

## **Conclusions du parquet près la Cour de justice Benelux**

dans l'affaire A 2012/1

en cause de

la société anonyme ESPAL

contre

le syndicat des copropriétaires de la résidence ILOT du NORD

### **I. Procédure devant la Cour**

La Cour d'appel de Luxembourg, première chambre siégeant en matière civile, a, par arrêt du 26 octobre 2011, saisi la Cour de justice Benelux de la question préjudicielle suivante :

*«Est-ce qu'une pénalité prononcée, à titre d'astreinte, sans prévoir un quelconque délai d'exécution ou délai de grâce pendant lequel elle n'est pas encourue, bien qu'il soit manifeste à la date de la décision qui la prononce qu'une exécution instantanée de la condamnation principale est impossible et que cette exécution exige des travaux qui s'étendent nécessairement sur une durée prolongée, se calculant en jours, voire en semaines, de sorte qu'il est impossible au condamné d'éviter la charge de la pénalité quelle que soit la diligence déployée, peut être qualifiée d'astreinte au sens de la loi uniforme, compte tenu du pouvoir d'appréciation reconnu au juge pour fixer les modalités de l'astreinte?»*

La question préjudicielle a été transmise au greffe de la Cour le 6 février 2012.

Un mémoire a été déposé au greffe de la Cour Benelux, le 26 mars 2012, par la partie intimée dans la procédure au principal, le syndicat des copropriétaires de la Résidence Ilot du Nord, et, le 6 avril 2012, par la partie appelante dans la procédure au principal, la société anonyme Espal.

## **II. Faits et antécédents procéduraux**

Par ordonnance de référé du 18 avril 2008, la société anonyme Espal a été condamnée à faire cesser les travaux exécutés sans autorisation de l'assemblée des copropriétaires sur les parties communes de la Résidence Ilot du Nord et à procéder à une remise des lieux dans leur pristin état et ce à partir du prononcé de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 5.000 € par jour de retard, astreinte plafonnée à 125.000 €.

Par arrêt du 18 juin 2008, la Cour d'appel, siégeant en matière d'appel de référé, a confirmé le principe de l'astreinte prononcée par le juge des référés, mais elle a, par réformation de l'ordonnance, dit que celle-ci ne courrait qu'à partir de la signification de l'ordonnance de référé.

L'ordonnance fut signifiée le jour même de son prononcé, soit le 18 avril 2008, et l'arrêt fut signifié le 7 juillet 2008. L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire et sans caution.

Le syndicat des copropriétaires de la résidence Ilot du Nord a, par exploit d'huissier de justice du 18 juillet 2008, fait signifier à la société Espal un commandement de payer le montant de 126.365 €, représentant l'astreinte et les frais de la procédure d'exécution.

La société Espal a, par exploit d'huissier de justice du 28 juillet 2008, assigné le syndicat des copropriétaires devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour former opposition contre le susdit commandement et en demander l'annulation. Elle a encore assigné l'huissier de justice en déclaration de jugement commun.

La société Espal soutient qu'elle a effectué l'intégralité des travaux de remise en état visés par l'ordonnance de référé dans les délais qui lui furent impartis et que par conséquent le paiement de l'astreinte ne serait pas dû.

L'huissier de justice chargé de l'exécution de l'ordonnance de référé a dressé procès-verbal de carence le 27 août 2008.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 19 janvier 2011, déclaré l'opposition à commandement recevable, le commandement valable pour les astreintes encourues à partir du 18 avril 2008 et le jugement commun à l'huissier de justice; il a condamné la société Espal à payer au syndicat des copropriétaires de la Résidence Ilot du Nord et à Roland Funk une indemnité de procédure de chaque fois 500 € et condamné la société Espal encore aux frais et dépens de l'instance.

Pour décider ainsi quant au fond, le tribunal a retenu que la société Espal a failli à son obligation de remettre les lieux totalement dans leur pristin état ; l'inexécution même partielle de l'obligation faite entraînerait l'exigibilité de l'astreinte. Le tribunal a encore considéré que la seule disproportion entre le montant de l'astreinte et la valeur de la prestation non effectuée ne saurait donner lieu à suppression ou réduction, celles-ci ne se justifiant qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à la condamnation principale.

La société Espal a relevé appel de ce jugement le 18 février 2011 pour entendre dire, par réformation de la décision entreprise, que le commandement du 18 juillet 2008 et le procès-verbal de carence du 27 août sont nuls et que l'appelante est à décharger de toute condamnation intervenue à son encontre. L'appelante soutient qu'elle a entièrement satisfait à l'ordonnance de référé dès le 24 avril 2008.

La Cour d'appel relève que le tribunal a retenu à bon droit que l'ordonnance de référé, prononcée et signifiée le 18 avril 2008, n'a accordé aucun délai à l'appelante pour s'exécuter et que l'astreinte prononcée a couru à partir du 18 avril 2008 jusqu'à l'achèvement complet des travaux de remise en état, sous réserve du plafonnement de l'astreinte à la somme de 125.000 €.

La Cour d'appel constate que, dans le cas d'espèce, il était « évident et incontestable dès le jour de l'ordonnance de référé que l'exécution des travaux de remise de l'immeuble en son pristin état ne pouvait se faire instantanément, mais prenait nécessairement plusieurs jours compte tenu de l'ampleur et de la nature des travaux ». Les juges considèrent que « lorsque l'astreinte est aménagée de façon à ce que la partie condamnée la subit inéluctablement en raison de l'impossibilité d'une exécution instantanée et bien qu'elle s'exécute avec toute la diligence possible, l'astreinte cesse d'être

exclusivement un procédé de coercition et elle se transforme aussi en un moyen de punition ».

Selon la Cour d'appel, « en admettant ...que la pénalité prononcée .. ne puisse plus être qualifiée d'astreinte au sens de la loi, le titre dont se prévaut la partie intimée ne relève plus de l'article 2062 du code civil (luxembourgeois). Se posera alors la question de la légalité de la pénalité et partant de l'existence de la créance dont se prévaut la partie intimée, le juge n'ayant pas le pouvoir de prononcer des pénalités non prévues par la loi, fût-ce sous le truchement d'une astreinte ».

C'est dans ces conditions, que les juges d'appel ont posé la question préjudicielle citée ci-dessus.

### **III. Recevabilité de la question préjudicielle**

La partie intimée dans l'affaire au principal, syndicat des copropriétaires de la Résidence Ilot du Nord, soulève, dans le mémoire déposé au greffe de la Cour de justice Benelux, le problème de la recevabilité de la question.

Elle relève d'abord que la question a été soulevée d'office par la Cour d'appel sans que les parties ne l'aient évoquée.

Il faut noter, d'abord, que ni les articles 6 et suivants du Traité instituant une Cour de Justice Benelux ni le règlement de procédure de la Cour n'envisagent le problème de la recevabilité de la question préjudicielle en relation avec le contenu de la question qui est posée.

Le problème de la « recevabilité » d'un renvoi préjudiciel ou d'une question préjudicielle devant la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui de l'Union européenne) a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle aboutissant à admettre et à appliquer cet instrument juridique notamment dans les cas d'un litige artificiel, de l'absence de rapport du litige avec le droit européen ou de non pertinence manifeste de la question.

Or, même si votre Cour devait suivre la même démarche, elle ne saurait sanctionner le renvoi d'irrecevabilité.

Quelles sont, en effet, les « moyens d'irrecevabilité » soulevés par la partie intimée dans l'affaire au principal ?

Elle invoque, d'abord, la violation par le juge de renvoi du principe du contradictoire. Or, la sauvegarde du principe du contradictoire à l'occasion de la saisine de la Cour Benelux d'une question préjudicielle relève de la compétence du seul juge national. Il n'appartient pas à votre Cour de sanctionner un renvoi pour violation éventuelle de principes, fussent-ils essentiels, dans la procédure ayant abouti au renvoi. La « recevabilité » de la question préjudicielle ne saurait dès lors dépendre de l'existence d'un débat contradictoire ayant précédé le renvoi préjudiciel qu'il appartiendrait à la Cour Benelux de contrôler.

La partie intimée soutient encore que la question posée ne relève pas de la Cour d'appel, en sa qualité de juridiction saisie par une opposition à commandement dans le cadre d'une procédure ayant trait à l'exécution d'une décision de référé ayant ordonné une astreinte. Il y aurait excès de pouvoir dans le chef du juge de renvoi devant amener la Cour Benelux à refuser l'examen de la question posée.

A cet égard, il y a lieu de rappeler qu'il appartient à la Cour Benelux de statuer sur les questions qui lui sont soumises sans qu'elle ne puisse refuser de les considérer motif pris de l'incompétence éventuelle du juge national ou d'un excès de pouvoir dans son chef. Même si votre Cour devait analyser la pertinence de la question, elle constatera que la Cour d'appel, à l'origine du renvoi, est saisie dans le cadre d'une procédure d'opposition au commandement de payer l'astreinte de sorte qu'on ne saurait affirmer qu'une question d'interprétation de la loi uniforme est manifestement non pertinente.

Les considérations de la partie intimée dans la procédure au principal relatives à l'existence de procédures particulières prévues dans la loi uniforme pour contester le montant d'une astreinte ou pour en demander la suppression sont pertinentes pour la réponse à fournir au juge de renvoi, mais ne sont pas de nature à affecter la recevabilité du renvoi.

Le soussigné a encore noté que les juges de renvoi ne formulent pas de question d'interprétation portant sur une disposition précise de la loi uniforme. Il n'en reste pas moins que la question doit être comprise en ce sens qu'elle porte sur la définition du concept d'astreinte tel que figurant dans la loi uniforme et concrètement à l'article 1<sup>er</sup> introduisant le concept, contenant une définition et déterminant les conditions dans lesquelles le juge peut ordonner cette mesure.

#### **IV. Examen de la question**

La question que pose le juge de renvoi consiste à savoir si une pénalité prononcée par le juge à titre d'astreinte, au sens de la loi uniforme, peut se voir enlever cette qualification par le juge saisi de l'exécution au motif qu'aucun délai d'exécution ou de grâce n'a été prévu par le juge de l'astreinte en dépit du fait avéré qu'une exécution immédiate était impossible.

La formulation de la question ne permet pas de dire si, dans l'esprit de la juridiction de renvoi, la pénalité prononcée perd entièrement sa nature d'astreinte ou si elle doit être considérée comme une mesure « hybride » revêtant en partie la nature d'une astreinte et en partie la nature d'une mesure purement punitive. De même, il n'est pas clair si, dans l'optique de la juridiction de renvoi, la contestation de la qualification d'astreinte pour l'intégralité de la mesure doit amener le juge de renvoi à rejeter la demande de paiement dans son intégralité ou si elle l'autorise à procéder à une réduction du montant à liquider en fonction d'un délai de grâce « raisonnable » qui aurait dû être appliqué.

En vertu de l'article 1er, alinéa 1er, de la loi uniforme Benelux relative à l'astreinte, le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte.

Comme l'a exposé Monsieur l'avocat général Jean-François Leclercq dans ses conclusions dans l'affaire A 2006/5 B.V.B.A. Pet Center / Schouten,

*L'astreinte est conçue comme un incitant pour pousser le condamné à exécuter dûment sa condamnation. L'article 1385 quinquies du Code judiciaire belge s'oppose cependant à ce que cet incitant engendre des situations inéquitables lorsque le condamné n'a pas ou n'a plus la possibilité d'exécuter dûment sa condamnation. En effet, personne ne peut être tenu à l'impossible. S'il est impossible au condamné, fût-ce temporairement ou partiellement, d'exécuter sa condamnation, il serait déraisonnable d'exiger néanmoins de lui l'impossible, et ce sous peine d'une astreinte. Exiger l'impossible impliquerait pourtant que l'on attende du condamné un effort plus important que celui que le créancier lui-même veut consentir raisonnablement (Cour La Haye 21 mai 1992, N.I.P.R. 1992, 721, N.J. 1993, 882). Il ne doit nullement s'agir d'un cas de force majeure (E. DIRIX, "Dwangsom en overmacht", note sous Cour de Justice Benelux 25 mai 1999, R.W. 1999-00, 916; K. WAGNER, l.c., p. 150-151, n° 161). L'impossibilité visée doit donc porter sur une impossibilité raisonnable : le juge de l'astreinte qui constate que l'exécution de la condamnation exige du condamné plus d'effort que celui que le créancier lui-même veut consentir peut conclure à l'application de l'article 1385 quinquies du Code judiciaire belge (Bruxelles 2 mai 1989, J.L.M.B. 1990, 377, note P. KILESTE; G.-L. BALLON, "Problemen i.v.m. het verbeuren en verhalen van opgelegde dwangsommen", note sous Anvers 9 février 1998, A.J.T. 1998-99, 397). Dans cette optique, la Cour de Justice dit dans son arrêt du 25 septembre 1986 (en cause A 1984/5, Jur. Benelux 1986, 17, avec conclusions de l'avocat général E. KRINGS, N.J. 1987, n° 909, note W.H.H., R.W. 1986-87, 1333) qu'il y a "impossibilité" au sens de la disposition précitée, dans une situation où l'astreinte, en tant que moyen de coercition - c'est-à-dire comme contrainte pécuniaire pour assurer autant que possible l'exécution de la condamnation - "perd sa raison d'être", ce qui est le cas s'il est déraisonnable d'exiger plus d'efforts et de diligence que le condamné n'a montrés (dans la même optique: Cass. 30 mai 2002, en cause C.99.0298.N, Pas. 2002, n° 329; Bruxelles 3 janvier 2007, NjW 2007, 37). La Cour se réfère à l'exposé commun des motifs de ladite Convention Benelux qui (p. 32-33) indique que l'astreinte est un moyen de coercition qui, généralement, perd sa raison d'être lorsque l'exécution devient impossible.*

Ce raisonnement portant sur la « perte de raison d'être » de l'astreinte pourrait également être retenu dans l'hypothèse visée dans la question de la juridiction de renvoi où l'astreinte est dépourvue de raison d'être à la date même où elle est appelée à s'appliquer compte tenu de certaines circonstances factuelles que retient souverainement le juge de renvoi. En effet, la Cour d'appel souligne, à juste titre, que l'astreinte, telle que définie par la loi uniforme, est un moyen de contrainte. Selon la jurisprudence constante de votre Cour, l'astreinte ne saurait contraindre à l'impossible. Elle ne saurait pas davantage être transformée en mécanisme de sanction.

Le cadre procédural national, est toutefois particulier en ce qu'il n'est pas soutenu que l'astreinte perd sa raison d'être une fois avéré qu'on ne saurait exiger du condamné plus d'efforts et de diligences qu'il n'a montrés, mais qu'il est critiqué que l'astreinte, tout en étant justifiée dans son principe, n'acquiert une raison d'être qu'aux termes d'un certain délai de grâce que le juge a omis de retenir. En termes très simples, la question se pose en termes de naissance de raison d'être et non pas de perte de raison d'être de l'astreinte. Comme indiqué ci-dessus, devrait encore être réglé le problème de la sanction d'une telle irrégularité, absence de condamnation au paiement de l'astreinte par le juge de l'exécution ou fixation « rétroactive » par ce dernier d'un délai de grâce.

Au-delà des difficultés inhérentes à l'interprétation du concept même de l'astreinte, la question préjudicielle pose le problème, au demeurant pas clairement articulé par le juge de renvoi, de la systématique de la loi uniforme, du respect de la procédure et des compétences des différentes instances juridictionnelles appelées à intervenir.

L'alinéa 4 de l'article 1<sup>er</sup>, de la loi uniforme fournit une base juridique expresse qui permet au juge qui prononce l'astreinte de tenir compte de l'impossibilité dans laquelle se trouve le condamné de satisfaire à la condamnation principale. Selon la disposition précitée, « *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* ». L'article 2060, alinéa 3, du Code civil luxembourgeois reprend ce mécanisme en disposant que « *le juge peut accorder au condamné un délai pendant lequel l'astreinte ne peut être encourue* ». Les régimes procéduraux nationaux prévoient des mécanismes particuliers permettant aux parties intéressées de saisir à cet effet le juge de l'astreinte. La juridiction de renvoi relève, à juste titre, dans la formulation de la question préjudicielle, le « *pouvoir d'appréciation reconnu au juge pour fixer les modalités de l'astreinte* ».

Il résulte d'une jurisprudence bien établie de votre Cour que « *le juge de l'astreinte est seul compétent pour supprimer ou adapter l'astreinte, en tant que contrainte pécuniaire pour l'exécution de la condamnation principale, lorsque l'impossibilité, totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour le débiteur de satisfaire à la condamnation principale est établie* » [arrêts de la Cour du 25 septembre 1986 (affaire A 84/5 – Van der Graaf / Agio ; *Jur.* Tome 7, p. 17), du



12 février 1996 (affaire A 94/3 – Leslee Sports / Snauwaert ; *Jur.* Tome 14, p. 2), du 27 juin 2008 (affaire A 2007/2 Oosterbosch Rene Elite Vloer-Tuinshop / Hoho Hubert et Meers Agnes)].

Le pouvoir d'appréciation relevé par la juridiction de renvoi vaut tant pour le prononcé initial de l'astreinte que pour les décisions sur une demande d'adaptation, de suspension ou de suppression. Si le juge de l'astreinte n'accorde pas de délai de grâce, pas de suspension ou de réduction de l'astreinte ou n'est pas appelé à statuer sur de telles demandes, l'astreinte est « acquise ». Le juge saisi d'une demande de liquidation et de paiement après exécution ne saurait, par le détour d'une question de qualification de la mesure, se substituer, ce qui plus est dans le cas d'espèce d'office, au juge de l'astreinte.

Les considérations du juge de renvoi relatives à l'autorité provisoire de chose jugée de l'ordonnance de référé qui aurait empêché la partie condamnée à saisir à nouveau le juge des référés pour obtenir une révision de l'astreinte (page 6 de la décision de renvoi) portent à faux. Cette question, si elle devait être toisée, concerne le seul droit procédural luxembourgeois et non pas la loi uniforme Benelux. En tout cas, la loi uniforme ne saurait être instrumentalisée pour répondre à des difficultés liées à un prétendu « état de nécessité » procédural national. La prémisse de la Cour d'appel que l'autorité provisoire de chose jugée aurait empêché la partie condamnée à solliciter une adaptation ou une modulation de l'astreinte est d'ailleurs sujette à discussion en droit national. En tout cas, le juge de renvoi ne se fonde pas sur une décision de rejet d'une telle demande qui n'a pas été introduite. Par ailleurs, il est admis en droit luxembourgeois, qui reprend sur ce point le droit français, que le caractère provisoire de la décision, du juge des référés n'interdit pas à ce dernier d'adopter des mesures irréversibles ou de nature à créer un préjudice au défendeur (Juris classeur, procédure civile, verbo référés, fascicule 473, n° 4 et jurisprudence de la Cour de cassation française).

La mise en cause, a posteriori, de la condamnation au paiement de l'astreinte, au détour d'une requalification, en quelque sorte rétroactive, par le juge appelé à liquider le montant des sommes dues est inadmissible au regard des règles de compétence découlant de la loi uniforme et des procédures nationales prévues à cet effet. Autant un délai de grâce ou une mesure de suspension, sollicités dans les procédures prévues à cet effet, sont conformes à la logique de l'astreinte, autant un contrôle a posteriori voire une remise en cause rétroactive de l'astreinte est incompatible avec le régime du prononcé de l'astreinte. L'objectif de « *concilier la fonction coercitive imprimée à l'astreinte par la loi uniforme avec la faculté reconnue par cette même loi au juge d'accorder ou non un délai d'exécution ou un*

*délai de rémission* » (page 7 de l'arrêt de renvoi) ne saurait fonder la compétence du juge de l'exécution de contrôler ou de modifier l'astreinte prononcée voire de lui dénier sa nature juridique ou de la requalifier en tout ou en partie en mesure de sanction.

Une telle requalification, dont les limites restent au demeurant imprécises, équivaldrait à constater l'illégalité de la décision du juge de l'astreinte à qui il serait reproché d'avoir « dissimulé » sous la dénomination d'astreinte une condamnation sui generis que la juridiction de renvoi qualifie de « dommages et intérêts exemplaires et punitifs ». Encore faudrait-il très probablement reconnaître une double nature juridique à la pénalité dans la mesure où la juridiction de renvoi admet que, sous réserve du respect d'un délai de grâce, la mesure en cause revêtait la qualité d'une astreinte. Or, la loi uniforme Benelux oppose clairement, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, l'astreinte et les dommages-intérêts, excluant par la même qu'une mesure puisse revêtir une double nature juridique.

## **V. Réponse proposée**

Il y a donc lieu de répondre à la juridiction de renvoi qu'une pénalité prononcée par le juge à titre d'astreinte, au sens de la loi uniforme, ne peut pas se voir enlever cette qualification par le juge saisi de l'exécution au motif qu'aucun délai d'exécution ou de grâce n'a été prévu par le juge de l'astreinte en dépit du fait avéré qu'une exécution immédiate était impossible.

Luxembourg, le 21 septembre 2012

L'avocat général

Georges Wivenes

