

des vices cachés, est tardive, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Sur le troisième moyen.

Quant à la première branche.

Par un accord procédural explicite, les parties peuvent lier le juge sur un point de droit ou de fait sur lequel elles entendent circonscrire le débat.

Après avoir relevé qu'« il est admis par les parties que le contrat du 8 octobre 1991 constitue un contrat d'entreprise; la question n'est pas discutée » et constaté que « dans ses écrits de procédure, [la demanderesse] n'a jamais expressément rejeté le fondement du contrat d'entreprise, ce qui est exact », l'arrêt au 20 juin 2006 énonce qu'« il n'en demeure pas moins que, lorsque la question de l'examen du litige sous l'angle du contrat d'entreprise lui a été expressément posée par la cour [d'appel] à l'audience du 13 décembre 2005, [la demanderesse] a confirmé oralement ce qu'elle avait toujours soutenu par écrit : "les parties ont toujours envisagé le litige sur la base du contrat de vente" [...] et elle n'a pas demandé à être autorisée à prendre de nouvelles conclusions, fût-ce à titre subsidiaire ».

En déduisant de ces énonciations que les parties avaient conclu un accord procédural pour exclure la qualification de contrat d'entreprise et ne retenir que celle de contrat de vente, l'arrêt méconnaît tant le principe dispositif que le principe suivant lequel le juge est tenu de déterminer et d'appliquer la norme juridique qui régit la demande portée devant lui.

Dans cette mesure, le moyen en cette branche est fondé.

Sur les autres griefs.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres branches des deuxième et troisième moyens, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

[Dispositif conforme aux motifs.]

NOTE. — (1) L'arrêt annoté consolide en termes très nets sa nouvelle jurisprudence clarifiant et réorganisant d'heureuse manière les rôles, devoirs et pouvoirs respectifs du juge et des parties d'un procès civil (voy. Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659 note J. VAN COMPERNOLLE; *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL; *Pas.*, 2005, I, p. 862, concl. av. gén. Ph. De Koster, ainsi que Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, p. 5, obs. M. GRÉGOIRE; *adde*, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en mutation - Hommage à Alphonse Kohl*, Liège, Anthemis, 2007, pp. 252 et s., n^{os} 48 et s.). (2) L'arrêt annoté complète cette jurisprudence par la précision, heureuse elle aussi, selon laquelle les devoirs et pouvoirs du juge ne sont tenus en échec qu'en présence d'accords procéduraux véritablement « explicites » (rapp. Cass., 2 juin 2005, *J.T.*, 2006, p. 149, concl. av. gén. A. Henkes et note). Ce faisant, il dissipe les dernières hésitations que pouvait encore susciter la nouvelle donne (cons., sur cette ultime controverse, M. GRÉGOIRE, *op. cit.*, spécialement p. 60, n^{os} 109-111 et les réf. citées et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 280 et s., n^{os} 68 et s. et les réf. citées).

J.-F. VAN DROOGHENBROECK

I. RÉFÉRÉ. — Matière civile. — Requête unilatérale (art. 584, al. 3, C. jud.). — Limites de l'action du juge. — Apparences de droit(s). — Balance des intérêts. — Presse. — Pages satiriques d'un hebdomadaire. — Atteinte à l'honorabilité des personnes. — Interdiction de diffuser l'hebdomadaire. — II. PRESSE. — Liberté de la presse. — Limites. — Atteinte à l'honorabilité des personnes. — Pages satiriques d'un hebdomadaire. — Interdiction de diffusion par le juge des référés.

Civ. Bruxelles (réf.),
6 novembre 2008

Siég. : C. Hayez (juge f.f. prés.).

Plaid. : MM^{es} P. Meyaerts, E. Anthonis, V. De Wolf, M. Uyttendaele et J. Sautois.

(Oosterwaal c. Koekelberg et Ricour.).

I. *Saisi d'une requête unilatérale tendant d'extrême urgence à l'interdiction de diffuser un hebdomadaire déjà publié, le juge des référés doit, dans les limites des apparences de droits marquant les contours de son intervention au provisoire, effectuer une balance des intérêts entre la liberté de la presse et le droit au respect de la vie privée.*

II. *La presse peut critiquer, dénoncer, bousculer et même provoquer. Lorsqu'elle s'exprime de manière satirique, elle doit cependant se garder de verser dans l'injure et dans l'atteinte à la dignité, à l'honneur et à la réputation de personnes qui ne peuvent être considérées comme des personnages publics.*

Cadre du litige et objet de la demande.

M. Oosterwaal est l'éditeur responsable de l'hebdomadaire *Humo*.

Mme Ricour et M. Koekelberg ont déposé le mardi 4 novembre 2008 dans le courant de l'après-midi deux requêtes unilatérales distinctes tendant en extrême urgence à condamner M. Oosterwaal eu sa qualité d'éditeur responsable d'*Humo* :

« — à prendre toutes les mesures nécessaires pour retirer dans les trois heures de la signification de l'ordonnance à intervenir tous les exemplaires de l'hebdomadaire *Humo* de ce 4 novembre 2008 dans tous les points de vente où celui-ci a été diffusé, et ce, sous peine d'une astreinte de 250 EUR par exemplaire qui y serait encore exposé à la vente, passé le délai ci-dessus;

» — de lui faire interdiction de distribuer ultérieurement tout nouvel exemplaire qui comprendrait le même article ».

a firm with reach

Are you ambitious and highly motivated with a first class Belgian academic record and one to three years' experience in Belgian tax law?

Do you have excellent French and English, with a knowledge of Dutch?

Do you enjoy working in a small team in an international environment?

Our small, but highly reputable, Belgian tax team is looking to recruit lawyers fitting this description. You will work alongside Prof Dr Axel Haelterman on a variety of high-profile cases, in an advisory capacity as well as in fiscal procedural matters.

Our Brussels office offers a dynamic, multicultural and supportive legal environment with approximately 80 lawyers, including 16 partners, all of which work on many of the cutting-edge high-profile national and international antitrust, competition and trade, corporate, finance and tax law cases.

Please send your application letter and CV to

Britta Loxham
HR manager
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Place du Champ de Mars/
Marsveldplein 5
B-1050 Brussels
T +32 2 504 7166
F +32 2 404 7166
E britta.loxham@freshfields.com

www.freshfields.com

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

M. Koekelberg demandait, en outre, qu'il soit fait injonction aux libraires situés à proximité de son domicile (situé à Perwez), mieux précisés dans la requête, de retirer de la vente, dès la signification de l'ordonnance à intervenir, tous les exemplaires de l'hebdomadaire *Humo* de ce 4 novembre 2008, sous peine d'astreinte de 250 EUR par exemplaire encore exposé à la vente après celle-ci.

Mme Ricour demandait, en outre qu'il soit fait injonction aux libraires situés à proximité de son domicile (situé à Deux-Acren), mieux précisés dans la requête, de retirer de la vente, dès la signification de l'ordonnance à intervenir, tous les exemplaires de l'hebdomadaire *Humo* de ce 4 novembre 2008, sous peine d'astreinte de 250 EUR par exemplaire encore exposé à la vente après celle-ci.

Nos ordonnances du 4 novembre 2008 ont fait droit à la demande des requérants.

Les parties s'accordent pour dire que ces ordonnances ont été signifiées le même jour dans la soirée (heure non précisée).

Après avoir obtenu, le 5 novembre 2008, une abréviation du délai de citer pour le même jour, M. Oosterwaal a lancé une citation en tierce opposition le 5 novembre 2008 tendant à obtenir la rétractation des ordonnances.

A titre subsidiaire, dans le cadre de la motivation de la citation (non reprise au dispositif), il sollicitait une diminution des astreintes.

Cette demande est formulée au dispositif des conclusions qu'il dépose à l'audience de ce 5 novembre de même qu'une demande visant à la suppression des astreintes.

Le numéro paru le 4 novembre 2008 de l'hebdomadaire *Humo* reprend en page 175 dans la rubrique « Het gat van de wereld » un montage photographique comprenant six photos :

- une photo représentant notamment M. Koekelberg, Mme Ricour dans le cadre apparemment d'une cérémonie officielle, vu le nombre d'hommes en uniforme présents sur la photo;
- une photo représentant face à une bibliothèque Mme Ricour et une autre dame;
- une photo de deux dames dans une piscine (dont le visage de l'une, à la suite d'un montage, est celui de Mme Ricour);
- une photo de deux femmes nues enlacées (dont le visage de l'une à la suite d'un montage, est celui de Mme Ricour);
- une photo de deux femmes nues couchées de part et d'autre d'un homme également nu, tenant le sexe de l'homme (les parties génitales sont masquées), les visages de ces personnages étant remplacés, pour l'une des deux femmes, par le visage de Mme Ricour et, pour l'homme, par le visage de M. Koekelberg;
- une photo représentant le visage de M. Koekelberg (avec un képi) et à l'avant-plan le visage de deux femmes dont l'une lui pratique une fellation, l'autre visage représentant la photo du visage de Mme Ricour.

Discussion.

1. Préable : connexité.

Les parties s'accordent pour que les deux affaires introduites distinctement soient traitées de manière connexe.

2. Il est utile de rappeler que la procédure contradictoire est la règle, la procédure sur requête unilatérale devant demeurer l'exception dès lors qu'elle déroge au principe général de droit imposant le respect des droits de la défense (H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédure et recours », in *Le référé judiciaire*, éd. du Jeune barreau, 2003, p. 85 et références citées).

Une situation d'extrême urgence ou d'absolue nécessité engendre devant le président du tribunal une procédure introduite par requête unilatérale et ne donnant pas lieu à un débat contradictoire.

Le demandeur en tierce opposition ne conteste pas comme tel le moyen de procédure utilisé par les défendeurs sur opposition, mais poursuit la rétractation des ordonnances rendues sur requête unilatérales, en opérant essentiellement une balance des intérêts en présence, estimant que « l'interdiction de diffusion de l'hebdomadaire *Humo* était et (serait si elle devait être confirmée à l'issue, du débat contradictoire ouvert par la citation en tierce opposition) une mesure non nécessaire dans une société démocratique, et par conséquent disproportionnée, contraire à l'article 10, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », ajoutant que cette mesure porte gravement atteinte aux intérêts — notamment financiers — du demandeur sur tierce opposition.

3. Portée du débat : effet dévolutif de la tierce opposition.

Rappel des principes.

La tierce opposition contre une ordonnance rendue sur requête unilatérale possède un effet dévolutif, de telle sorte que, même si le tribunal constate que les conditions de la procédure sur requête unilatérale ne sont pas réunies, il peut néanmoins connaître du litige, mais cette fois-ci sous le bénéfice d'une procédure contradictoire (J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire - Référé », *J.L.M.B.*, 2005, p. 162).

Ainsi, « le juge saisi de la tierce opposition exerce sa pleine juridiction sur ce qui a été décidé dans la décision litigieuse et ce qui concerne la position du tiers. Dans ces limites, le tiers peut invoquer tous moyens de fait et de droit et, en principe, il n'est pas limité en cela par l'attitude procédurale qui avait été adoptée par les parties dans l'instance initiale » (Cass., 29 juin 2006, R.G. n° C.05.0478.N).

Une fois reçue, la tierce opposition constitue, sous une forme contradictoire, le « prolongement » ou la « poursuite » du débat introduit unilatéralement par la requête (H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 117), ce qui implique que le défendeur sur opposition reste en réalité le demandeur à qui incombe la charge de la preuve. A l'inverse, le tiers opposant se trouve « dans une situation semblable à celle où il se serait trouvé s'il était intervenu dans l'instance pour résister à l'action ».

Application au cas d'espèce.

Il y a lieu dès lors d'examiner si les conditions de fond d'une procédure en référé ordinaire

sont réunies, et notamment l'urgence et l'apparence de droit.

L'urgence.

La juge doit examiner d'office l'urgence et il s'agit d'une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge sous réserve du fait que l'urgence est une notion légale (voy. M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions en référés », in *Le référé judiciaire*, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2003, p. 124 et note 6).

La notion légale de l'urgence, au sens de l'article 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, est définie par la Cour de cassation comme suit : il y a urgence dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux rend une décision immédiate souhaitable (Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, 1908) susceptibles de s'amplifier de jour en jour et d'engendrer un préjudice d'une gravité certaine qui peut être considéré comme difficilement réparable en toutes ses facettes et comme susceptible de le devenir davantage.

Au sens de l'article 584 du Code judiciaire, il y a urgence dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux rend une décision immédiate souhaitable. Le recours au référé est dès lors possible, lorsque la procédure ordinaire est impuissante à résoudre le différend en temps utile (Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, I, 1167; Cass., 13 septembre 1990, *Pas.*, I, 41).

En l'espèce, l'urgence dans la mise en œuvre de la procédure ne peut être déniée aux actuels défendeurs sur opposition, de même que la persistance de l'urgence au moment de la clôture des débats.

L'apparence de droit.

Il y a urgence là où la protection rapide du droit ou de l'intérêt menacé par l'écoulement du temps ne s'effectue qu'aux dépens d'un intérêt ou d'un droit de valeur moindre (Ph. JESTAZ, cité par P. MARCHAL, « Les référés », *Rép. not.*, t. XIII, 1992, p. 47 et par X. DIEUX, « La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés », *R.C.J.B.*, 1987, p. 258).

Elle amène le juge des référés à rechercher si l'accueil de la demande entraînerait pour le défendeur un préjudice plus grand que celui provoqué, au détriment du demandeur, par le rejet de la demande et le fait de laisser les choses en l'état.

Cette comparaison des deux préjudices éventuels peut reposer sur des éléments de fait telle leur importance économique respective mais aussi, sur la qualité de la démonstration des droits menacés (P. MARCHAL, « Les référés », *Rép. not.*, t. XIII, 1992, p. 47 et références citées).

La défense, faite par l'article 1039 du Code judiciaire aux ordonnances de référés de porter préjudice au fond, n'interdit pas au juge d'examiner les droits des parties, sous réserve de ne point ordonner des mesures qui porteraient à celle-ci un préjudice définitif et irréparable (Cass., 9 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 43 et s., *ici p.* 50).

La liberté de la presse est consacrée par l'article 10 de la Convention européenne de

sauvegarde des droits de l'homme et par les articles 19 et 25 de la Constitution, alors que le droit au respect de la vie privée trouve son fondement dans l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans l'article 22 de la Constitution.

Lorsque surgit un conflit d'intérêt important entre la liberté de la presse, complément naturel de la liberté de pensée, et le respect des droits et liberté d'autrui et notamment du droit à l'image et au respect de la vie privée, il y a lieu de pondérer les droits, libertés ou intérêts en concours et de vérifier si l'atteinte portée à la liberté du journaliste n'excède pas ce que commande la sauvegarde du droit individuel (Bruxelles, 5 février 1999).

Le demandeur sur tierce opposition reconnaît d'ailleurs qu'une interdiction de diffusion judiciaire n'est, en vertu des principes rappelés ci-dessus, « possible que de manière exceptionnelle lorsqu'une atteinte évidente et injustifiée a été commise à l'égard de la vie privée ».

Il nous appartient dans le cadre d'un débat au provisoire d'opérer dans les limites de notre saisine, une balance des intérêts en présence et de rappeler qu'en l'espèce, un retrait de vente ne peut être assimilé à de la censure (définie comme tout contrôle préalable avant publication) (S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Academia - Bruylant, éd. 2000, p. 534).

A cet égard, les intérêts en présence sont — en résumé —, d'un côté la liberté de la presse et, de l'autre, le droit au respect de la vie privée.

Ainsi, le préjudice allégué par M. Oosterwaal à la suite du retrait de la vente de l'hebdomadaire (frais du retrait proprement dit qui a imposé au distributeur des démarches coûteuses, conséquences financières auprès des annonceurs, nécessité d'une nouvelle publication coûteuse de l'hebdomadaire, sans les photos litigieuses) ne concerne que les conséquences de l'exécution de l'ordonnance rendue sur requête unilatérale mais non le débat qui s'opère contradictoirement en amont.

M. Oosterwaal considère que le « photo-montage » litigieux participe de la satire, « qui ne peut porter atteinte à la vie privée de quiconque, mais vise à communiquer et à exprimer une opinion »; cette satire serait évidente, dès lors que le montage photo est opéré de manière à ce point grossière qu'il est évident qu'il ne peut s'agir de faits réels et qu'il n'a aucunement l'ambition de nuire à ceux ou celles qui en sont la cible mais a pour unique objectif de faire rire le lecteur.

Le magazine *Humo* ne peut cependant être considéré comme un journal satirique dans son ensemble, mais comme un hebdomadaire touchant un large public, comportant de nombreux articles de fond ainsi que les programmes de télévision, distribué (selon le chiffre qui nous est exposé à l'audience) à 250.000 exemplaires.

Certes, le magazine *Humo* publie, chaque semaine, une double page intitulée « Het gat van de wereld », comportant notamment des informations et des commentaires impertinents, des montages photos censés faire rire le lecteur, sur un mode satirique (un des exemplaires déposés représente d'ailleurs

M. Koekelberg en uniforme juché sur un char carnavalesque...).

Le fait que le montage photo litigieux ait été publié dans cette double page confirmerait, selon le demandeur, son caractère satirique, ce qui exclut *ipso facto* une quelconque atteinte à la vie privée.

Il est admis que la presse peut critiquer, dénoncer, bousculer... y compris en ayant recours à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation (C.E.D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique*, 24 février 1997, *Journ. procès*, n° 323, 1997, p. 26).

Cependant, en l'espèce, il ressort de l'argumentation de Mme Ricour et de M. Koekelberg que ce n'est pas la liberté d'expression d'un hebdomadaire (dans ses deux pages satiriques) qui en tant que telle était visée par la demande initiale, mais en réalité la manière dont cette liberté d'expression qui, sous couvert de la satire, se soit autorisée à prêter à deux personnes des comportements intimes, en abusant de leur droit à l'image et en les présentant de manière injurieuse, portant atteinte à leur dignité, à leur honneur et à leur réputation.

Il est à cet égard indifférent, contrairement à ce qui est soutenu par les défendeurs sur tierce opposition, que ces photos aient pu créer une confusion chez le lecteur « lambda » croyant se trouver face à des photos « réelles ».

Cependant, les photos litigieuses présentées avec des photos officielles sont publiées dans un contexte particulier, relayé par les médias, et qualifié par le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 15 octobre 2008 en cause *Ricour* (n° 187.100) comme des ragots, selon lesquels Mme Ricour aurait pu bénéficier d'une promotion « canapé » grâce à M. Koekelberg.

En l'espèce, ni Mme Ricour ni M. Koekelberg ne peuvent être considérés comme des personnages publics, même si le battage médiatique dont ils sont l'objet depuis des mois les ont mis au devant de la scène (le fait que Mme Ricour ait notamment accordé une interview dans un hebdomadaire francophone n'en fait pas pour autant un personnage public, ni la fonction de commissaire général de la police fédérale de M. Koekelberg).

Il apparaît certain que le journaliste avisé et prudent doit, non seulement dans le cadre d'informations relatives à la vie publique, relater les faits avec exactitude, mais doit aussi, spécialement dans le cadre d'affaires sensibles telles que celles qui ont secoué l'opinion, tenir compte de l'impact que peuvent avoir ses révélations et du discrédit qui peut irrémédiablement être jeté sur la personne faisant l'objet de celle-ci (Civ. Bruxelles, 16 décembre 1997, *Dr. médias*, 1998, p. 260).

Il est communément admis, tant par la déontologie des journalistes d'investigation que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par la jurisprudence interne, que les principes suivants doivent être scrupuleusement suivis par les journalistes :

— s'agissant de faits, il convient que leur véracité ait été recherchée dans toute la mesure des moyens mis à la disposition du journaliste, qui doit agir avec objectivité, loyauté et discernement. Cela implique, notamment, le recoupement et la vérification des sources d'informa-

tion (voy. notamment Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 10; Civ. Bruxelles, 23 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 579);

— s'agissant de jugements de valeur qui, par définition ne peuvent être soumis à une exigence d'exactitude, il convient de ne pas tomber dans l'injure ou l'atteinte fautive à l'honneur et à la réputation;

En l'espèce, l'utilisation de l'image des défendeurs sur opposition a été opérée dans un contexte gravement attentatoire à leur honorabilité, préjudice s'aggravant au fur et à mesure de l'écoulement du temps durant lequel l'hebdomadaire restait présent à la vente.

Les défendeurs exposent que la publication de ces images, dans leur entourage géographique, personnel et professionnel, était de nature à provoquer un dommage grave, aggravé par l'écoulement du temps, ce qui a justifié le moyen de procédure utilisé (non contesté par M. Oosterwaal) et l'urgence (non contestée par M. Oosterwaal).

C'est en vain que M. Oosterwaal fait état d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 janvier 2007 en une cause qui ne peut, en aucune manière, être considérée comme similaire dès lors que la Cour a sanctionné les autorités autrichiennes pour avoir fait interdiction à une association d'exposer une toile d'un peintre Otto Mühl; cette toile représentait deux personnages politiques, aux yeux masqués et aux corps représentés de manière irréaliste dans une mise en scène obscène qui rentrait dans le cadre d'une expression artistique.

Que ce n'est donc pas l'existence d'une presse satirique qui est en cause en l'espèce, ce type de critique étant essentiel dans une société démocratique, mais le droit invoqué à juste titre par Mme Ricour et M. Koekelberg au respect de la vie privée tel qu'il lui est reconnu par les articles 8 de la Cour européenne des droits de l'homme et 22 de la Constitution, qui apparaît *prima facie*, comme violé.

Que l'ordonnance du 4 novembre 2008 sera confirmée sur ce point, la tierce opposition étant déclaré recevable, mais non fondée.

Quant à l'exigibilité de l'astreinte.

M. Oosterwaal sollicite, à titre subsidiaire, la suppression ou à tout le moins la réduction de manière significative des astreintes.

Il expose qu'il n'y a aucune indication qui donnerait à penser qu'il pourrait refuser de se conformer à la mesure d'interdiction.

Il indique que les ordonnances ont été signifiées à 20 h 55.

Il expose que le montant de l'astreinte de 250 EUR est disproportionné, arguant de l'impossibilité pour lui de se rendre dans tous les points de vente du pays et qu'il n'est pas en mesure de contrôler et de prendre lui-même les mesures adéquates afin d'assurer une totale conformité avec une mesure d'interdiction judiciaire.

Les défendeurs sur opposition considèrent que cette demande, formulée à l'audience par voie de conclusions déposées à la barre, doit être déclarée irrecevable. Cependant, cette demande se fonde sur des éléments repris expressément en termes de motivation de la citation en tierce opposition et à ce titre, sera déclarée recevable.

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

» Dans la mesure où l'astreinte était acquise avant que l'impossibilité se fût produite, le juge ne peut la supprimer ni la réduire ».

En l'espèce, le dispositif des ordonnances était libellé comme suit : il était fait injonction à l'éditeur responsable « de prendre toutes les mesures nécessaires pour retirer dans les trois heures de la signification de l'ordonnance à intervenir tous les exemplaires de l'hebdomadaire *Humo* de ce 4 novembre 2008 dans tous les points de vente où celui-ci a été diffusé, et ce, sous peine d'une astreinte de 250 EUR par exemplaire qui y serait encore exposé à la vente, passé le délai ci-dessus;

» de lui faire interdiction de distribuer ultérieurement tout nouvel exemplaire qui comprendrait le même article ».

Il apparaît de la pièce 6 déposée par M. Oosterwaal que les mesures nécessaires semblent avoir été prises par lui pour respecter la décision du 4 novembre 2008 (lettre A.M.P., e-mails, messages sur site web destiné aux points de vente, sur le site web de *Humo*, communiqué de presse, contacts téléphoniques) : il n'existe pas d'obligation de résultat ni une obligation de contrôle des points de vente mis à charge de l'éditeur responsable.

Il apparaît que M. Oosterwaal ne peut justifier à ce stade d'aucune impossibilité d'exécuter l'ordonnance : sa demande de suppression de l'astreinte doit, partant, être déclarée non fondée.

Quant au montant de l'astreinte.

M. Oosterwaal postule subsidiairement la réduction de l'astreinte fixée par notre ordonnance à 250 EUR par exemplaire ci demande qu'elle soit portée à 1 EUR.

Pour les motifs exposés ci-dessus, il n'y a pas lieu à réduction du montant de l'astreinte.

Néanmoins, il se justifie de prévoir un plafond maximum d'astreinte de 25.000 EUR, qui tient compte du caractère dissuasif de l'astreinte.

[Dispositif conforme aux motifs.]



Pour connaître nos dernières parutions, consultez notre catalogue sur internet :

www.larcier.com

I. COURS ET TRIBUNAUX. — Compétence. — Connexité. — Conditions. — Vérification de la compétence des deux juridictions saisies par le juge saisi de l'exception. — II. OBLIGATIONS CONTRACTUELLES. — Formation du contrat. — Offre et acceptation. — Conditions générales contradictoires. — « Battle of forms ».

Comm. Mons (2^e ch.),
6 novembre 2008

Siég. : D. Mougnot (prés. ch.), P. Battard et J.-F. Galer (juges cons.).

Plaid. : MM^{es} C. Knockaert loco Fr. Libert et J. De Chaffoy.

(s.a. Sotrelco c. s.a. E.M.J. Lighting Company).

I. Il n'y a connexité entre deux causes, et le cas échéant jonction de celles-ci devant l'une des deux juridictions saisies, que si ces dernières sont toutes deux compétentes. La vérification de ces deux compétences appartient à la juridiction saisie de l'exception de connexité.

II. S'il n'émet pas de protestation, l'offrant est présumé accepter les conditions générales jointes à l'acceptation. Par contre, s'il réagit, les conditions générales des parties s'annulent, dans la mesure de leur incompatibilité, au profit de l'application du droit commun.

I. Exposé des faits.

Le 11 avril 2007, la s.a. Sotrelco commanda à la s.a. E.M.J. Lighting 40 mâts avec luminaires, destinés à des travaux à l'hôpital psychiatrique du Chêne aux Haies à Mons.

La livraison de la marchandise eut lieu en août et septembre 2007.

Des problèmes de conformité apparurent. Ils ne purent être réglés par les contacts amiables entre parties.

Le 4 mars 2008, la s.a. E.M.J. Lighting assigna la s.a. Sotrelco et son fournisseur devant le juge des référés du tribunal de commerce de Turnhout. Celui-ci se déclara compétent et désigna un expert, par ordonnance du 28 mars 2008.

Le 28 mars 2008, la s.a. E.M.J. Lighting assigna la s.a. Sotrelco devant le tribunal de commerce de Turnhout, en vue d'obtenir le paiement de ses factures.

Le 4 avril 2008, la s.a. Sotrelco assigna la s.a. E.M.J. Lighting devant le tribunal de commerce de Mons, en vue d'obtenir la résolution du contrat et la condamnation de la s.a. E.M.J. Lighting à lui payer des dommages-intérêts. Il s'agit de la présente procédure.

II. Objet de la demande.

La s.a. Sotrelco sollicite la résolution du contrat de vente et la condamnation de la s.a. E.M.J. Lighting à payer la somme de 10.000 EUR à titre provisionnel, augmentée des intérêts et des frais. Elle souhaite également que l'exécution provisoire soit accordée, avec exclusion du cantonnement.

III. Discussion.

Les parties se sont accordées à limiter les débats à la question de la compétence du tribunal.

A. Position des parties.

1. Position de la s.a. Sotrelco.

La s.a. Sotrelco a expressément indiqué dans son bon de commande que ses conditions générales étaient d'application. Cette mention n'a pas été contredite par la s.a. E.M.J. Lighting.

Il y a lieu d'appliquer la théorie du dernier mot. Or, la dernière partie à s'exprimer sur la compétence du tribunal est la s.a. Sotrelco.

Subsidiairement, il y a lieu d'en revenir au droit commun. Les tribunaux de Mons seraient alors compétents comme lieu d'exécution de l'obligation en litige.

2. Position de la s.a. E.M.J. Lighting.

La s.a. E.M.J. Lighting relève qu'une demande identique a été introduite devant le tribunal de commerce de Turnhout. Elle soulève dès lors la litispendance et sollicite la jonction des causes. Celle-ci s'opérera par le renvoi de la présente cause devant le tribunal premier saisi, en application de l'article 565 du Code judiciaire.

Subsidiairement, elle relève que l'examen des documents contractuels révèle que c'est elle-même qui a eu le dernier mot concernant la compétence du tribunal appelé à connaître d'un éventuel litige.

B. Examen par le tribunal.

1. La litispendance.

Selon l'article 29 du Code judiciaire, il y a litispendance toutes les fois que des demandes sont formées sur le même objet et pour la même cause, entre les mêmes parties agissant en même qualité, devant plusieurs tribunaux différents compétents pour en connaître et appelés à statuer au premier degré de juridiction.

Il faut donc qu'il y ait identité entre les deux procédures.

La demande introduite par la s.a. Sotrelco dans le cadre de la présente procédure tend à la résolution du contrat et l'allocation de dommages-intérêts.

La citation au fond devant le tribunal de commerce de Turnhout tend au paiement de factures.

Dès lors que l'objet des deux demandes n'est pas identique, il ne peut y avoir de litispendance.

En revanche, il existe un lien objectif évident entre ces deux procédures : dans l'une comme l'autre, le juge va devoir apprécier la conformité de la chose livrée pour statuer sur les demandes formées par les parties.

Il s'agit donc d'un problème de connexité et non de litispendance.