

## Matière civile

### ***Droit des affaires – Annulation de la vente d'un bien immobilier avec effet rétroactif – Conséquences pour le créancier hypothécaire de bonne foi***

Arrêt du 22 janvier 2021 ([C.20.0143.N](#)) et les conclusions du premier avocat général R. Mortier

Cette affaire concerne la protection d'un créancier hypothécaire qui, après constitution de son hypothèque, se voit confronté à l'annulation du contrat de vente par lequel le débiteur a acquis un droit de propriété sur un bien immobilier.

Les faits sont les suivants.

En 1989, les parties A, d'une part, et B et C, d'autre part, ont acquis un bien immobilier, chacune pour la moitié. En 2007, A et B ont cédé, contre paiement, leur part dans le bien immobilier à C. Ensuite, D a accordé une ouverture de crédit à C pour l'achat d'un autre bien immobilier, ce qui a entraîné la constitution d'une hypothèque en second rang sur le premier bien immobilier au profit de D (le bien était déjà en effet grevé d'une hypothèque en premier rang). Cette hypothèque fut transcrite peu après dans les registres du Conservateur des hypothèques.

En 2009, E a été désigné comme administrateur des biens de A. En 2010, E a introduit devant le tribunal de première instance de Bruxelles, contre B et C, ainsi que contre le notaire intervenant, une demande visant l'annulation du contrat de 2007.

Le tribunal de première instance a déclaré le contrat nul pour absence de consentement valable de A.

C et le notaire intervenant ont interjeté appel de ce jugement, ce qui a conduit à la première intervention de D dans la procédure. D a demandé que, si la nullité devait être établie, elle ne soit prononcée qu'*ex nunc*, de sorte que D puisse se prévaloir de son inscription hypothécaire envers A et E. La cour d'appel de Bruxelles a confirmé le jugement du premier juge et rejeté la demande de D comme étant non fondée.

Par un arrêt du 28 septembre 2017, la Cour a cassé cet arrêt, mais uniquement dans la mesure où il statuait sur la demande de D visant à ce que la nullité du contrat ne soit prononcée qu'*ex nunc*.

Le juge d'appel de renvoi a, lui aussi, rejeté comme non fondée la demande de D, visant à ce que la nullité du contrat ne soit prononcée qu'*ex nunc*. Le juge d'appel a considéré que l'annulation d'un contrat *ex tunc* produit un effet rétroactif jusqu'à la date de la conclusion du contrat et que l'hypothèque constituée ultérieurement au profit de D a disparu à la suite de cette annulation, dès lors que le droit de propriété de C est réputé n'avoir jamais existé. Il a ajouté que le fait que le droit de propriété de C n'ait pas été contesté au moment de l'inscription hypothécaire, de sorte que D pouvait légitimement croire qu'il avait constitué une sûreté stable, n'y change rien. Le juge d'appel a ainsi refusé d'appliquer la doctrine de la confiance légitime.

En cassation, D fait valoir que, bien que l'annulation ait un effet *ex tunc*, elle ne peut, contrairement à ce que soutient la cour d'appel, porter atteinte aux droits hypothécaires du créancier hypothécaire de bonne foi qui, au moment de l'inscription hypothécaire, pouvait légitimement croire que le bien grevé faisait partie du patrimoine de son débiteur, dès lors qu'il n'avait pas ou n'aurait pas dû avoir, à l'époque, connaissance de la nullité dont le contrat de vente était entaché.

Dans son arrêt du 22 janvier 2021, la Cour casse cet arrêt, sur les conclusions conformes du premier avocat général. La Cour considère que, si le titre de celui qui a conféré l'hypothèque s'éteint avec effet rétroactif, l'hypothèque s'éteint par conséquent aussi, « *sous réserve de la protection de tiers qui ont acquis, de bonne foi et à titre onéreux, des droits réels limités, de sorte que l'extinction du titre n'affecte pas les droits hypothécaires du tiers qui a acquis ses droits de la personne dont le titre avait été transcrit et qui pouvait légitimement croire avoir traité avec le véritable ayant droit* ».

L'annulation d'un contrat a des conséquences juridiques importantes, non seulement pour les parties contractantes, mais aussi pour les tiers ayant des droits concurrents : si l'on s'en tient à une lecture littérale de l'article 74 de la loi hypothécaire – en vertu duquel ceux qui ont sur l'immeuble un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision –, l'hypothèque constituée sur un bien immobilier s'éteint si l'achat est annulé par la suite. En résumé, le créancier hypothécaire doit supporter les conséquences préjudiciables de

cette annulation. L'article 74 de la loi hypothécaire semble ainsi traduire la règle *nemo plus iuris*<sup>1</sup> et l'effet prétendument négatif des registres des hypothèques. Or, ces registres visent seulement à garantir qu'un contrat qui n'est pas publié – alors qu'il aurait dû l'être – ne soit pas opposable ou n'existe pas ; aucune garantie n'est fournie quant à la validité en droit de ce qui est publié<sup>2</sup>.

La doctrine faisant autorité s'oppose à une telle approche négative des registres belges des hypothèques en ce qui concerne la présente arborescence de faits. Si un débiteur hypothécaire n'a qu'un droit de propriété conditionnel parce qu'il a acquis le bien sous une condition suspensive ou résolutoire, il est évident qu'en vertu de l'article 74 de la loi hypothécaire, l'hypothèque est soumise à la même condition, puisque le créancier hypothécaire sera alors normalement conscient du risque auquel il a consenti l'hypothèque. Il en va différemment lorsque le droit de propriété du débiteur hypothécaire est parfaitement valable au moment de la constitution de l'hypothèque, puis déclaré nul *ex tunc*, car, dans ce cas de figure, il est porté atteinte aux attentes légitimes du créancier hypothécaire qui, au moment de la constitution de l'hypothèque, n'avait pas ou n'aurait pas dû avoir connaissance de la cause de nullité<sup>3</sup>.

Bien que la législation française comporte une disposition similaire à l'article 74 de la loi hypothécaire, la Cour de cassation de France honore, en pareil cas, les attentes légitimes des créanciers hypothécaires à l'égard des registres des hypothèques, en se fondant sur la théorie de la propriété fictive, ce qui constitue une atténuation significative de l'effet négatif des registres des hypothèques : « *Les tiers de bonne foi qui agissent de l'erreur commune ne tiennent leur droit ni du propriétaire apparent, ni du propriétaire véritable ; ils sont investis par l'effet de la loi. La nullité du titre du propriétaire apparent, serait-elle d'ordre public, s'agissant d'une donation déguisée au profit d'un enfant adultérin, est sans influence sur la validité des aliénations ou constitutions d'hypothèques par lui consenties, dès lors que la cause de la nullité est demeurée et devait nécessairement être ignorée de tous* »<sup>4</sup>.

Par son arrêt, la Cour satisfait à ce plaidoyer : la règle de l'article 74 de la loi hypothécaire (et la règle de l'effet négatif des registres belges des hypothèques qui y est traduite) ne porte pas atteinte aux droits des tiers qui ont acquis, de bonne foi et à titre onéreux, des droits réels limités. L'extinction du titre de cession du débiteur hypothécaire, lorsque ce titre a été transcrit aux registres des hypothèques, n'affecte pas les droits du créancier hypothécaire qui pouvait légitimement croire avoir traité avec le véritable propriétaire.

[\(ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210122.IN.29\)](#)

### **Contrat de prêt – Caractère réel – Différence avec le contrat d'ouverture de crédit**

Arrêt du 11 mars 2021 ([C.18.0552.F](#)) et les conclusions de l'avocat général Th. Werquin

La banque Belfius (ci-après « la banque ») a consenti à une société anonyme (ci-après « la S.A. ») un crédit d'investissement de 610.000 euros.

La S.A. a souhaité rembourser anticipativement ce crédit. La banque a accepté moyennant le paiement d'une indemnité de plus de 97.000 euros, alors que la S.A. estimait que l'indemnité devait être plafonnée à six mois d'intérêts, conformément à l'article 1907bis de l'ancien Code civil. Celui-ci prévoit que, lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt, il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur une indemnité de remploi d'un montant supérieur à six mois d'intérêts, calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention.

---

<sup>1</sup> B. VERHEIJE, « Recente ontwikkelingen inzake onroerende publiciteit », V. SAGAERT (éd.), *Themis vastgoedrecht*, Bruges, La Charte, 2020, pp. 174-176 ; V. SAGAERT, « Het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers in de hypothecaire registers », *Liber amicorum A. Cuypers*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 220.

<sup>2</sup> V. SAGAERT, « De negatieve werking van hypotheekregisters: een aanklacht », A. DE BOECK, V. SAGAERT et R. VAN RANSBEECK (éd.), *Publiciteit in het zakenrecht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 180 ; V. SAGAERT, « Het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers in de hypothecaire registers », *Liber amicorum A. Cuypers*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 220 ; A. WYLLEMAN, *Goederenrecht*, Gand, Gandaius, 2017, p. 159. Voir aussi dans un premier commentaire concernant l'arrêt de la Cour : B. VERHEYE, « De (beperkte) theorie van onroerende schijneigendom naar Belgisch recht », *R.W.* 2020-21, p. 1336.

<sup>3</sup> V. SAGAERT, « De negatieve werking van hypotheekregisters: een aanklacht », A. DE BOECK, V. SAGAERT et R. VAN RANSBEECK (éd.), *Publiciteit in het zakenrecht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 180 ; A.M. STRANART et C. ALTER, « Quel est le sort de l'hypothèque consentie par un acquéreur dont le droit est ultérieurement annulé », *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 493-510.

<sup>4</sup> Cass.civ. (fr.) 12 janvier 1988, n° 86-12.218.

Les deux parties ne s'accordant pas sur la qualification du contrat – la banque considérant pour sa part qu'il s'agissait d'une ouverture de crédit, à laquelle la limitation de l'article 1907 *bis* n'est pas applicable –, elles ont porté leur différend devant les tribunaux.

Suivant l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Bruxelles du 25 janvier 2018, la liberté de prélèvement des fonds est un critère déterminant pour distinguer le prêt de l'ouverture de crédit : « *dans le cadre d'une ouverture de crédit, le crédit dispose d'une complète liberté d'usage des fonds [qu'] il peut prélever ou non* », alors que « *cette liberté n'existe pas dans le cadre d'un prêt* ». La cour d'appel a décidé que le contrat litigieux s'analysait en un contrat de prêt, en considérant que la liberté de prélèvement n'existait pas dans la convention litigieuse, dès lors que « *la faculté de prélèvement sur une période de neuf mois prévue par le contrat était, dès sa signature, purement théorique* », les fonds étant destinés à l'acquisition de la totalité des parts d'une société, mis à disposition sur production de la convention de cession et « *liquidés par remise d'un chèque à l'ordre du cédant* », et qu'ainsi « *les dispositions de la convention [témoignaient] de la volonté des parties de voir tout le montant du crédit remis au crédit* », « *la volonté commune des parties [...] que les fonds soient entièrement et rapidement utilisés [étant confirmée par l'exécution du contrat]* ».

L'arrêt commenté rejette le pourvoi formé par la banque contre cet arrêt. Après avoir rappelé la définition du prêt au sens de l'article 1892 de l'ancien Code civil, la Cour précise que le caractère réel du contrat de prêt ne fait pas obstacle à ce que les parties s'engagent préalablement par une promesse réciproque à livrer la chose et à l'accepter, laquelle se dénoue en un prêt par la remise de la chose, mais qu'en revanche, le prêt se distingue du contrat d'ouverture de crédit, par lequel le créancier s'engage à mettre à disposition du crédit ses fonds ou son crédit personnel tandis que ce dernier a le droit, mais non l'obligation, de prélever les fonds ou de faire appel à ce crédit.

La Cour décide qu'il suit des énonciations de l'arrêt attaqué (reproduites ci-dessus) « *que, aux yeux de la cour d'appel, la société avait l'obligation de prélever les fonds mis à sa disposition* », de sorte que « *l'arrêt a pu, sans violer l'article 1892 précité, décider que "le contrat litigieux s'analyse dès lors en un contrat de prêt"* », et que l'arrêt donne à la convention, dans l'interprétation qu'il a retenue, les effets qu'elle a légalement entre parties. Elle rejette enfin le grief pris de la violation de l'article 1907 *bis* de l'ancien Code civil, celle-ci étant toute entière déduite de la violation vainement alléguée de l'article 1892 précité.

Par cet arrêt, la Cour prend position dans une matière controversée. La qualification d'une opération de financement en un contrat de prêt ou un contrat d'ouverture de crédit et, partant, l'application de l'article 1907 *bis* a, en effet, fait couler beaucoup d'encre.

En droit belge, en dépit de critiques doctrinales de plus en plus nombreuses<sup>5</sup>, le prêt demeure traditionnellement analysé comme un contrat réel. Toutefois, selon la doctrine majoritaire<sup>6</sup>, le prêt est nécessairement précédé d'une promesse de prêt, c'est-à-dire un accord de volonté sur les conditions de ce prêt. Aussi longtemps qu'il n'y a pas remise de la chose, il y a une convention synallagmatique, consensuelle, de prêt à laquelle le contrat de prêt se substituera par la remise de la chose.

Le contrat d'ouverture de crédit, en revanche, s'analyse, aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 2020 que l'arrêt commenté reproduit, comme une convention consensuelle et synallagmatique par laquelle le dispensateur de crédit met à la disposition du crédit, temporairement et jusqu'à concurrence d'un montant déterminé, ou bien de l'argent, ou bien sa solvabilité ; le crédit peut utiliser le crédit par un ou plusieurs prélèvements ; le crédit n'est pas obligé de faire usage du crédit<sup>7</sup>.

Dans un arrêt du 18 juin 2020<sup>8</sup>, la Cour rappelle par ailleurs qu'un prélèvement d'argent effectué par le crédit en vertu d'une ouverture de crédit ne fait pas naître un prêt d'argent au sens des articles 1892 et 1905 de l'ancien Code civil. Elle confirme ainsi que l'ouverture de crédit, au sens ci-avant précisé, ne peut pas s'analyser en une promesse de prêt suivie d'un prêt qui se forme lorsque les fonds sont reçus par le crédit. C'est en vertu du contrat primitif et non d'une convention nouvelle que le crédit reçoit les fonds et est obligé de les rembourser<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, n° 455 et s. ; L. SIMONT et P. A. FORIERS, « Examen de jurisprudence - Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2001, p. 474, n° 241 ; B. DU LAING, (*Geld*)*lening en krediet(opening)*, Die Keure, 2005, pp.31 et s. (partisan de la qualification consensuelle du prêt).

<sup>6</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, n° 67 ; FR. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, vol. 4, n° 200 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 117.

<sup>7</sup> Cass. 27 avril 2020, C.19.0609.N, non publié.

<sup>8</sup> Cass. 18 juin 2020, C.19.0140.N, non publié.

<sup>9</sup> Conclusions (conformes) de l'avocat général Th. Werquin précédant l'arrêt commenté, publiées sur <https://juportal.be>.

L'application de l'article 1907bis précité à un crédit suppose de vérifier si la convention entre les parties s'analyse en un prêt ou une ouverture de crédit.

Une large doctrine et une jurisprudence majoritaire considèrent que seul le critère fondé sur la liberté de prélever les fonds est de nature à caractériser l'ouverture de crédit par opposition au prêt à intérêt<sup>10</sup>.

C'est à cette position que se rallie, en des termes clairs, l'arrêt commenté, qui écarte par ailleurs le critère de distinction fondé sur caractère réel du prêt.

Dans un arrêt du 14 juin 2021 C.21.0025.N, la Cour a confirmé cette position<sup>11</sup>.

[\(ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210311.JF.8\)](#)

***Conséquences de la violation d'une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles – Obligation d'un État contractant de se conformer à l'arrêt – Rôle du droit national – Octroi d'une satisfaction équitable – Indemnisation supplémentaire fondée sur le droit interne – Obligation de réparation***

Arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2021 ([C.20.0414.F](#)) et les conclusions de l'avocat général Th. Werquin

Un citoyen belge germanophone a été interné dans l'établissement de défense sociale de Paifve, situé dans la région de langue française en Belgique. Le personnel de l'établissement ne maîtrisant pas la langue allemande, cet établissement s'est avéré incapable de lui fournir les soins que son état requérait.

À plusieurs reprises, il a sollicité sa remise en liberté, en faisant notamment valoir que l'absence de soins dispensés dans sa langue maternelle rendait sa détention illégale. Ces demandes ont été rejetées. Dans ce cadre, la Cour a été saisie à deux reprises de pourvois formés contre des décisions de la commission supérieure de défense sociale<sup>12</sup>.

Le 3 mars 2011, il a déposé devant la Cour européenne des droits de l'homme une requête dénonçant la violation par l'État belge des articles 3 et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le demandeur soutenait que l'absence de soins prodigués dans sa langue, qui l'amenait à rester interné sans perspective de guérison et dès lors de sortie, outre qu'elle constituait un traitement inhumain et dégradant (violation de l'article 3), rendait sa détention irrégulière (violation de l'article 5).

Par un premier arrêt, du 18 juillet 2017, une chambre de la deuxième section de la Cour européenne des droits de l'homme dit qu'il y a eu violation de l'article 3 de la convention mais qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5, § 1<sup>er</sup>. Elle octroie au demandeur une satisfaction équitable largement inférieure à ce qu'il demandait, soit 5 000 euros pour dommage moral, à majorer d'intérêts.

L'affaire a été renvoyée devant la grande chambre, qui a statué par un arrêt du 31 janvier 2019. Cet arrêt dit que, depuis début 2004 jusqu'en août 2017, il y a eu violation des articles 3 et 5 de la Convention. Il dit également que l'État belge doit verser au demandeur 32 500 euros pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, à majorer d'intérêts à compter de l'expiration du délai de trois mois fixé pour le paiement. Il rejette la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Le demandeur, en parallèle au dépôt de sa requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, a également mené plusieurs actions devant les tribunaux belges, dont le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, qu'il a saisi d'une action en responsabilité reprochant à l'État belge un comportement fautif et visant à la réparation du préjudice causé par cette faute. Le demandeur réclamait le paiement d'une indemnité provisionnelle de 803 600 euros, à majorer d'intérêts, et sous peine d'astreinte.

---

<sup>10</sup> Voy. notamment CHR. BIQUET-MATHIEU, « Jurisprudence contrastée pour les indemnités de funding loss », *R.D.C.*, 2019, pp. 267 et s ; P. DE VOS, « Die loze funding loss », *Actuele problemen van financieel, vennootschaps en fiscaal recht*, Intersentia 2017, pp. 65 et s. ; Liège, 3 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 171 ; Mons, 29 janvier 2018, *R.D.C.*, 2019, p. 255, Mons, 25 avril 2016, *DAOR*, 2016, 3 ; Bruxelles, 13 mai 2016, *DAOR*, 2016, p. 13. Voyez également les conclusions de l'avocat général Th. Werquin précédant l'arrêt commenté.

<sup>11</sup> ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.9.

<sup>12</sup> Cass. 8 septembre 2010, *Pas.* 2010, n° 504 ; Cass. 25 juin 2014, P.14.0899.F, non publié.

Condamné en première instance, l'État belge a interjeté appel. Entre l'introduction de l'appel et le moment où la cause a été en état d'être jugée, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu son arrêt précité du 31 janvier 2019.

Le débat entre les parties a dès lors porté sur l'autorité s'attachant à cet arrêt et à l'incidence de celui-ci sur la demande dont la cour d'appel était saisie.

L'arrêt attaqué fait droit à la thèse de l'État belge qui, invoquant l'autorité de la chose jugée entre les parties par l'arrêt du 31 janvier 2019, reconnaissait les violations des articles 3 et 5 de la convention constatées par la Cour mais soutenait qu'elle avait statué définitivement sur le dommage du demandeur, qui ne pouvait dès lors plus obtenir d'indemnisation supplémentaire devant les juridictions belges.

Constatant que le demandeur se prévalait également d'autres fautes que celles qui consistaient en la violation des dispositions de la convention, l'arrêt attaqué considère que ces fautes n'ont pas causé un dommage distinct de celui qui résultait de cette violation et qu'elles ont donc été réparées par l'allocation de la satisfaction équitable décidée par la grande chambre de la Cour européenne.

L'arrêt met donc à néant la décision du premier juge qui avait alloué au demandeur une indemnité de 75 000 euros.

Le moyen posait la question si, comme le décide l'arrêt attaqué, l'autorité de l'arrêt par lequel la Cour européenne des droits de l'homme octroie une satisfaction équitable, conformément à l'article 41 de la convention, fait obstacle à ce que le requérant demande au juge national la réparation du dommage qu'il a subi du fait de la violation de la convention.

Par l'arrêt commenté, la Cour casse l'arrêt attaqué. Elle décide en effet que :

*« conformément à l'article 41, si [la Cour européenne des droits de l'homme] déclare qu'il y a eu violation de la convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de l'État partie au litige ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, elle accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. [...] Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui constate une violation d'une disposition de la convention ou de ses protocoles oblige l'État qui doit en répondre à mettre un terme à la violation et à en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci, [et], si le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, la Cour a la faculté d'accorder à la partie lésée, s'il y a lieu, la satisfaction qui lui semble appropriée. L'obligation d'un État contractant de se conformer à un arrêt par lequel la Cour européenne des droits de l'homme constate une violation d'une disposition de la convention ou de ses protocoles ne se confond pas avec les obligations que peut lui imposer le droit national.*

*La circonstance que cette cour ait rendu un arrêt constatant pareille violation et allouant à la partie lésée la satisfaction équitable prévue à l'article 41 de la convention ne fait pas obstacle à ce que les autorités nationales de l'État contractant accordent à cette partie une indemnisation supplémentaire qui ne trouve pas son fondement dans les articles 41 et 46 de la Convention mais dans des dispositions du droit interne qui, tels les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, imposent la réparation intégrale du dommage causé à autrui par une faute de l'État ».*

Jusqu'à cet arrêt, la doctrine belge approuvait la seule décision rendue en Belgique sur cette question, savoir un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 6 septembre 1999.

Elle estimait dès lors que l'autorité relative de chose jugée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme a notamment pour conséquence l'exception de chose jugée qui, invoquée par l'une des parties au litige, fait obstacle à toute réitération de la demande<sup>13</sup> et ce, quelle que puisse en être la base<sup>14</sup>.

Dans ces conclusions – conformes – précédant l'arrêt commenté, l'avocat général Th. Werquin s'affranchit de ces considérations pour se livrer à une exégèse du mécanisme de la satisfaction équitable prévu à l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Il ressort de son analyse que :

---

<sup>13</sup> R. ERGEC et P.-F. DOCQUIR, « De l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme statuant sur la satisfaction équitable », note sous Bruxelles, 6 septembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 852, n° 11 ; R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 1108, n° 1088 ; F. KUTY, « La satisfaction équitable et l'autorité de chose jugée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Bruxelles, 6 septembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1574, n° 17.

<sup>14</sup> F. KUTY, *op. cit.*, citant l'arrêt Brogan/Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l'homme.

« La procédure ayant pour objet de demander une satisfaction équitable pour réparer un dommage subi en raison de la violation par un État d'une disposition de la convention est une procédure indépendante de celle qui est prévue par le droit interne d'un État pour permettre au requérant d'obtenir la réparation intégrale du dommage subi, fondée sur l'article 1382 de l'ancien Code civil, et qui, s'appuyant sur une évaluation très (et trop) subjective de la nature de ce préjudice, accorde une forme 'partielle' de réparation ; la satisfaction équitable accordée par la Cour n'exclut dès lors pas l'introduction d'une procédure devant le juge national visant à obtenir la réparation intégrale du dommage subi fondée sur l'article 1382 de l'ancien Code civil en raison de la violation par un État d'une disposition de la convention ; [...] il suit de l'objet et des conditions d'application différente, d'une part, d'une demande de satisfaction équitable, d'autre part, d'une demande de réparation du dommage réellement subi fondée sur l'article 1382 de l'ancien Code civil, que la décision de la Cour accordant une satisfaction équitable n'a pas autorité de la chose jugée à l'égard du juge national saisi d'une demande de réparation du dommage précité ; la convention n'interdit du reste aucunement l'octroi par les organes de l'État d'indemnités complémentaires à celles que la Cour a allouées au titre de la satisfaction équitable ; il est inexact d'affirmer qu'en statuant sur l'article 41 de la convention, la Cour vide définitivement la question de la réparation du dommage découlant de la violation d'une disposition de la convention ou de ses protocoles ; on ne peut en effet valablement opposer à pareille demande l'autorité de la chose jugée de la décision rendue par la Cour au titre de la satisfaction équitable puisque, d'un côté, la Cour se prononce sur le fondement de l'article 41 de la Convention et statue, en outre, en équité, sans généralement motiver sa décision, et de l'autre, le juge belge se prononce au titre de la réparation intégrale sur le fondement de l'article 1382 de l'ancien Code civil, au terme d'un raisonnement dûment motivé »<sup>15</sup>.

L'arrêt commenté partage cette logique, qui emporte l'adhésion.

[\(ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20211001.1F.4\)](#)

***Preuve obtenue illégalement en matière civile – Contrôle Antigone – Droits de la défense (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 6) – Cessation de la pension alimentaire après divorce – Union libre du créancier d'aliments avec une autre personne***

Arrêt du 16 décembre 2021 ([C.18.0314.N](#)) et les conclusions du premier avocat général R. Mortier

Dans cette cause, la Cour adopte une position claire concernant l'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement en matière civile.

Pendant longtemps, la méfiance était de mise à l'égard des preuves obtenues illégalement. Dans tous les types d'affaires, tant pénales que civiles, elles étaient catégoriquement rejetées et écartées d'office des débats.

L'arrêt *Antigone* du 14 octobre 2003 marque un tournant à cet égard en matière pénale<sup>16</sup>. Ainsi sont nés les trois grands « critères Antigone » appliqués *dans un contexte pénal* : un élément probant obtenu illégalement n'est pris en considération que si les conditions suivantes sont réunies : 1) pas de violation de conditions de forme prescrites à peine de nullité ; 2) fiabilité de la preuve non entachée par l'irrégularité commise et 3) pas d'usage contraire de la preuve au droit à un procès équitable<sup>17</sup>. Le contrôle Antigone est ensuite davantage détaillé dans la jurisprudence de cassation<sup>18</sup>. Les trois critères Antigone sont conservés, mais des sous-critères supplémentaires sont précisés, dont la juridiction de fond peut tenir compte lorsqu'elle forme sa conviction : soit l'autorité chargée de la recherche, de l'instruction et de la poursuite des infractions a commis l'illégalité intentionnellement ou non, soit la gravité de l'infraction dépasse de loin l'illégalité commise, soit la preuve obtenue illégalement ne concerne

---

<sup>15</sup> Conclusions de l'avocat général Th. Werquin précédant l'arrêt C.20.0414.F du 1 octobre 2021, disponibles sur [Juportal.be](#).

<sup>16</sup> Cass. 14 octobre 2003, AC 2003, 1862.

<sup>17</sup> Voir également concernant ces trois critères, par ex. : Cass. 2 mars 2005, AC 2005, 513 (« *Chocolatier Manon* » : « Attendu que, l'omission dénoncée n'étant pas sanctionnée de nullité par la loi, c'est au juge qu'il appartient d'apprécier les conséquences, sur la recevabilité des moyens de preuve produits aux débats, de l'irrégularité ayant entaché leur obtention ; Que lorsque l'irrégularité ne compromet pas le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité de la preuve et ne méconnaît pas une forme prescrite à peine de nullité, le juge peut prendre en considération, notamment, la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée [...] ») (soulignement ajouté) ; Cass. 23 mars 2004, AC 2004, 518 ; Cass. 12 octobre 2005, AC 2005, 1903.

<sup>18</sup> Voir : Cass. 4 décembre 2007, AC 2007, 2388. Voir arrêt très similaire : Cass. 5 juin 2012, AC 2012, 1547. Comp. (moins complet) : Cass. 8 février 2011, RG P.10.0979.N, non publié.

qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction<sup>19</sup>. En outre, dans la première version du contrôle Antigone, le juge semblait *obligé* d'écartier l'élément probant en cas de violation d'un seul critère Antigone, alors que, dans la seconde version, il semble s'agir d'une *option*<sup>20</sup> lorsque les critères « atteinte à la fiabilité » ou « mise en péril du droit à un procès équitable » sont concernés.

Par la suite, la même jurisprudence sera appliquée dans le contexte du *droit du marché*<sup>21</sup> et du *droit fiscal*<sup>22</sup>. Le contrôle Antigone sera adapté pour tenir compte du contexte dans lequel ces décisions sont rendues. Dans les affaires de droit fiscal, il est ainsi renvoyé spécifiquement, entre autres, aux « principes de bonne administration » et à une « autorité agissant selon le principe de bonne administration ».

Le flou a persisté plus longtemps en *matière civile*. Un arrêt de cassation du 11 juin 1998 rappelle encore l'ancienne règle : dans une instance civile, une partie peut utiliser les preuves qu'elle a obtenues *régulièrement*, sauf si des dispositions légales ou des principes généraux y font obstacle<sup>23</sup>. Mais qu'en est-il de la preuve obtenue illégalement ? Un arrêt de cassation du 10 mars 2008 rendu en matière sociale semble vouloir se rattacher à la doctrine Antigone pénale<sup>24</sup>. Cette jurisprudence reçoit cependant un accueil mitigé de la doctrine<sup>25</sup>. Un premier courant doctrinal est convaincu que, par son arrêt du 10 mars 2008, la Cour de cassation considère que la doctrine Antigone s'applique désormais sans aucune réserve en matière civile (et donc également entre citoyens)<sup>26</sup>. Un

---

<sup>19</sup> Voir pour cette énumération : Cass. 4 décembre 2007, AC 2007, 2388.

<sup>20</sup> Voir le considérant : « **ne doit être écartée** que lorsque son obtention est entachée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité ou à compromettre le droit à un procès équitable. » (soulignement et gras ajoutés).

<sup>21</sup> Voir dans le cadre du droit de la concurrence : Cass. 26 avril 2018, AC 2018, 948 ; C. const. 22 décembre 2011, RG 5137, n° 197/2011. Voir dans le cadre de la FSMA (instruction dans le cadre de l'imposition d'une amende administrative ou d'une astreinte) : Cass. 9 novembre 2018, AC 2018, 2200.

<sup>22</sup> Voir : Cass. 22 mai 2015, AC 2015, 63 (*idem* Cass. 18 janvier 2018) ; Cass. 4 novembre 2016, RG AC 2016, 2213 (*idem* Cass. 18 janvier 2018) ; Cass. 18 janvier 2018, AC 2018, 129. Voir pour une jurisprudence nuancée en matière fiscale (la preuve ne peut être utilisée dans une procédure administrative relative à la taxe sur la valeur ajoutée que si cette utilisation n'entraîne pas une violation des droits garantis par le droit de l'Union ; l'utilisation de la preuve (ou de l'élément probant) doit avoir été autorisée par la loi et les droits de la défense doivent être respectés : C.J.U.E., arrêt *WebMindLicences Kft*, 17 décembre 2016, C-419/14, [ECLI:EU:C:2015:832](#). Voir à propos de ces évolutions en droit fiscal, par ex. : G. VAEL et Y. L. ZHENG, « Nouvel arrêt de la Cour de cassation en matière d'utilisation de preuves obtenues de manière irrégulière : confirmation de la jurisprudence Antigone ou rendez-vous manqué ? », *Act. fisc.* 2018, n° 18/22-01 ; P. RENIER et L. CASSIMON, « Antigoon vs. beroepsgeheim: beschermt Cassatie onze grondrechten ? », *Act. fisc.* 2018, n° 18/05-01.

<sup>23</sup> Cass. 11 juin 1998, *Pas.* 1998, 675.

<sup>24</sup> Cass. 10 mars 2008, AC 2003, 678 (« *Sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise. Sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable. Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.* » (soulignement ajouté).

<sup>25</sup> Pour une vue d'ensemble, sans prise de position : E. MAES, « Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland », *R.W.* 2014-2015, pp.686-687. Indiquent plutôt une incertitude après ces arrêts de cassation : B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak bewijsrecht », *T.P.R.* 2015, p. 677, n° 79 ; B. CATTOIR, « Bewijs in burgerlijke zaken », P. Taelman (éd.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Malines, Kluwer, 2016, 499, n° 45.

<sup>26</sup> Voir, par ex. : B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Themis Gerechtelijk Recht*, Bruges, die Keure, 2010, pp. 52-53, n° 28 ; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *J.T.* 2012, pp. 165-174 ; E. DIRIX, « De vruchten van de giftige boom », *Liber Amicorum Jo Stevens*, Bruges, die Keure, 2011, 263 s. ; F. KÉFER, « Antigone

second courant adopte une attitude plus réservée et souligne les circonstances particulières dans lesquelles l'arrêt de cassation du 10 mars 2008 a été rendu. Il s'agissait en l'occurrence d'une « sanction administrative » et d'une relation entre autorité et particulier, de sorte que la transposition de la jurisprudence Antigone se limite à ces cas précis<sup>27</sup>. Par conséquent, cette doctrine ne pourrait être étendue aux instances entre particuliers ou, à tout le moins, la Cour de cassation n'aurait pas encore tranché la question.

Dans l'arrêt présentement commenté, l'affaire concernait un couple dont le jugement de divorce accordait initialement à la demanderesse une pension alimentaire de mille euros par mois correspondant à la durée du mariage. La demanderesse ayant entamé une relation avec un nouveau partenaire sans qu'il y ait cohabitation, le défendeur a cherché à faire annuler l'octroi de la pension alimentaire en vertu de l'article 301, § 10, de l'ancien Code civil, au motif que la demanderesse vivait avec un nouveau partenaire. En première instance, la demande du défendeur a été déclarée non fondée, *faute de preuve* d'une amélioration effective et significative de la situation économique du créancier d'aliments. La demande formée par le défendeur a néanmoins été déclarée recevable en degré d'appel. En effet, la juridiction compétente a admis qu'il existait des *preuves* suffisantes que la demanderesse vivait maritalement avec son nouveau partenaire au sens de l'article 301, § 10, alinéa 3, de l'ancien Code civil, et que, par conséquent, le défendeur n'avait plus l'obligation de verser de pension alimentaire à la demanderesse. La demanderesse présente deux moyens contre ce dernier arrêt.

Dans son premier moyen de cassation, la demanderesse fait grief au juge d'appel de ne pas avoir décidé qu'il y avait lieu d'écarter des débats la pièce n° 29 du défendeur et ce, nonobstant la décision du premier juge. La pièce n° 29 concernait un extrait du Registre national comportant l'historique des domiciles du nouveau partenaire de la demanderesse. Selon la demanderesse, cette pièce aurait été obtenue au mépris de la finalité de l'autorisation d'accès au Registre national accordée à l'avocat et constituerait dès lors une preuve obtenue illégalement. Elle soutient à cet égard que les avocats ne peuvent utiliser les informations tirées du Registre national que pour les nécessités de la procédure, à savoir pour l'intentement, la conduite et la clôture d'une procédure qui lui est confiée ou afin d'accomplir des actes précédant une procédure contentieuse. Étant donné qu'en l'espèce, l'avocat du défendeur avait consulté le Registre national afin d'effectuer des recherches concernant une personne qui n'est pas partie à l'instance (à savoir, le nouveau partenaire de la demanderesse), cette recherche, utilisée comme preuve en justice, constituerait une preuve obtenue illégalement. Selon la demanderesse, le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense (consacré à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) requiert qu'une preuve obtenue illégalement dans des litiges relevant exclusivement du droit privé soit toujours écartée des débats. En s'abstenant d'examiner si la preuve en question a effectivement été obtenue illégalement et en rejetant la demande d'écartement au seul motif que, en tout état de cause, la fiabilité de la pièce n'est pas mise en cause et que le principe du contradictoire et le droit à un procès équitable n'ont pas été mis en péril, la juridiction d'appel a violé, entre autres, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

La Cour rejette le moyen de cassation de la demanderesse et confirme la décision des juges d'appel. La Cour considère en premier lieu que, sauf disposition contraire expressément prévue par la loi, l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement en matière civile ne peut être écartée que si son obtention entache sa fiabilité ou si elle compromet le droit à un procès équitable. Elle estime ensuite que le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause, notamment la manière dont la preuve a été obtenue, la gravité de l'illégalité et la mesure dans laquelle le droit de la partie adverse a été violé, le besoin de preuve de la part de la partie qui a commis l'illégalité et l'attitude de la partie adverse. Il s'ensuit, selon la Cour, que le moyen, qui repose sur le soutènement qu'il découle du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, tel qu'il est consacré, entre autres, à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'une

---

et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve » (note sous Cass. 10 mars 2008), *R.C.J.B.* 2009, pp. 340-341, n° 9 ; I. VERHELST et N. TOELEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Or.* 2008, 205 ; K. WAGNER, « Actualia burgerlijk bewijsrecht », *P&B* 2009, pp. 168-169. Semble aussi le déduire de l'arrêt de cassation (sans être très critique à ce sujet) : R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens », *J.L.M.B.* 2009, 586. Voir également : Concl. de l'avocat général A. Van Ingelgem, sous Cass. 9 novembre 2018, *AC* 2018, 2200. Voir déjà aussi : Concl. de l'avocat général A. Van Ingelgem, sous Cass. 26 avril 2018, *AC* 2018, 950 ; Concl. de l'avocat général. A. Van Ingelgem, sous Cass. 26 avril 2018, C.15.0524.N, 11, non publié.

<sup>27</sup> D. MOUGENOT, « Antigone face aux juges civils L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A.O.R.* 2011, p. 246, n° 11 ; J. VAN DONINCK, « Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: *tempt me not* », *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 195-196 ; J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Anvers, Intersentia, 2020, pp. 145-148, n° 95-96.

preuve obtenue illégalement dans des litiges dont la nature relève purement du droit privé doit toujours être écartée des débats, manque en droit<sup>28</sup>.

Par cet arrêt, rendu sur les conclusions conformes du premier avocat général R. Mortier, la Cour adhère ainsi au premier courant précité, qui estime que la doctrine Antigone s'applique également en matière civile. Les « critères Antigone » appliqués tiennent compte, en outre, de la spécificité du droit civil. Seuls les critères de l'atteinte à la fiabilité de l'obtention de la preuve et de la mise en péril du droit à un procès équitable sont conservés. Le contrôle civil ne reprend donc pas du contrôle pénal le critère selon lequel « une preuve obtenue illégalement est inadmissible en cas de forme prescrite à *peine de nullité* ». En effet, la doctrine a déjà laissé entendre que ce dernier critère est difficilement transposable en droit de la procédure civile, qui applique avec une grande souplesse la doctrine de la nullité<sup>29</sup>. Par ailleurs, il convient de faire remarquer qu'à l'instar du contrôle pénal, le contrôle civil suppose une simple *option*<sup>30</sup> (et donc pas une obligation) d'écartier la preuve dans l'appréciation des critères « atteinte à la fiabilité » et « mise en péril du droit à un procès équitable ». Enfin, le contrôle civil, tout comme le contrôle pénal, doit également être précisé au moyen d'une série de sous-critères spécifiques adaptés au droit civil. Dans son appréciation, le juge peut en effet tenir compte de la manière dont la preuve a été obtenue, de la gravité de l'illégalité et de la mesure dans laquelle le droit de la partie adverse a été violé, du besoin de preuve<sup>31</sup> de la part de la partie qui a commis l'illégalité et de l'attitude<sup>32</sup> de la partie adverse.

Au demeurant, six mois avant le présent arrêt, et plus précisément le 14 juin 2021, la Cour rendait déjà, sur les conclusions de l'avocat général H. Vanderlinden, une décision identique concernant le contrôle Antigone en matière civile<sup>33</sup>. Cette affaire concernait la vente d'une voiture particulière de la marque BMW dont le prix était sujet à discussion entre les parties. La demanderesse soutenait que le prix de 43.500 euros mentionné sur le bon de commande était une erreur matérielle et que le prix convenu était de 53.500 euros. Elle étayait cette allégation au moyen d'un enregistrement d'une conversation téléphonique tenue avec le défendeur. Le juge d'appel a écarté cet enregistrement sonore des débats comme ayant été obtenu de manière illégale, au seul motif qu'il avait été effectué secrètement et qu'il semblait, eu égard au litige né entre les parties, que cet enregistrement avait été provoqué avec l'intention de l'utiliser contre le défendeur et que la demande aurait pu être prouvée par d'autres moyens légaux. La Cour a cassé cette décision du juge d'appel en renvoyant au contrôle Antigone, dans une formulation parfaitement identique à celle qu'elle utiliserait dans le présent arrêt du 16 décembre 2011.

Le second moyen de cassation porte sur l'interprétation de l'article 301, § 10, alinéa 3, de l'ancien Code civil concernant la cessation de l'obligation alimentaire après divorce, lorsque le créancier d'aliments vit maritalement avec une autre personne. Selon la Cour, il suffit, pour mettre fin à cette obligation alimentaire, que le juge constate que le créancier d'aliments vit maritalement avec une autre personne et il ne doit pas avoir été établi que cette cohabitation a effectivement amélioré la situation économique du créancier d'aliments.

[\(ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20211216.1N.8\)](#)

---

<sup>28</sup> Voir également (concernant la preuve civile) : C.E.D.H, arrêt *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, n° 21497/93, points 33-34. Voir également en matière pénale : Cass. 16 novembre 2004, AC 2004, 1835.

<sup>29</sup> B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Themis Gerechtelijk Recht*, Bruges, die Keure, 2010, p. 50, n° 23 ; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak bewijsrecht », *T.P.R.* 2015, p. 676, n° 77.

<sup>30</sup> Voir le considérant : « l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement en matière civile ne **peut** être écartée que si son obtention entache sa fiabilité ou si elle compromet le droit à un procès équitable. » (soulignement et gras ajoutés).

<sup>31</sup> Voir également à propos de cet aspect : S. DE CLERCQ et M. SCHOUTEDEN, « Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepast wervingscriteria » (note sous Anvers, 17 janvier 2019), *Limb.Rechtsl.* 2019, p. 287, n° 14 s. ; E. DIRIX, « De vruchten van de giftige boom », *Liber Amicorum Jo Stevens*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 271-272. Juge cet élément d'une importance fondamentale pour admettre malgré tout la preuve : J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 213, n° 132 et 137.

<sup>32</sup> E. DIRIX, « De vruchten van de giftige boom », *Liber Amicorum Jo Stevens*, Bruges, die Keure, 2011, p. 271 (« de houding voor een tijdens de procedure met betrekking tot de morele mededelings- en waarheidsplichten »).

<sup>33</sup> Cass. 14 juin 2021, C.20.0418.N, non publié.