

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GENERAL F. DUMON

---

En cause : Theodorus Johannes LADAN

c/

Anna Cornelia Hendrika de BRUIN

---

L'arrêt du 22 mai 1981 du Hoge Raad der Nederlanden qui prie notre Cour de résoudre une difficulté d'interprétation d'une règle juridique commune, difficulté qui sera précisée ci-après, énonce les faits auxquels doit s'appliquer l'interprétation à donner par notre Cour et décrit les procédures devant les juridictions néerlandaises, dans les termes suivants :

"Par exploit du 24 janvier 1979, la défenderesse en cassation (Anna Cornelia Hendrika de Bruin), ci-après dénommée la mère, a assigné en référé le demandeur en cassation (Theodorus Johannes Ladan), le père, devant le Président du Tribunal de première instance de La Haye et a demandé la condamnation du père à remettre à la mère, dans les 24 heures du jugement à intervenir, leur fille, prénommée Patricia Daniëlle, sous peine d'en-courir une astreinte de 250 fl par jour, avec autorisation de recourir à la contrainte par corps pour l'exécution forcée du jugement et de faire emprisonner Ladan jusqu'à ce qu'il ait fait connaître à la mère la véritable résidence de Patricia Daniëlle.

Ayant entendu la défense du père, le Président lui a ordonné, par jugement du 14 février 1979, de représenter Patricia Daniëlle à la mère dans les 48 heures de la signification du jugement et a prononcé une astreinte de 15 fl pour chaque jour pour le père de s'abstenir d'obtempérer à ce commandement, le tout étant exécutoire par provision, les demandes supplémentaires ou différentes n'étant pas accueillies.

Le Président a statué ainsi après avoir constaté les faits suivants :

"Par ordonnance du 9 juin 1978, la Cour d'appel de La Haye a nommé la mère, tutrice de l'enfant mineure des parties, Patricia Daniëlle, née le 13 août 1972, et le père, subrogé tuteur et a ordonné en outre de remettre l'enfant à la garde de la mère ; cette ordonnance a été déclarée exécutoire par provision en ce qui concerne la garde de l'enfant.

L'ordonnance précitée a été signifiée au père qui a reçu commandement de confier l'enfant Patricia à la mère ; à ce jour, le père est resté en défaut de confier à la mère l'enfant qui séjournait initialement chez lui mais qui a ensuite été hébergée chez d'autres personnes.

Le père s'est pourvu en cassation contre l'ordonnance de "tutelle", pourvoi que le Hoge Raad der Nederlanden a rejeté le 10 novembre 1978.

Dès le mois de juillet 1978, la mère avait assigné le père en référé devant le Président de ce Tribunal afin de se faire autoriser à procéder à l'exécution par contrainte par corps de l'ordonnance précitée de la Cour d'appel mais, par jugement de référé du 21 juillet 1978, la demande de la mère a été déclarée irrecevable ...

Le 14 décembre 1978, le juge de police du Tribunal a condamné le père pour avoir soustrait volontairement la mineure Patricia à l'autorité qui avait légalement été décidée quant à la personne de celle-ci.

La mère a présentement engagé une nouvelle procédure en référé par laquelle, à la différence de la première fois, elle ne demande plus à pouvoir recourir à la contrainte par corps quant à l'exécution forcée de l'ordonnance de "tutelle", mais par laquelle elle demande que le père soit condamné à lui remettre l'enfant, sous peine d'encourir une astreinte ; le jugement qui doit ainsi être rendu était exécutoire par contrainte par corps.

Le père a soutenu, en substance, pour sa défense, que la demande de la mère devait être déclarée irrecevable parce que l'ordonnance de "tutelle", passée en force de chose jugée, conférait déjà à celle-ci un titre exécutoire pour la représentation de l'enfant.

Selon le père, la mère tente de façon inadmissible, d'obtenir, en violation de la disposition de l'article 587, 2° du Code de procédure civile, l'exécution forcée de l'ordonnance de "tutelle" et du commandement de représentation qui s'y rattache, à l'aide d'un deuxième titre exécutoire, plus précisément, un titre sous forme de jugement de référé exécutoire par corps."

Le père a interjeté appel de la décision du Président devant la Cour d'appel de La Haye qui a confirmé, par l'arrêt actuellement entrepris, le jugement du Président dans la mesure où la condamnation du père à la remise de l'enfant sous peine d'astreinte se rapporte à la période allant jusqu'au 1er août 1979."

Les questions posées.

Le Hoge Raad der Nederlanden invite notre Cour à se prononcer sur les questions suivantes qui concernent l'interprétation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973 portant loi uniforme relative à l'astreinte et de la loi uniforme annexée à cette convention :

"A. La loi uniforme visée s'applique-t-elle aussi aux cas où la condamnation principale au sens de son article 1er a pour objet l'exécution d'une obligation du droit de la famille, telle que celle de l'espèce ?

B. Dans la négative, la portée de la Convention Benelux citée est-elle (a) d'exclure la possibilité pour la législation interne d'un ou de plusieurs des trois pays d'étendre l'applicabilité de cette Convention aux cas visés sous A ou (b) de ne permettre pareille extension que si le législateur national s'est exprimé expressément en ce sens ?"

Examen du sens et de la portée de la loi uniforme ainsi que des objectifs qui ont servi de fondement à la signature et l'approbation de cette loi.

Dans sa première question le Hoge Raad der Nederlanden demande à notre Cour de dire si la loi uniforme Benelux relative à l'astreinte, spécialement son article 1er, permet au juge de condamner une partie au paiement d'une astreinte pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale lorsque celle-ci "a pour objet l'exécution d'une obligation du droit de la famille", en particulier le respect d'un droit de visite.

A mon avis, la réponse doit être affirmative.

Le texte de la loi uniforme a une portée générale et ne comprend qu'une seule exception qui, à la fois en raison du champ d'application ainsi défini et des fondements mêmes de la loi, doit rester d'application strictement limitative.

Pour rechercher les fondements et le champ d'application de la loi uniforme, le texte peut certainement, par lui-même déjà, nous fournir des indications utiles, mais on ne peut naturellement pas en rester là lorsque d'autres sources existent qui permettent de cerner le problème de façon encore plus précise.

Les sources en question sont l'exposé des motifs commun et des dispositions légales nationales, en particulier les dispositions néerlandaises et, subsidiairement, françaises, ainsi que la jurisprudence et la doctrine qui ont interprété et commenté ces dispositions nationales.

Il est clair selon moi que les auteurs de la loi uniforme (signée le 26 novembre 1973) se sont largement inspirés, dans la conception et la rédaction de la loi, de l'institution de l'astreinte légalement consacrée et précisée dès 1932 en droit néerlandais et aussi de la

jurisprudence et de la législation françaises. Cela ressort nettement de l'exposé des motifs communs qui cite et commente ces législations.

Du reste, la loi uniforme préparée par la Commission Benelux pour l'étude de l'unification du droit, fut précédée de remarquables rapports de la "Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland" (1) (Association pour l'étude comparative des droits belge et néerlandais) dont les auteurs avaient consulté de manière approfondie ces droits nationaux qui les ont inspirés et conduits, comme ce fut plus tard le cas pour les auteurs de la loi uniforme.

Afin de mettre un terme aux divergences de la jurisprudence quant à l'astreinte ou bien pour servir la sécurité juridique en ce domaine, le Pouvoir législatif néerlandais a, par la loi du 29 décembre 1932, à la fois réduit les possibilités du recours à la contrainte par corps et institutionnalisé et réglementé légalement l'astreinte.

En application de l'article 1er de la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte, les dispositions de cette loi furent remplacées par cette loi uniforme qui se trouva ainsi intégrée à la législation néerlandaise, plus précisément dans la troisième section du Titre 5 du Livre 2 du Code de procédure civile.

La Loi de 1932 a suscité une jurisprudence et une doctrine importantes et, conjointement avec celles-ci, a exercé par la suite une influence déterminante sur le texte et les objectifs de la loi uniforme.

---

(1) "Preadviezen" de M. le professeur J. Ronse et de M. le professeur Van Opstall - Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - Jaarboek 1961-1962, pp. 107 e.s. et 118 e.s.

En France, l'institution de l'astreinte est connue depuis des années et elle fait l'objet d'une très large application par les Cours et Tribunaux.

Elle a toutefois connu une évolution importante.

La jurisprudence française fait une distinction entre l'astreinte provisoire et l'astreinte définitive.

Dans des arrêts relativement récents, la Cour de cassation conférait encore à l'astreinte le caractère et la qualité d'un moyen "destiné à réparer le préjudice pouvant résulter du retard à exécuter les décisions judiciaires" (1).

La loi du 5 juillet 1972 "a donné à l'institution une assise légale qui lui avait toujours manqué et une unité qu'elle n'avait pas encore atteint en jurisprudence, l'astreinte définitive devenant, comme l'astreinte provisoire, un moyen de contrainte entièrement distinct des dommages-intérêts. Traitant dans son titre 2 "de l'astreinte en matière civile", la loi du 5 juillet 1972 relative à l'exécution des jugements y consacre ses articles 5 à 9 : l'article 5 décide que "les tribunaux peuvent, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de leurs décisions". L'article 6 précise notamment que "l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. Elle est provisoire ou définitive" (2).

Au Luxembourg, la "légalité" de l'astreinte "comminatoire" a été définitivement reconnue depuis l'arrêt de cassation du 10 mars 1925 (3).

- 
- (1) Civ. 17 févr. 1965, Bull. civ. I, n° 139 ; 4 nov. 1959, préc. ; 2 nov. 1960, Bull. civ. I, n° 465 ; V., avec une formule comparable, Com. 12 déc. 1966, Bull. civ. III, n° 478 ; Civ. 10 mai 1962, Gaz. Pal. 1962, 2, 131 ; Soc. 24 févr. 1960, D. 1960, Somm. 80.  
Cons. Dalloz - Répertoire de droit civil - Tome I - op. cit. - V° Astreinte n° 19.
- (2) Dalloz - Répertoire de droit civil - op. et loc. cit. n° 20.
- (3) Pasic. Luxembourgeoise, T. XI, p. 193. ./.

En Belgique, le juge n'avait pas le pouvoir, avant l'entrée en vigueur de la loi uniforme Benelux, pour assurer l'exécution de ses décisions par la condamnation au paiement d'une somme d'argent, l'astreinte, exclusivement prononcée à titre de moyen de contrainte (1).

Le juge pouvait toutefois prononcer une condamnation accessoire au paiement d'une somme par jour de retard dans l'exécution de la décision rendue lorsque cette somme visait à réparer un préjudice réellement subi, trouvant ainsi son fondement dans l'article 1382 du Code civil.

Le professeur J. Ronse dans son rapport précité devant la "Vereniging voor de vergelijkende studie van het Recht in Nederland en België" (2) cite et commente les arrêts suivants de la Cour de cassation, particulièrement intéressants pour nous puisqu'ils concernent le droit de la famille.

"La Cour de cassation considéra dans son arrêt du 9 janvier 1879 (3) que le juge pouvait condamner une femme mariée à réintégrer le domicile conjugal et "que le juge saisi, comme en l'espèce, d'une telle demande, et qui prononce une peine par jour de retard, ne fait en réalité que déterminer l'indemnité due à raison du dommage qu'entraîne pour le mari l'inexécution de la sentence ...".

"(traduction) Particulièrement significatif fut l'arrêt du 23 juin 1887. Le pourvoi faisait valoir que la condamnation à 1.000 F par jour de retard dans l'exécution du jugement revenait à "... une peine non établie par la loi, ou ... des dommages-intérêts, sans établir un préjudice qui n'était pas même allégué". La Cour décida sans plus "qu'une condamnation pécuniaire pour retard dans l'exécution d'une

---

(1) Cass. 24 janvier 1924, Bull. et Pasic., 1924, I, 151.

(2) Op. cit., pp. 114 et 115.

(3) Bull. et Pasic., 1879, I, 50.



décision judiciaire, constitue, non une pénalité dans le sens répressif ..., mais une indemnité pour l'inexécution d'une obligation autorisée par les articles 1142 et 1226 et suivants du Code civil". La taxation de cette indemnité relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Si ces décisions ont été citées - de manière un peu trop circonstanciée sans doute - c'est parce qu'on a prétendu qu'elles n'auraient pas reconnu la pratique de l'astreinte".

x

x

x

J'ai déjà souligné qu'il ressortait du texte même de la loi uniforme qu'il fallait lui réserver un large champ d'application.

Se posent pourtant les questions suivantes :

- 1° la "légalité d'une condamnation à une astreinte, moyen de contrainte, reste-t-elle limitée au droit privé et dans ce cas, au surplus à une partie seulement de ce droit ?
- 2° une astreinte peut-elle "légalement" être prononcée lorsque l'exécution de la décision du juge est garantie, ou peut l'être, par d'autres moyens ou mesures qu'une astreinte : sanction pénale, administrative, exécution à l'aide du recours à la force publique - manu militari -.

x

x

x

La question d'une éventuelle limitation du champ d'application de la loi uniforme peut surgir parce que l'exposé des motifs commun fait référence d'une part, spécialement au droit privé et répète, d'autre part, comme cela se fait d'ordinaire, que l'astreinte a pour objet de forcer à s'exécuter le débiteur d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, ce qui intéresse et concerne typiquement le droit des obligations, partie du droit civil.

On peut lire dans les "Considérations générales" de cet exposé des motifs entre autres que "l'exécution forcée des décisions de justice en matière de droit privé pose des problèmes que l'on a pris l'habitude de considérer ....".

Dans le commentaire de l'article 3 - même exposé des motifs - on lit : "appartenant au droit privé, /dans le texte néerlandais "droit civil"/ tendant à régler les rapports entre parties, l'astreinte ...".

Le même texte précise toutefois, dans l'alinéa suivant, que les dispositions de la loi uniforme s'appliquent à l'égard de l'Etat et des autres personnes morales de droit public, qu'ils soient créanciers ou débiteurs.

Bien que ce soit souvent sur le fondement de dispositions du droit civil, singulièrement en matière de responsabilité "civile", que l'Etat ou ces autres personnes morales soient condamnées, il n'en reste pas moins que dans ces cas-là aussi, il s'agit de rapports juridiques relevant du droit public.

Dans ses conclusions avant l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980 (1), Monsieur l'avocat général Velu précise qu'"aux Pays-Bas, le juge judiciaire s'est reconnu un très large pouvoir d'injonction à l'égard de l'autorité administrative dans tous les cas

---

(1) Bull. et Pasic. 1980, I, 1348, en particulier p. 1362.

où celle-ci, ayant manqué à une obligation légale ou au simple devoir de prudence ou n'ayant pas agi avec la prudence voulue, a porté atteinte à des droits civils ou à des intérêts légitimes". Il cite à ce propos la jurisprudence et la doctrine néerlandaises, notamment des arrêts du Hoge Raad der Nederlanden.

Des décisions semblables se retrouvent dans la jurisprudence judiciaire française (1) (2).

La Cour de cassation française décide même que l'astreinte peut être prononcée pour garantir l'exécution d'une condamnation fondée sur une disposition pénale (3) (4).

L'exposé des motifs commun de la loi uniforme précise aussi dans le commentaire de l'article 5 : "En outre, l'article ne s'oppose pas à ce qu'une astreinte soit imposée au curateur pendant la faillite".

- 
- (1) Consult. Dalloz - Répertoire de droit civil - op. et loc. cit. n° 112 et suivants, en particulier n° 114
- (2) Monsieur l'avocat général Velu considère : "Par un singulier paradoxe, en France, où les juridictions judiciaires ne constituent dans l'Etat qu'une simple autorité et non un Pouvoir et où le principe de la séparation est compris comme interdisant en principe à ces juridictions de juger les contestations où l'Etat et les autres personnes de droit public sont intéressés, il est généralement admis que ces juridictions disposent à l'encontre de l'autorité administrative du pouvoir de prononcer non seulement des injonctions mais aussi des astreintes" - op. et loc. cit. p. 1359.
- (3) La Cour (chambre criminelle) décida : a) le 13 janvier 1938 : "Attendu que l'arrêt attaqué, après avoir prononcé condamnation contre les prévenus, a ordonné remise en place des boiseries enlevées, sous une astreinte de 500 fr. par jour pendant un mois, après lequel délai il sera dit droit ; Attendu que les art. 161 et 189 C. inst. crim. imposent au juge de répression l'obligation de statuer sur les demandes en restitution présentées par toute partie qui a été lésée par l'infraction ; que, d'autre part, aucune disposition légale ne fait obstacle à ce que le juge accorde à la partie civile, sur sa demande, une sanction pécuniaire qui lui permette d'avoir raison des retards qui viendraient à se produire dans l'exécution de la décision ; que, dès lors, en faisant droit aux conclusions de l'Etat, partie civile, aux fins de remise en place des boiseries litigieuses sous la sanction ci-dessus précisée, la cour d'appel n'a commis aucune violation de la loi ;" (Gazette du Palais, 1938, I, 702) ;

---

b) le 20 janvier 1938 :

"Attendu qu'aucune disposition légale ne fait obstacle à ce que les juges correctionnels accordent à la partie civile, sur sa demande, une sanction pécuniaire qui lui permette d'avoir raison des retards qui viendraient à se produire dans l'exécution de leur décision ; que, dès lors, le jugement attaqué a pu assortir d'une astreinte l'exécution de la fermeture du débit ordonnée en vertu de l'art. 161 C. Inst. crim., à titre de réparation envers les parties civiles ; que, ce faisant, il n'a commis aucune violation de la loi" (ibidem, p. 342).

(4) Le Répertoire Dalloz précité enseigne :

"L'astreinte peut aussi bien sanctionner une obligation délictuelle qu'une obligation contractuelle (Cunéo, n° 401 ; H. et L. Mazeaud, t. 3, n° 2507-4°)."

L'astreinte peut aussi être appliquée en matière procédurale.

Dans son arrêt du 18 mai 1979 - n° 11.368 (1) - le Hoge Raad der Nederlanden a considéré qu'il était "inexact de soutenir que les articles 116 et 117 du Code de procédure civile et 192 et 444 du Code pénal règlent de façon exhaustive les conséquences de l'inobservation de l'obligation de témoigner inscrite à l'article 1.946, alinéa 1er du Code civil et qu'il n'y aurait pas de place pour une astreinte comme celle dont la Cour d'appel a assorti la présente condamnation. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 29 décembre 1932 (Stb. 672) introduisant le régime de l'astreinte que celle-ci peut être prononcée dans des cas où, antérieurement, seule la contrainte par corps était possible".

Le Conseil d'Etat français décida dans son arrêt du 10 mai 1974 : "La faculté reconnue aux juges de prononcer une astreinte, en vue de l'exécution tant de leurs décisions que des mesures d'instruction qui en sont le préalable a le caractère d'un principe général du droit"(2).

Il m'apparaît évident que si l'astreinte est ou peut être appliquée à l'égard de condamnations ou de commandements en matière de procédure, de droit commercial (faillites), en droit public et en droit pénal ou en procédure pénale, il ne peut exister aucune raison de limiter au seul droit patrimonial sa légalité dans le droit privé et de l'exclure pour des condamnations ou des commandements qui intéressent les droits de la personnalité et le droit de la famille. D'ailleurs, rien dans le texte de la loi uniforme, ni dans l'exposé des motifs commun et aucun argument ou aucune considération, déduits des buts que les auteurs de la loi avaient en vue et de l'esprit de celle-ci

---

(1) N.J. 1980, n° 213, p. 657. Certes, cet arrêt a été rendu après la signature de la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte mais le Hoge Raad n'en interprète pas moins le droit néerlandais à la base de cette convention.

(2) Dalloz - Répertoire de procédure civile - V° Astreinte, n° 7.

ne permettrait de justifier pareille exclusion, bien au contraire (1).

Sur le fondement de l'arrêt du Hoge Raad der Nederlanden du 23 décembre 1960 on enseigne que "la condamnation à l'astreinte est aussi possible à l'égard d'époux mariés sous le régime de la communauté de biens" (2).

✕

✕      ✕

Il importe, à présent de se demander si la condamnation à une astreinte peut être légalement prononcée lorsque l'exécution de la condamnation principale est garantie ou peut l'être par d'autres moyens : recours à la force publique, exécution en nature ou en espèces au moyen d'une saisie, une clause pénale, des sanctions pénales.

Le problème doit être examiné parce que se rend coupable de l'infraction prévue à l'article 369 bis du Code pénal belge, le père ou la mère qui soustrait l'enfant au droit de visite déterminé par le juge (3). Ainsi, le respect de la décision judiciaire relative à ce droit est garanti par des sanctions pénales.

---

(1) "L'astreinte s'applique aussi bien aux obligations de faire et de ne pas faire qu'aux obligations de donner, aux obligations contractuelles ou délictuelles, qu'aux obligations légales. Il suffit que l'obligation soit licite et que son exécution soit possible". Dalloz - Répertoire, op. cit. et loc. cit. n° 100.

(2) II Schadevergoeding en andere rechtsgevolgen n° 238-7.

(3) Cass. 7 avril 1943 (Bull. et Pasie. 1943, I, 132), 18 décembre 1950 (ibid. 1951, I, 257). Cons. aussi Cass. 22 octobre 1980, Revue de droit pénal et de criminologie 1980-1981, p. 200.

Je le précise immédiatement parce que dans la doctrine néerlandaise, le problème de savoir si le juge peut prononcer une astreinte en vue de faire respecter le droit de visite constitue une question controversée (1). La jurisprudence des juges du fond admet généralement que la condamnation à une astreinte est "légale" (2) et il ressort des travaux préparatoires du projet de loi n° 15.638 (révision de la procédure relative au divorce et du droit de visite en rapport avec le divorce), projet adopté le 9 avril 1981 par la Deuxième Chambre, que la prononciation d'une astreinte n'est en principe pas considérée comme étant exclue (3).

---

(1)(3) Dans les remarquables conclusions que M. Haak, avocat général f.f., a prises avant l'arrêt de renvoi du Hoge Raad dans la présente affaire, on lit :

a) "La doctrine se montre hésitante mais en substance l'astreinte n'est en principe pas exclue. Je renvoie à Asser-De Ruiter-Moltmaker, A-II, 1976, p. 271 ; Pitlo-Kasdorp, 1979, p. 262 ; de Ruiter, Belangrijk bezook, discours inaugural V.U. 1970, pp. 21 et 22 ; Monique W.E. Koopmann, het Nieuwe echtscheidingsrecht, 1980, p. 70 ; Doek, Familie- en Jeugdrecht, 1978, pp. 26 et 27 ; Koens, Familie- en Jeugdrecht, 1980, p. 6 ; Prinsen, Advocatenblad 1980, p. 280."

b) "Si l'on consulte les travaux parlementaires du projet de loi n° 15.638 déjà cité (Révision de la procédure relative au divorce et du droit de visite), et adopté le 9 avril 1981 par la seconde Chambre (Handelingen II, 1981, p. 4684), on constate que la prononciation d'une astreinte n'est en principe pas considérée comme exclue ; cfr. exposé des motifs pp. 7 et 8 ; mémoire en réponse p. 12 ; comp. également I. Jansen, Familie- en Jeugdrecht, 1981, pp. 20 et 21."

c) "En 1973, les trois quart des juges des enfants considéraient encore que la réglementation du droit de visite ne pouvait pas faire l'objet de sanctions (cfr. Rueb, Uitslag enquête omgangsregeling, N.J.B. 1973, 140). Dans le rapport "Omgang tussen ouders en kind na scheiding der ouders" ("Relations parents-enfants après la séparation des conjoints"), élaboré en 1975 à la demande du Ministère de la culture, des loisirs et de l'action sociale, le Conseil national de la famille (p. 44) estime non souhaitables des sanctions visant à assurer le respect de la réglementation du droit de visite. Par contre, une commission instituée par la Direction de la protection de la jeunesse du Ministère de la justice ("Projectgroep Omgangsrecht") a publié en 1976 un rapport ("De Raad in de omgang"), qui prend l'astreinte en matière de droit de visite (pp. 20 et ss.) en considération comme étant la seule et aussi l'ultime modalité d'exécution.

Une astreinte sanctionnant le non-respect d'un droit de visite a été prononcée, mais évidemment avec la prudence qui s'impose dans les rapports familiaux, par : Trib. d'arrond. Utrecht, 25 avril 1975 (N.J. 1975, n° 430) ; Trib. d'arrond. Alkmaar, 25 juillet 1978 (ibid. 1979, n° 249) ; Trib. d'arrond. Utrecht, 23 juillet 1980 (ibidem 1981, n° 248) ; Cour Arnhem,

---

10 avril 1973 (ibidem 1973, n° 512) ; la Cour d'Amsterdam a toutefois considéré dans son arrêt du 29 juin 1977 (ibid. 1978, n° 158) : si le respect de la réglementation du droit de visite ne peut être imposé que sous la menace d'une astreinte, le régime lui-même s'en trouve condamné. Il ne peut jamais être de l'intérêt de l'enfant que l'exercice du droit de visite, par l'un des parents, dépende de la bonne volonté de l'autre parent, ayant la garde de l'enfant, de se soumettre ou non au paiement d'une astreinte. Dans les affaires de l'espèce, il faut renoncer à sanctionner une décision du juge au moyen d'une astreinte, même si en soi cette situation n'est point satisfaisante.



Les conceptions qui s'expriment dans la doctrine d'un pays, la pratique et la jurisprudence nationale des juges du fond ne suffisent assurément pas pour nous permettre de décider, conformément à la mission qui nous a été conférée par le Traité du 31 mars 1965, du sens et de la portée qu'il faut reconnaître à la loi uniforme en vue de répondre aux questions que le Hoge Raad nous a posées. Mais elles constituent évidemment des guides et elles nous apportent une base solide quant à la nécessaire sécurité juridique.

L'interprétation adoptée par cette jurisprudence me paraît justifiée puisqu'elle est compatible avec

- 1) le texte et l'esprit de la loi uniforme ainsi qu'avec les intentions de ses auteurs,
- 2) l'économie générale de l'institution de l'astreinte, telle qu'elle est comprise par la jurisprudence et la doctrine aux Pays-Bas et en France ;
- 3) les nécessités et les conceptions de notre civilisation actuelle quant aux rapports dans la famille, nécessités et conceptions auxquelles les auteurs de la loi uniforme n'ont certainement pas été indifférents.

✠

✠                      ✠

On admet généralement, tant aux Pays-Bas qu'en France, que l'existence d'autres mesures que l'astreinte garantissant l'exécution du commandement juridictionnel, du jugement, de l'arrêt ou de l'ordonnance ne fait pas légalement obstacle à la condamnation éventuelle à une astreinte. Il appartient évidemment toujours au juge compétent d'apprécier si, en l'espèce, cette condamnation paraît opportune et utile. Mais il s'agit manifestement là d'un problème qui est étranger à la mission de notre Cour.

On enseigne que "le fait d'avoir stipulé conventionnellement une clause pénale pour le cas de l'inexécution (de la convention) ne fait pas obstacle à la condamnation au paiement d'une astreinte" (1) et sont cités divers arrêts, jugements et ordonnances qui ont statué en ce sens (2).

Gabriël Luc Ballon écrit, à juste titre, dans son méritant ouvrage qu'il a consacré à l'astreinte, qu'"on ne peut toutefois pas déduire de l'existence d'une exception (prévue à l'article 1er de la loi uniforme) que dès que l'exécution "réelle" est possible, l'astreinte doit toujours être considérée comme étant exclue"... "Les doctrines française et néerlandaise adoptent ce point de vue" (3).

---

(1) II Schadevergoeding en andere rechtsgevolgen - n° 238-4.

(2) Cour Arnhem, 1er novembre 1933, N.J. 1934, 399 ; Pres. Amsterdam, 11 septembre 1936, N.J. 1937, 532 ; Cour 's-Hertogenbosch 14 septembre 1937, N.J. 1938, 154 ; Cour La Haye 9 novembre 1939, N.J. 1930, 171 ; Pres. Zutphen 11 novembre 1939, N.J. 1941, 373 ; Cour La Haye 11 juin 1943, N.J. 1944, 241 ; Cour Amsterdam 30 janvier 1946, N.J. 1946, 375 ; Cour 's-Hertogenbosch 4 décembre 1952, N.J. 1953, 543 ; Pres. Haarlem, 28 juillet 1955, N.J. 1956, 69 ; Cour Arnhem 29 novembre 1961, N.J. 1962, 182 ; Cour 's-Hertogenbosch 16 juin 1964, N.J. 1965, 404 ; Cour Amsterdam 11 mai 1967, N.J. 1967, 319.  
Autre : Cour La Haye 11 février 1935, N.J. 1935, 894.  
Comp. : H.R. 21 décembre 1956, N.J. 1957, 126 (L.E.H.R.)

(3) Algemene Practische Rechtsverzameling - Dwangsom - n° 79, p. 31.

Le Professeur Storme écrit dans le même sens :

"En raison du caractère spécifique de l'astreinte, il est clair que celle-ci peut être cumulée avec des dommages et intérêts, avec une clause de majoration ou avec des sanctions spécifiques prévues dans des lois particulières ..." (1).

Dans son arrêt du 16 décembre 1977, le Hoge Raad der Nederlanden a décidé que des "squatters", qui donc avaient occupé des immeubles appartenant à des tiers et qui avaient reçu l'ordre des les évacuer, pouvaient aussi être légalement condamnés à une astreinte (2).

En France, il est admis aussi que l'astreinte est susceptible de recevoir une telle application large.

Le Répertoire Dalloz écrit :

"D'innombrables arrêts témoignent de ce que l'astreinte peut être utilisée contre le débiteur, alors même que l'obligation pourrait être exécutée en nature par un tiers aux frais du débiteur en vertu de l'article 1143 du Code civil (Req. 14 mars 1927, D.H. 1927, 274) ou en vertu de l'article 1144 (Req. 3 nov. 1930, D.H. 1930, 605 ; Trib. comm. Seine, 23 juin 1947, 1, 506 ; Besançon, 4 déc. 1946, Gaz. Pal. 1946, 1, 20). De même l'astreinte peut être employée pour contraindre le débiteur à une exécution directe, qui pourrait être obtenue par voie de saisie (Comp. Douai, 28 mai 1873, D.P. 75, 2, 31) ou manu militari (Req. 8 nov. 1864, D.P. 65, 1, 389 ; 26 juin 1878, S. 79, 1, 176). La saisie est en effet une procédure longue et coûteuse ; l'emploi de la force publique est un moyen brutal, parfois

---

(1) M. Storme - Een revolutionaire hervorming : de dwangsom - n° 13 - p. 230 - T.P.R. 1980

(2) N.J., 1978, n° 561.

sans résultat durable. L'astreinte en recherchant le concours actif du débiteur, conserve donc son utilité et n'exclut pas, en cas d'échec le retour ultérieur aux procédures d'exécution. En outre le créancier, qui dispose d'un titre exécutoire, ne peut pas se flatter d'obtenir à tout coup le concours de la force publique pour le faire exécuter manu militari ; l'expérience démontre en effet que l'Administration est souvent réticente ou fort lente, pour des raisons d'ordre social, à autoriser ce recours à la force publique (Calbairac - L'exécution de décisions de justice D. 1947 - Chron. 85) ..." (1).

Dans son ouvrage déjà cité, Ballon estime qu'"une astreinte peut en principe être prononcée aussi par le juge de répression. La loi ne prévoit en effet aucune limitation quant à la nature de la condamnation qui permettrait d'exclure ce juge ..." (2). Il n'exclut pas que la juridiction répressive puisse légalement condamner à une amende en raison du retard apporté dans la publication d'un droit de réponse (3) et aussi prononcer une condamnation au paiement d'une astreinte, mais il précise que "le plus souvent, le juge estimera inopportun d'imposer à la fois une amende par jour de retard et une astreinte destinée à assurer l'insertion de la réponse dans le délai imparti ..." (4). A propos des demandes en justice tendant au respect d'une ordonnance imposant la cessation de pratiques commerciales déloyales, le même auteur écrit "qu'en matière de pratiques commerciales déloyales, l'article 62 de la loi du 14 juillet 1971 prévoit des peines correctionnelles pour le cas où une

---

(1) Dalloz - Répertoire de droit civil - v° Astreinte, n° 99

(2) Op. cit., n° 97, p. 37

(3) L'article 5, alinéa 2 de la loi belge du 23 juin 1961 concernant le droit de réponse dispose que "Si, à la date du jugement, la réponse n'a pas été insérée, le tribunal en ordonne l'insertion dans le délai qu'il détermine ; il condamne en outre l'éditeur à une amende de 100 francs par jour de retard à partir de l'expiration de ce délai" ;

(4) Op. cit., n<sup>os</sup> 264 et 265, p. 93.

ordonnance de cessation de pratiques incriminées, passée en force de chose jugée, ne serait pas respectée. Toutefois, le fait que pareille sanction soit prévue par une disposition légale expresse quant à toutes les ordonnances de cessation n'empêche pas le président du tribunal de commerce d'assortir sa décision d'une sanction par une astreinte ... On a d'ailleurs déjà souligné que le président du tribunal de commerce statuant relativement à la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce doit être considéré comme étant compétent pour prononcer des astreintes (voir ci-dessus n° 94)." (1).

✕

✕

✕

S'il est possible d'éviter des sanctions pénales, prononcées spécialement en vue d'assurer le respect d'obligations civiles ou commerciales, cela doit être favorisé et c'est la raison pour laquelle le recours à l'astreinte est particulièrement sain. On peut ou l'on doit considérer que cette conception a été celle des auteurs de la loi uniforme.

En droit de la famille, on peut, certes, songer au recours à la force publique, à l'exécution manu militari.

---

(1) Op. cit., n° 267, p. 95.

On peut, certes, songer au recours à la contrainte, le recours à la force publique pour obliger une femme mariée, qui a été condamnée à réintégrer le domicile conjugal, à s'y rendre.

De semblables mesures de contrainte peuvent aussi assurer le respect de la décision qui a été prise quant à l'exercice du droit de visite. Mais ... d'une part, comme l'écrivit à l'époque un auteur français, "c'est fort bien de ramener l'épouse (ou même l'époux ; pourquoi pas ?) au domicile conjugal ... mais il faut qu'elle y reste !" et d'autre part, il est douteux que de pareilles mesures soient compatibles avec la dignité des personnes et même avec le principe "nemo praecise potest cogi ad factum" et enfin, ces mesures sont à mon sens, dans la majorité des cas, à tout le moins peu saines et nocives quant à l'entente entre des personnes qui constituent ou qui ont constitué une famille.

Il est me paraît-il évident que ces considérations et conceptions auraient été formulées par les auteurs de la loi uniforme s'ils avaient eu l'occasion de s'exprimer explicitement à ce sujet.

Dès lors, on peut, et on doit estimer non seulement que la loi uniforme n'interdit pas qu'une condamnation au payement d'une astreinte soit prononcée lorsque la condamnation principale concerne l'exécution d'une obligation du droit de la famille mais aussi que pareille condamnation est même tout à fait conforme aux textes, à l'esprit de la loi et aux objectifs poursuivis par ses auteurs.

Conceptions des "parties" concernant les questions posées. Les "mémoires" qu'elles ont soumis à la Cour.

1° La partie Anna Cornelia Hendrika de Bruin soutient ce qui suit :

"En l'espèce, l'intérêt de la défenderesse en cassation résidait dans l'accomplissement par le demandeur en cassation d'un acte, la remise à elle, défenderesse en cassation, de l'enfant puîné des parties. Faisant usage de son pouvoir discrétionnaire, le juge a refusé d'assortir la condamnation à représenter l'enfant d'une mesure de contrainte par corps et, usant de ce même pouvoir, a ordonné une astreinte pour le cas où l'obligation principale dérivant de cette condamnation ne serait pas respectée.

Compte tenu des termes des articles 1, 2 et 4 de la loi uniforme, il faut constater que les Etats contractants ont bien eu l'intention de laisser l'application des astreintes à l'appréciation du juge, d'autant que l'article 1er, alinéa 1er, in fine, indique expressément dans quel cas il ne peut précisément pas y avoir astreinte.

Dans la même perspective, il faut reconnaître que la loi uniforme s'applique aussi dans les cas où la condamnation principale au sens de l'article 1er de cette loi porte sur l'exécution d'une obligation du droit de la famille.

C'est à juste titre qu'il est généralement admis que l'astreinte doit avoir un sens, ce qui signifie qu'elle doit représenter pour la partie condamnée une incitation à satisfaire à la condamnation principale. Pour ce qui suit, on peut se reporter à l'arrêt du Hoge Raad 18-5-'79, NJ '80-213 (W.H.H.).

L'institut de l'astreinte vaut en principe pour tout le droit civil et l'on songe tout d'abord et surtout au droit patrimonial, mais il n'empêche que le recours à l'astreinte est possible aussi à l'égard des obligations résultant du droit des personnes et de la famille, même s'il existe certaines exceptions. C'est précisément cette coexistence du recours possible à l'astreinte et des exceptions qui implique que la décision de prononcer ou non une astreinte procède d'une confrontation des intérêts respectifs des parties. Celle-ci relevant de l'appréciation souveraine du juge, il est souhaitable de lui laisser également la décision d'ordonner ou non une astreinte.

Quel est, en l'espèce, le but de l'astreinte, telle est la question primordiale qui ne cessera de se poser ; en d'autres termes, il faudra se demander si le risque d'encourir une astreinte constitue un aiguillon effectif pour déterminer le condamné à exécuter l'obligation qui lui est faite dans la condamnation principale et aussi si cette dernière est elle-même de nature à pouvoir escompter une exécution conforme et non déficiente. La nature de l'acte à accomplir joue un rôle important pour juger de l'opportunité de l'astreinte dans le cas d'espèce. Ainsi, on perçoit aisément l'absurdité d'une astreinte qui viserait au respect d'une obligation de travail par exemple.

S'agissant du droit des personnes et de la famille, où les relations entre les parties touchent fréquemment au domaine des sentiments, l'astreinte doit certes rester possible, pourvu que la nature des rapports juridiques en cause ne s'oppose pas à sa prononciation. A cet égard, c'est au juge qu'appartient la décision définitive."



2° La partie Theodorus Johannes Ladan soutient ce qui suit dans son mémoire :

"L'exposant fait référence à la doctrine existant sur ce point, spécialement à la plaquette de l'Association néerlandaise de droit comparatif (n° 31, Kluwer-Deventer - Pays-Bas 1980) intitulée "EXECUTIEMIDDELEN", de sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere prestatie dan het betalen van geld" (voies d'exécution, la sanction des jugements de condamnation à une prestation autre que le paiement d'une somme d'argent), de la main de Me R.M. Blaauw.

Il attire spécialement l'attention sur le passage suivant (page 7) :

"Un deuxième élément est constitué par la théorie "classique" de la relativité, dite encore de la "Schutznorm" : la norme concernée doit avoir pour objet de protéger le demandeur dans l'intérêt menacé. Etroitement apparentées à cette théorie, tout en s'en distinguant, sont les questions de savoir si la norme en cause est effectivement sanctionnée par l'article 1401 B.W. et si l'intérêt menacé tombe bien dans le "champ de protection" de l'article 1401 B.W. - aspect à distinguer de la norme à laquelle se réfère l'article 1401 B.W et à laquelle en effet la condition "ordinaire" de la relativité se rapporte ; on a prêté les derniers temps à ces deux questions, surtout à la suite de certains arrêts récents du Hoge Raad, une assez vive attention. La première question doit par exemple recevoir une réponse négative en cas d'inexécution imminente (à moins que, outre l'engagement pris, une autre obligation juridique risque d'être violée), dans le cadre de la faute des pouvoirs publics dans ce qu'on appelle les "normes d'instruction" et à l'égard de nombreuses obligations (non-patrimoniales) du droit de la famille. Peut-être le Hoge Raad visait-il aussi cette question lorsqu'il se demandait (pour répondre de façon affirmative) si l'obligation de témoigner inscrite à l'article 1946 B.W. avait pour objet direct de protéger les intérêts de la partie engagée dans un procès civil.

L'arrêt H.R. 15 mai 1970, N.J. 1970, 327, note G.J.S., doit lui aussi, à mon avis, s'analyser dans cette perspective. La deuxième question intervient surtout lorsque l'intérêt en cause est constitué par l'intérêt général ou un intérêt purement moral, mais aussi lorsqu'un préjudice risque d'être apporté à un intérêt non licite."

Il ressort de ce texte que les astreintes en matière d'obligations du droit de la famille sont considérées comme échappant au régime de l'astreinte.

Il apparaît aussi que d'ordinaire, les astreintes sont prononcées pour prévenir un acte illicite à l'égard de ceux qui les réclament.

En l'espèce, il ne peut pas être question d'un acte illicite à l'égard de de Bruin, chargée en définitive de la tutelle en tant que mère.

Elle n'intervenait pas dans le litige en sa qualité de mère-tutrice de l'enfant mineure. Dans ce cas, elle aurait dû être autorisée par le juge de paix, sous peine d'irrecevabilité."

Je pense pouvoir considérer qu'en réponse à ces deux mémoires, il n'est plus besoin d'argumenter encore, après ce que j'ai exposé ci-dessus en examinant le sens et la portée de la loi uniforme.

Ma réponse à la question qui nous est posée par le Hoge Raad der Nederlanden est donc : oui.

En conséquence, je peux me dispenser de répondre à la question B (a) et (b).

Bruxelles, le 11 février 1982

l'Avocat général

F. DUMON