

Clauses abusives et force exécutoire de l'acte notarié

À propos de l'ordonnance *Banco Popular Español*, de l'arrêt et de l'ordonnance *Sánchez Morcillo* de la Cour de justice de l'Union européenne

par Justin Vanderschuren

Assistant à l'UCL

et Jean-Louis Van Boxstael

Professeur à l'UCL

1. Crise économique oblige, le contentieux de l'exécution est particulièrement abondant, jusques et y compris les plus hautes sphères de la justice internationale — singulièrement, la Cour de justice de l'Union européenne, appelée à l'occasion de son pouvoir d'interprétation préjudicielle à veiller à l'application de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹. La Cour a rendu en cette matière, de manière relativement rapprochée dans le temps, un grand nombre d'arrêts centrés sur l'exécution d'actes notariés de prêt ou de crédit hypothécaire assortis de clauses prétendument illicites. Parmi le foisonnement de décisions qui nous est proposé, il en est trois qui retiennent particulièrement l'attention. La première est l'ordonnance *Banco Popular Español* du 14 novembre 2013²; la deuxième est l'arrêt *Sánchez Morcillo* du 17 juillet 2014³, et la troisième, l'ordonnance *Sánchez Morcillo* du 16 juillet 2015⁴. Ces décisions offrent le thème de la présente contribution. Quoique le terme « loyauté », auquel est consacrée la présente livraison des *Annales*, n'y soit pas expressément employé, il y est présent en filigrane, au moins à un double titre. Sur le plan du droit substantiel, ou matériel, d'abord puisqu'il s'agissait d'obtenir la sanction de la présence, dans un titre exécutoire

¹ J.O., n° L 095 du 21 avril 1993, pp. 29-34.

² C.J.U.E., 14 novembre 2013, aff. jointes *Banco Popular Español SA contre Maria Teodolinda Rivas Quichimbo et Wilmar Edgar Cun Pérez* (aff. C-537/12) et *Banco de Valencia SA contre Joaquín Valldeperas Tortosa et María Ángeles Miret Jaume* (aff. C-116/13), ci-après : l'ordonnance *Banco Popular Español*.

³ C.J.U.E., 17 juillet 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García contre Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA* (aff. C-169/14), ci-après : l'arrêt *Sánchez Morcillo*.

⁴ C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García contre Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA* (aff. C-539/14), ci-après : l'ordonnance *Sánchez Morcillo*. Cette ordonnance intervient dans le cadre du même litige que celui soumis à la Cour qui conduisit à l'arrêt *Sánchez Morcillo*. Ce dernier arrêt ayant amené le législateur espagnol à opérer une modification du Code de procédure civile, c'est au sujet de celle-ci que la Cour fut questionnée.

notarié, de clauses abusives, *i.e.* rompant le devoir de bonne foi que les parties se doivent, particulièrement lorsqu'elles se trouvent dans une situation inégale et qu'il y a lieu de rétablir entre elles l'équilibre au départ duquel doivent se construire les relations contractuelles⁵. Sur le plan du droit processuel, et plus particulièrement du droit de l'exécution ensuite, puisque la Cour soumet pareil procès à une double exigence, portant sur l'office du juge et l'égalité procédurale des parties, lorsque le titre à exécuter contient des clauses prétendument abusives. C'est cet aspect des décisions commentées qui retiendra notre attention.

2. L'intervention de la Cour de justice sur le terrain de la procédure civile n'est pas nouvelle⁶. La Cour a mis en évidence de longue date les limites que le droit européen et particulièrement, pour notre propos, celui des clauses abusives, fixent à l'autonomie procédurale des États — dans l'attente qu'une harmonisation, au sens propre du terme, intervienne entre eux dans le domaine de la procédure civile. Elles sont au nombre de deux. La première — qui n'est généralement pas problématique — est contenue dans le principe d'« équivalence ». Elle implique que les garanties juridictionnelles offertes au justiciable ne peuvent être moindres, lorsqu'il s'agit de lui assurer l'exercice d'un droit ou d'une prérogative dérivant du droit de l'Union, que celles qui lui sont accordées dans des situations similaires soumises au droit interne. Ces garanties doivent être au moins « équivalentes » à celles dont il dispose en droit interne. Ou, pour le dire en d'autres termes, le droit européen ne peut être « discriminé » au regard de ce dernier⁷. La deuxième limite est contenue dans le principe d'« efficacité » ou d'« effectivité ». La protection juridictionnelle accordée au justiciable, dans la jouissance de ses droits d'origine européenne, doit être réelle, concrète, efficace ou encore effective. Elle ne doit pas être conçue de manière telle qu'elle rende pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés

⁵ La Cour de justice voit l'origine de la protection offerte au consommateur par la directive « clauses abusives » dans la position d'infériorité dans laquelle celui-ci se trouve par rapport au professionnel, tant en ce qui concerne le pouvoir de négociation que le niveau d'information. L'objet de la protection qu'elle met en place est donc de rétablir l'égalité réelle, et non pas simplement formelle, des parties contractantes (voy., entre autres décisions, outre celles que nous examinons, les arrêts des 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito SA contre Joaquín Calderón Camino* (aff. C-618/10), cons. 39 et 40 ; 14 mars 2013, *Mohamed Aziz contre Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* (aff. C-415/11), ci-après l'arrêt *Aziz*, cons. 44 et 45, et 30 avril 2014, *Barclays Bank SA contre Sara Sánchez García et Alejandro Chacón Barrer* (aff. C-280/13), cons. 32 et 33).

⁶ Voy. notamment O. DE SCHUTTER, « La protection juridictionnelle provisoire dans le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux », *CRIDHO Working Paper*, n° 2005/08 (ce document est accessible à l'adresse internet <http://crikho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2005.08.pdf>).

⁷ Voy. parmi d'autres arrêts, outre ceux que nous examinons, C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Elisa María Mostaza Claro contre Centro Móvil Milenium SL* (aff. C-168/05), cons. 24 ; C.J.C.E., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL contre Cristina Rodríguez Nogueira* (aff. C-40/08), cons. 38 ; C.J.U.E., 14 mars 2013, *Mohamed Aziz contre Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* (aff. C-415/11), cons. 50, et C.J.U.E., 30 avril 2014, *Barclays Bank SA contre Sara Sánchez García et Alejandro Chacón Barrera* (aff. C-280/13), cons. 37.

par le droit de l'Union⁸. Cette protection juridictionnelle doit, au contraire, se mettre effectivement au service de ces droits. C'est sur ce deuxième plan, plus opérationnel ou opératoire que le premier, que la limitation apportée au principe de l'autonomie procédurale des États s'impose comme source de rapprochement, voire d'harmonisation, des législations nationales de procédure civile. Elle les soumet à une exigence d'efficacité ou d'effectivité minimales qui élève nécessairement, dans les États moins regardants, le niveau de la protection et qui, par contagion, s'y impose même pour les situations internes : le principe de non-discrimination interdit en effet que la protection juridictionnelle soit plus élevée dans un cas que dans un autre. Voilà comment est engagé un mouvement de rapprochement des législations nationales, appelées à offrir aux justiciables, dans l'attente de leur harmonisation éventuelle par un instrument législatif, les garanties d'une application uniforme et effective du droit de l'Union sur le territoire de tous les États membres.

3. L'ordonnance *Banco popular Español*, l'arrêt et l'ordonnance *Sánchez Morcillo* appliquent, pour la première fois à notre connaissance, ces principes au procès de l'exécution. Ils le font en deux temps, ou à deux degrés : sur le plan de l'office du juge, d'abord, sur celui de l'égalité procédurale des parties, ensuite. Nous le verrons dans une première partie (I), avant de nous attacher à la situation telle qu'elle existe en droit belge (II).

I. — SUR L'OFFICE DU JUGE ET L'ÉGALITÉ PROCÉDURALE DES PARTIES VOULUE PAR LA COUR

4. Un bref survol des particularités de la législation espagnole, qui se trouvait en cause dans les cas d'espèce présentés, s'impose pour mieux apprécier le contrôle auquel la Cour de justice soumet le procès de l'exécution. La matière est réglée en Espagne par l'article 695 du Code de procédure civile, qui ne comptait autrefois pas le caractère abusif des clauses servant de base aux poursuites parmi les motifs pour lesquels un débiteur pouvait former opposition, devant le juge de l'exécution, à la saisie diligentée par un créancier hypothécaire. Il était certes permis au débiteur d'alléguer ce caractère devant le juge du fond, mais celui-ci était dépourvu, dans l'attente de la solution du litige, du pouvoir d'ordonner la suspension de la mesure d'exécution. La Cour, de ce point de vue, n'y va pas par quatre chemins. La distinction entre l'office du juge du fond et celui du juge de l'exécution lui importe peu. Elle ne la fait pas. Elle rend ces deux juges responsables d'apprécier, au moins *prima facie*, le caractère abusif des clauses qui servent de base aux poursuites et de prendre, en conséquence, les mesures de sauvegarde

⁸ *Ibid.*

— c'est-à-dire, pratiquement, la suspension des poursuites — qui s'imposent. Elle juge en son arrêt *Aziz* du 14 mars 2013 qu'en l'absence de pouvoir reconnu au débiteur d'alléguer, dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire, des motifs d'opposition tirés du caractère abusif d'une clause contractuelle, le juge du fond, saisi de pareil moyen, doit disposer du pouvoir d'adopter des mesures provisoires, dont, notamment, la suspension de la procédure d'exécution, pour « garantir la pleine efficacité de sa décision finale »⁹. C'est donc dans un premier temps les pouvoirs du juge du fond qui sont en cause. Et elle décide, dans son ordonnance *Banco Popular Español* du 14 novembre de la même année, que l'office du juge de l'exécution est lui aussi concerné. Dans ce contexte procédural défavorable, où le procès porté devant le juge du fond et mettant en cause le caractère abusif des clauses servant de base aux poursuites ne peut donner lieu à la suspension des poursuites, c'est, dit-elle, le juge de l'exécution qui doit prendre le relai : « la directive 93/13 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui ne permet au juge de l'exécution, dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire, ni d'apprécier, que ce soit d'office ou à la demande du consommateur, le caractère abusif d'une clause qui est contenue dans le contrat duquel résulte la dette réclamée et qui fonde le titre exécutoire, ni d'adopter des mesures provisoires, dont, notamment, la suspension de l'exécution, lorsque l'octroi de ces mesures est nécessaire pour garantir la pleine efficacité de la décision finale du juge saisi de la procédure au fond correspondante, compétent pour vérifier le caractère abusif de cette clause »¹⁰.

5. Juge du fond ou juge de l'exécution, cela importe pour la Cour relativement peu. Sans doute le procès de l'exécution, séparé de l'instance au fond, obéit-il, comme le procès principal, à l'autonomie procédurale des États : « en l'absence d'harmonisation des mécanismes nationaux d'exécution forcée, les modalités de mise en œuvre (...) des motifs d'opposition admis dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire et (...) des pouvoirs conférés à ce stade au juge de l'exécution pour analyser la légitimité des clauses des contrats conclus avec les consommateurs, relèvent de l'ordre juridique interne des États membres »¹¹. Mais c'est « à condition (...) qu'elles ne soient pas moins favorables que celles

⁹ Arrêt *Aziz*, cité *supra*, note 9, cons. 64. La Cour juge, en cette espèce, que la directive « clauses abusives » doit être interprétée en ce sens qu'elle « s'oppose à une réglementation d'un État membre (...) qui, tout en ne prévoyant pas dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire des motifs d'opposition tirés du caractère abusif d'une clause contractuelle constituant le fondement du titre exécutoire, ne permet pas au juge saisi de la procédure au fond, compétent pour apprécier le caractère abusif d'une telle clause, d'adopter des mesures provisoires, dont, notamment, la suspension de ladite procédure d'exécution, lorsque l'octroi de ces mesures est nécessaire pour garantir la pleine efficacité de sa décision finale ».

¹⁰ Ordonnance *Banco Popular Español*, cons. 60.

¹¹ *Ibid.*, cons. 45.

régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux consommateurs par le droit de l'Union (principe d'effectivité)»¹². Lorsque, comme en droit espagnol, le juge du fond manque d'instruments pouvant conduire à la suspension d'une procédure d'exécution diligentée sur des bases illicites, c'est vers le juge de l'exécution qu'il faut se tourner pour qu'il apprécie, au moins *prima facie*, le fond de la créance-cause de la saisie, y débusque les éventuelles clauses abusives qui s'y trouvent et ordonne sur cette base les mesures suspensives qu'elles appellent. L'organisation du procès au fond et celle du procès de l'exécution sont ainsi liées. Les pouvoirs d'un juge influencent ceux de l'autre, et *vice-versa*. L'arrêt *Aziz*, afférent aux pouvoirs du juge du fond, appelle l'ordonnance *Banco Popular Español*, relative à l'office du juge de l'exécution, et celle-ci appelle celui-là¹³⁻¹⁴.

6. La jurisprudence ainsi fixée eut un tel retentissement qu'il convenait que le législateur espagnol intervînt, au titre de son « autonomie procédurale », s'il ne voulait pas voir se multiplier les condamnations à Luxembourg et les recours de débiteurs impécunieux s'adressant aussi bien au juge du fond qu'à celui de l'exécution. C'est ainsi qu'il fut prévu, parmi les motifs fondant une opposition du débiteur aux poursuites, « le caractère abusif d'une clause contractuelle constituant le fondement de l'exécution ou ayant permis de déterminer le montant exigible » (art. 695, § 1^{er}, (4), Code de procédure civile). Las ! L'aménagement prévu laissait à désirer, car s'il était permis au créancier poursuivant d'introduire un appel contre une décision ordonnant, pour ce motif, un non-lieu à l'exécution ou, du moins, sa poursuite moyennant l'inapplication de la (des) clause(s) abusive(s), le débiteur dont l'opposition était rejetée en était par contre privé (art. 695, § 4, Code de procédure civile¹⁵). C'est à cet égard qu'une nouvelle question préjudicielle relative à l'interprétation de la directive 93/13, et, au-delà, à la compatibilité du droit espagnol de l'exécu-

¹² *Ibid.*

¹³ Voy. à cet égard le considérant 44 de l'ordonnance *Banco Popular Español* qui, se référant audit arrêt, pose qu'« il y a lieu de relever que cette jurisprudence permet de déduire clairement la réponse à apporter aux questions posées à titre préjudiciel, en ce qu'elles concernent en substance la définition, en vertu de ladite directive, de l'office du juge compétent pour autoriser l'exécution hypothécaire, dans le cadre du même système procédural (...) » (nous soulignons).

¹⁴ Si la Cour s'est prononcée dans la première affaire sur l'office du juge du fond tandis que dans la seconde elle le fit sur l'office du juge de l'exécution, c'est en raison du fait que la question préjudicielle fut posée dans la première par un juge du fond et dans la seconde par un juge de l'exécution. La Cour eut ainsi l'occasion d'intervenir dans l'une et l'autre procédures.

¹⁵ « La décision ordonnant le non-lieu à exécution ou l'inapplication d'une clause abusive est susceptible d'un recours en appel. En dehors de ces hypothèses, les décisions statuant sur l'opposition visée au présent article (*i.e.* l'opposition du défendeur à l'exécution) ne sont susceptibles d'aucun recours et leurs effets sont exclusivement limités à la procédure d'exécution dans le cadre de laquelle elles sont rendues ». Notons d'ores et déjà que cette disposition sera par la suite modifiée, nous y reviendrons.

tion avec les principes « du droit à une protection juridictionnelle effective et (...) à un procès équitable et à armes égales » fut posée à la Cour. Celle-ci y répondit dans son arrêt *Sánchez Morcillo* du 17 juillet 2014.

7. La Cour s'y montre d'une particulière sévérité à l'égard du législateur espagnol. Épinglant au passage l'absence d'obligation pour le juge de soulever d'office le moyen tiré du caractère abusif d'une clause (ce qu'elle appelle le caractère seulement « facultatif » du moyen)¹⁶, la Cour relève que la procédure espagnole de saisie hypothécaire méconnaît le principe d'effectivité qui conditionne l'exercice par les États de leur autonomie procédurale. Elle approfondit ses réflexions sur l'office du juge de l'exécution et étend son contrôle à la manière dont est concrètement organisé le procès qui se déroule devant lui¹⁷.

8. Reprenant les considérations qu'elle avait émises dans l'ordonnance *Banco Popular Español*, et les développant, la Cour paraît regretter d'abord que le contrôle des clauses abusives, à l'effet de suspendre voire d'anéantir les poursuites, ait été confié au juge de l'exécution¹⁸. Celui-ci ne se sera en effet qu'« éventuellement et tout au plus livré à un examen rapide de la validité des clauses contractuelles sur lesquelles le professionnel fonde sa demande »¹⁹. Et la Cour d'épingler que la protection que le débiteur saisi pourrait tirer d'un contrôle juridictionnel distinct effectué dans le cadre d'une procédure au fond engagée parallèlement à la procédure d'exécution n'est pas susceptible de pallier le risque que le débiteur perde son logement à la suite de sa vente forcée : si clause abusive il y a, ce même débiteur obtiendra non pas une réparation en nature de son préjudice en le remettant dans la situation qui prévalait avant la saisie du bien hypothéqué, mais, au mieux, une indemnité compensatoire²⁰. Sa protection est « incomplète et insuffisante »²¹. L'arrêt *Sánchez Morcillo* ajoute ainsi utilement, dans le sens de l'approfondissement auquel nous a de longue date accoutumés la jurisprudence de la Cour de justice, à l'ordonnance *Banco Popular Español*.

9. Mais, outre l'office du juge de l'exécution, et les conditions de son intervention, c'est particulièrement la manière dont est concrètement organisé le procès

¹⁶ Arrêt *Sánchez Morcillo*, cons. 39. Notons à ce sujet que la Cour rappelle qu'elle a jugé à plusieurs reprises que le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle relevant du champ d'application de la directive « clauses abusives » et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet (voy. le considérant 24 de l'arrêt et la jurisprudence citée).

¹⁷ *Ibid.*, cons. 37 et s.

¹⁸ Le caractère abusif d'une clause pourrait toujours être poursuivi devant le juge du fond, mais avec l'impossibilité pour celui-ci de suspendre la procédure de saisie hypothécaire.

¹⁹ *Ibid.*, cons. 43.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

de l'exécution qui est en cause dans l'arrêt *Sánchez Morcillo*²². En permettant au demandeur aux poursuites, par hypothèse professionnel du crédit, de faire appel d'une décision ordonnant le sursis à l'exécution ou décrétant l'inapplicabilité d'une clause abusive, alors que le consommateur est privé de pareil recours contre une décision rejetant l'opposition à l'exécution qu'il a formée, le législateur espagnol a commis une faute capitale. Ce n'est pas que le consommateur se voit refuser une voie de recours : le principe du double degré de juridiction ne relève pas, singulièrement au stade de l'exécution, des exigences de la protection des droits de l'homme. La Cour le rappelle au considérant 36²³. C'est qu'il se voit refuser ce recours, alors que ce dernier est par ailleurs ouvert au créancier contre une décision du même type, rendue au même degré de juridiction et au même stade de la procédure. Le législateur espagnol a fait pire que mieux, en prolongeant et même en « accentuant » et en « renforçant », au plan processuel, l'inégalité substantielle entre le professionnel et le consommateur que la directive 93/13 se donnait précisément pour objectif d'endiguer²⁴. Il a mis par là en péril l'objectif de cette directive²⁵. Le principe d'« efficacité » ou d'« effectivité » du droit européen ne commande à cet égard pas seulement aux États de mettre en place, en faveur des justiciables que ce droit entend protéger, une « protection juridictionnelle effective », mais aussi une protection qui en aucun cas ne prolonge l'état d'infériorité dans lequel ils se trouvent à l'égard de leurs adversaires. Voilà pourquoi ils doivent avoir, eux aussi, un droit de recours, qui plus est suspensif. C'est à nouveau le principe de l'autonomie procédurale des États et, dans l'attente qu'une harmonisation se fasse en ce domaine, ses limites correctrices qui rejaillissent ici²⁶.

²² La question préjudicielle posée à la Cour émanait cette fois de la juridiction à laquelle l'affaire avait été « renvoyée » suite à l'appel formé par les débiteurs à l'exécution dont l'opposition avait été rejetée.

²³ « (...) [I]l y a lieu de rappeler que, selon le droit de l'Union, le principe de protection juridictionnelle effective vise le droit d'accès non pas à un double degré de juridiction, mais seulement à un tribunal (...). Par conséquent, le fait que le consommateur ne dispose de recours, en tant que débiteur saisi dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire, que devant une seule instance juridictionnelle (...) ne saurait, en tant que tel, être contraire au droit de l'Union ».

²⁴ *Supra*, note 5.

²⁵ Arrêt *Sánchez Morcillo*, cons. 46 : « il convient de constater que le système procédural en cause au principal met en péril la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive 93/13 » et cons. 50 : « force est de constater qu'une procédure nationale de saisie hypothécaire, telle que celle en cause au principal, est de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection du consommateur voulue par la directive 93/13, lue en combinaison avec l'article 47 de la Charte (*i.e.* la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), en ce que ce régime procédural renforce l'inégalité des armes entre les professionnels, en tant que créanciers saisissants, d'une part, et les consommateurs, en leur qualité de débiteurs saisis, d'autre part, dans l'exercice des actions en justice fondées sur les droits que ces derniers tirent de la directive 93/13, d'autant plus que les modalités procédurales de mise en œuvre de ces mêmes actions se révèlent incomplètes et insuffisantes pour faire cesser l'application d'une clause abusive figurant dans l'acte authentique d'affectation en hypothèque sur la base duquel le professionnel procède à la saisie (...).

²⁶ Voy. le considérant 31 de l'arrêt *Sánchez Morcillo* : « (...) en l'absence d'une harmonisation des mécanismes nationaux d'exécution forcée, les modalités de mise en œuvre des recours en appel

10. Au-delà de l'application « effective » et « uniforme », sur le territoire de tous les États membres, de la directive « clauses abusives », c'est plus fondamentalement, dit la Cour — qui met ici à profit les termes de la question préjudicielle qui lui était posée — les droits fondamentaux de l'Union européenne, et singulièrement, le droit au juge consacré par l'article 47 de la Charte²⁷, qui sont en cause. Non seulement le principe d'« égalité des armes » ou d'« égalité procédurale » « fait partie intégrante du principe de la protection juridictionnelle effective des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, tel qu'il est garanti par l'article 47 de la Charte »²⁸, mais aussi ce principe « tout comme, notamment, celui du contradictoire, n'est qu'un corollaire de la notion même de procès équitable qui implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »²⁹. La Cour en déduit que l'article 7, § 1^{er}, de la directive 93/13³⁰, lu en combinaison avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, s'oppose à un système de voies d'exécution prévoyant qu'une procédure de saisie hypothécaire n'est pas susceptible d'être suspendue par le juge du fond, celui-ci pouvant, dans sa décision finale, tout au plus accorder une indemnité compensatoire du préjudice subi par le consommateur, dans la mesure où ce dernier, en tant que débiteur saisi, est privé du droit de faire appel de la décision rejetant son opposition à l'exécution, alors que le créancier saisissant dispose quant à lui de pareil recours contre la décision accueillant pareille opposition, et ordonnant en conséquence la mainlevée de la saisie ou décidant qu'elle se poursuivra sans application de la clause jugée abusive³¹.

11. L'arrêt *Sánchez Morcillo* impressionne, par son obsession à voir David, *alias* le consommateur, aussi armé, ou paré, sur le plan des moyens de procédure, que Goliath, *alias* le professionnel du crédit. Il lui tient tête pied à pied, coude à coude, et ne lui cède pas un pas, jusqu'à invoquer les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. N'est-ce pas parce que Goliath, nanti d'un titre exécutoire

contre la décision statuant sur la légitimité d'une clause contractuelle, admis dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire, relèvent de l'ordre juridique interne des États membres en vertu du principe d'autonomie procédurale de ces derniers. Néanmoins (...), les dites modalités doivent répondre à la double condition de ne pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et de ne pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux consommateurs par le droit de l'Union (principe d'effectivité) (...).

²⁷ Cet article est le pendant, dans le droit de l'Union, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁸ Arrêt *Sánchez Morcillo*, cons. 48.

²⁹ *Ibid.*, cons. 49.

³⁰ « Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ».

³¹ Voy. le considérant 51 et le dispositif de l'arrêt *Sánchez Morcillo*.

toire notarié qui le dispense, préalablement à la procédure d'exécution, de tout contrôle judiciaire de la part du juge du fond, a déjà marqué un point ? N'est-ce pas parce qu'il est nécessairement, au commencement, le plus fort ? Qu'il a une longueur d'avance, du fait de l'« inversion de contentieux »³² qu'implique la force exécutoire de l'acte notarié, et qu'il n'est dès lors plus permis de lui laisser marquer un seul point sans que son adversaire puisse y réagir, faute de quoi le combat serait définitivement perdu ? Les exigences du procès équitable apparaissent d'autant plus impérieuses que la « procédure notariée », si l'on ose ce terme, place les parties dans une situation inégale, nantissant le poursuivant d'une position dominante qui rompt dès l'abord l'égalité des parties au procès. La Cour s'y arrête quelque peu lorsqu'elle relève, au considérant 38 que, « selon les règles procédurales espagnoles, une saisie hypothécaire ayant pour objet un bien immeuble qui répond à un besoin essentiel du consommateur, à savoir celui de se procurer un logement, peut être engagée par un professionnel sur la base d'un acte notarié ayant force exécutoire *sans même que le contenu de cet acte ait fait l'objet d'un contrôle juridictionnel destiné à déceler le caractère éventuellement abusif d'une ou plusieurs clauses de cet acte*. Un tel privilège, accordé à un professionnel, rend d'autant plus nécessaire le fait que le consommateur, en sa qualité de débiteur saisi, puisse bénéficier d'une protection juridictionnelle efficace »³³.

12. Le législateur espagnol répondit à l'arrêt *Sánchez Morcillo* par une nouvelle modification du Code de procédure civile. Il y introduisit la possibilité pour le défendeur à l'exécution de faire appel de la décision de rejet de son opposition tirée du caractère abusif d'une clause contractuelle formant le fondement de l'exécution ou ayant permis de déterminer le montant exigible. Il limita cependant cette possibilité à ce seul motif, alors même que les possibilités d'appel du créancier pouvaient quant à elles s'étendre à toute décision ayant fait droit à une opposition du débiteur, quel qu'en soit le motif³⁴. La question fut dès lors posée à la Cour — dans l'espèce même qui avait donné lieu à l'arrêt, les débiteurs s'y montrant particulièrement pugnaces — de savoir si cette limitation n'était pas à son tour contraire à l'article 7 de la directive « clauses abusives », en ce que le professionnel saisissant disposait de plus de voies de recours en appel que le débiteur saisi. La Cour y répond dans son ordonnance *Sánchez Morcillo* du 16 juillet 2015.

³² G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 278.

³³ Nous soulignons.

³⁴ L'article 695, alinéa 1, du Code de procédure civile espagnol vise également comme motifs pouvant fonder l'opposition à l'exécution (1) l'extinction de la garantie ou de l'obligation garantie, (2) l'erreur dans la détermination du montant exigible ou encore (3) en cas d'exécution visant des biens meubles hypothéqués ou sur lesquels ont été constitués des gages sans dépossession, la constitution, sur ces biens, d'un autre gage, hypothèque mobilière ou immobilière, ou séquestre inscrits antérieurement à la charge qui est à l'origine de la procédure, ce qui devra être démontré par le certificat d'enregistrement correspondant.

13. Elle commence par rappeler qu'en l'absence d'une harmonisation des mécanismes nationaux d'exécution forcée, les modalités de mise en œuvre des recours en appel contre la décision statuant sur la légitimité d'une clause contractuelle, admis dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire, relèvent de l'ordre juridique interne des États membres à condition toutefois que les principes d'équivalence et d'effectivité soient respectés³⁵. Ce second principe, que la Cour développe à nouveau davantage que celui d'équivalence, implique une exigence de protection juridictionnelle, qui doit valoir tant sur le plan de la désignation des juridictions compétentes pour connaître des actions fondées sur le droit de l'Union qu'en ce qui concerne la définition des modalités procédurales relatives à ces actions³⁶. À ce sujet, la Cour relève que la législation espagnole, qui permet au débiteur à l'exécution de former opposition à celle-ci en se fondant sur le caractère abusif d'une clause contractuelle constituant le fondement de ladite exécution ou ayant permis de déterminer le montant exigible, reconnaît désormais à ce même débiteur le droit d'interjeter appel de la décision du juge de l'exécution ayant rejeté son opposition³⁷. La Cour considère dès lors que le régime procédural mis en place permet au juge de l'exécution d'apprécier, avant la conclusion de la procédure d'exécution *et dans le cadre d'un double degré de juridiction* égal à celui offert au créancier, le caractère abusif d'une clause contractuelle contenue dans l'acte notarié servant de titre exécutoire ainsi que de déclarer, le cas échéant, la nullité de la procédure de saisie hypothécaire en cours³⁸. Elle en conclut que le consommateur et sa famille ne sont plus exposés au risque de perdre leur logement à la suite d'une vente forcée de celui-ci, dans un contexte où le juge du fond n'est pas en mesure de suspendre la procédure de saisie hypothécaire et où le juge de l'exécution se livre éventuellement et tout au plus à un examen sommaire de la validité de la clause contractuelle sur laquelle le professionnel fonde sa demande³⁹. La Cour se satisfait du système mis en place, rappelant que les autres motifs pouvant servir de fondement à l'opposition du débiteur à l'exécution ne relèvent pas, et c'est le point, du champ d'application de la directive « clauses abusives ». Le fait qu'il soit impossible pour le débiteur saisi d'interjeter appel de la décision rejetant son opposition

³⁵ Ordonnance *Sánchez Morcillo*, cons. 33.

³⁶ *Ibid.*, cons. 36.

³⁷ L'article 695, § 4, du Code de procédure civile espagnol s'énonce, en effet, désormais de la sorte : « [I]a décision ordonnant le non-lieu à exécution ou l'inapplication d'une clause abusive ou le rejet de l'opposition pour le motif prévu au paragraphe 1, sous 4), du présent article (i.e. le caractère abusif d'une clause contractuelle constituant le fondement de l'exécution ou ayant permis de déterminer le montant exigible) est susceptible d'un recours en appel. En dehors de ces hypothèses, les décisions statuant sur l'opposition visée au présent article ne sont susceptibles d'aucun recours et leurs effets sont exclusivement limités à la procédure d'exécution dans le cadre de laquelle elles sont rendues ».

³⁸ Ordonnance *Sánchez Morcillo*, cons. 40.

³⁹ *Ibid.*, cons. 41.

fondée sur ces motifs n'est pas de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection du consommateur voulue par la directive⁴⁰. Le système mis en place par le législateur espagnol rencontre les attentes de la Cour de justice en ce que, d'une part, il n'expose pas le consommateur au risque d'une perte définitive et irréversible de son logement lors d'une vente forcée avant même qu'un tribunal ait pu apprécier le caractère abusif d'une clause contractuelle sur laquelle le professionnel fonde sa demande de saisie hypothécaire, d'autre part, il renforce efficacement le contrôle juridictionnel mis en place en prévoyant qu'un juge d'appel peut vérifier, dans le cadre d'un double degré de juridiction, le bien-fondé de l'examen d'une telle clause accompli en première instance par le juge de l'exécution⁴¹. Aussi, relativement au principe de l'égalité des armes contre l'utilisation des clauses abusives relevant du champ d'application de la directive « clauses abusives », la Cour relève que « ledit système procédural espagnol offre effectivement au consommateur une possibilité raisonnable d'exercer les actions en justice fondées sur les droits tirés de cette directive dans des conditions qui ne le placent plus dans une situation de net désavantage par rapport au professionnel, créancier saisissant (...) »⁴².

14. La Cour ne va pas au-delà. Sans doute, dans les autres domaines que celui des clauses abusives, le poursuivant et le poursuivi ne sont pas sur un pied d'égalité, puisque les possibilités d'appel de celui-là sont supérieures à celles de celui-ci. Mais la Charte des droits fondamentaux ne contient pas en soi une exigence d'égalité procédurale entre les parties capable de balayer la manière dont le législateur espagnol a, au titre de son autonomie procédurale, organisé le procès de l'exécution. Cette exigence existe, certes, mais elle est incarnée : elle ne concerne que l'exercice des droits et libertés garantis par le droit de l'Union. Dans les autres domaines, le principe de l'autonomie procédurale des États reste sauf. L'on ne pourra donc trouver dans l'arrêt *Sánchez Morcillo* et l'ordonnance qui le prolonge les prémices d'une harmonisation fondée sur les droits fondamentaux sortis du cadre particulier de la directive « clauses abusives ». La construction d'un droit processuel commun, fondée sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui en forme le pendant « européen », en tant que « fonds commun juridique » des États membres⁴³, est remise à plus tard.

⁴⁰ *Ibid.*, cons. 44. Comme le rappelle la Cour dans son considérant 43, « le champ d'application de la directive 93/13 est limité à la protection des consommateurs contre l'utilisation des clauses abusives contenues dans les contrats qu'ils concluent avec les professionnels ».

⁴¹ *Ibid.*, cons. 47.

⁴² *Ibid.*, cons. 48.

⁴³ H. BOULARBAH, « Le cadre général des règles communautaires en matière de procédure civile : coopération judiciaire, droit judiciaire européen et droit processuel commun », in *Le droit processuel & judiciaire européen — Het Europees Gerechtelijk Recht & Procesrecht* (M. STORME et G. DE LEVAL, éd.), Bruxelles, la Charte, 2003, p. 192.

15. Il ressort quoi qu'il en soit de sa jurisprudence que la Cour de justice ne juge pas la force exécutoire de l'acte notarié comme contraire en soi au droit européen de la prohibition des clauses abusives, même lorsque cette force profite à un professionnel du crédit dans ses relations avec un consommateur. Mais elle ne l'estime admissible qu'assortie d'un appareil juridictionnel et procédural irréprochable consacrant le droit au juge et, dès l'instant où la procédure est enclenchée, l'égalité des armes. C'est à l'aune de pareilles exigences que l'on peut à présent explorer le droit belge de la force exécutoire de l'acte notarié.

II. — SUR LA FORCE EXÉCUTOIRE DE L'ACTE NOTARIÉ ET LES CONTRÔLES MIS EN PLACE À SON ÉGARD EN DROIT BELGE

16. En Belgique, l'acte notarié investit les parties non seulement du privilège de la force probante authentique, valable jusqu'à inscription de faux, mais encore, pour le titulaire d'un droit de créance, de celui de la force exécutoire⁴⁴. Ce privilège lui permet de recourir directement aux saisies et aux voies d'exécution sans avoir pour ce faire à subir le détour d'une procédure judiciaire, ni même à solliciter une autorisation judiciaire⁴⁵⁻⁴⁶. Ce privilège n'est pas exprimé clairement par le Code civil qui se borne à l'évoquer indirectement au chapitre des preuves, lorsqu'il attache à la mise en accusation de l'officier public contre lequel une plainte en faux a été introduite la suspension de l'exécution de l'acte, et lorsqu'il précise que pareille suspension est facultative, et au pouvoir du juge, en cas d'inscription de faux (art. 1319, al. 2). La force exécutoire de l'acte notarié

⁴⁴ Voy. sur la force exécutoire des actes notariés, l'importante étude de E. LEROY, « De la force exécutoire des actes notariés : principes, limites et perspectives », in *Authenticité et Informatique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 76-207.

⁴⁵ G. CLOSSET-MARCHAL citant J. VAN COMPERNOLLE, « L'apport du notariat dans le droit de l'exécution », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives : colloque en hommage à Michel Grégoire* (J.-Fr. TAYMANS et J.-L. RENCHON, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 246-250 et C. ENGELS, « La force exécutoire des actes notariés », *Chron. not. Liège*, 2000, vol. 32, pp. 15-24 précise que c'est là un avantage essentiel des actes notariés par rapport aux actes sous seing privé (G. CLOSSET-MARCHAL, « Typologie des titres exécutoires », in *Le droit de l'exécution, en principe(s) et en particulier : Actes du colloque du 29 janvier 2010* (F. GEORGES, éd.), Bruxelles, la Charte, 2010, p. 7. Voy. aussi, entre autres auteurs, G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, Faculté de droit, 1988, p. 461 ; *Éléments de procédure civile, op. cit.*, p. 275, n° 187.

⁴⁶ La procédure de saisie-exécution immobilière se singularise à cet égard quelque peu. Elle se distingue des procédures de saisie-exécution mobilière et de saisie-arrêt-exécution, en ce que le créancier poursuivant n'a pas le libre choix de l'officier ministériel qui procèdera, pour son compte, à l'exécution. L'article 1580 du Code judiciaire l'invite en effet à déposer, dans le mois de la transcription de la saisie (ce délai est un délai d'ordre), requête au juge des saisies « aux fins de nomination d'un notaire chargé de procéder à l'adjudication (ou à la vente de gré à gré) des biens saisis et aux opérations d'ordre ». Ce détour procédural ne permet pas seulement au juge de choisir l'officier ministériel. Il l'amène aussi à vérifier que toutes les conditions sont réunies pour qu'il soit procédé à l'exécution (G. DE LEVAL, « La saisie immobilière », *Rép. not.*, t. XIII, l. 2, Bruxelles, Larquier, 2011, n° 333, pp. 242-243).

est évoquée plus directement par l'article 19, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, aux termes duquel « [t]ous actes notariés (...) seront exécutoires dans toute l'étendue du Royaume »⁴⁷. Le Code judiciaire prend, en plusieurs de ses dispositions, acte de l'analogie qui se dessine ici entre les effets de l'acte notarié et ceux du jugement, à la lumière de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi contenant organisation du notariat qui présente les notaires comme les « fonctionnaires publics » établis par la loi pour conférer aux actes qu'ils reçoivent « le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique » et qui les autorise à en « délivrer des grosses », celles-ci étant, d'après l'article 25 de cette même loi, délivrées en forme exécutoire et, pour cette raison, « intitulées et terminées dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux ». Aussi une exécution peut-elle être poursuivie sur la base d'un « acte »⁴⁸, comme elle peut l'être sur base d'un jugement, pourvu qu'ils soient revêtus de la formule exécutoire comme indiqué par l'article 1386 du Code judiciaire. L'article 1334 du Code judiciaire l'évoque encore, quand il précise que lorsque l'exécution ou la saisie ont lieu en vertu d'un acte authentique autre qu'un jugement, une demande de délais peut être formée auprès du juge des saisies.

17. Le créancier tire de la force exécutoire de l'acte notarié un double privilège, qui le place dans une situation procédurale enviable. Le premier est le privilège du préalable qui le dispense d'avoir à faire le détour d'une procédure judiciaire au fond pour obtenir la condamnation du débiteur au paiement de la dette. Le débiteur, en souscrivant l'acte notarié qui, *nota bene*, lui a été adressé en projet et lui a été lu, de manière commentée, par un officier public indépendant et impartial⁴⁹, s'est en quelque manière condamné lui-même, et l'a fait si bien qu'il n'a plus besoin de l'être par un juge⁵⁰. Le second privilège offert au

⁴⁷ L'alinéa 2 de cette disposition reproduit substantiellement le texte de l'article 1319, alinéa 2, du Code civil à ces différences près que, dans l'hypothèse de plainte en faux principal, il ajoute que la suspension de l'exécution de l'acte notarié est également de mise en cas de décision de renvoi devant le tribunal correctionnel si correctionnalisation il y a et, dans l'hypothèse d'inscription de faux faite incidemment, il précise que la suspension facultative dépend de la *gravité* des circonstances.

⁴⁸ Si l'acte notarié ne comporte qu'une affectation hypothécaire garantissant une créance reprise dans un acte sous seing privé, il ne pourra être mis à exécution qu'après que l'obligation principale dont il est l'accessoire ait été elle-même consacrée dans un titre ayant force exécutoire (Voy. G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 463 et les références reprises à la note de bas de page 2010 ; *adde* Civ. Tournai (sais.), 15 mars 2002, *somm.*, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 850-851).

⁴⁹ Voy. notamment les articles 9, § 1^{er}, alinéa 3, et 12, alinéas 4 à 7, de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat.

⁵⁰ « Chacune des parties en approuvant l'*instrumentum* dressé par le notaire signe par avance sa propre condamnation pour le cas où elle ne remplirait pas ses engagements » (G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 461 citant notamment P. GALOPIN, *Cours de droit notarial privé* lui-même cité par M. BAX, « De uitvoerbare kracht van de notariële akte », *Limb. Rechts*, 1985, p. 9). Le notaire, de son côté, doit éclairer les parties à l'acte notarié sur l'efficacité exécutoire du titre qu'il décerne (*ibid.*, p. 462).

créancier est celui de l'immédiateté d'exécution, qui lui permet de procéder aux poursuites sans devoir au préalable signifier le titre au débiteur comme il devrait le faire pour un jugement : le débiteur le connaît, puisqu'il l'a signé, accomplissant ce faisant, devant l'officier public, l'acte juridique sur la base duquel il est poursuivi⁵¹. Il y a là pour le créancier la source d'un gain de temps, de coûts et de procédure. Les privilèges du créancier nanti d'un titre exécutoire notarié ne vont cependant pas jusqu'à celui de l'exécution d'office, dont profite seule l'Administration, qui, pour sa part, se délivre à elle-même le titre exécutoire dont elle a besoin. Le créancier nanti d'un acte notarié ne se délivre, en effet, pas un titre à lui-même : il a besoin de l'intervention d'un notaire, qui le lui décernera. Mais c'est la seule différence et, même si elle est de taille, elle ne suffit pas toujours à réaliser la justice substantielle. Les privilèges qui dérivent de l'acte notarié sont considérables et placent le débiteur dans une situation délicate : il sera directement, à défaut de paiement, et sur la simple mise en demeure que lui aura adressée le créancier, exposé aux voies d'exécution.

18. Aussi la jurisprudence et la doctrine se sont-elles de longue date, par une sorte de mouvement de résistance, appliquées à atténuer le caractère exécutoire de l'acte notarié⁵² — peut-être (sans doute ?) en raison du caractère d'ordre public du droit des saisies⁵³.

Elles l'ont fait doublement.

19. La première atténuation a porté sur l'étendue matérielle de la force exécutoire de l'acte notarié. Il est permis au créancier nanti d'un acte notarié de

⁵¹ Comp. à cet égard le texte de l'article 1495, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire qui fait de la signification du jugement un préalable obligé à son exécution, et celui de l'article 1564, alinéa 2, du Code judiciaire relatif à la saisie-exécution immobilière dont on déduit que la signification du titre n'est pas requise si l'exécution est poursuivie sur la base d'un « acte authentique contenant une constitution d'hypothèque ». L'article 1499 du Code judiciaire est plus explicite encore, lorsqu'il prévoit, en matière de saisie-exécution mobilière, que la signification ne s'impose que si « le titre consiste en une décision judiciaire ». Le règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement dit « Bruxelles Ibis ») paraît revenir aujourd'hui, en matière d'exécution transfrontière, sur cet acquis fondamental du titre exécutoire notarié — mais c'est parce qu'en amont, il supprime la procédure d'*exequatur* : il prévoit que le certificat de titre exécutoire que délivre l'autorité compétente sur la base de l'article 60 doit être « notifié ou signifié, avant la première mesure d'exécution, à la personne contre laquelle l'exécution est demandée » en même temps que « la décision (comprendre ici : l'acte) si celle-ci n'a pas déjà été notifiée ou signifiée à la personne concernée » (art. 43, § 1^{er}, du règlement rendu applicable à l'exécution poursuivie sur base d'un acte authentique par le truchement de l'article 58, § 1^{er}, alinéa 2).

⁵² Sur ce mouvement, voy. S. ROELAND, « De uitvoerbare kracht van notariële akten », *Notamus*, 2015/2, pp. 39 et 42, qui évoque à cet égard (p. 39) une évolution « dans le temps » (*doorheen de jaren*).

⁵³ Sur ce caractère, voy. F. GEORGES, « Les saisies conservatoires, les voies d'exécution et le règlement collectif de dettes », in G. DE LEVAL (e.a.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile* (G. DE LEVAL, dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 1231.

poursuivre directement l'exécution d'un engagement contenu dans l'acte mais il faut que cet engagement porte sur une chose « liquide et certaine », au sens de l'article 1494 du Code judiciaire, c'est-à-dire qu'il se donne pour objet une somme d'argent déterminée (« liquide ») dont le paiement est dû sans aucun doute (« certaine »), parce que l'obligation est inconditionnelle, ou, si elle était assortie d'une condition, que celle-ci s'est réalisée⁵⁴⁻⁵⁵. Il y a là la source d'une double restriction matérielle à la force exécutoire de l'acte notarié. En premier lieu, l'on doit retrouver dans l'acte tous les éléments nécessaires à la détermination de l'existence, de l'exigibilité et du montant de la créance, ce titre n'ayant de force exécutoire que pour la prestation qui y est expressément prévue. Ainsi, l'acte notarié doit définir suffisamment les modalités et les conditions de l'obligation qu'il contient lesquelles ne sauraient devoir être complétées par référence à d'autres éléments⁵⁶. « De schuld », écrit Luc Weyts, « moet wit op zwart uit

⁵⁴ G. DE LEVAL indique qu'il a été jugé que lorsque l'exécution dépend de la réalisation d'une hypothèse prévue dans une clause introduisant une notion subjective, l'acte notarié ne peut servir de titre exécutoire en cas de contestation de cette clause. Le créancier doit solliciter du juge un titre fondé sur l'interprétation qu'il appartient à ce seul juge de donner des termes de la convention (G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 431 référant à Civ. Liège, 24 juin 1985, *Rev. not. belge*, 1986, pp. 42-44 où il était question d'une clause de « déchéance de terme » et à Civ. Bruxelles (sais.), 29 juin 1987, *Ann. dr. Liège*, 1988, pp. 198-213, note J. DEMBLON, « L'exécution de l'acte notarié peut-elle intervenir directement et peut-elle être suspendue ? », où il était question d'une clause contenue dans des conventions préalables à divorce par consentement mutuel).

⁵⁵ Pour des cas d'application relatifs à ces conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité, voy. notamment Civ. Liège (sais.), 24 juin 1991, *Rev. not. belge*, 1991, pp. 546-547 ; Civ. Liège (sais.), 16 octobre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, pp. 493-495 ; Civ. Liège, 24 juin 1985, *Rev. not. belge*, 1986, pp. 42-44 ; Mons, 5 mai 1978, *J.T.*, 1978, pp. 526-527 (toutes ces décisions sont visées par M. GRÉGOIRE, « L'hypothèque et le mandat hypothécaire », *Jurim Pratique*, 2009/3, pp. 151-154). Voy. aussi Liège, 16 janvier 2003, *J.T.*, 2004, pp. 73-75.

⁵⁶ Sur la méthode de la rédaction par référence et les annexes à l'acte notarié, voy. d'abord Cass., 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, pp. 303-305 dont il ressort que les éléments servant à la détermination des modalités de la créance peuvent ressortir d'une annexe à l'acte notarié pour autant que celle-ci soit revêtue de l'authenticité. L. Weyts écrit que « [o]pdat een akte uitvoerbare kracht zou hebben in zijn geheel, moet niet alleen de akte, maar ook de bijlage en/of de akte waarnaar men verwijst authenticiteit hebben (...) » (L. WEYTS, *De Notariswet*, Malines, Kluwer, 2012, p. 191). Voy. ensuite Cass., 21 juin 1990, somm., *Pas.*, 1990, I, pp. 1206-1208 dont il ressort qu'un acte notarié déclarant applicables des clauses et conditions fixées dans une convention conclue sous seing privé, non annexée à l'acte, ne constitue pas, à cet égard, un titre exécutoire au sens de l'article 1494 du Code judiciaire. Voy. également Gand, 19 octobre 2006, *R.W.*, 2007-2008, pp. 320-321 et Liège, 5 novembre 2002, somm., *J.L.M.B.*, 2003, p. 1735 cités, en sus de ces arrêts de la Cour suprême, par G. CLOSSET-MARCHAL, « Typologie des titres exécutoires », op. cit., p. 7. Voy. la jurisprudence citée par J.-L. LEDOUX, *Les saisies — Chronique de jurisprudence 1989-1996*, *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 108 ou encore Mons, 17 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 792-796 ; Civ. Gand, 6 juin 2006, *R.W.*, 2006-2007, pp. 1531-1534 ; Bruxelles, 22 mars 2002, *Rev. not. belge*, 2002, pp. 826-830, note D. STERCKX, « Brèves précisions sur le caractère exécutoire des actes notariés portant ouverture de crédit » ; Bruxelles, 16 octobre 2001, somm., *Rev. not. belge*, 2002, pp. 38-42, note et Gand, 6 février 1996, *T. Not.*, 1996, pp. 578-583. La Cour d'appel de Liège a précisé que lorsque des clauses contenues dans une convention conclue sous seing privé sont déclarées applicables par un acte notarié, il faut que cette convention y soit annexée et

de acte (in zijn geheel) volgen, of minstens eenvoudig aan de hand ervan bepaalbaar zijn, om een uitvoerbare titel op te leveren »⁵⁷. La restriction de l'étendue matérielle réside ensuite, et surtout, dans le fait que la seule modalité d'exécution possible de l'acte notarié est la procédure de saisie, laquelle porte nécessairement sur une somme d'argent, et consiste en l'appréhension d'un élément particulier du patrimoine du débiteur en vue d'en affecter le prix à la satisfaction de la créance. L'acte notarié qui constaterait une obligation de « faire », de « ne pas faire » ou de « donner » autre chose qu'une somme d'argent, au sens des articles 1101 et 1126 du Code civil, n'est quant à lui pas susceptible d'exécution directe⁵⁸. Il n'offre pas au créancier le privilège du préalable ; seul le juge du fond pourra, après avoir apprécié toutes les circonstances de l'espèce et constaté le manquement du débiteur, délivrer un titre exécutoire, le cas échéant assorti d'une astreinte telle que visée à l'article 1385*bis* du Code judiciaire⁵⁹. La force exécutoire de l'acte notarié est limitée aux saisies, c'est-à-dire aux voies d'exécution sur les biens⁶⁰.

que l'acte lui-même contienne toutes les clauses susceptibles d'exécution forcée (Liège, 30 juin 2005, somm., *J.T.*, 2006, p. 96). Voy. également Liège, 13 février 2003, somm., *J.L.M.B.*, 2003, p. 1736 selon lequel « [l']acte notarié, pour pouvoir servir de support à une exécution, doit contenir tous les éléments de nature à déterminer les modalités de calcul et les conditions d'exigibilité de la créance, dans chacun de ses éléments » (nous soulignons). Pour des situations dans lesquelles les cours et tribunaux furent d'avis qu'un acte notarié était dépourvu de force exécutoire en raison du fait que les éléments essentiels de détermination de l'obligation ne se trouvaient ni dans l'acte ni dans son annexe lue et signée, voy. Civ. Charleroi (sais.), 17 février 1997, *Rev. not. belge*, 1997, pp. 318-320, obs. ; Civ. Gand, 17 décembre 1996, *R.W.*, 1997-1998, pp. 369-370 ; Civ. Mons (sais.), 12 décembre 1996, *Rev. not. belge*, 1997, pp. 315-317, obs. ; Civ. Bruxelles (sais.), 7 novembre 1996, *Rev. not. belge*, 1997, pp. 321-325, obs. et Liège, 21 mai 1996, *Rev. not. belge*, 1997, pp. 308-312 cités par L. WEYTS, *De Notariswet*, op. cit., p. 192. Voy. aussi Civ. Gand (sais.), 9 décembre 2005, somm., *T. Not.*, 2007, pp. 288-290. Sur certains cas « pathologiques » relevés en jurisprudence, voy. F. GEORGES, « Les saisies conservatoires, les voies d'exécution et le règlement collectif de dettes », op. cit., p. 1324. Voy. finalement l'article 19, alinéa 3, de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat relativement à la référence dans un acte notarié à un acte passé antérieurement.

⁵⁷ L. WEYTS, *De Notariswet*, op. cit., p. 192. Il n'est pas exigé que l'acte renseigne le montant de l'obligation du débiteur ; il suffit qu'il contienne toutes les données nécessaires à sa détermination et ce, sans générer de discussion entre parties (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, Malines, Kluwer, 2010, p. 209). Nous renvoyons au propos de M. Grégoire selon laquelle « l'acte notarié, titre exécutoire, ne peut, par définition, jamais receler, à lui seul et sur la base de ses propres termes, les caractéristiques exigées pour la cause de la saisie » et aux développements qu'elle en donne (M. GRÉGOIRE, « L'hypothèque et le mandat hypothécaire », op. cit., p. 148).

⁵⁸ G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 464.

⁵⁹ Voy. Liège, 6 mars 2008, *Rev. not. belge*, 2011, pp. 57-62 selon lequel l'astreinte relève du seul pouvoir du juge. Il était question, en cette affaire, d'une clause prévoyant le paiement d'une somme d'argent en cas de retard dans l'exécution de travaux, inadéquatement qualifiée d'astreinte dans l'acte notarié. La Cour d'appel est d'avis qu'il s'agit d'une clause pénale laquelle peut être contenue dans un acte notarié, l'important étant que l'acte respecte son caractère indemnitaire et que les conditions de sa mise en œuvre y soient très précisément énoncées. Voy. sur ceci, G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, « Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte », in *Dix ans d'application de l'astreinte*, Bruxelles, Créadif, 1991, pp. 242-243.

⁶⁰ Cette solution — l'absence de force exécutoire du titre notarié en matière d'obligations autres que celles de payer une somme d'argent — trouve une confirmation expresse en matière d'hébergement et

20. La deuxième atténuation de la force exécutoire de l'acte notarié, en droit belge, a consisté — et cela nous rapproche de la jurisprudence de la Cour de justice que nous présentions dans la première partie — à établir à son endroit un contrôle judiciaire minimal. Le contrôle judiciaire qui s'exerce

de droit aux relations personnelles à l'égard des enfants dans l'article 387ter, § 2, du Code civil. Celui-ci soumet, en cas de méconnaissance par un parent des modalités relatives à l'enfant, la convention de divorce, même intervenue par acte notarié, à un contrôle préalable du juge du fond, qui peut seul, au sens du premier paragraphe, autoriser la partie victime de la violation à recourir à des mesures de contrainte et prononcer une astreinte, aux termes d'une décision qui sera « de plein droit exécutoire par provision » (N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *J.T.*, 2007, pp. 183 et s.). Dans les autres matières, l'affirmation selon laquelle l'acte notarié serait impuissant à fonder des mesures d'exécution sans recours au juge est plus discutée. La question a surgi principalement à l'occasion de l'exécution de l'obligation de déguerpissement de lieux occupés sans titre ni droit à laquelle est obligé le vendeur d'un bien. Un arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1991 (*Pas.*, 1991, I, p. 824) ayant dispensé le créancier de recourir préalablement au juge de paix pour obtenir un jugement d'expulsion, et ayant donc confirmé l'obligation pour l'huissier de procéder à l'expulsion sur la base de l'acte notarié, n'a pas permis de taire la controverse : cet arrêt statuait, en effet, sur l'exécution des obligations dérivant d'un cahier des charges de vente publique ayant fait l'objet d'un contrôle judiciaire préalable. Le cahier des charges dressé par le notaire en vue de la saisie-exécution immobilière stipulait que la partie saisie délaisserait les immeubles et les mettrait à la disposition des adjudicataires dans le mois de la signification de l'adjudication, à peine d'y être contrainte par le premier huissier à ce requis avec l'aide au besoin de la force publique. Sur cet arrêt, voy. G. DE LEVAL, « L'expulsion du saisi sur le fondement d'un titre exécutoire notarié », *Act. dr.*, 1991, pp. 786-790 ; J. DEMBLON, « L'exécution directe de l'acte notarié comportant obligation de délaissement d'immeubles », *Rev. not. belge*, 1991, pp. 535-545 ; K. BROECKX et J.-L. LEDOUX, « L'étendue de la force exécutoire des actes notariés », *J.T.*, 1991, pp. 614-615 ; J. LAENENS, « De uitdrijving krachtens een notariële akte », *R.W.*, 1991-1992, p. 463 et E. VAN HOVE, note sous ledit arrêt, *T. Not.*, 1991, pp. 440-441. Les tenants d'une lecture large de la force exécutoire de l'acte notarié avancent que l'acte pourrait encore fonder une expulsion directe, sans autre habilitation. Il convient cependant minimalement, à cette fin, qu'il contienne tous les éléments décrivant avec précision l'obligation à exécuter. Cette obligation doit être inconditionnelle et ne dépendre d'aucun paramètre, faute de quoi l'intervention du juge s'imposera. Pour une extension de la force exécutoire de l'acte notarié à d'autres obligations que celle de paiement, voy. notamment E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag, op. cit.*, pp. 207-209 ; C. REMON, « La force exécutoire de l'acte notarié et son exécution directe », in *L'exécution en question : Actes du colloque tenu à l'Université Libre de Bruxelles le 12 décembre 1991* (J. LINSMEAU, coord.), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 55-74 et Civ. Liège (réf.), 13 octobre 1993, somm., *J.L.M.B.*, 1994, pp. 313-314 qui précise notamment que pour qu'un acte de vente de gré à gré ait force exécutoire quant à l'expulsion du vendeur, il importe qu'une clause mentionne expressément que le vendeur devra avoir libéré les lieux à la date indiquée sous peine d'en être expulsé, au besoin avec l'aide de la force publique ; cette clause ne doit pas se borner à octroyer à l'acheteur la jouissance d'un bien à partir d'une date déterminée. Pour une thèse restrictive de l'étendue de la force exécutoire de l'acte notarié, voy. notamment G. CLOSSET-MARCHAL, « Typologie des titres exécutoires », *op. cit.*, pp. 8-9 ; G. DE LEVAL, « Dettes de logement et surendettement », in *Le logement familial : Actes du 5^e colloque de l'Association Famille & Droit, Liège, 27-28 décembre 1998* (P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN, dir.), Diegem, Kluwer, 1999, pp. 113 et 131 ; E. LEROY, « De la force exécutoire des actes notariés : principes, limites et perspectives », *op. cit.*, pp. 127-133 ; F. GEORGES, « Les saisies conservatoires, les voies d'exécution et le règlement collectif de dettes », *op. cit.*, p. 1323. Très pragmatiquement, notons l'opinion de L. Weyts selon laquelle « [h]oe dan ook, of men de extensieve or restrictieve stelling aanvaardt (...) steeds kan men daarenboven een schadebeding met modaliteiten opnemen bij niet-naleving in natura van de overeenkomst, als zij maar zeer redelijk is geredigeerd » (L. WEYTS, *De notariswet, op. cit.*, p. 197. Sur ce recours à la clause pénale, voy. J. VAN COMPENOLLE, « L'apport du notariat dans le droit de l'exécution », *op. cit.*, pp. 245-255).

sur l'acte notarié est dans une large mesure curatif : il n'intervient qu'*a posteriori*, l'acte notarié échappant dans l'obligation qu'il constate au contrôle préventif auquel se livre le juge du fond saisi par le créancier en vue de la délivrance d'un titre exécutoire⁶¹. Cette obligation est censée authentiquement établie, comme le serait celle que constate un jugement définitif. Il est cependant toujours loisible au débiteur poursuivi d'introduire devant le juge du fond une action tendant à l'annulation, la rescision ou la résolution de l'acte et nul ne doute en ce cas que le juge du fond puisse, par une mesure avant dire droit destinée à « régler provisoirement la situation des parties »⁶², suspendre la force exécutoire qui s'y attache. Les pouvoirs du juge du fond sont donc en Belgique considérables, et suffisent à notre sens à prévenir toute mise en doute, analogue à celle dont a pu faire l'objet la législation espagnole, de sa capacité à protéger adéquatement un débiteur poursuivi sur la base de clauses dont le caractère abusif est allégué : il y trouvera naturellement une cause d'annulation de l'acte et partant, à titre provisoire, de suspension des poursuites. Il en est d'autant plus ainsi que les pouvoirs du juge du fond s'accompagnent de la possibilité offerte au débiteur de saisir en cas d'urgence, et au provisoire, le juge des référés qui, pouvant presque tout faire, pourvu qu'il n'atteigne pas le fond du droit, disposera lui aussi de la possibilité de suspendre provisoirement — pour aménager la situation des parties avant qu'il ne soit statué au fond — la force exécutoire de l'acte notarié.

21. Mais il y a plus — et l'on retrouve ici la dualité de procédures à laquelle la Cour de justice de l'Union européenne s'est trouvée confrontée dans les affaires *Banco Popular Español* et *Sánchez* : le juge des saisies, aussi, est appelé à intervenir et à exercer sur le titre exécutoire notarié un contrôle qui, pour être minimal et s'exercer dans des délais de procédure raccourcis, n'en est pas moins, pensons-nous, suffisant pour mettre le débiteur à l'abri de poursuites injustes et lui offrir les moyens judiciaires d'y résister. S'il est certes interdit au juge des saisies de statuer sur les contestations ayant trait à l'existence ou au bien-fondé de la créance-cause de la saisie⁶³, dont il ne connaît pas, et qui est réservée au juge du fond⁶⁴, il n'est pas pour autant sans

⁶¹ Comparant le titre judiciaire et le titre extrajudiciaire qu'est l'acte notarié, G. de Leval explique que « [d]un côté, il y a un long processus en amont et une vérité qui s'acquiert progressivement avant de devenir irréversible, le cas échéant, à l'issue de l'exercice des voies de recours tandis que de l'autre, il s'agit d'un titre immédiatement exécutoire susceptible d'être ultérieurement contesté dans le cadre d'un contentieux illustrant la théorie de l'inversion de contentieux » (G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, op. cit., p. 278).

⁶² Conformément à l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire.

⁶³ Il ne statue pas davantage, en matière de saisie-arrêt, sur celles relatives à la créance-objet : articles 1456, alinéa 2, et 1542, alinéa 2, du Code judiciaire.

⁶⁴ Quoiqu'énoncé au sujet de la procédure de saisie conservatoire, l'article 1489, alinéa 2, du Code judiciaire contient à cet égard un principe général, et extrêmement ferme, qui sépare la

pouvoir en ce qu'il connaît, minimalement, des difficultés d'exécution que de telles contestations engendrent, puisqu'elles ont pour effet de compromettre, par définition, l'actualité exécutoire du titre servant de base aux poursuites ⁶⁵.

22. L'on enseigne généralement ⁶⁶ que nonobstant le principe général de l'article 1498, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, selon lequel les actions qui sont soumises au juge des saisies n'ont pas d'effet suspensif ⁶⁷, certaines hypothèses peuvent se présenter dans lesquelles le juge des saisies peut, sans altérer le fond, c'est-à-dire le bien-fondé de la créance-cause de la saisie, prononcer la suspension préventive des poursuites, sur le recours du débiteur ⁶⁸⁻⁶⁹. Il en est quatre, présentées dans un ordre qui, pour notre propos, croît en importance :

compétence du juge des saisies de celle du juge du fond : « [l']ordonnance du juge des saisies ne porte pas préjudice au principal ». Cet article, dont la rédaction — assez malheureuse, de ce point de vue — fait indûment songer à celle de l'article 1039, alinéa 1^{er}, du même code (« [l]es ordonnances sur référé ne portent préjudice au principal (...) »), ne signifie nullement que le juge des saisies ne serait pas capable de se prononcer par un jugement définitif sur les difficultés qui lui sont soumises. Il établit bien plutôt, comme nous l'indiquions ci-avant, une ligne de partage entre les compétences de l'un et l'autre juges : le juge des saisies connaît de la régularité des saisies, comme il est dit à l'article 1395, al. 1^{er}, du Code judiciaire ; il ne connaît pas du bien-fondé des prétentions du créancier qui meut la saisie, lesquelles appartiennent, comme tous les droits subjectifs, au juge du fond. Aussi la validité, au fond, de l'acte notarié servant de base aux poursuites échappe-t-elle à sa compétence, et appartient-elle au juge du fond : il ne peut prononcer la nullité, la rescision, ni même encore, en cas de difficulté d'exécution, la résolution de l'acte ni du contrat qu'il contient. C'est en ce sens qu'il y a lieu de comprendre l'enseignement de l'article 1489, al. 2, du Code judiciaire qui, s'il autorise le juge des saisies à connaître de la validité et de la régularité des saisies conservatoires et des voies d'exécution (cf. art. 1395, al. 1^{er}, C. jud.), précise que son ordonnance « ne porte pas préjudice au principal » : ce dernier ne statue pas sur le fond de la créance-cause de la saisie. Notons que si une demande ayant cet objet est portée devant le juge des saisies, elle donnera lieu à un incident de répartition au sens de l'article 88, § 2, du Code judiciaire et que, faisant lui-même partie du tribunal de première instance et constituant dès lors le « juge ordinaire », au sens de l'article 568, C. jud., celui-ci en demeurera saisi si cet incident n'est pas soulevé devant lui *in limine litis* (voy. à cet égard, évoquant l'incompétence de principe du juge des saisies pour connaître d'un contentieux relevant de l'exécution directe, en nature, Civ. Gand, 14 octobre 2003, somm., *R.D.J.P.*, 2004, pp. 90-91).

⁶⁵ G. DE LEVAL, *La saisie immobilière*, 6^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 93.

⁶⁶ Voy. notamment G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., pp. 466-468 et G. CLOSSET-MARCHAL, « Typologie des titres exécutoires », op. cit., pp. 9-10.

⁶⁷ « En cas de difficulté d'exécution, toute partie intéressée peut se pourvoir devant le juge des saisies, sans cependant que l'exercice de cette action ait un effet suspensif » (nous soulignons). Ce principe est, en matière de saisie-exécution mobilière, confirmé expressément par l'article 1513 du Code judiciaire : « [i] est passé outre, nonobstant toutes réclamations de la part du débiteur saisi, et jusqu'à la décision du juge des saisies, devant qui elles seront portées ».

⁶⁸ Ce recours est porté devant le juge par le biais d'une citation directe lancée contre le créancier poursuivant, tendant à soumettre au juge une « difficulté d'exécution » (art. 1395, al. 2, et 1498, C. jud.). Voy. aussi la possibilité offerte au débiteur de former une tierce-opposition à l'ordonnance de désignation du notaire visée à l'article 1580 et, le cas échéant, 1580bis et 1580ter du Code judiciaire et le droit du débiteur de former des contestations sur le cahier des charges (art. 1582, al. 4 et 5, C. jud.) ou de saisir le juge de la nullité des actes de procédure accomplis avant l'adjudication ou de cette adjudication elle-même (art. 1622, al. 2 et 3, C. jud.).

⁶⁹ Comme l'explique G. de Leval, ces hypothèses dans lesquelles il peut être fait exception au principe de l'imédiateté exécutoire de l'acte notarié s'expliquent par le fait que l'authenticité

- 1° la plainte en faux devant les juridictions répressives et l'action en inscription de faux devant les juridictions civiles qui, si elles n'ont pas encore conduit à la suspension des poursuites, peuvent fonder cette mesure de la part du juge de l'exécution⁷⁰ ;
- 2° l'octroi des « délais modérés de paiement » visés à l'article 1244, alinéa 2, du Code civil qui, lorsque le débiteur est poursuivi sur la base d'un « acte authentique autre qu'un jugement », est de la compétence du juge des saisies (art. 1334, C. jud.)⁷¹⁻⁷² ;
- 3° la prohibition de toute mesure d'exécution abusive, comme application du principe général de droit découlant de la bonne foi, tant substantielle que procédurale, que les parties contractantes se doivent l'une à l'autre⁷³ ;

ne s'étend pas à la validité de l'acte et à sa sincérité (G. DE LEVAL, « Le jugement », in G. DE LEVAL (e.a), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile* (G. DE LEVAL, dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 684). Et l'auteur de rajouter qu'« il y a dissociation entre l'*instrumentum* et le *negotium*, contrairement à ce qui se produit pour une décision de justice ; en effet, à la différence du juge, le notaire ne décide rien et l'acte qu'il élabore est dépourvu d'autorité de la chose jugée ; il constate et authentifie un acte juridique dont la teneur lui échappe, l'acte notarié tirant sa force obligatoire de la seule volonté des parties et sa force exécutoire du fait que le notaire en a authentifié la réalité. Et pour cette raison, ce n'est pas l'authenticité de l'acte notarié qui lui permet d'échapper à toute contestation sur la validité de l'opération contractuelle qui s'y trouve relatée ». À tout ceci s'ajoute le fait que l'acte notarié intervient la plupart du temps en dehors de tout conflit et que, postérieurement à celui-ci, peuvent survenir nombre de circonstances nouvelles compromettant l'efficacité et l'actualité exécutoire du titre (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 213).

⁷⁰ Si la force probante de l'acte authentique est ébranlée, la force exécutoire qui en résulte est nécessairement atteinte (G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 467). C. Remon le précisait : « [l]es deux vertus nécessaires de l'authenticité résident dans sa force probante et sa force exécutoire. Les deux vont de pair et sont indissociables. Toutes deux trouvent leur fondement profond dans l'authenticité de l'acte et les garanties qu'elle confère » (C. REMON, « La force exécutoire de l'acte notarié et son exécution directe », *Rev. not. belge*, 1978, p. 303). Voy. aussi S. ROELAND, « De uitvoerbare kracht van notariële akten », *op. cit.*, p. 40, qui souligne que : « [d]e authenticiteit van de notariële akte haar uitvoerbaarheid voorafgaat ».

⁷¹ Rappelons, d'une part, que l'article 1344 du Code judiciaire indique que la demande de délais doit être formée, à peine de déchéance, dans les quinze jours à partir du commandement ou s'il n'y a pas lieu à commandement, à partir du premier acte de saisie signifié au débiteur, d'autre part, que l'article 1244 du Code civil précise que le juge, eu égard à la situation des parties, peut accorder des délais pour le paiement (qui devront être modérés) et faire surseoir aux poursuites, nonobstant toute clause contraire et ce, en usant de ce pouvoir avec une grande réserve et en tenant compte des délais dont le débiteur a déjà usé.

⁷² Il ressort de l'article 1335 du Code judiciaire que l'interruption des poursuites par le créancier au cours d'une demande en obtention de délais de grâce peut être *forcée* en ce qu'il en est donné injonction par le juge (G. CLOSSET-MARCHAL, « Typologie des titres exécutoires », *op. cit.*, p. 10).

⁷³ Sur l'abus de droit en matière de saisies, voy. G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, pp. 13-16.

4° et *last but not least*, la contestation *sérieuse* affectant la régularité ⁷⁴, les conditions de fond ⁷⁵, l'interprétation ⁷⁶ ou encore l'actualité exécutoire du titre ⁷⁷⁻⁷⁸.

23. Ce dernier pouvoir, qui trouve une confirmation expresse dans l'article 1567, alinéa 2, du Code judiciaire ⁷⁹, découle d'une prérogative plus générale du juge des saisies : celle d'exercer un contrôle judiciaire minimal de l'exécution poursuivie sur la base d'un titre exécutoire notarié. L'article 1498 du Code judiciaire contient, en effet, une règle générale en matière d'exécution forcée qui lui permet de connaître, à la demande de toute partie intéressée, de toute difficulté

⁷⁴ Voy. Gand, 12 janvier 1985, somm., *T. Not.*, 1985, pp. 135-139 au sujet d'une procuration hypothécaire dans laquelle il manquait la signature d'un des débiteurs rendant l'établissement de l'hypothèque nulle à son égard. Voy. l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 5 mai 2009 dans le cadre duquel l'exécution était poursuivie sur la base d'un acte notarié qui fut considéré comme nul car non signé par le créancier n'ayant pas comparu à l'acte (Liège, 5 mai 2009, *Rev. not. belge*, 2010, pp. 192-198, obs.).

⁷⁵ Notons l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 24 mai 2007 où il était question d'une prétendue nullité d'une convention pour défaut de consentement que la Cour reconnut comme étant un argument sérieux et ordonna, par conséquent, la suspension de la force exécutoire de l'acte notarié et ce, jusqu'à la décision du juge du fond (Liège, 24 mai 2007, *Rev. not. belge*, 2007, pp. 496-500).

⁷⁶ Sur l'impossibilité pour le juge des saisies d'interpréter un acte dont le contenu est susceptible d'interprétations diverses laquelle tâche incombe dès lors au juge du fond dont le jugement interprétatif est joint à l'acte et ne constitue pas un second titre exécutoire, voy. E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag, op. cit.*, p. 212. Selon ces mêmes auteurs, le juge des saisies pourra uniquement décider que la contestation avancée n'est pas sérieuse ou, si elle l'est, suspendre l'exécution de l'acte. Voy. aussi Gand, 18 février 1997, somm., *R.W.*, 1999-2000, p. 119, note J. DANGREAU, « De verjaringsstermijn van vervallen onderhoudsgelden », dont il ressort qu'en cas de contestation quant à l'interprétation d'un contrat établi par acte notarié, l'exécution forcée de celui-ci doit être suspendue jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit obtenue par la partie la plus diligente. Nous renvoyons finalement à la note 54 où il était question de clauses introduisant une notion subjective dont le contenu ou l'étendue de l'application pourrait être contestée obligeant ainsi le créancier à postuler du juge du fond un titre fondé sur l'interprétation qu'il peut seul donner des termes de la convention (K. BROECKX et J.-L. LEDOUX, « La force exécutoire de l'acte notarié », in *Le notaire, votre partenaire, aujourd'hui et demain*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 1992, p. 182).

⁷⁷ Un titre n'est pas « infiniment valable » : « [i] perd ses effets si la créance est éteinte par un paiement, par une compensation ou par tout autre mode d'extinction des obligations » (Ph. BERTIN, « Les pouvoirs actuels du juge des référés en matière de saisie-arrêt », *G.P.*, 26-28 juillet 1981, p. 2, cité par G. DE LEVAL, *Traité des saisies, op. cit.*, p. 440). Sur cette question de l'actualité du titre, il importe de faire, comme le tribunal de première instance de Liège, la distinction entre l'acte notarié et le jugement en ce que « le premier intervient au moment de la conclusion du contrat, alors que le second est postérieur à la survenance du litige » (Civ. Liège, 24 juin 1985, somm., *Rev. not. belge*, 1986, pp. 42-44). Et M. Grégoire d'ajouter que « seul le jugement peut constater les caractères actuels de liquidité et d'exigibilité d'une créance, alors que l'acte notarié ne peut en consacrer que l'existence » (M. GRÉGOIRE, « L'hypothèque et le mandat hypothécaire », *op. cit.*, p. 147). Voy. également Cass., 15 janvier 1999, somm., *R.W.*, 1999-2000, pp. 148-150, note A. DE WILDE, « De beslagrechter, een volwaardig executierechter », dont il ressort que le juge des saisies est compétent pour examiner si la créance apparaissant du titre exécutoire s'est éteinte postérieurement à la naissance du titre, auquel cas l'exécution serait illicite.

⁷⁸ Comme le dit M. Grégoire, lorsque l'obligation est contestée sérieusement, le pouvoir judiciaire interpose son autorité pour régler le droit (M. GRÉGOIRE, « L'hypothèque et le mandat hypothécaire », *op. cit.*, p. 147).

⁷⁹ Cette disposition, ayant trait à la saisie-exécution immobilière, évoque *expressis verbis* la suspension des effets d'un commandement « par suite d'une opposition au titre exécutoire servant de base à la poursuite ». Il ne s'agit là que de l'application d'une règle générale.

d'exécution, avec le pouvoir d'ordonner, le cas échéant, la mainlevée de la saisie. L'acte notarié est loin de représenter, dans tous les cas, le titre parfait qui peut seul servir de base à des mesures d'exécution : il peut donner lieu à des difficultés d'interprétation, ou d'exécution, voire même à des contestations de fond. Ainsi, le débiteur peut y opposer notamment une compensation, un paiement préalable, total ou partiel, de sa dette, ou tout autre moyen de droit — dont, singulièrement, l'existence de clauses abusives susceptibles d'anéantir les poursuites ou de changer les bases sur lesquelles la mesure d'exécution est poursuivie. Le juge des saisies connaît alors de sa contestation. Il peut la rejeter, et décider que la voie d'exécution est régulière. Il peut aussi l'accueillir, et, constatant que les conditions strictes, de fond et de forme, qui constituent le préalable obligé à une voie d'exécution, ne sont pas réunies, ordonner la mainlevée de la saisie. Il peut enfin, s'il constate que les moyens invoqués ne lui permettent pas, en l'état, de statuer dans un sens ou dans un autre, ordonner la suspension de la mesure d'exécution, dans l'attente d'explications ou d'informations complémentaires (comme le résultat d'une mesure d'instruction), voire même d'une décision du juge du fond sur le fondement de la créance ou la régularité du titre en vertu duquel elle est poursuivie⁸⁰⁻⁸¹.

24. Il n'est pas certain que les restrictions procédurales qui viennent d'être relevées à l'exécution d'un acte notarié soient, en Belgique, aussi étendues que celles que souhaite la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'il est question d'y dénoncer une « clause abusive ». Mais l'essentiel s'y trouve : le droit belge offre au débiteur la « protection suffisante » que la Cour de justice appelle de ses vœux. Simplement est-il moins disert que le droit espagnol puisqu'il n'évoque notamment pas, parmi les motifs d'opposition offerts au débiteur à l'exécution, le caractère abusif des clauses contenues dans l'acte servant de base aux poursuites⁸². La raison principale s'en trouve sans doute dans la circonstance que les dispositions du Code de droit économique offrent, en amont, au stade de la conclusion du contrat lui-même, les moyens d'exclure la présence de clauses illicites (art. VII.123 à 147). Et, pour le cas où pareilles clauses devaient subsister dans les actes, ce Code offre au débiteur un moyen procédural redoutable, en l'article VII.147, alinéas 1^{er} et 2, dans le contexte particulier du crédit hypothécaire privé auquel la Cour de justice s'est intéressée dans les affaires *Banco Popular Español* et *Sánchez Morcillo* : « [t]oute exécution ou saisie à laquelle il est procédé en vertu (...) d'un acte authentique est précédée (...) à peine de

⁸⁰ F. GEORGES, « Les saisies conservatoires, les voies d'exécution et le règlement collectif de dettes », *op. cit.*, p. 1325, précisant que « la force exécutoire de l'acte notarié peut être suspendue par le juge des saisies en cas de contestation sérieuse des engagements révélés par l'acte notarié ». Sur le sérieux de la contestation, voy. G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 469.

⁸¹ Sur les possibilités dont dispose le juge des saisies en pratique : G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 470.

⁸² Voy., pour rappel, l'article 695, § 1^{er}, (4), du Code de procédure civile espagnol.

nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge de saisies (...)» et « [t]oute demande de facilités de paiement par le consommateur (...) est adressée au juge des saisies »⁸³. Le juge qui sera appelé, dans le futur, à désigner l'officier ministériel instrumentant conformément à l'article 1580, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, peut être ainsi d'emblée confronté à l'argument déduit du caractère abusif des clauses de l'acte notarié dont l'exécution est poursuivie, et en aménager les conséquences.

25. Le droit belge nous semble ainsi avoir, avant la lettre, assimilé les exigences du droit européen. Celles-ci se résument aisément : ce n'est, dans le procès opposant un professionnel à un particulier, que sous la condition d'un appareil procédural suffisamment puissant que les privilèges du préalable et de l'immédiateté d'exécution attachés au titre exécutoire notarié sont admissibles. Et c'est à ces conditions qu'ils s'avèrent, somme toute, d'excellents partenaires du cours accéléré de la justice.

* *

*

Addendum. – Le présent article était sous presse quand nous avons appris l'existence de deux arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne intéressant la matière à laquelle nous nous sommes intéressés.

Le premier date du 1^{er} octobre 2015 (*ERSTE Bank Hungary Zrt. c. Attila Sugár*, aff. C-32/14). La Cour y tranche la question de savoir si les articles 6, § 1^{er}, et 7, § 1^{er}, de la directive 93/13 s'opposent à une législation nationale (hongroise en l'occurrence) permettant à un notaire ayant établi, dans le respect des exigences formelles, un acte authentique concernant un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de revêtir cet acte de la formule exécutoire (ou de refuser de supprimer cette formule) alors qu'aucun contrôle n'est effectué, au préalable, sur le caractère éventuellement abusif des clauses qu'il contient. Le notaire en effet, agissant à la requête du créancier, appose en droit hongrois (comme du reste en droit belge) la formule exécutoire sur l'acte authentique contenant l'obligation du débiteur sans procéder à un examen de la validité de l'acte, sinon sous un angle essentiellement formel. C'est, en somme, la force exécutoire de l'acte notarié lui-même, ou plus exactement les conditions dans lesquelles un tel acte peut déployer sa force exécutoire, qui se trouvaient en cause, dès l'instant que le contrat avait été conclu entre un professionnel et un consommateur. Conformément à sa jurisprudence, la Cour indique qu'en l'absence dans le droit de l'Union d'une

⁸³ Remarquons que cette tentative de conciliation et cette demande de facilités de paiement ne sont pas nouvelles. Elles sont reprises de l'article 59 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, désormais « absorbée » par le Code de droit économique.

harmonisation des mécanismes procéduraux d'exécution forcée et du rôle assigné aux notaires dans le cadre de ceux-ci, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre d'établir de telles règles, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, à condition toutefois, d'une part, qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence), et d'autre part, qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité). Relativement à ce dernier point, la Cour décide que le fait que le consommateur ne peut invoquer la protection des dispositions législatives sur les clauses abusives que s'il engage une procédure juridictionnelle ne saurait être considéré, en soi, comme contraire au principe d'effectivité, la Cour indiquant que la protection juridictionnelle effective garantie par la directive 93/13 repose sur la prémisse selon laquelle les juridictions nationales sont préalablement saisies par l'une des parties au contrat. L'exercice de la fonction notariale ne se compare à cet égard pas à celui de la fonction juridictionnelle (cons. 47). Certes, « compte tenu de la confiance particulière que le consommateur témoigne, en règle générale, au notaire, en sa qualité de conseil impartial, et [a]u fait que les actes dressés par celui-ci ne sont pas entachés d'illégalité, il existe un risque non négligeable que le consommateur soit moins vigilant lors de l'établissement de ces actes quant à l'existence de clauses abusives et aux conséquences d'une procédure simplifiée d'exécution forcée notariale » (cons. 54). Pour autant, l'effectivité de la protection des consommateurs, voulue par la directive, n'est pas en péril. Le notaire, en effet, exerce « un rôle de prévention du caractère abusif des clauses [du] contrat » et « assure (...) par ses conseils l'égalité de traitement dans toutes les procédures relevant de son intervention » (cons. 57). Rien ne s'oppose donc à l'octroi de la force exécutoire à un contrat notarié régulier en la forme, si le débiteur dispose en aval du droit de quereller la validité de l'acte, devant le juge du fond, et de celui d'obtenir du juge des saisies la suspension (voire la mainlevée) des poursuites si la validité du titre qui en forme la base est contestée (cons. 59). Il y a là bien sûr une « inversion du contentieux » (G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 278), mais elle n'est pas contraire au droit européen de la protection des consommateurs, dont la « passivité totale » ne peut être encouragée (cons. 62). Le fait donc que le consommateur ne peut invoquer à son profit la protection des dispositions législatives sur les clauses abusives que « s'il engage une procédure juridictionnelle » ne saurait être considéré, en soi, comme contraire au principe d'effectivité (cons. 63). L'acte notarié conserve ainsi son statut, même dans les relations entre un professionnel et un consommateur : « les articles 6, paragraphe 1, et 7, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats

conclus avec les consommateurs, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale (...) qui permet à un notaire ayant établi, dans le respect des exigences formelles, un acte authentique concernant un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de procéder à l'apposition de la formule exécutoire sur ledit acte ou de refuser de procéder à sa suppression alors que, ni à ce stade ni à un autre, un contrôle du caractère abusif des clauses dudit contrat n'a été effectué ».

L'autre arrêt a été prononcé le 29 octobre 2015 (*BBVA SA c. Pedro Peñalva López, Clara López Durán et Diego Fernández Gabarro*, C-8/14). La Cour — toujours saisie par voie de question préjudicielle — s'y positionne sur le régime transitoire de la loi espagnole contenant les modifications législatives s'imposant à la suite de l'arrêt *Aziz* analysé dans le cadre de notre contribution. Les considérations y contenues sortant du cadre de notre analyse, nous y renvoyons les lecteurs intéressés non sans mentionner qu'en substance, la Cour décida que le délai de forclusion pour l'introduction d'une opposition fondée sur le caractère abusif d'une clause, imposé par la législation espagnole, devait être considéré comme étant contraire aux articles 6 et 7 de la directive 93/13/CEE dès lors que ce délai commence à courir sans que les consommateurs concernés ne soient informés personnellement de la possibilité de faire valoir un nouveau motif d'opposition dans le cadre d'une procédure d'exécution déjà ouverte avant l'entrée en vigueur de la loi introduisant ledit motif.

* *
*