320, point 48) ;

— en effet, la juridiction de renvoi doit faire une appréciation globale de l'ensemble des éléments objectifs qui caractérisent la relation contractuelle et apprécier celui ou ceux qui, selon elle, sont les plus significatifs (voy., par analogie, arrêt *Schlecker*, aff. C-64/12, EU:C:2013:551, point 40). Ainsi que la Commission l'a souligné, parmi les éléments significatifs de rattachement, il convient notamment de prendre en compte l'existence de liens étroits du contrat en cause avec un ou plusieurs autres contrats faisant partie, le cas échéant, de la même chaîne de contrats ainsi que le lieu de livraison des marchandises (arrêt *Haeger & Schmidt*, EU:C:2014:2320, point 49) ;

— cette interprétation est également confortée par le considérant 20 du règlement n° 5593/2008, qui prévoit explicitement, en tant que critère de rattachement pertinent, l'existence d'une chaîne de contrats liés au contrat en cause (arrêt *Haeger & Schmidt*, EU:C:2014:2320, point 50).

14. Le contrat en cause est un engagement d'une société belge envers une société portugaise, relevant de la compétence — par ailleurs non contestée par Spadel — des juridictions belges. Il est émis sur du papier à en-tête de Spadel portant l'indication d'une série d'informations en lien avec la Belgique. Il présente aussi comme lien avec la Belgique, le fait que ce pays est celui dans lequel Spadel, partie qui fournit la prestation caractéristique, avait sa résidence habituelle à la date d'émission de la lettre de patronage. Il ne fait pas mention du lieu d'exécution de la prestation de Spadel.

Il présente également des liens avec le Portugal par l'usage de la langue portugaise et son lieu de rédaction (Castelo Novo au Portugal). Si, comme l'illustrent les éléments pointés par

Spadel, il s'inscrit dans un contexte plus large impliquant différents intervenants situés au Portugal et différents rapports juridiques également exécutés au Portugal, l'ensemble de ces contrats ne constituent ni une chaîne de contrats, ni un contrat tri- ou quadripartite (*cfr* en ce sens Gand, 4 avril 2007, *R.A.B.G.*, 2008/2, p. 115). La garantie à première demande émise par BPI en faveur de l'IAPMEI se caractérise par ailleurs par son caractère abstrait et autonome.

Des considérations qui précèdent, il découle que les éléments mis en avant par Spadel demeurent insuffisants pour conclure à des liens plus étroits, au sens du § 5 de l'article 4 de la Convention de Rome, avec le Portugal et écarter l'application du § 2 de cette même disposition qui conduit à l'application du droit belge en l'espèce. En décider autrement dans les circonstances de l'espèce reviendrait à mettre à mal l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique dans les relations contractuelles recherchée par la Convention de Rome, telle que rappelée par la CJUE.

L'appel incident de Spadel est dès lors non fondé.

2. Sur les engagements de Spadel au regard du texte de la lettre de patronage

15. La lettre de patronage établie à l'adresse de BPI est rédigée comme suit (selon la traduction commune des parties) :

« Par la présente, nous vous informons que, en qualité d'actionnaire de Empresa das Aguas do Alardo, LDA, dont le siège est sis à Castelo Novo, Commune de Fundao, notre entreprise apportera tout son soutien, jusqu'à concurrence de la somme de 259.325.500 USD (lire vraisemblablement PTE et non USD), concernant la garantie et/ou des garanties bancaires à fournir à l'IAPMEI par cet établissement de crédit, majorée de toutes les obligations découlant desdites garanties, et disposera des fonds nécessaires au règlement des intérêts et de la dette, si celui-ci est exigé.

» En ce sens, nous ferons respecter intégralement les obligations à votre égard et souhaitons également augmenter le chiffre d'affaires ».

16. BPI soutient que la lettre de patronage emporte un engagement de Spadel, ferme, valable et toujours en vigueur, en vertu duquel cette dernière est tenue de lui rembourser le montant qu'elle a dû payer à l'IAPMEI, soit 1.568.411,44 EUR, augmentés des intérêts moratoires et judiciaires au taux légal. Elle affirme que sa lecture de la lettre de patronage — à savoir la constitution par Spadel d'une contre-garantie personnelle à concurrence d'un montant déterminé lui assurant le remboursement du montant de la garantie bancaire à première demande que l'IAPMEI pourrait appeler — est confortée tant par le contexte dans lequel la lettre de patronage a été émise que par l'attitude adoptée par Spadel en 1997 à l'occasion de la cession de sa participation dans Alardo et en 2013 après avoir été mise en demeure par BPI.

Spadel conteste pour sa part avoir souscrit un engagement de paiement envers BPI en cas de défaillance d'Alardo, que ce soit directe-

ment au titre de sûreté personnelle ou indirectement en souscrivant une obligation de résultat de faire en sorte qu'Alardo assure son obligation de remboursement et qu'à défaut, elle apporterait les fonds nécessaires. Tout au plus s'est-elle engagée — en sa qualité d'actionnaire de contrôle et ce, aussi longtemps qu'elle a eu cette qualité — à soutenir Alardo afin que celle-ci puisse exécuter ses obligations de paiement envers BPI, en l'assurant de la solvabilité de sa filiale.

17. Il ressort du texte de la lettre de patronage que Spadel — représentée par les signataires du document — informe BPI que :

- elle est l'actionnaire d'Alardo ;
- « en sa qualité d'actionnaire » d'Alardo, elle « apportera tout son soutien » concernant la ou les garanties que BPI va fournir à l'IAPMEI ; son soutien est limité à la somme de 259.325.500 USD (lire vraisemblablement PTE et non USD), majorée de toutes les obligations découlant desdites garanties ;
- si le règlement de la dette est exigé (c'est-à-dire si l'IAPMEI met en œuvre la ou les garanties), Spadel « disposera des fonds nécessaires au règlement des intérêts et de la dette » ;
- « [e]n ce sens » elle « fer[a] respecter intégralement les obligations » à l'égard de BPI ;
- et souhaite également augmenter le chiffre d'affaires ;

18. La lettre de patronage ne confère pas à BPI un second débiteur, à l'instar des sûretés personnelles répertoriées en droit belge. Des termes utilisés, il ne ressort pas que Spadel s'engage envers BPI à acquitter la dette d'Alardo si cette dernière ne lui rembourse pas le montant déboursé dans le cadre d'un appel à la garantie à première demande émise par BPI pour le compte et à la demande d'Alardo, et ce, quand bien même la note de BPI du 4 juillet 1996 et les attestations des cadres de BPI ayant participé aux discussions de juillet 1996 expriment un souhait en ce sens.

La lettre de patronage contient par contre plus que l'expression d'un « simple engagement d'honneur » puisque Spadel y indique qu'elle :

- (i) « apportera tout son soutien » à concurrence d'un montant déterminé ;
- (ii) « disposera des fonds nécessaires au règlement des intérêts et de la dette » ;
- et (iii) « en ce sens » « fer[a] respecter intégralement les obligations » à l'égard de BPI.

Par ces termes, Spadel exprime la création dans son chef d'obligations de faire en faveur ou à propos d'Alardo, société patronnée, et qui, par leur formulation et en l'absence de tout aléa, s'analysent en des obligations de résultat ; le résultat à atteindre est le remboursement par Alardo à BPI du montant déboursé par cette dernière à la suite de l'appel à la garantie à première demande par l'IAPMEI.

Ces termes sont clairs en sorte qu'il n'y a lieu ni à interprétation, ni à (re)qualification en une « garantie personnelle », et ce, même si *in fine* la lettre de patronage litigieuse s'apparente à une sûreté de ce type.

Spadel a souscrit envers BPI des obligations de faire tendant à l'obtention d'un résultat, tout en conservant toute liberté sur la mise en œuvre des moyens pour l'atteindre en l'absence de précisions à cet égard dans la lettre de patronage.

3. Sur l'incidence de la cession de la participation de Spadel dans Alardo sur les obligations souscrites par Spadel envers BPI.

19. Le texte de la lettre de patronage ne peut être lu comme envisageant la disparition éventuelle du lien de participation entre Spadel et Alardo. L'indication « en qualité d'actionnaire [d'Alardo] » n'induit pas une limitation temporelle des engagements souscrits par Spadel, ni ne constitue une condition résolutoire. Cette indication s'analyse en une simple information contextualisant l'émission des engagements souscrits par Spadel.

L'engagement de Spadel n'en est pas pour autant perpétuel ; il est destiné à prendre garantie à première demande, obligation elle-même dépendante de la correcte exécution par Alardo du remboursement des subsides selon l'échéancier convenu avec l'IAPMEI.

L'attitude adoptée par Spadel dans le cadre de la cession de sa participation dans Alardo aux consorts de Sousa Cintra conforte au demeurant cette analyse. Si la cession de sa participation à un tiers emportait la fin des obligations souscrites envers BPI dans la lettre de patronage, Spadel n'avait aucun motif de poser pour « condition essentielle » dans le cadre de ladite cession la remise par les cessionnaires d'une garantie bancaire à première demande émise une autre banque, « pour garantir également la libération, par l'IAPMEI, de la garantie fournie par Spadel, relative au remboursement de subventions attribuées à Empresa das Aguas do Alardo, Lda, en vertu du contrat numéro (...) ».

De même, la proposition de Spadel en 2013 de collaborer « afin de mettre en jeu la contre-garantie donnée par [cette autre banque] en faveur de [Spadel] » ne peut se comprendre que si la garantie fournie par Spadel dans la lettre de confort litigieuse était toujours en vigueur.

La lettre de patronage ne peut donc s'analyser comme prévoyant qu'elle prendrait fin en cas de cession par Spadel de sa participation dans Alardo.

20. La cession de la participation de Spadel dans Alardo n'a pas eu pour effet de la décharger en 1997 des engagements souscrits dans la lettre de patronage.

Il ne peut y avoir cession de dette sans le consentement du créancier. Un tel consentement de BPI est inexistant en 1997. Spadel ne lui a du reste pas demandé d'être déchargée.

21. Spadel soutient que la lettre de patronage est devenue caduque par disparition de son objet au motif que la perte de sa qualité d'actionnaire en 1997 emportait l'impossibilité d'encore exercer un contrôle ou, à tout le moins, une influence décisive sur la gestion d'Alardo ; cette thèse a été accueillie, mais à tort, par le jugement entrepris.

En effet, « ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de cassation (...), la caducité par disparition de l'objet découle, plus précisément, de l'impossibilité d'exécution en nature de l'obligation. (...) La cause de l'impossibilité importe peu : la caducité intervient, qu'elle trouve sa source dans un cas fortuit, dans le fait ou la faute de l'une ou l'autre partie au contrat. (...) L'impossibilité envisagée doit cependant remplir un certain nombre de conditions. I. Tout d'abord, l'impossibilité d'exécution doit en principe être postérieure à la conclusion du contrat (...). II. Ensuite, l'impossibilité suppose que l'obligation n'ait pas déjà été entièrement exécutée (...). III. Par ailleurs, l'impossibilité doit concerner l'exécution de l'obligation par le débiteur (...). IV. Il faut encore que l'impossibilité d'exécution soit définitive (...). V. Précisons également que l'obligation doit devenir impossible à exécuter en nature. Le seul fait qu'elle puisse encore être exécutée par équivalent, sous la forme de dommages-intérêts, ne suffit donc pas à empêcher la caducité de l'obligation (...). VI. Enfin, l'impossibilité doit être appréciée,

non de manière abstraite, mais de manière relative, par référence au critère du débiteur normalement diligent et prudent (...) » (R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *Le droit commun des contrats*, Bruylant, 2016, pp. 154-159).

En l'occurrence, l'objet des obligations souscrites par Spadel est une obligation de faire tendant à l'obtention d'un résultat que la perte de sa qualité d'actionnaire d'Alardo n'empêche en définitive pas, même si elle la rend plus compliquée.

Ce moyen ne peut dès lors être retenu.

4. Sur l'incidence de la faillite d'Alardo sur les obligations souscrites par Spadel envers BPI.

22. En revanche, se pose la question de l'incidence de la faillite d'Alardo en 2010 sur l'exécution en nature des obligations de faire souscrites par Spadel dont celle de « en ce sens » « [faire] respecter intégralement les obligations » d'Alardo envers BPI.

BPI observe elle-même qu'une recapitalisation ou un soutien financier apporté directement à Alardo sont matériellement impossibles à l'heure actuelle en raison de la faillite de cette dernière.

Il se justifie dès lors d'ordonner la réouverture des débats afin de permettre aux parties de s'expliquer sur une éventuelle caducité de la lettre de patronage par disparition de son objet en 2010 en raison de la faillite d'Alardo.

[...]

NOTE. — Ces deux arrêts, rendus en la même cause, sont consécutifs à l'appel formé contre une décision prononcée le 22 janvier 2015 par le tribunal de commerce francophone de Bruxelles, voy. Comm. Bruxelles, 17^e ch., 22 janvier 2015, *R.D.C/T.B.H.*, 2016, p. 301 et note L. DU JARDIN ; *Rev. prat. soc.*, 2014, p. 101.

Chronique judiciaire

PILE OU FACE - Une pratique illégale... et inique !

Depuis le 1^{er} janvier 2023, les décisions rendues par les justices de paix sont consultables en ligne via le site internet Just-On-Web (<https://justonweb.be/>). Il en va de même des décisions rendues par la section civile du tribunal de police depuis le 5 juin 2023 (c'était déjà le cas, depuis le 18 juillet 2021, pour les décisions rendues par sa section pénale).

L'accessibilité des décisions de justice via une telle plateforme n'est pas problématique en soi. Ce qui l'est beaucoup plus, en revanche, ce sont les instructions délivrées aux greffes par l'organisme « Crossborder », chargé par le SPF Justice de développer cette nouvelle plateforme.

Dans un « syllabus » adressé à l'ensemble des justices de paix du royaume en avril dernier, il est en effet demandé aux greffes de ne plus procéder directement à la notification des jugements aux justiciables qui se défendent seuls.

En lieu et place de cette notification, il est prévu que ceux-ci ne reçoivent plus désormais qu'un courrier électronique contenant

un lien leur permettant d'accéder à la plateforme Just-On-Web et d'y consulter ensuite leur jugement, après identification via un lecteur de carte d'identité ou via l'application « itsme ».

Si le justiciable n'a pas d'adresse électronique ou ne l'a pas renseignée, il est alors prévu qu'il reçoive un courrier ordinaire sous format papier, contenant un lien identique et l'invitant, là aussi, à se connecter au site Just-On-Web pour y consulter la décision rendue.

Dans ce nouveau système, seuls les avocats disposent encore du privilège de se voir adresser une notification directe du jugement, soit via JBox, s'ils utilisent cette application, soit via leur adresse électronique.

Des telles « instructions » sont-elles légales ? Assurément pas.

L'article 792 du Code judiciaire prévoit expressément que « le greffier notifie à chacune des parties ou, le cas échéant, à leurs avocats, une copie non signée de la décision ». Si cette notification peut certes se faire par le biais d'un courrier électronique, la loi

impose bien que soit notifiée la décision elle-même, et non un simple lien permettant d'y accéder via un site internet.

Illégales, ces instructions sont du reste iniques.

L'objet principal de notre propos n'est en effet pas de ratiociner sur l'entorse ainsi faite au texte de la loi. Si une telle pratique doit être dénoncée, c'est d'abord en ce qu'elle sacrifie, une fois de plus, l'intérêt des plus faibles sur l'autel d'un prétendu progrès.

Car si 95 % des Belges utilisent désormais Internet¹, et si près de 80 % d'entre eux disposent aujourd'hui d'un compte « itsme »², ces chiffres masquent la persistance de disparités importantes selon les catégories socio-économiques observées, comme le révèle le *Baromètre de l'inclusion numérique* publié en 2022 par la Fondation Roi Baudouin³.

On y apprend notamment qu'à ce jour, encore près d'un Belge sur dix n'utilise pas l'e-mail — une proportion qui s'accroît chez les personnes sans emploi et avec les niveaux de diplôme les moins

élevés⁴. Autre constat : ces mêmes personnes sont plus susceptibles que les autres d'accéder à Internet essentiellement — voire uniquement — via leur smartphone, plutôt que via un ordinateur⁵.

Pour le justiciable qui ne dispose pas d'une adresse e-mail, c'est donc la double, voire la triple peine : non seulement il ne recevra plus le jugement le concernant via courrier ordinaire, mais il devra se connecter à un site internet pour le consulter après s'être identifié, via un lecteur de carte d'identité ou via « itsme » — opération d'une complexité probablement insurmontable pour lui. Et que penser du fait que, dans bien des cas, il n'y accèdera probablement que via son smartphone, rendant la lecture de la décision plus ardue qu'elle ne l'est déjà ?

Face aux cas les plus flagrants de « détresse numérique », le juge devrait toutefois trouver, dans l'article 792 du Code judiciaire, un éventuel palliatif : ne peut-il en effet pas décider, « si aucune adresse électronique n'est connue » ou « si la notification à

(1) <https://statbel.fgov.be/fr/themes/menages/utilisation-des-tic-aupres-des-menages>.

(2) <https://www.itsme-id.com/fr-BE/blog/resultatsannuels>.

(3) L. FAURE e.a., *Baromètre de l'in-*

clusion numérique 2022, <https://kbs-frb.be/fr/barometre-inclusion-numerique-2022>.

(4) *Ibidem*, p. 62.

(5) *Ibidem*, p. 16.

l'adresse électronique a manifestement échoué », que la notification se fera « par simple lettre » ?

Ce n'est pas trop forcer ce texte que de considérer que le juge, usant ici d'un pouvoir d'appréciation souverain, puisse sur cette base imposer que le jugement soit, comme naguère, notifié par pli simple à la partie dont il peut anticiper qu'elle ne sera manifestement pas en état d'y ac-

céder via la plateforme Just-On-Web.

Arnaud HOC
Professeur invité à l'UCLouvain
Avocat au barreau de Bruxelles

Jean-François van DROOGHENBROECK
Professeur ordinaire à l'UCLouvain
Professeur invité à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)
Avocat au barreau de Bruxelles



Échos

To be or not to be in Belgium.

Qui peut jeter la pierre à un homme qui cherche à être heureux ? N'est-ce point ce qui est devenu l'*Alpha* et l'*Omega* de la majorité des hommes, même si l'on fait abstraction des fous de Dieu et autres illuminés qui tentent de justifier leurs satisfactions sadomasochistes sous le couvert de préceptes religieux dont le succès montre l'extrême fragilité de notre espèce ?

Il est des hommes qui ont la chance — ou la malchance selon ce que l'on retiendra de l'histoire — d'avoir une vocation, un destin, voire simplement une passion qui les fera avancer dans une direction dont rien ne pourra les détourner. Si tel n'est pas le cas du citoyen *lambda*, qui essaie tant bien que mal de vivre aussi bien qu'il peut compte tenu de sa naissance, de son environnement ou de ses capacités, certains plus doués que d'autres feront une brillante carrière qui leur permettra d'atteindre les sommets qu'ils convoitaient. On peut songer à des Bernard Arnault, Elon Musk, Jeff Bezos, Mark Zuckerberg, Larry Ellison, Warren Buffett, Bill Gates ou Larry Page ou Sergey Brin dans le domaine des affaires. Mais également à tous ceux qui convoitent le pouvoir et la puissance par d'autres approches, dirigeants de pays, ministres, présidents de parti, ou simplement inventeurs, scientifiques plus ou moins doués, plus ou moins honnêtes ou sincères, qui font parler d'eux dans un monde hypermédiatisé où nous nous savons tous manipulés sans savoir comment

prendre du recul par rapport à la marche du temps et des événements naturels ou induits par les choix d'individus que seule l'histoire jugera sur les décombres de leurs idées.

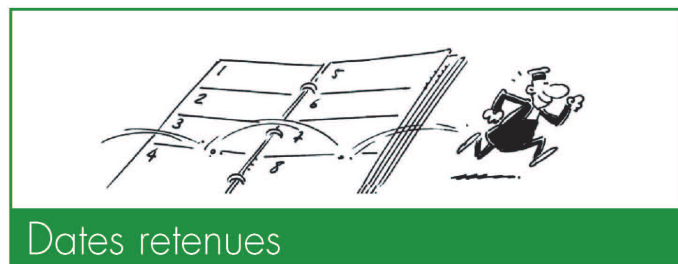
Christian de Duve, prix Nobel de médecine en 1974, était tombé amoureux de celle qui devait partager sa vie jusqu'en 2008, alors qu'il avait 26 ans et il lui avait déclaré sa flamme en lui demandant sa main « à condition qu'elle accepte de vivre avec sa maîtresse : la science ». Curieuse déclaration mais qui éclaire bien la force irrésistible de cette passion. À l'inverse, chez les présidents de parti ou ministres qui changent de portefeuille au gré des alliances électorales, il est rare que l'on puisse trouver des politiciens animés par une vraie passion, quand bien même l'on devrait saluer certains d'entre eux qui, fidèles à leurs choix de société, acceptent de quitter le giron protecteur de l'appareil de leur parti et de courir le risque de manquer une réélection, pour tenter d'aider le pays à trouver les voies d'un présent plus juste et d'un avenir meilleur.

Alors faut-il s'étonner des choix du ministre de la Justice qui, confronté aux problèmes insolubles de son département, privé des moyens qui l'eussent aidé à remplir le cadre des magistrats et résorber un arriéré judiciaire endémique à l'origine de condamnations de juridictions nationales et supranationales, découvre avec horreur que le bateau dont il vient d'être nommé capitaine fait eaux de toutes parts. Que les prisons soient surpeuplées, ce n'est pas une surprise. Qu'elles

soient insalubres au point d'avoir valu à l'État belge des centaines de condamnations, parfois avec astreintes, inexécutées pour cause d'insolvabilité, ce n'est pas davantage un scoop. Qu'il y ait des violences notamment du fait de « matons » anxieux ou sadiques, sûrs de leur pouvoir très relatif dont l'usage déraisonnable accroît des tensions omniprésentes, rien de bien nouveau. Mais qu'il ait fallu trois jours pour que le directeur de la prison d'Anvers soit informé qu'un détenu a été torturé, violenté et violé, trois jours durant, par cinq codétenus qui ont tenté d'user et d'abuser de leur victime jusqu'à plus soif, cela montre qu'il y a quelque chose de pourri au royaume de Belgique, comme eût pu l'écrire le grand Shakespeare. Alors, comment réagir face à cette abomination ? Il n'est point besoin d'attendre une énième condamnation de la Cour de Strasbourg pour comprendre que fermer la cellule des tortures et mettre en détention... les détenus tandis que la victime se débat entre la vie et la mort n'est pas suffisant et qu'il est impératif de prendre les mesures

qui permettront à la Belgique de pouvoir prétendre disposer d'un appareil judiciaire et carcéral aux normes européennes.

Mais hélas, cette réaction se fera attendre car le ministre a trouvé d'autres urgences. Un saut à Dubaï pour veiller à la parfaite extradition d'un baron de la drogue anversoise, voilà qui interpelle. Si l'on peut se féliciter de ce que l'adage anglais « Justice has not only to be done but must also be seen to be done » soit devenu une norme juridique, doit-on s'inquiéter de constater que les personnes qui sont parvenues aux postes de responsabilité les plus importants de notre pays puissent, entre l'urgence de gérer une crise de société et un voyage dont l'agrément semble prendre le pas sur l'utilité politique et judiciaire, faire un choix qui ne peut que stupéfier les citoyens qui, jour après jour, découvrent que les faiblesses des hommes sont celles d'une démocratie qui ouvre la brèche à la confiscation d'un pouvoir malade par des malades du pouvoir qui ont déjà montré les dramatiques dérives de leurs certitudes.



Dates retenues

Le **Conseil central de surveillance pénitentiaire** organise, le **vendredi 19 avril**, un colloque sur le thème « Trois ans de droit de plainte. Évaluation et perspectives ». — Programme :

9 h : accueil des participants.

9 h 30 : « Une analyse quantitative et qualitative du droit de plainte en Belgique », par le Conseil central de surveillance pénitentiaire.

10 h 15 : « Le droit de plainte aux Pays-Bas : un recours mature qui souffre de son âge ? », par P. Jacobs.

11 h 20 : « Le droit de plainte, une réelle avancée face à l'arbitraire » pénitentiaire ? », par V. Lebrun.

11 h 50 : « Le directeur de prison néerlandais et la commission de plainte : *friends with benefits* ? », par D. Vetker et D. de Gooijer.

12 h 20 : discussion.

13 h 30 : « La commission des plaintes et le directeur de prison : comme l'eau et le feu ? », par M. Lansbergen et J. Laffineur.

14 h : « Droit de plainte : le point de vue de l'avocat (belge) », par L. Laperche.

14 h 30 : « Le conseil juridique dans la prison néerlandaise », par J. Serrarens.

15 h 20 : table ronde en dialogue avec la salle avec T. Daems, M.-A. Beernaert, les intervenants, T. Janssens et A. Janssens.

17 h 30 : fin du colloque.

Lieu : ULB Campus du Solbosch, bâtiment S, salle Dupréel, avenue Jeanne 44 à 1050 Bruxelles.

Renseignements et inscriptions : <https://ccsp.belgium.be/actualites/>.