

Note

Les voies de recours de l'administrateur provisoire remplacé

1. La décision annotée pose une nouvelle fois la question — déjà largement débattue en doctrine et en jurisprudence — des recours ouverts à l'administrateur provisoire contre la décision ordonnant son remplacement.

2. Le régime de l'administration provisoire, régi par les articles 488*bis*-A et suivants du Code civil⁽¹⁾, a pour objet de pourvoir d'un administrateur provisoire les personnes reconnues totalement, partiellement ou temporairement, hors d'état de gérer le patrimoine, et ce en raison de leur état physique ou mental. Selon Th. Delahaye, l'objectif du régime ainsi institué n'est autre que d'« améliorer le sort [des personnes protégées] et leur bien-être immédiat, notamment en leur permettant de faire face à leurs besoins quotidiens tout en préservant leur patrimoine »⁽²⁾.

On s'accorde donc à considérer que pareil régime n'est organisé que dans l'intérêt propre des personnes protégées⁽³⁾, et qu'à ce titre l'administrateur provisoire, nommé au terme d'une procédure relevant de la compétence du juge de paix⁽⁴⁾, n'exerce dans le cadre de cette mission aucun « droit subjectif propre mais un pouvoir qui l'autorise à agir ou nom et pour le compte de son administré »⁽⁵⁾.

Il s'ensuit notamment que le juge peut, même d'office, décider à tout moment de mettre fin à la mission de ce dernier, modifier les pouvoirs qui lui ont été confiés, ou le remplacer (art. 448*bis*-D, al. 1^{er} du C. civ.). Il n'en demeure pas moins que la décision ainsi rendue est soumise, à défaut de dispositions contraires (art. 2 du C. jud.), au droit commun de la procédure. Elle doit donc *a priori* pouvoir être frappée, selon le cas, des voies de recours que sont l'appel (art. 1051 et 616 du C. jud.), l'opposition (art. 1047 du C. jud.), ou la tierce opposition (art. 1122 du C. jud.).

Si ces principes se comprennent aisément, leur application est rendue particulièrement difficile en la matière du fait de l'extrême complexité du régime procédural mis en place par les articles 488*bis*-A et suivants du Code civil. Opérant tantôt par voie de renvois au Code judiciaire, tantôt par incorporation directe de règles de pure procédure dans le Code civil⁽⁶⁾, ces articles suscitent une telle confusion qu'on a pu les qualifier de véritable « imbroglio juridique »⁽⁷⁾.

(1) Tels qu'ils ont été modifiés par la loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, *M.B.*, 31 décembre 2003, p. 62266.

(2) T. DELAHAYE, *L'administration provisoire*, 3^e éd., coll. Les dossiers du J.T., n° 68, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 11, n° 11.

(3) *Ibid.*, p. 25, n° 24.

(4) Article 488*bis*-B, du C. civ. et article 594, 16^o, du C. jud.

(5) T. DELAHAYE, *L'administration provisoire, op. cit.*, p. 203, n° 309.

(6) *Ibid.*, p. 18, n° 18.

(7) *Ibid.*, p. 54, n° 58.

3. La présente note se propose de démêler autant que faire se peut l'écheveau ainsi tissé par la loi et les diverses interprétations qui en ont été faites, à la lumière d'une décision qui par elle-même soulève les principales questions que la problématique commande de résoudre.

Il sera d'abord fait état de la question de savoir si l'administrateur provisoire est ou non partie à la procédure ordonnant son propre remplacement et si, partant, la voie de l'appel lui est ou non ouverte. Proposant de répondre par la négative à cette première question, on constatera ensuite qu'en dépit des obstacles théoriques et pratiques à l'exercice par l'administrateur remplacé de la tierce opposition, seule cette voie de recours lui est pour l'heure ouverte. Enfin, on verra que la relative ineffectivité du recours ainsi ouvert a légitimement pu inspirer la tentative de son contournement par la voie de l'appel-nullité, mais que pareil détour n'en reste pas moins contre-indiqué et ne saurait se substituer à une intervention législative. Celle-ci a d'ailleurs eu lieu à la faveur de la nouvelle loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables⁽⁸⁾.

4. Quand se pose la question des recours dont dispose l'administrateur à l'encontre de la décision ordonnant son remplacement, la première difficulté consiste à déterminer le statut dont jouit ce dernier dans la procédure concernée.

En vertu de l'article 488*bis*-D, alinéa 2 du Code civil, la procédure visant à obtenir la mainlevée de la mesure d'administration provisoire, la modification des pouvoirs de l'administrateur, ou son remplacement pur et simple, est introduite par voie de requête unilatérale. Ce même article précise toutefois que l'administrateur provisoire doit dans tous les cas être entendu ou convoqué.

Le fait que la procédure soit introduite par voie de requête unilatérale a pour conséquence que «la procédure ne comprend en principe qu'une seule partie, le demandeur ou le requérant»⁽⁹⁾. Conformément à l'article 488*bis*-D, al. 1^{er}, il pourra s'agir de la personne protégée elle-même, de toute autre personne intéressée, ou encore du procureur du Roi. Sauf à intervenir volontairement⁽¹⁰⁾, aucune autre partie n'est à la cause.

On s'est néanmoins interrogé sur la question de savoir si la circonstance que l'administrateur devait nécessairement être entendu ou convoqué par le juge pouvait avoir pour conséquence d'en faire par là-même une partie à la cause. La question est loin d'avoir une portée seulement théorique, puisque de la qualité de partie à la procédure de la personne entendue ou convoquée dépend l'identifica-

⁽⁸⁾ Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, *M.B.*, 14 juin 2013, p. 38132.

⁽⁹⁾ H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 71-72, n° 69.

⁽¹⁰⁾ *Idem*, pp. 71-72, n° 69. Il est cependant matériellement presque impossible de faire usage d'une telle faculté lorsque la mesure de remplacement est ordonnée d'office par le juge. Sur ce point, voy. F. SWENNEN, «De rechtsmiddelen van de voorlopige bewindvoerder tegen zijn gedwongen vervanging», *R.W.*, 2005-2006, p. 1235.

tion des voies de recours que celle-ci sera autorisée le cas échéant à exercer⁽¹¹⁾. Est-elle partie, c'est la voie de l'appel qui lui sera ouverte. Doit-elle au contraire être considérée comme un tiers, seule lui sera ouverte la voie de la tierce opposition.

Le Commissaire royal à la réforme judiciaire Charles van Reepinghen prônait dans son rapport la première solution, estimant qu'après la convocation et l'audition par le juge d'une personne autre que le requérant, celle-ci devenait alors partie à la procédure⁽¹²⁾. En matière d'administration provisoire, la doctrine⁽¹³⁾ et la jurisprudence⁽¹⁴⁾ ont cependant majoritairement retenu la seconde solution : bien que convoqué ou entendu par le juge, l'administrateur reste un tiers à la procédure. Ce n'est que de façon isolée qu'on trouve de la jurisprudence en sens contraire⁽¹⁵⁾, soutenue en cela par une doctrine très minoritaire⁽¹⁶⁾.

5. Il est vrai que la réforme de l'administration provisoire introduite par la loi du 3 mai 2003, loin de clarifier les termes du débat, les brouilla au contraire en ne logeant plus nécessairement à la même enseigne procédurale toutes les personnes convoquées ou entendues par le juge de paix dans le cadre des articles 488bis-A et suivants du Code civil. Ainsi, l'article 488bis-B, § 7, du Code civil prévoit depuis lors que doivent être convoqués par pli judiciaire, dans la procédure de mise sous administration provisoire, la personne à protéger mais aussi, le cas échéant, ses parents et la personne qui vit avec elle.

L'innovation tient à ce que l'alinéa 6 du même article prévoit, cette fois-ci explicitement, que cette convocation par pli judiciaire a pour conséquence de faire de ces personnes des parties à la cause, sauf si elles s'opposent à l'audience à l'acquisition de cette qualité. Bien qu'il ait été question durant les travaux préparatoires d'inclure l'administrateur provisoire dans la liste des personnes convoquées par pli judiciaire et, partant, d'en faire une partie à la cause, cette proposition n'a finalement pas été retenue⁽¹⁷⁾. On en déduit *a contrario* que la volonté du législateur a bien été de lui conserver son statut de tiers à la procédure⁽¹⁸⁾.

⁽¹¹⁾ H. BOULARBAH et C. MARQUET, v^o «Tierce opposition», *R.P.D.B.*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 49, n^o 61.

⁽¹²⁾ Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, Bruxelles, éd. du *Moniteur belge*, 1964, p. 371.

⁽¹³⁾ F. SWENNEN, *op. cit.*, pp. 1233-1235; T. DELAHAYE, «L'administration provisoire en dix-sept leçons», in *Administration provisoire, questions pratiques. Gestion des avoirs financiers et conclusion de contrats* (sous la dir. de Y.-H. LELEU), C.U.P., Liège, Anthemis, 2010. Voy. aussi P. MARCHAL, «Les incapables majeurs», *Rép. not.*, t. I, Liv. VIII, Larcier, 2007, p. 273, et spéc. note 3.

⁽¹⁴⁾ Civ. Gand (4^e ch.), 16 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1233, note SWENNEN et, *mutatis mutandis*, Cass. (1^{re} ch.), 17 mars 2005, *Rev. not. belge*, 2005, p. 292 (obs.).

⁽¹⁵⁾ Civ. Charleroi, 7 décembre 2004, *R.R.D.*, 1/2005, n^o 114, p. 54.

⁽¹⁶⁾ F.-J. WARLET (e.a.), *L'administration provisoire des biens*, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 160.

⁽¹⁷⁾ Projet de loi modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2002-2003, n^o 2-1087/7, p. 27.

⁽¹⁸⁾ F. SWENNEN, *op. cit.*, p. 1234.

6. On a également pu suggérer que la personne convoquée ou entendue, sans être partie à la cause, n'était pas non plus restée totalement «étrangère au procès»⁽¹⁹⁾. On en a alors déduit qu'ayant déjà eu l'occasion de présenter son point de vue, la personne convoquée n'était pas non plus recevable à former tierce opposition. Bien qu'elle ait reçu d'éminents soutiens⁽²⁰⁾, cette théorie du «tiers n'étant pas resté étranger au procès», qui sans être dénuée de toute pertinence tient tout de même un peu de l'oxymore juridique, a trouvé quelque soutien dans la jurisprudence de la Cour de cassation de France⁽²¹⁾, mais n'a jamais été reçue comme telle dans notre ordre juridique⁽²²⁾.

7. C'est donc très logiquement que le tribunal de première instance de Bruxelles a pu, dans l'espèce commentée, conclure que l'administrateur provisoire n'était pas partie à la cause et ne pouvait dès lors interjeter valablement appel de l'ordonnance du juge de paix procédant à son remplacement. Etant tiers à la cause, seule lui est ouverte la voie de la tierce opposition.

Pour autant, l'exercice de cette voie de recours ne va pas sans causer un certain nombre de difficultés dans le cas de figure qui se présente ici.

8. La première de ces difficultés tient à la notion d'intérêt, qui avec la notion de qualité⁽²³⁾ conditionne la recevabilité de toute action en justice (art. 17, C. jud.). En principe, cet intérêt doit être né et actuel (art. 18 du C. jud.). Toutefois, ainsi que le soulignent H. Boularbah et Ch. Marquet, «l'intérêt à former tierce opposition est soumis à un régime souple, dérogoratoire à l'article 18 du Code judiciaire, qui tient compte de la nature particulière de cette voie de recours extraordinaire»⁽²⁴⁾.

Il est vrai que la jurisprudence, ainsi que le relèvent pour leur part G. Closset-Marchal et J.-Fr. van Drooghenbroeck, a semblé retenir en la matière «une définition très large de l'intérêt»⁽²⁵⁾. Il est ainsi acquis que cette condition signifie que le tiers opposant «doit avoir éprouvé un préjudice ou être menacé d'un préjudice, peu importe que celui-ci soit matériel ou purement moral»⁽²⁶⁾ et qu'au stade de la recevabilité de la tierce opposition, le juge doit se contenter de vérifier si le

⁽¹⁹⁾ H. BOULARBAH et C. MARQUET, *op. cit.*, pp. 46-47, n° 58.

⁽²⁰⁾ W. Ganshof van der Meersch, concl. avant Cass., 24 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, pp. 546-547, cité par H. BOULARBAH et C. MARQUET, *op. cit.*, p. 46, n° 58.

⁽²¹⁾ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 7 novembre 1979, *Bull. civ.*, I, n° 274; *R.T.D. civ.*, 1980, p. 164, obs. R. PERROT, cité par H. BOULARBAH et C. MARQUET, *op. cit.*, p. 47, n° 58, note 159.

⁽²²⁾ Voy. toutefois Cass., 11 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1476, cité par H. BOULARBAH et C. MARQUET, *op. cit.*, p. 47, n° 58. : «la partie dont les moyens de défense dans la cause ont déjà été évalués ne saurait elle-même former une tierce opposition valable».

⁽²³⁾ Que l'on vient d'examiner puisqu'il faut avoir eu la qualité de tiers à la décision attaquée pour pouvoir former tierce opposition à l'encontre de celle-ci, conformément à l'article 1122 du Code judiciaire.

⁽²⁴⁾ H. BOULARBAH et C. MARQUET, *op. cit.*, p. 59, n° 73.

⁽²⁵⁾ G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 438-439, n° 565.

⁽²⁶⁾ *Ibid.*, p. 440, n° 567.

tiers « peut subir, *prima facie*, un quelconque préjudice de la décision qu'il entend critiquer »⁽²⁷⁾.

9. La question est de savoir si ces principes généraux trouvent à s'appliquer dans le cas particulier de l'administrateur provisoire remplacé. En effet, comme on l'a déjà indiqué, celui-ci ne peut se prévaloir d'aucun droit subjectif propre mais dispose tout au plus d'un pouvoir lui permettant d'agir au nom et pour le compte de son administré (*cf supra*, n° 2). On pourrait donc penser que l'administrateur provisoire et le juge qui l'a nommé entretiennent un rapport similaire à celui qui existe entre un mandataire et son mandant, ce qui expliquerait que le juge puisse révoquer l'administrateur comme bon lui semble, sans que ce dernier soit fondé, ni même à vrai dire recevable, à faire valoir aucune objection à l'encontre de cette décision.

Mais là où la possibilité pour le mandant de révoquer *ad nutum* son mandataire se trouve explicitement consacrée aux articles 2003 et 2004 du Code civil, il n'en va pas de même dans le cadre de l'administration provisoire dont le régime, selon Th. Delahaye, « ne se confond pas totalement avec l'institution de la résiliation pour simple convenance en matière de mandat »⁽²⁸⁾. Autrement dit, « le juge de paix n'agit évidemment pas arbitrairement »⁽²⁹⁾ et n'exerce par là même aucun pouvoir discrétionnaire qui empêcherait par principe à l'administrateur remplacé de faire valoir si pas un droit, tout du moins un intérêt à être maintenu dans ses fonctions⁽³⁰⁾.

10. Cet obstacle préalable ayant été franchi, encore faut-il établir que l'administrateur a pu être effectivement préjudicié, en tout cas *prima facie*, par la décision ordonnant son remplacement. À notre estime, il est certain que pareille décision peut *a priori* être de nature à porter préjudice à l'administrateur⁽³¹⁾. Sur un

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, p. 441, n° 567. Comme le précisent les deux auteurs, au stade de l'examen quant au fond de la tierce opposition, le juge doit en revanche vérifier *in concreto* l'existence de ce préjudice.

⁽²⁸⁾ T. DELAHAYE, *L'administration provisoire*, *op. cit.*, p. 123, n° 172.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*, p. 123, n° 172.

⁽³⁰⁾ Voy. cependant, en matière de remplacement du notaire commis en justice, la décision de la Cour de cassation du 20 juin 2008 (*Rev. not. belge*, 2008, p. 513, obs.) qui estime que ce dernier « n'a pas de droit à se maintenir dans sa fonction d'auxiliaire de justice et ne peut s'opposer à la décision du juge de le remplacer ». Pour une critique de cet arrêt, voy. aussi C. DE BOE, « Le statut procédural du notaire commis dans le cadre de la procédure visant à son remplacement », *Rev. not. belge*, 2009, pp. 770-777. Cette solution a pourtant été explicitement consacrée par la loi du 8 août 2011, l'article 1211, § 2, al. 6, *nouveau* du Code judiciaire prévoyant désormais que la décision relative au remplacement du notaire-liquidateur n'est susceptible d'aucun recours. Pour un commentaire de la nouvelle loi, voy. J.-Fr. TAYMANS, « Le remplacement du notaire-liquidateur », in *La nouvelle procédure de liquidation-partage judiciaire*, Limal-Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2012, pp. 259-278.

⁽³¹⁾ En ce sens, pour ce qui concerne la catégorie plus générale des auxiliaires de justice, voy. G. DE LEVAL, « Le juge et le mandataire de justice », in *Bulletin de l'Union professionnelle de la magistrature*, juin 2008, Actes du colloque organisé le vendredi 22 février 2008 à l'ULg par l'Union professionnelle de la magistrature, p. 9. Également en ce sens, pour ce qui concerne le cas du remplacement du notaire commis en justice, C. DE BOE, *op. cit.*, p. 777 et en ce qui concerne la récusation ou le remplacement de l'expert, C. DE BOE, « De la récusation et du remplacement de l'expert... », *J.T.*, 2007, p. 815.

plan matériel immédiat, elle se traduit en tout cas par la perte de la rémunération prévue à l'article 488bis-H du Code civil⁽³²⁾. Sur le plan moral, elle peut constituer une atteinte à l'honneur et à la réputation de l'administrateur « débarqué »⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾. Plus fondamentalement encore, les motifs qui soutiennent la décision du juge, en particulier en ce qu'ils peuvent constater une faute de gestion dans le chef de l'administrateur, sont de nature à engager la responsabilité aquilienne de ce dernier⁽³⁵⁾, qui peut donc certainement justifier d'un intérêt à vouloir les contester.

C'est donc à raison que le tribunal de première instance de Bruxelles a rejeté l'argument de l'appelante qui estimait ne pas pouvoir former tierce opposition de la décision ordonnant son remplacement au motif que pareil recours serait certainement déclaré irrecevable à défaut d'intérêt.

11. Il n'en demeure pas moins que l'exercice effectif de cette voie de recours peut s'avérer problématique quand, comme c'est le cas en l'espèce, le remplacement de l'administrateur provisoire est ordonné d'office par le juge de paix. En pareil cas de figure, la décision est prise par le juge sans qu'aucune autre partie n'ait été formellement mise à la cause. Or, comme le relève habilement F. Swennen, l'article 1125, alinéa 1^{er} du Code judiciaire dispose qu'en principe, la tierce opposition doit être portée par citation, donnée à toutes les parties, devant le juge qui a rendu la décision attaquée⁽³⁶⁾. Le problème vient du fait qu'en cette hypothèse, il n'y a précisément personne à citer ! Comment résoudre cette énième contrariété ?

Si l'on doit reconnaître à F. Swennen le mérite d'avoir identifié l'écueil, on ne saurait totalement approuver la solution qu'il semble pour sa part privilégier et qui consiste à considérer que, faute de partie adverse à citer, l'administrateur remplacé à la suite d'une décision prise d'office par le juge ne pourrait tout simplement pas former tierce opposition à l'encontre de celle-ci⁽³⁷⁾. L'administrateur n'a tout de même pas cheminé si difficilement sur les sinueux sentiers des voies de recours pour se voir ainsi stoppé net alors même qu'il touche péniblement au but. On s'accordera à dire que le respect des formes prévues par le Code judiciaire est primordial, mais on rappellera aussi que celles-ci sont instituées pour assurer le respect des principes fondamentaux du procès et certainement pas pour leur nuire. Aussi, quand le respect d'un principe aussi important que le droit d'accès à un juge, tel qu'il est consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits

⁽³²⁾ Bien que cette distinction ne soit pas prévue par la loi, il est communément admis dans la pratique que seuls les administrateurs « professionnels » ont droit à cette rémunération, les administrateurs « non professionnels » ne pouvant prétendre, le cas échéant, qu'à un remboursement de leurs frais. Sur ce point, voy. M. CASTIN et F. REUSENS, « Les frais et honoraires des administrateurs provisoires de biens », *Le Pli juridique*, 2012, n° 22, pp. 3-8.

⁽³³⁾ La tierce opposition doit être déclarée recevable contre la décision qui se borne à créer un « préjugé » défavorable pour le tiers, selon le procureur général Ganshof van der Meersch (concl. avant Cass., 24 janvier 1974, *op. cit.*, p. 547), cité par H. BOULARBAH et C. MARQUET, *op. cit.*, p. 60, n° 73, note 220.

⁽³⁴⁾ S'il s'agit d'un administrateur professionnel, tel un avocat, cette décision peut également le préjudicier en ce qu'elle réduit fortement ses chances de nominations subséquentes.

⁽³⁵⁾ Civ. Bruxelles, 20 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 530.

⁽³⁶⁾ F. SWENNEN, *op. cit.*, p. 1234.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, p. 1235.

de l'homme⁽³⁸⁾, est menacé par l'application aveugle d'une simple règle de procédure, il ne fait aucun doute que c'est la norme supérieure qui doit nécessairement primer⁽³⁹⁾.

Ainsi, la meilleure doctrine enseigne que dans le cas où il n'y a pas d'adversaire à assigner, et notamment lorsque la mesure est adoptée d'office par le juge, «il est possible d'introduire la tierce opposition par voie de requête unilatérale»⁽⁴⁰⁾. On ne saurait qu'approuver le pragmatisme de pareille solution, qui au demeurant est la seule qui soit véritablement de nature à assurer, dans le cas présent, le respect bien compris de la hiérarchie des normes⁽⁴¹⁾.

12. Si l'administrateur est donc recevable à former tierce opposition contre la décision ordonnant d'office son propre remplacement, il s'en faut cependant de beaucoup qu'un tel recours soit nécessairement effectif. En effet, l'exercice par l'administrateur remplacé de la tierce opposition n'a d'autre résultat que de ramener la cause devant le juge de paix⁽⁴²⁾, qui par hypothèse, — et *a fortiori* lorsqu'il statue d'office —, s'est déjà prononcé en défaveur de l'administrateur dont il a précisément ordonné le remplacement. Se pose ainsi la question de l'impartialité du juge statuant sur la tierce opposition dirigée contre la décision qu'il a lui-même rendue.

En la matière, le principe paraît entendu : la simple circonstance que le juge amené à se prononcer sur la tierce opposition est le même que celui qui a rendu la décision attaquée ne suffit pas en soi à considérer que la décision prise sur le recours du tiers n'a pas été rendue par un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme⁽⁴³⁾. Ainsi, dans le cas assez similaire au nôtre du commerçant formant tierce opposition contre la décision ordonnant d'office sa faillite, la Cour de cassation a refusé de conclure que ce tribunal ne serait pas impartial au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, au motif notamment que «le débat qui doit s'instaurer sur son opposition conserve son utilité et offre à l'intéressé la possibilité de mieux illustrer son dossier»⁽⁴⁴⁾.

Pour résumer, on peut donc dire avec J.-Fr. et S. van Drooghenbroeck qu'il existe «une présomption simple d'impartialité dans le chef du juge»⁽⁴⁵⁾, qui doit le

⁽³⁸⁾ À ce sujet, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme — Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2002-2004)*, coll. Les dossiers du J.T., n° 57, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 102 et s.

⁽³⁹⁾ Souvenons-nous, à cet égard, que ce sont des décisions judiciaires prises d'office, au mépris des droits de la défense, qui ont valu l'éclosion de la jurisprudence dite «Anca» consacrant la responsabilité de l'État du fait des juges...

⁽⁴⁰⁾ H. BOULARBAH et C. MARQUET, *op. cit.*, p. 90, n° 126.

⁽⁴¹⁾ En ce sens, voy. aussi H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 163, n° 212.

⁽⁴²⁾ F. SWENNEN, *op. cit.*, p. 1235.

⁽⁴³⁾ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 755, n° 1088, et la jurisprudence citée (Cour eur. D.H., C. const., Cass. et Cass. fr.).

⁽⁴⁴⁾ Cass., 1^{er} avril 1993, *Pas.*, I, p. 348, cité par H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 756.

⁽⁴⁵⁾ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, «Référé et procès équitable», note sous Cass., 14 janvier 2005 (deux espèces), *R. C.J.B.*, 2006, p. 550.

cas échéant pouvoir être renversée «à la lumière de chaque litige particulier»⁽⁴⁶⁾ et «eu égard à l'identité des questions en litige ainsi qu'à la manière dont elles ont été abordées dans les deux instances successives»⁽⁴⁷⁾. Cette présomption tombe notamment, selon H. Boularbah, dans le cas des «procédures mixtes» où le tiers contre lequel la mesure est dirigée a préalablement été entendu par le juge⁽⁴⁸⁾. Dans cette hypothèse, qui est bien sûr celle dans laquelle nous nous trouvons, «le recours n'a plus pour objet de rétablir le contradictoire, mais bien de critiquer directement la décision du juge qui n'a pas suivi les arguments de l'opposant qui, s'il n'était pas formellement partie à l'instance, a néanmoins présenté ses observations»⁽⁴⁹⁾. Il devient alors évident que «le juge qui a déjà rejeté les moyens du recourant ne possède plus l'impartialité objective pour se prononcer sur l'opposition»⁽⁵⁰⁾ et qu'en conséquence, il faut bien «assimiler le juge saisi du recours au juge d'appel qui connaîtrait de la décision qu'il a rendue en première instance»⁽⁵¹⁾, situation que prohibe l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme⁽⁵²⁾.

13. Encore qu'on ne puisse en tirer des conclusions de principe, la matière relevant assurément d'une «indépassable casuistique»⁽⁵³⁾, on est donc admis à émettre de sérieux doutes sur l'impartialité du juge de paix statuant sur la tierce opposition dirigée contre l'ordonnance de remplacement de l'administrateur provisoire qu'il a lui-même rendue. Pour autant, il faut garder à l'esprit qu'aux termes mêmes de la jurisprudence de notre Cour de cassation et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁵⁴⁾, «l'équité de la procédure doit s'apprécier à la lumière de la procédure considérée dans son ensemble et non d'un élément isolé»⁽⁵⁵⁾. C'est ce qu'on appelle la théorie de «l'examen global»⁽⁵⁶⁾, en vertu de laquelle il est permis de considérer qu'une «instance d'appel viendra, le cas échéant, 'purger' le vice de partialité, avéré ou simplement pressenti, qui résulterait d'un cumul personnel douteux localisé au niveau de la première instance»⁽⁵⁷⁾.

Il semble bien que ce soit de cette théorie dont le tribunal de première instance de Bruxelles envisage ici l'application, lorsqu'il avance comme ultime motif de sa décision que le jugement rendu sur la tierce opposition, — qu'elle suggère indirectement à l'administrateur provisoire de former —, «pourra si nécessaire

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*, p. 550.

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*, p. 550.

⁽⁴⁸⁾ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 759, n° 1092.

⁽⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 759, n° 1092.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, p. 759, n° 1092.

⁽⁵¹⁾ *Ibid.*, p. 760, n° 1092.

⁽⁵²⁾ Voy. not., Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlik c. Autriche* du 23 mai 1991, série A, n° 204, cité par H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 760, note 4064.

⁽⁵³⁾ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 553.

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.*, pp. 542 et 543, et jurisprudence citée.

⁽⁵⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Nemeth c. République tchèque* du 20 septembre 2005, § 51, cité par J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 542.

⁽⁵⁶⁾ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 553.

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 553.

faire l'objet d'un appel par le tiers opposant ainsi que par toutes les parties appelées à la cause en tierce opposition»⁽⁵⁸⁾.

Si, par ce biais, le caractère «équitable» de la procédure peut *in extremis* être sauvegardé, il l'est cependant au prix d'un détour probablement vain et en tout cas chronophage par la tierce opposition, puisque l'exercice de cette voie de recours est presque certainement voué à l'échec dans le chef de l'administrateur remplacé. Il y a d'ailleurs tout lieu de croire — même si on ne saurait totalement prétendre lire dans ses intentions — que c'est précisément pour cette raison que l'appelante a voulu ici hisser immédiatement sa cause en degré d'appel, en recourant de façon quelque peu audacieuse à la théorie dite de «l'appel-nullité».

14. En effet, bien plus que la crainte d'être pris en défaut d'intérêt, dont on a vu qu'elle n'était pas véritablement fondée (*cf supra*, n° 10), c'est bien celle de devoir soumettre à nouveau sa cause à un juge dont il n'espérait plus rien qui a plus que probablement motivé l'administrateur provisoire à interjeter directement appel de l'ordonnance devant le tribunal de première instance. Mais n'étant pas partie à la cause, il ne pouvait raisonnablement espérer voir son appel dit recevable qu'à la condition d'une dérogation au droit commun, dont l'importance ne serait justifiée que par les circonstances très singulières de l'espèce.

Il faut ici révéler le fait, non mentionné dans la décision du tribunal mais souligné dans la requête d'appel dont nous avons pris connaissance, que l'administrateur provisoire n'avait pas, selon ses propres dires, été convoqué ni entendu par le juge de paix avant que celui-ci ne rende l'ordonnance litigieuse. Sans même qu'il soit nécessaire pour l'exercice qui nous retient ici de vérifier la réalité de cette circonstance, il va sans dire que si elle était établie, elle constituerait une violation manifeste par le juge de l'obligation que lui impose l'article 488*bis*-D du C. civ. d'entendre ou de convoquer l'administrateur provisoire avant d'ordonner son remplacement (*cf supra*, n° 4). C'est ainsi que l'administrateur provisoire, estimant avoir été victime d'un excès de pouvoir attentatoire aux garanties du procès équitable sans pouvoir en obtenir réparation par la voie de la tierce opposition, a pu légitimement se tourner vers la théorie, importée de la jurisprudence française, de l'appel-nullité.

15. Sans entrer dans les détails des fondements de cette théorie⁽⁵⁹⁾, on peut la résumer en disant qu'elle autorise, en raison de l'excès de pouvoir commis par le juge, à interjeter appel de sa décision alors même que l'exercice de cette voie de recours est interdit par la loi⁽⁶⁰⁾. Cette théorie a été consacrée de longue date en

⁽⁵⁸⁾ L'article 1131 du C. jud. dispose en effet que «les voies de recours peuvent être exercées contre la décision rendue sur tierce opposition».

⁽⁵⁹⁾ Pour une analyse approfondie de cette question, on se référera utilement aux deux contributions de référence en la matière: G. BOLLARD, «L'appel-nullité», *D.*, chr., 1988, pp. 177-184 et O. BARRET, «L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile)», *R.T.D. civ.*, 1990, pp. 119-228.

⁽⁶⁰⁾ En ce sens, voy. D. MOUGENOT, «Exécution provisoire et appel-nullité», note sous Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juin 2006, *R.D.J.P.*, 2006, p. 213.

jurisprudence française⁽⁶¹⁾ et repose sur l'idée qu'en pareille hypothèse, «le droit à un recours doit être restauré de manière à faire constater la nullité flagrante d'un jugement»⁽⁶²⁾.

En Belgique, elle n'a pour l'heure reçu application que dans le cas paradigmatique de l'article 1402 du Code judiciaire, qui interdit formellement au juge d'appel de surseoir à l'exécution provisoire accordée par le premier juge⁽⁶³⁾. C'est ainsi que, contre la lettre de la loi, la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 1^{er} avril 2004⁽⁶⁴⁾ que «le droit d'appel renaissait lorsque la décision dont appel en matière d'exécution provisoire a été rendue en violation des droits de la défense»⁽⁶⁵⁾. Dans un arrêt subséquent du 1^{er} juin 2006, la Cour a même été plus précise et a fourni «une énumération des manquements du premier juge qui rétablissent le droit d'interjeter un appel prohibé par la loi»⁽⁶⁶⁾. Selon la Cour, l'appel est ainsi restauré lorsque l'exécution provisoire n'a pas été demandée devant le premier juge (il a statué *ultra petita*), lorsqu'elle n'est pas permise par la loi (le juge a statué *contra legem*), ou encore lorsque la décision a été rendue en violation des droits de la défense⁽⁶⁷⁾.

La décision annotée refuse de faire application de cette théorie. Il est vrai que cette création doctrinale n'a été appliquée que dans le cadre bien particulier de l'exécution provisoire accordée illégalement. Cela étant, on se gardera d'être aussi catégorique à l'avenir. Comme le relève D. Mougenot, «la fermeté de l'enseignement de la Cour et la généralité des termes utilisés, en particulier dans l'arrêt [du 1^{er} juin 2006], donnent à penser que le principe qu'elle a admis pourrait fort bien être étendu à d'autres domaines»⁽⁶⁸⁾.

16. Toutefois, même à considérer que le champ d'application de cette théorie puisse être étendu, deux obstacles empêchent de considérer qu'elle puisse être applicable au cas de l'administrateur remplacé. D'une part, elle supposerait que l'administrateur remplacé soit partie à la cause, puisque ce n'est qu'à cette condition qu'il pourrait faire valoir que ses «droits de la défense» ont été violés⁽⁶⁹⁾. Ensuite, et ce deuxième obstacle est irrémédiablement lié au premier, il faudrait

⁽⁶¹⁾ Voy. not. la jurisprudence citée par G. CLOSSET-MARCHAL, «L'appel et les jugements susceptibles d'appel en droit belge», in *Le double degré de juridiction. Étude de droit comparé* (sous la dir. de J. VAN COMPENOLLE et A. SALETTI), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 19, notes 53 et 54.

⁽⁶²⁾ J. VAN COMPENOLLE, «Le double degré de juridiction et les exigences du procès équitable», in *Le double degré de juridiction (...)*, *op. cit.*, p. 6.

⁽⁶³⁾ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 213.

⁽⁶⁴⁾ Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 557; *R.W.*, 2004-2005, p. 1422.

⁽⁶⁵⁾ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 214. Voy. aussi l'abondante jurisprudence de fond citée.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 214.

⁽⁶⁷⁾ *Ibid.*, p. 215.

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.*, p. 216.

⁽⁶⁹⁾ On notera que la question de savoir si les personnes que la loi oblige le juge à entendre deviennent parties à l'instance ressurgit dans le débat relatif à l'appel-nullité. Ainsi, O. BARRET (*op. cit.*, pp. 210-211, n° 16) considère qu'aux fins de l'application de cette théorie, on peut «reconnaître sans hérésie la qualité de partie» à la personne entendue. Pour les raisons que l'on a indiquées plus tôt (*cf. supra*, n° 4-7), on ne saurait souscrire à pareille approche, du moins au regard du droit positif belge.

encore établir que l'administrateur provisoire ne dispose d'aucun autre recours : or, comme nous l'avons vu, il dispose incontestablement, en tant que tiers à l'instance, de la tierce opposition.

La relative ineffectivité de ce recours extraordinaire, que nous avons déplorée plus haut, ne suffit hélas pas à considérer que ce recours n'existe pas : il faut que le recours soit expressément prohibé par la loi⁽⁷⁰⁾. De plus, on rappellera, comme l'a fait le tribunal de première instance dans la décision annotée, que le tiers opposant aura toujours la possibilité, en vertu de l'article 1131 du C. jud., d'interjeter appel de la décision rendue sur sa tierce opposition (*cf. supra*, n° 13). De quelque manière qu'on analyse la question, il n'est donc pas permis d'affirmer que l'administrateur remplacé ne disposerait d'aucun recours, et, partant, serait fondé à invoquer la théorie de l'appel-nullité, même prise dans sa conception la plus extensive.

17. Au terme de ce périple semé d'embûches, on est en droit de former, *de lege lata*, quelques conclusions. L'administrateur provisoire est un tiers à la décision ordonnant son propre remplacement : il ne peut donc interjeter appel de celle-ci mais peut la contester par la voie de la tierce opposition. Même s'il ne dispose pas d'un droit à être maintenu dans ses fonctions, son action doit être considérée comme recevable dès lors qu'il peut *a priori* faire état d'un intérêt à la former. Bien qu'il doive en principe l'introduire par citation donnée à toutes les parties, il doit être admis à le faire par voie de requête unilatérale dans le cas où, — la décision ayant été prise d'office par le juge —, il n'a pas formellement d'adversaire à citer. Enfin, si l'on peut légitimement émettre des doutes quant à l'effectivité d'un tel recours, le caractère équitable de la procédure doit être vu comme étant préservé du fait de la possibilité qu'a encore l'administrateur provisoire remplacé d'interjeter appel de la décision rendue sur sa tierce opposition. Il n'est en revanche pas admis à en appeler à la théorie de l'appel-nullité car sa mise en œuvre supposerait que l'administrateur soit une partie à l'instance, dont l'exercice des voies de recours serait par ailleurs prohibé par la loi.

La voie de la tierce opposition est donc, en l'état actuel du droit positif, la seule et unique voie de recours ouverte à l'administrateur provisoire remplacé. Pour autant, il s'agit d'une voie de recours imparfaite, dont l'exercice n'a d'autres effets que dilatoires et ne constitue qu'une étape obligée vers l'exercice du seul recours effectif qu'est l'appel de la décision du juge de paix devant le tribunal de première instance.

18. À l'avenir, cependant, l'optimisme est de mise. Le vaste projet de réforme du statut des incapables majeurs a finalement pris la forme d'une loi, adoptée le 28 février 2013 par la Chambre et promulguée le 17 mars de la même année⁽⁷¹⁾. Ce

⁽⁷⁰⁾ Comme c'est le cas, en matière de faillites, des jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de juges-commissaires ou de curateurs, qui ne sont susceptibles ni d'appel, ni d'opposition (art. 37, al. 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, p. 28562). Sur cette question, voy. M. GRÉGOIRE, « Remplacement du juge-commissaire ou du curateur de faillite : un seul article pour deux régimes », note sous Cass., 4 septembre 2009, *R.D.C.*, 2009, pp. 77-79.

⁽⁷¹⁾ Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, *M.B.*, 14 juin 2013, p. 38132.

nouveau texte uniformise une fois pour toutes les différents régimes actuels d'incapacité⁽⁷²⁾. Elargi aux mesures de protection de la personne, et non plus limité à la seule protection des biens, le régime actuel de l'administration provisoire devient ainsi « la base du statut unique de protection »⁽⁷³⁾.

La nouvelle loi contient également un certain nombre de réaménagements procéduraux. De manière tout à fait singulière pour le problème qui nous occupe, elle prévoit désormais que le juge doit demander l'avis de l'administrateur provisoire avant d'ordonner son éventuel remplacement, et que ce dernier devient de ce fait *partie* à la cause, sauf s'il s'y oppose à l'audience⁽⁷⁴⁾. Les incertitudes qui entouraient jusqu'alors le statut procédural de l'administrateur se trouvent ainsi expressément levées. En outre, et de manière plus décisive encore, cette modification simplifie grandement la question des voies de recours ouvertes à l'administrateur contre la décision ordonnant son remplacement : étant partie à l'instance, il peut désormais directement interjeter appel de celle-ci, sans plus devoir « faire le crochet » par la tierce opposition.

19. Toutefois, le régime actuel et ses vicissitudes devraient subsister encore quelques années de façon transitoire. En effet, la loi n'entrera en vigueur que le 1^{er} juin 2014⁽⁷⁵⁾, et ne s'appliquera aux personnes déjà placées sous administration provisoire que deux ans après son entrée en vigueur, si du moins aucune nouvelle mesure de protection n'est ordonnée dans l'intervalle⁽⁷⁶⁾. En dépit de ses nombreuses imperfections, la solution qui prévaut actuellement devrait donc se maintenir dans certains cas pour les quelques années à venir.

20. Enfin, si l'on doit se réjouir de voir enfin clarifié le statut procédural de l'administrateur provisoire, on ne saurait en dire autant du statut des mandataires de justice en règle générale. Notaires-liquidateurs ou notaires commis, curateurs ou médiateurs de dettes, experts ou administrateurs provisoires : tous sont peu ou prou placés dans une position similaire en ce qu'ils sont chargés d'assister le juge dans l'exercice par celui-ci de sa mission juridictionnelle. Ils n'en restent pas moins soumis à des régimes procéduraux très différents et d'ailleurs le plus souvent mal définis : qu'on lise les quelques contributions auxquelles il a été fait référence plus tôt pour s'en convaincre⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷²⁾ T. DELAHAYE et F. HACHEZ, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *J.T.*, 2013, pp. 465-479.

⁽⁷³⁾ N. GALLUS, « L'avenir de la protection des personnes vulnérables », in *Actualités en droit patrimonial de la famille* (sous la dir. de N. GALLUS), vol. 39, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 52.

⁽⁷⁴⁾ Article 1250 *nouveau* du Code judiciaire, tel que modifié par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, art. 195, *M.B.*, 14 juin 2013, p. 38132.

⁽⁷⁵⁾ Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, art. 233, *M.B.*, 14 juin 2013, p. 38132.

⁽⁷⁶⁾ N. GALLUS, *op. cit.*, p. 59.

⁽⁷⁷⁾ Sur le notaire commis : C. DE BOE, « Le statut procédural du notaire commis dans le cadre de la procédure visant à son remplacement », *Rev. not. b.*, 2009, pp. 770-777. Sur l'expert : C. DE BOE, « De la récusation et du remplacement de l'expert... », *J.T.*, 2007,

La problématique dont il vient d'être traité était déjà suffisamment complexe pour qu'on renonce à y adjoindre un exercice de comparaison, qui pour avoir ses vertus donnerait ici le vertige. Qu'on se contente de déplorer, avec G. de Leval, de voir ainsi «le paysage complètement balkanisé sans raison apparente sauf à générer une réelle insécurité juridique»⁽⁷⁸⁾. En la matière, une uniformisation du statut procédural des mandataires de justice apparaît en effet souhaitable. Ce souci répond moins à une lubie d'académique, — il est vrai toujours prompt à la généralisation —, qu'à la nécessité juridique d'assurer une égalité de traitement entre des mandataires de justice qui, pour n'être pas totalement chargés des mêmes missions, sont néanmoins placés dans des situations éminemment comparables⁽⁷⁹⁾.

Arnaud Hoc

*Assistant à l'Université catholique de Louvain
Centre de droit privé (droit judiciaire)*

pp. 812-815. Sur le curateur : M. GRÉGOIRE, «Remplacement du juge-commissaire ou du curateur de faillite : un seul article pour deux régimes», note sous Cass., 4 septembre 2009, *R.D.C.*, 2009, pp. 77-79.

⁽⁷⁸⁾ G. DE LEVAL, «Le juge et le mandataire de justice», *op. cit.*, p. 9.

⁽⁷⁹⁾ La question s'est d'ailleurs déjà posée devant la Cour constitutionnelle pour ce qui est de la différence de traitement existant, en matière de rémunération, entre l'administrateur provisoire et le curateur ou médiateur de dettes. Voy. Cour const., 30 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 830 et Cour const., 15 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 399.