

SOMMAIRE

- La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat, par J.-Fr. van Drooghenbroeck et B. De Coninck 37
- I. Procès équitable - Droits de la défense - Divorce - Décision fondée de manière déterminante sur des déclarations anonymes - II. Divorce - Séparation de plus de deux ans - Appréciation des torts - Preuve des faits litigieux - Déclarations anonymes recueillies par la police - Violation des droits de la défense. (Cass., 1^{re} ch., 17 décembre 2007) .. 60
- Procédure pénale - Exécution des peines - Statut juridique externe des personnes condamnées - Tribunal de l'application des peines - Comparaison du condamné en personne. (Cass., 2^e ch., 7 novembre 2007, note) 61
- I. Référé - Droit scolaire - Elève déplacé d'une classe à l'autre pour des motifs pédagogiques - Demande en réintégration de l'élève dans la classe initiale - Fondement (non) - II. Droit scolaire - Elève déplacé d'une classe à l'autre pour des motifs pédagogiques - Intervention du juge des référés - Injustifiée. (Civ. Namur, réf., 30 mars 2007) 61
- Vente internationale - Intérêts moratoires - Taux - Convention de Vienne (article 78) - Notion autonome - Conséquence - Taux d'intérêt de la *lex contractus* (non) - Taux d'intérêt de la Banque centrale européenne (oui). (Comm. Hasselt, 1^{re} ch., 3 octobre 2007) 62
- Chronique judiciaire :
La vie du Palais - Bibliographie - Correspondance - Dates retenues.

Dans la collection *Droit international*

Droit de la mer

Dans la collection
Droit/Economie internationale

Sécurité juridique et droit économique

Voyez les dépliants au centre de ce journal

DOCTRINE

La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat

LE 2 SEPTEMBRE 2004, après des décennies de barrage, la Cour de cassation ouvrait salutairement les vannes de la répétibilité, charriant inmanquablement des flots de questions controversées, d'applications très disparates, et d'intenables lacunes. Une loi s'imposait. La voici, flanquée d'un substantiel arrêté d'exécution. Elle s'est fait attendre. Sans doute était-ce le prix à payer pour que de larges consensus se nouent entre les multiples acteurs impliqués dans son élaboration. A peine est-elle entrée en vigueur (le 1^{er} janvier 2008) que d'autres acteurs l'ont déjà criblée de recours à la Cour constitutionnelle. Sans doute, le nouveau système n'est-il pas parfait. Mais comment imaginer qu'une loi s'assignant l'ambition de réaliser des équilibres et des compromis entre des intérêts naturellement antagonistes puisse susciter l'unanimité? Avant de les vouer aux gémonies, il convient d'analyser méticuleusement, sans complaisance ni acrimonie, la loi du 21 avril 2007 et l'arrêté royal du 26 octobre 2007. Replacer le nouveau système dans son environnement juridique à multiples dimensions, lui restituer fidèlement ses finalités simplificatrices et pacificatrices, l'analyser systématiquement à la lumière de l'institution des dépens dans laquelle la loi l'a transplanté, aider le praticien à le mobiliser, ou simplement à s'en accommoder, en toutes situations : autant d'objectifs méthodologiques dont la poursuite œuvrera peut-être à mieux l'accepter.

I

Introduction

1. Au terme d'une période de gestation qui, si elle n'est pas inhabituelle en droit, n'en reste pas moins impressionnante et révélatrice du caractère délicat de la problématique, les assemblées législatives ont enfin accouché d'une loi régissant de façon générale la répétibilité des frais et honoraires d'avocat, à travers l'allocation d'une indemnité de procédure dont le montant a été revu à la hausse.

Voilà une réforme à l'incidence pratique immédiate, dont l'importance commandait une ana-

lyse rapide et approfondie des difficultés qu'engendrera sa mise en œuvre, mais aussi des solutions qui pourront être dégagées.

Tel est l'objectif, constructif et globalement enthousiaste, de la présente contribution.

Après l'exposé du principe directeur de la nouvelle loi, il sera question successivement du montant de l'indemnité que les parties au procès pourront solliciter, puis des conditions d'ouverture du droit à l'indemnité. L'intégration du nouveau régime dans son environnement juridique, en ce compris le droit commun des dépens, retiendra ensuite l'attention. Enfin, la difficile question de l'application de la loi dans le temps fera l'objet de développements particuliers.

1

**Le principe directeur de la loi :
des dépens et rien que des dépens****A. Contexte ayant présidé
à la naissance de la nouvelle loi**

2. Il n'est pas utile de revenir longuement sur les tribulations de l'histoire prétorienne de la répétibilité des frais et honoraires d'avocats.

Rappelons seulement que la Cour de cassation a longtemps considéré que les frais et honoraires de l'avocat ne pouvaient constituer un poste du dommage réparable de la victime, jusqu'au revirement spectaculaire marqué par son arrêt du 2 septembre 2004, rendu en matière de responsabilité contractuelle¹. La jurisprudence de la Cour sera confirmée et étendue par plusieurs arrêts, les 5 mai 2006², 16 novembre 2006³ et 28 mars 2007⁴, sans oublier l'arrêt dit « déni de justice » du 11 octobre 2006⁵.

Le moins que l'on puisse écrire est que cette jurisprudence aura suscité de multiples controverses, et que les difficultés de sa mise en application furent nombreuses et épineuses⁶. Le cli-

mat d'insécurité juridique qui s'en est suivi, renforcé par les arrêts *Lacune* de la Cour d'arbitrage, notamment des 19 avril 2006⁷ et 14 juin 2006⁸, ne pouvait qu'aboutir à un constat général d'insatisfaction. Une intervention législative urgente s'imposait, réclamée par tous⁹.

Voilà le contexte dans lequel fut promulguée la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat¹⁰, suivie par son arrêté royal d'exécution du 26 octobre 2007¹¹, entrés en vigueur ce 1^{er} janvier 2008.

Cette loi, tant attendue, rompt avec le passé et révolutionne la façon dont la problématique de la répétibilité des frais et honoraires d'avocats sera dorénavant régie par le droit belge¹².

B. Une question de droit judiciaire

3. Jusqu'à présent, la question de la répétibilité des frais et honoraires d'avocat n'avait reçu qu'un traitement prétorien, particulier — et parcellaire — dans le cadre strict des règles de la responsabilité civile.

Les frais et honoraires d'avocat pouvaient constituer, à certaines conditions ébauchées puis affinées par la jurisprudence mise en œuvre par l'arrêt du 2 septembre 2004, un poste du dommage réparable de la victime.

Par la loi, la question dite de la « répétibilité » quitte désormais le giron du droit de la responsabilité civile pour recevoir un traitement général, et une portée plus étendue, dans le Code judiciaire, d'une part, et dans le Code d'instruction criminelle, d'autre part.

ment de la Cour de cassation, voy. G. MARY, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat », *J.T.*, 2007, pp. 2 et s. Voy. aussi : Fr. GLANSDORFF, « La répétibilité des honoraires d'avocat depuis l'arrêt du 2 septembre 2004 », *R.G.A.R.*, 2007, n° 14.200.

(7) C.A., 19 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 285, obs. B. DE CONINCK, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat : une affaire d'Etat! ».

(8) C.A., 14 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 15, obs. B. DE CONINCK, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat : un terreau fertile pour les lacunes législatives ».

(9) Pour un résumé de l'histoire du travail parlementaire, voy. Damien DESSARD, « La répétibilité des honoraires et frais d'avocat : un accouchement dans la douleur... », in *Le droit judiciaire en mutation - En hommage à Alphonse Kohl*, Commission Université - Palais, Liège, Anthemis, 2007, pp. 55 et s.

(10) *M.B.*, 31 mai 2007, p. 29541.

(11) Arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1^{er} à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat, *M.B.*, 9 novembre 2007, p. 56834.

(12) Nous nous permettons de renvoyer d'emblée aux premiers commentaires de la loi qui ont déjà été publiés : Damien DESSARD, *op. cit.*, pp. 55 et s.; H. LAMON, « Verhaalbaarheid advocatenkosten - Wet van 21 april 2007 », *N.j.W.*, 2007, pp. 434 et s.; O. MICHELS, « La répétibilité en procédure pénale des honoraires et des frais d'avocat telle qu'elle est organisée par la loi du 21 avril 2007 », obs. sous Cass., 2^e ch., 28 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 1259 et s.; J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GLANSDORFF, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat », in *L'accès à la justice*, Commission Université - Palais, Liège, Anthemis, 2007, pp. 229 et s.; I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten », *R.W.*, pp. 674 et s.

Pour être complets, nous signalerons également que cette loi fait l'objet de plusieurs recours en annulation. Au moment de la rédaction du présent article, le site internet de la Cour constitutionnelle mentionnait l'existence de cinq recours introduits, notamment à l'initiative de la F.G.T.B. et de l'a.s.b.l. « Avocats pour la démocratie » (voy. www.courconstitutionnelle.be).

Elle sera dorénavant appréhendée par le biais de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe à l'action. C'est dire la revitalisation spectaculaire des règles et principes gouvernant la déduction et l'allocation des dépens, et toute la nécessité de les (re)découvrir (*infra*, n°s 72 et s.), tant en matière civile¹³ qu'en matière répressive¹⁴.

Aux termes de l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, « tout jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé, à moins que des lois particulières n'en disposent autrement et sans préjudice de l'accord des parties que, le cas échéant, le jugement décrète ».

L'article 1018 énumère les dépens : droits de timbre, d'enregistrement, etc. et *in fine* une indemnité de procédure visée à l'article 1022. Nous voici au cœur de la réforme : c'est désormais l'indemnité de procédure, et elle seule, qui constituera le canal juridique du remboursement des honoraires de l'avocat de la partie triomphante.

Avant la nouvelle loi, cette indemnité de procédure, visée par l'article 1022 du Code judiciaire, n'incluait pas les frais et honoraires de l'avocat, si ce n'est — tout de même... — que très partiellement, puisqu'elle représentait une rémunération tarifiée d'une partie des prestations de l'avocat pour l'accomplissement de certains actes matériels¹⁵.

Le montant ainsi obtenu était dérisoire par rapport au coût réel d'un avocat.

**C. Une nouvelle définition
de l'indemnité de procédure**

4. *Le postulat du texte.* — La nouvelle loi modifie profondément cette disposition qu'elle remplace par le texte suivant :

« L'indemnité de procédure est une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause.

(13) On relira dès lors avec profit l'excellente contribution de P. MOREAU, « La charge des dépens et l'indemnité de procédure », in *Le coût de la justice*, actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège et la Faculté de droit de l'Université de Liège le 20 février 1998, Liège, éd. du Jeune barreau de Liège, 1998, pp. 169 et s., ainsi que A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, P.U. Liège, 1987, pp. 583 et s. et encore G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 452 et s., n°s 336 et s. Adde, H. DEKEYSER, « Frais et dépens - Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail pour la période 1970-1980 », *J.T.T.*, 1981, pp. 21 et s.; R. MANETTE, « Les indemnités de procédure et les dépens devant les juridictions du travail », *Ann. dr. Liège*, 1983, pp. 141 et s.

(14) Voy. par exemple A. LORENT, « Les frais de justice répressive », *R.D.P.*, 1983, p. 643 et, tout récemment, B. DE SMET, « Kosten verbonden aan de burgerlijke partijstelling », *R.W.*, 2007-2008, p. 624.

(15) G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 458, n° 341.; P. MOREAU, *op. cit.*, p. 193. Le texte « ancien » de l'article 1022 du Code judiciaire était le suivant : « Le Roi établit, après avoir pris l'avis des autorités visées à l'article 488, un tarif des sommes formant dépens recouvrables, justifiées par l'accomplissement de certains actes matériels ». Cette disposition fut exécutée par l'arrêté royal du 30 novembre 1970 fixant pour l'exécution de l'article 1022 du Code judiciaire, le tarif des dépens recouvrables, *M.B.*, 3 décembre 1970.



» Après avoir pris l'avis de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et de l'Orde van Vlaamse Balies, le Roi établit par arrêté délibéré en conseil des ministres, les montants de base, minima et maxima de l'indemnité de procédure, en fonction notamment de la nature de l'affaire et de l'importance du litige.

» A la demande de l'une des parties, et sur décision spécialement motivée, le juge peut soit réduire l'indemnité soit l'augmenter, sans pour autant dépasser les montants maxima et minima prévus par le Roi. Dans son appréciation, le juge tient compte :

» — de la capacité financière de la partie succombante, pour diminuer le montant de l'indemnité;

» — de la complexité de l'affaire;

» — des indemnités contractuelles convenues pour la partie qui obtient gain de cause;

» — du caractère manifestement déraisonnable de la situation.

» Si la partie succombante bénéficie de l'aide juridique de deuxième ligne, l'indemnité de procédure est fixée au minimum établi par le Roi, sauf en cas de situation manifestement déraisonnable. Le juge motive spécialement sa décision sur ce point.

» Lorsque plusieurs parties bénéficient de l'indemnité de procédure à charge d'une même partie succombante, son montant est au maximum le double de l'indemnité de procédure maximale à laquelle peut prétendre le bénéficiaire qui est fondé à réclamer l'indemnité la plus élevée. Elle est répartie entre les parties par le juge.

» Aucune partie ne peut être tenue au paiement d'une indemnité pour l'intervention de l'avocat d'une autre partie au-delà du montant de l'indemnité de procédure ».

C'est donc la notion même d'indemnité de procédure qui est redéfinie. Elle constituera désormais une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie gagnante.

En d'autres termes, la question de la répétibilité des frais et honoraires d'avocat est réglée par l'attribution à la partie gagnante d'une somme forfaitaire à charge de la partie succombante.

Qui plus est, le droit au remboursement des honoraires est épuisé et enserré par ce forfait légal, puisque le dernier alinéa de l'article 1022 précise explicitement qu'« aucune partie ne peut être tenue au paiement d'une indemnité pour l'intervention de l'avocat d'une autre partie au-delà du montant de l'indemnité de procédure ».

Cela signifie qu'il ne sera plus possible de se fonder sur les règles de la responsabilité civile, notamment les articles 1382 ou 1149 du Code civil, comme c'était le cas depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004, pour tenter d'obtenir le paiement d'une somme en réparation — en principe intégrale¹⁶ — du

dommage issu de la nécessité d'avoir dû faire appel à un avocat¹⁷.

5. Sort des abus procéduraux. — Cette forfaitisation, et l'abandon corrélatif du terrain de la responsabilité, imposent de poser d'emblée la question : qu'advient-il des honoraires supportés par une partie qui non seulement triomphe, mais obtient de surcroît la condamnation de son adversaire à lui payer des dommages et intérêts du chef d'abus (demande, défense, recours, etc.) procédural?

A la suite de l'arrêt du 2 septembre 2004 de la Cour de cassation, on avait insisté sur le fait que seules les règles de la responsabilité civile devaient permettre d'obtenir une indemnisation pour les frais et honoraires de l'avocat. La règle s'appliquait bien entendu au demandeur en réparation, lequel ne pouvait donc prétendre au remboursement des honoraires payés à son avocat qu'en cas de constat, et en guise de conséquence, de la faute (aquilienne ou contractuelle) commise par son adversaire. Cette limitation frappait durement le défendeur obtenant le débouté des prétentions (même aquilienne ou contractuelle) du demandeur : sauf le cas de l'accueil d'une demande reconventionnelle en indemnisation d'un dommage (aquilien ou contractuel) subi, il ne pouvait, quant à lui et quoique triomphant sur la demande principale, réclamer aucune somme pour obtenir remboursement de ses frais d'avocat. Ainsi, seul le défendeur qui, précisément sur la base de l'article 1382 du Code civil, établissait un abus de procédure pouvait, par le détour de la démonstration d'une faute procédurale manifeste¹⁸, réclamer une indemnité au titre de la répétibilité de ses frais de conseil¹⁹.

On se souviendra que la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, avait épinglé cette différence de traitement entre parties à la cause, mais botté en touche par le prononcé de son arrêt *lacune* du 19 avril 2006²⁰.

Le texte nouveau de l'article 1022 du Code judiciaire est aujourd'hui très clair : la partie qui, quelle que soit la prétention formulée, obtient gain de cause, ne peut réclamer aucune indemnité au-delà de l'indemnité de procédure qui lui revient aux termes de la loi et de son arrêt

mêmes circonstances en vertu de la réforme. Songeons simplement aux effets réducteurs qu'a pu induire le recours très prisé à l'évaluation *ex æquo et bono*, pis-aller contraint par les difficultés probatoires (dont celle liée à la controverse sur l'emprise du secret professionnel). Soulignons aussi que l'indemnité nouvelle sera allouée indistinctement pour chaque instance, tandis que les dommages et intérêts « ancien régime » ne l'étaient qu'*in globo* pour l'ensemble du procès. Ces considérations, jointes à d'autres, nous conduiront à décerner un brevet de dignité européenne au régime transitoire de la loi du 21 avril 2007 (voy. *infra*, n° 104).

(17) Tout en rappelant que, dans la matière des dépens, la Cour de cassation a décidé que l'article 1382 du Code civil autorisait une dérogation à l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, permettant de mettre les dépens à charge de la partie par la faute de laquelle ils ont été causés (voy. Cass., 4 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, 955 et P. MOREAU, *op. cit.*, pp. 175 et s.). Mais il s'agit d'une question relative à la charge des dépens que nous examinerons dans la suite de la présente étude (*infra*, n° 75).

(18) Cass., 31 octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 135, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK; Cass., 12 mai 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 125.

(19) Voy. sur ce point : C. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, n° 13945-2.

(20) C.A., 19 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 285, obs. B. DE CONINCK, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat : une affaire d'Etat! ».

d'exécution. Il faut donc en déduire que le défendeur confronté à une action téméraire et vexatoire, ou le demandeur déjouant une défense téméraire et vexatoire, ne pourra plus obtenir sur cette base une indemnité pour couvrir les frais et honoraires de conseil qui, prétendument, ne seraient pas couverts par l'indemnité de procédure fixée par ces dispositions. La transparence et la philosophie du système ne nous paraissent pas pouvoir autoriser une autre interprétation du texte légal.

Cela ne signifie pas pour autant que les abus de procédure ne pourront plus faire l'objet d'aucune indemnisation puisque le forfait de l'indemnité de procédure ne vise que les frais et honoraires d'avocat et aucunement les autres postes du dommage tels que les dommages moraux, administratifs ou autres²¹. L'on ne perdra pas de vue non plus l'amende civile visée par l'article 780bis du Code judiciaire²², à laquelle s'expose l'auteur de tout abus procédural en sus de l'indemnité de procédure et des dommages et intérêts réparant les préjudices (moraux, administratifs...) résiduels.

2

Le montant de l'indemnité de procédure

Le système de l'article 1022 du Code judiciaire prévoit en réalité un double filtre.

A. Premier filtre : l'arrêt royal du 26 octobre 2007

1. Indemnités de base, minimales et maximales

6. Un filtre général. — Le premier filtre est général. L'article 1022, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit qu'après avoir pris l'avis de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et de l'Orde van Vlaamse Balies, le Roi établit par arrêté délibéré en conseil des ministres, les montants de base, *minima* et *maxima* de l'indemnité de procédure, en fonction notamment de la nature de l'affaire et de l'importance du litige.

Le Roi avait donc pour mission de fixer l'indemnité de procédure de base, ainsi qu'une fourchette comprise entre un minimum et un maximum qui, sauf l'hypothèse d'un accord procédural entre parties (*infra*, n° 74), ne pourront jamais être dépassés²³.

(21) Pour un catalogue des dommages causés par les abus procéduraux, voy. L. LAMINE, B. SCHOENAERTS et C. VAES, *Het tergend en roekeloos geding*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 183 et s., ici spécialement pp. 186-187, n°s 214-216, et les réf. citées.

(22) Récemment inséré par la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire. Au sujet de cette nouvelle amende civile, cons. X. TATON, « Les irrégularités, nullités et abus de procédure », in *Le procès civil accéléré?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 232 et s.

(23) On comparera ce système avec le système français où l'article 700 du Code de procédure civile permet au juge, notamment sur la base de l'équité, d'aller jusqu'à annuler toute indemnité pour couvrir les frais et honoraires d'avocats.

(16) On se gardera bien de caricaturer, aux fins de la tenir, l'incidence de la réforme en soutenant que l'indemnité de procédure revenant désormais au gagnant serait systématiquement inférieure au montant des dommages et intérêts qu'il eût pu obtenir sous l'empire de la répétibilité prétorienne. Nous serions quant à nous tentés de soutenir qu'au contraire, les montants alloués jusqu'ici en application de la jurisprudence de la Cour de cassation n'ont rien à envier à ceux qui seront dus dans les

Le pouvoir ainsi laissé à l'exécutif était énorme, puisque l'effectivité du système allait dépendre en grande partie des montants retenus qui constituent en pratique la pierre angulaire du nouveau régime. D'ailleurs, plusieurs parlementaires avaient insisté, en vain, pour que les montants figurent dans la loi, et non pas dans l'arrêté royal, solution finalement retenue en raison de sa souplesse.

L'arrêté royal a été adopté le 26 octobre 2007²⁴.

Les chiffres retenus sont très proches de ceux qui avaient été proposés par l'O.V.B. et l'O.B.F.G. dans leur proposition conjointe d'arrêté royal de fixation du tarif des sommes récupérables visées par l'article 1022 du Code judiciaire²⁵.

2. Les chiffres retenus

L'arrêté royal distingue les affaires évaluable en argent de celles qui ne le sont pas.

2.1. Affaires évaluable en argent

7. Montants. — S'agissant des premières, les chiffres proposés sont les suivants :

	Montant de base	Montant minimal	Montant maximal
Jusqu'à 250 EUR	150 EUR	75 EUR	300 EUR
De 250,01 EUR à 750 EUR	200 EUR	125 EUR	500 EUR
De 750,01 EUR à 2.500 EUR	400 EUR	200 EUR	1.000 EUR
De 2.500,01 EUR à 5.000 EUR	650 EUR	375 EUR	1.500 EUR
De 5.000,01 EUR à 10.000 EUR	900 EUR	500 EUR	2.000 EUR
De 10.000,01 EUR à 20.000 EUR	1.100 EUR	625 EUR	2.500 EUR
De 20.000,01 EUR à 40.000 EUR	2.000 EUR	1.000 EUR	4.000 EUR
De 40.000,01 EUR à 60.000 EUR	2.500 EUR	1.000 EUR	5.000 EUR
De 60.000,01 EUR à 100.000 EUR	3.000 EUR	1.000 EUR	6.000 EUR
De 100.000,01 EUR à 250.000 EUR	5.000 EUR	1.000 EUR	10.000 EUR
De 250.000,01 EUR à 500.000 EUR	7.000 EUR	1.000 EUR	14.000 EUR
De 500.000,01 EUR à 1.000.000 EUR	10.000 EUR	1.000 EUR	20.000 EUR
Au-dessus de 1.000.000,01 EUR	15.000 EUR	1.000 EUR	30.000 EUR

Pour l'application des fourchettes ainsi dressées, le montant de la demande est, selon l'arrêté royal, calculé en application des articles 557 à 562 et 618 du Code judiciaire relatifs à la détermination de la compétence et du ressort, sauf lorsque le litige porte sur le titre d'une pension alimentaire, auquel cas le montant de la demande est calculé en fonction du montant de l'annuité ou de douze échéances mensuelles²⁶.

La transposition de ces dispositions (issues des règles régissant la compétence et le ressort) à la matière des dépens, suscitera inévitablement quelques difficultés. Mais celles-ci pourront souvent trouver remède(s) dans les solutions

constantes élaborées au départ, précisément, de ces dispositions bien rodées.

Pêle-mêle, l'on épingle ici quelques unes de ces difficultés... n'apercevant pas les autres pour l'heure

8. *Evaluations abusives.* — Quel sort réserver, par exemple, aux parties succombant à la tentative de formuler une demande quantitativement excessive pour sauter de tranche et espérer obtenir une indemnité plus élevée? Sûr de son bon droit dans le principe, le justiciable « charge la barque » de sa prétention aux seules fins, non d'obtenir la somme demandée, mais une indemnité de procédure artificiellement gonflée par celle-ci. Conçoit-on des mécanismes pour enrayer ce procédé inélégant?

Assurément et heureusement : oui. En marge d'une éventuelle compensation des dépens en cas de succombance partielle d'une demande à plusieurs chefs (*infra*, n° 79), on songe tout particulièrement à l'application analogique qui pourrait être faite de l'enseignement consacré par l'arrêt prononcé le 8 janvier 2004 par la Cour de cassation. Aux termes de l'article 620 du Code judiciaire, le ressort se détermine par le cumul du montant de la demande principale et du montant de la demande reconventionnelle dérivant du caractère téméraire et vexatoire de la demande principale. L'arithmétique, laissée à la discrétion du demandeur, n'est heureusement pas seule de mise. La loyauté procédurale vient en corriger les possibles abus. « Le cumul du montant de la demande principale et du montant de la demande reconventionnelle du chef de demande téméraire et vexatoire entraîne en règle un examen de la cause quant au fond en degré d'appel ». Mais, poursuit la Cour, « cela n'empêche toutefois pas que le juge d'appel ap-

pelé à statuer à la suite de ce cumul sur l'appel de la partie qui a introduit la demande reconventionnelle, peut apprécier si la demande reconventionnelle était exclusivement inspirée de la volonté d'éviter l'application des règles du ressort et peut ainsi déclarer l'appel irrecevable sur la base de l'intérêt illicite ainsi poursuivi »²⁷. Un même raisonnement²⁸ commande, selon nous, la dérogation à la règle de l'indexation de l'indemnité de procédure au montant postulé par le demandeur. Si le juge acquiert la conviction que la fixation excessive de ce montant n'avait d'autre fin que de pousser artificiellement celui de l'indemnité de procédure, il pourrait selon nous aller, au titre de la réparation de la sanction de cet abus de droit, jusqu'à déterminer le montant de l'indemnité de procédure à l'aune du montant effectivement alloué. Au demeurant, la doctrine enseignait déjà, à propos de l'indemnité de procédure régie par l'arrêté royal du 30 novembre 1970, que la subordination du montant de l'indemnité à celui de la somme ré-

(24) Arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1^{er} à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat, *M.B.*, 9 novembre 2007, p. 56834. La section de législation du Conseil d'Etat a rendu un avis n° 43.215/2 du 18 juin 2007 sur le projet d'arrêté royal, critique sur plusieurs points, dont le gouvernement a d'ailleurs tenu compte dans le cadre du texte définitif adopté en conseil des ministres. Sur le fond, le Conseil d'Etat a formulé une observation générale qui trouve à s'appliquer à plusieurs endroits de l'arrêté en projet. Si l'article 1022 du Code judiciaire prévoit que le tarif des indemnités doit être fixé « en fonction notamment de la nature de l'affaire et de l'importance du litige », l'avis exprime que « la section de législation du Conseil d'Etat ne dispose pas des éléments lui permettant d'apprécier si les montants figurant dans le projet, tels qu'ils peuvent notamment se comparer en fonction de chacun des types de prestation envisagés, sont en correspondance adéquate avec la nature de celles-ci et s'il est ainsi satisfait aux principes d'égalité et de non-discrimination ». La critique est donc de taille... et n'a pas, en tant que telle, été rencontrée par le texte adopté en définitive.

(25) Cette proposition a été publiée in *R.G.A.R.*, 2005, n° 14038.

(26) Article 2, alinéa 2, de l'arrêté royal.

(27) Cass., 8 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 730; *R.A.B.G.*, 2004, p. 607, note E. BREWAEYS. Adde, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence - Droit judiciaire privé - Les voies de recours (1993 à 2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 184, n° 146.

(28) Que l'on retrouve aussi au fondement de cette heureuse jurisprudence qui, dans le prolongement et au-delà de l'hypothèse très spécifique visée par l'article 592 du Code judiciaire, offre au juge saisi au premier degré (selon le cas, le juge de paix, le tribunal de première instance et le tribunal de commerce) de neutraliser les évaluations faites aux seules fins de *forum shopping* (J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence - Droit judiciaire privé (1985-1998) », *R.C.J.B.*, 1999, p. 93, n° 256 et les réf. citées; A. FRY, « Actualités en matière de compétence », in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de G. DE LEVAL), formation permanente C.U.P., vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 32, n° 29 et les réf. citées).



clamée dans l'acte introductif, valait « sous réserve d'une évaluation maintenue frauduleusement à un taux excessif »²⁹.

Variante : si le juge estime, en pareil cas, qu'il serait convenable d'allouer au demandeur une indemnité comprise entre l'indemnité minimale et l'indemnité postulée, il pourra allouer cette indemnité adéquate par application motivée du critère, pour lors bien utile, du « caractère manifestement déraisonnable de la situation » (article 1022, alinéa 3, du Code judiciaire : voy. *infra*, n°s 31 et s.). Partant, le recours par analogie à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation ne sera envisagé que dans l'hypothèse où le juge estimerait que même le montant minimal de l'indemnité serait encore excessif au vu de l'exagération commise par le demandeur.

9. Jugement avant dire droit. — Une deuxième question vient à l'esprit. Quel sort à réserver à la demande tendant, sur la base de l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire, à l'obtention d'une provision à valoir sur le montant qui est (ou sera) réclamé à titre définitif? A vrai dire, cette question ne présente d'intérêt qu'à raison du risque qu'elle recèle : celui que la décision avant dire droit prononcée de la sorte liquide et alloue une indemnité « au rabais », dont le montant serait indexé à la somme postulée à titre provisionnel. La conjuration de ce risque nous paraît aisée, principalement en droit; subsidiairement en fait. Sur le plan juridique, il se trouve en effet — on l'oublie souvent³⁰ — que l'article 1017 du Code judiciaire, en cela inchangé, ne prévoit la condamnation aux dépens qu'avec le prononcé du « jugement définitif ». Nul n'ignore que l'article 19, précité, oppose précisément le jugement avant dire droit au jugement définitif³¹. Il s'ensuit, de doctrine au demeurant constante³², qu'une décision avant dire droit — notamment celle allouant une provision³³ — ne peut statuer sur les dépens. Serait-ce le cas que cette décision pourrait être, avec succès, déferée à la censure de la juridiction de recours. Partant, quel conseil pratique donner aux juges sinon de se conformer à la loi, et d'ainsi éviter semblable censure? Quant aux avocats, il peut leur être suggéré, pour prévenir le prononcé de décisions illégales, d'inviter expressément le juge — en conclusions et en plaidoiries — à réserver les dépens ainsi que la loi l'exige.

10. Jugement mixte. — Qu'advient-il en cas de prononcé d'un jugement mixte, définitif sur un

point (c'est-à-dire vidant la juridiction du juge sur telle question litigieuse) et avant dire droit (c'est-à-dire mesure d'instruction ou allocation d'une provision) pour le reste? Le commissaire royal à la réforme du Code judiciaire propose qu'en ce cas, « le juge apprécie s'il y a lieu de réserver les dépens en tout ou partie », et ajoute que « cette appréciation du juge est souveraine »³⁴. Même si l'on ne peut textuellement en empêcher la mise en œuvre, il nous paraît que cette solution est inopportune. Il y a en effet qu'elle a été proposée à une époque où le montant de l'indemnité de procédure, certes déjà subordonné à celui de la demande, n'était pas susceptible, en revanche, de varier au gré de l'évolution du litige. Il en va tout différemment avec l'entrée en vigueur de la loi et de l'arrêté « répétabilité ».

11. Evaluation en matière répressive. — En matière répressive — nous verrons par la suite de façon plus précise dans quelle mesure le nouveau système est applicable devant les juridictions pénales (*infra*, n°s 43 et s.) — comment appliquer ces articles du Code judiciaire qui, jusqu'ores, étaient étrangères tant à l'action publique — c'est une évidence — qu'à l'action civile³⁵?

S'agissant de la partie civile, on pourra admettre sans difficulté que sa demande puisse constituer la base de calcul de l'indemnité. Ici encore, le risque existe d'une inflation artificielle et abusive des montants réclamés, au titre de dommages moraux par exemple³⁶. En ce cas, l'analogie se poursuit et, à notre estime, l'indemnité pourra être réduite par application de la théorie de l'abus de droit (*supra*, n° 8), ou simplement par référence au critère du « caractère manifestement déraisonnable » (*supra*, n° 8 et *infra*, n°s 31-32).

La partie civile s'en tiendrait-elle, comme c'est très souvent le cas, à la réclamation d'indemnités provisionnelles que le juge pénal devra, à l'instar du juge civil (*supra*, n°s 9 et 10), réserver les dépens conformément à l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, pour autant évidemment qu'il tienne les préventions pour établies.

S'agissant du prévenu, il y a matière à hésiter. L'indemnité de procédure ne se conçoit certes « que dans le cadre des relations entre le prévenu et la partie civile ». Faut-il, alors, considérer que dans le chef du prévenu « triomphant » de l'action publique mue par la partie civile, les poursuites s'analysent par nature comme formant une affaire non évaluable en argent? Faudrait-il plutôt n'avoir égard qu'au montant réclamé par la partie civile³⁷ 38? A notre estime, cette hésitation n'est que toute théorique car,

en pratique, la règle de l'unicité de l'instance et de l'indemnité de procédure, combinée avec les usages constants régissant l'allocation de celle-ci en présence d'une demande mixte (*infra*, n° 14), le juge devra, entre l'indemnité due à raison d'une affaire non évaluable et celle calculée sur le montant des prétentions chiffrées par la victime, choisir d'allouer au prévenu la plus élevée des deux³⁹.

2.2. Affaires non évaluables en argent

12. Montants. — Pour les affaires non évaluables en argent, le montant de base de l'indemnité de procédure est de 1.200 EUR, le montant minimum de 75 EUR, et le montant maximum de 10.000 EUR⁴⁰.

13. Notion. — Le concept même d'affaire non évaluable en argent n'est pas autrement défini, pas plus d'ailleurs qu'il ne l'était par l'arrêté royal du 30 novembre 1970 (aujourd'hui abrogé) ni ne l'est actuellement dans les articles 592 et 619 du Code judiciaire, régissant respectivement le partage des compétences *ratione summae* au premier degré de juridiction et le calcul du taux du ressort. Cela étant, une abondante jurisprudence a donné corps à ces dispositions. Il suffira de s'inspirer de cette fine casuistique pour déterminer empiriquement ce qui relève ou non de la catégorie des « affaires non évaluables en argent »⁴¹.

14. Demandes mixtes. — Il arrivera souvent qu'une même demande comporte plusieurs chefs, les uns évalués en argent, les autres non évaluables de la sorte. Quelle indemnité allouer en ce cas au plaideur triomphant? Il nous paraît qu'il faut ici recourir à la solution déjà

(39) P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice...*, loc. cit., p. 200; R. MANETTE, *op. cit.*, p. 150.

(40) Article 3 de l'arrêté royal. On constatera que le maximum prévu est de 10.000 EUR alors que celui prévu pour les affaires évaluables en argent peut aller jusqu'à 30.000 EUR. Le Conseil d'Etat y a perçu un risque de discrimination — que le délégué du ministre n'a pas dissipé — renvoyant à la réserve générale émise quant à l'absence d'éléments lui permettant d'apprécier si les montants retenus sont en adéquation avec les deux critères prévus par l'article 1022, alinéa 2, du Code judiciaire, à savoir la nature de l'affaire et l'importance du litige.

(41) Aient été, sous l'empire de l'arrêté royal du 30 novembre 1970, considérées comme des affaires « non évaluables en argent : la demande se bornant à solliciter la résolution d'un contrat (P. MOREAU, « La charge des dépens... », in *Le coût de la justice...*, loc. cit., p. 199, la demande en paiement d'un tiers en capital de la rente allouée sur la base de l'article 45 du 10 avril 1971 sur les accidents du travail (Cass., 18 février 1991, J.T., 1992, p. 277). Pour d'autres exemples ainsi que des contre-exemples, voy. P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice...*, loc. cit., pp. 199-200. Constituent des demandes de valeur indéterminée au sens des articles 592 et 619 du Code judiciaire (c'est-à-dire des demandes « ne portant point sur un montant ou sur un titre représentatif de sommes » (C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, « La compétence », Bruxelles, Larcier, 1981, p. 670 et les exemples cités)) : celles qui portent sur l'état et la capacité des personnes; celles qui tendent à la résolution d'une convention, en restitution ou en revendication d'un bien, etc. (voy. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, R.C.J.B., 2006, pp. 180 et s., n°s 141 et s.; A. KOHL, *L'appel en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Swinnen, 1990, n° 295; A. FETTWIS, *Précis de droit judiciaire*, t. II, « La compétence », Bruxelles, Larcier, 1971, pp. 75 et s., n°s 102 et s.). *Adde*, l'excellente étude de H. BOULARBAH, « Considérations sur le taux du ressort lorsque les bases de détermination de la valeur du litige font défaut », obs. sous Bruxelles, 3 février 2000, R.D.J.P./P.&B., 2001, p. 89.

(29) A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 593, n° 937, citant T.T. Charleroi, 8 novembre 1972, J.T., 1973, p. 114 ainsi que R. MANETTE, *op. cit.*, *Ann. dr. Liège*, 1983, p. 144.

(30) La règle est pourtant bien campée dans et depuis les travaux préparatoires du Code judiciaire : voy. en particulier Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 362.

(31) A propos de l'incidence de cette disposition sur l'allocation de l'indemnité de procédure au terme d'une instance de référé, voy. *infra*, n° 41.

(32) En ce sens, voy. notamment G. DE LEVAL, « Le référé en droit judiciaire privé », in *Les procédures d'urgence*, Act. dr., 1992, ici spécialement p. 883 et la note (129); P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 173; A. FETTWIS, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 584, n° 921; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 452, n° 336.

(33) Pour ce qui regarde le montant alloué, cette décision statue avant dire droit. Le dernier alinéa de l'article 1017 dispose expressément, mais surabondamment, que le jugement d'instruction (qui forme l'une des deux espèces des jugements avant dire droit au sens de l'article 19) « réserve », lui aussi, « les dépens ».

(34) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 363.

(35) Cass., 29 novembre 1983, *Pas.*, 1983, I, 339; R.W., 1983-1984, col. 2762, note A. VANDEPLAS; P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice...*, loc. cit., pp. 171-172. *Adde*, *infra*, n°s 43 et s.

(36) Voy. O. MICHELIS, *op. cit.*, p. 1263.

(37) Voy. O. MICHELIS, « La loi du 21 avril 2007... », *op. cit.*, J.L.M.B., 2007, ici spécialement p. 163.

(38) Et *quid* si le juge, acquittant le prévenu, rejette la prétention civile libellée en termes « provisionnels »? En ce cas, il n'y a pas lieu de surseoir. Mais alors sur quelle base calculer l'indemnité de procédure revenant au prévenu? Selon nous, il convient, dans ce cas précis, de faire application de l'article 559 du Code judiciaire, qui impose de reconstituer le montant qui, au définitif, aurait pu être demandé : voy. d'ailleurs Cass., 13 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1809.



évoquée (*supra*, n° 11 *in fine*) constante sous l'empire de l'arrêt royal du 30 novembre 1970, selon laquelle, en présence d'une demande mixte, le juge doit, entre l'indemnité due à raison d'une demande non évaluable et celle calculée sur le montant des chefs de prétentions chiffrés par le demandeur, choisir d'allouer au gagnant la plus élevée des deux⁴². Faveur à la partie triomphante, ce qui, somme toute, n'est que justice. Il ne convient pas, ici, d'envisager l'application analogique des solutions prévalant pour l'application des articles 592 et 629 du Code judiciaire. Rappelons qu'aux termes de ces solutions, c'est le régime (de compétence ou de ressort, selon le cas) de la demande indéterminée qui l'emporte⁴³. Ces solutions — parfois contestées au demeurant — procèdent de l'idée que la

mixité de la demande, et le doute corrélatif sur la détermination de sa valeur, profitent au demandeur ou à l'appelant. Ici encore, faveur est faite au justiciable. La constance de ce choix implique nécessairement, à notre sens, que s'agissant de l'indemnité de la procédure, l'on s'en tienne au critère — équitable — de l'allocation de l'indemnité la plus élevée.

2.3. Dérogations

15. Sécurité sociale. — Un régime spécifique est prévu par l'arrêt royal lorsque l'indemnité de procédure est mise à charge de l'autorité ou de l'organisme visé aux articles 579 et 1017, alinéas 2, du Code judiciaire.

Il s'agit des demandes introduites par ou contre les assurés sociaux. L'on sait du reste que ces li-

tiges font l'objet d'un régime spécifique — dérogatoire au droit commun — d'allocation des dépens. On renvoie aux études consacrées à ce régime particulier pour ce qui concerne son champ d'application matériel et son champ d'application personnel⁴⁴. Ce régime, inchangé pour le surplus, est désormais complété par un mécanisme de réduction de l'indemnité de procédure due par la partie succombante : dans les cas visés par la loi, les montants des indemnités de procédure auxquelles les parties peuvent être condamnées sont réduits, même lorsque cette autorité ou cet organisme est la partie succombante⁴⁵.

Dans ce cas, les chiffres proposés sont les suivants :

	Montant de base	Montant minimum	Montant maximum
Président du tribunal du travail			
Jusqu'à 249,99 EUR	36,46 EUR	24,46 EUR	46,46 EUR
De 250 à 619,99 EUR	36,46 EUR	24,46 EUR	46,46 EUR
De 620 à 2.500 EUR et pour les actions portant sur des demandes non évaluable en argent	36,46 EUR	26,46 EUR	46,46 EUR
Plus de 2.500 EUR	72,86 EUR	57,86 EUR	87,86 EUR
Tribunal du travail			
Jusqu'à 249,99 EUR	34,46 EUR	24,46 EUR	46,46 EUR
De 250 à 619,99 EUR	72,86 EUR	57,86 EUR	87,86 EUR
De 620 à 2.500 EUR et pour les actions portant sur des demandes non évaluable en argent	109,32 EUR	89,32 EUR	129,32 EUR
Plus de 2.500 EUR	218,64 EUR	188,64 EUR	248,64 EUR
Cour du travail			
Jusqu'à 249,99 EUR	48,61 EUR	38,61 EUR	58,61 EUR
De 250 à 619,99 EUR	97,17 EUR	82,17 EUR	112,17 EUR
De 620 à 2.500 EUR et pour les actions portant sur des demandes non évaluable en argent	145,78 EUR	120,78 EUR	160,78 EUR
Plus de 2.500 EUR	291,50 EUR	251,50 EUR	331,50 EUR

16. Acquiescement de la dette. — Si le défendeur, ou l'intimé, fait droit, après la mise au rôle

— mais avant l'audience d'introduction⁴⁶ — à la demande et s'acquiesce de ses obligations en principal, intérêts et frais⁴⁷, le montant de l'indemnité est équivalent à un quart de l'indemni-

té de base⁴⁸. Et si l'acquiescement du défendeur, et le paiement des principal, intérêts et frais, interviennent avant l'inscription de la cause au rôle, aucune indemnité de procédure n'est due⁴⁹.

(42) P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice...*, loc. cit., p. 200; R. MANETTE, *op. cit.*, p. 150.

(43) Au regard de l'article 592 du Code judiciaire, cons. J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, R.C.J.B., 1999, p. 95, n° 260, et les réf. citées. Au regard de l'article 619 du Code judiciaire, voy. Cass., 22 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, 1162; R.D.J.P./P.&B., 2001, p. 66, note H. BOULARBAH (comp. Bruxelles, 3 février 2000, R.D.J.P./P.&B., 2001, p. 89, obs. H. BOULARBAH, « Considérations sur le taux du ressort lorsque les bases de détermination de la valeur du litige font défaut », ainsi que G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, R.C.J.B., 2006, p. 181, n° 142).

(44) Cons. P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., ici spécialement pp. 182 et s.; H. DEKEYSER, « Frais et dépens - Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail pour la période 1970-1980 », *J.T.*, pp. 21 et s.; R. MANETTE, « Les indemnités de procédure et les dépens devant les juridictions du travail », *Ann. dr. Liège*, 1983, pp. 141 et s. Adde, X., « Le régime dérogatoire de la condamnation aux dépens, consacré par l'article 1017, alinéa 2 du Code judiciaire », *J.T.*, 1991, pp. 190 et s.

(45) L'article 4 du projet d'arrêt royal soumis au Conseil d'Etat avait quant à lui limité ce tarif réduit aux hypothèses dans lesquelles l'autorité ou l'organisme en cause obtenait gain de cause, ce qui ne le dispensait pas de payer l'indemnité de procédure. Cet article n'avait pas été critiqué par le Conseil d'Etat. Il a cependant été modifié de sorte que le tarif réduit s'applique à toutes les hypothèses, que l'organisme ou l'autorité obtienne gain de cause ou succombe.

(46) Cette précision n'est pas expressément libellée par le texte, pas plus qu'elle ne l'était par l'article 3, alinéa 2, de l'arrêt royal du 30 novembre 1970. Il nous paraît cependant qu'elle va de soi : G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, n° 341; P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 198; J.P. Hasselt, 1^{er} canton, 18 février 1997, *Lim. rechtsl.*, 1997, p. 179. Comp. G.-A. DAL, « Petit courrier du Code », *J.T.*, 1977, p. 51 et J.P. Seiraing, 14 décembre 1984, *J.L.M.B.*, 1985, p. 32.

(47) En ce compris l'indemnité de procédure réduite à un quart de son montant, elle-même : P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 198, note (132).

17. Procédure sommaire d'injonction de payer. — S'agissant des demandes introduites sur pied de l'article 1340 du Code judiciaire (procédure sommaire d'injonction de payer), les indemnités minimales prévues à l'article 2 de l'arrêt

(48) Article 1^{er}, alinéa 5, de l'arrêt royal. Voy. déjà la solution équipollente qui prévalait en vertu sous l'empire de l'arrêt royal du 30 novembre 1970 : P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 198.

(49) Au sujet de cette hypothèse, déjà prévue par l'arrêt royal du 30 novembre 1970, cons. P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 198; G.-A. DAL, « Petit courrier du Code », *J.T.*, 1977, p. 51. On notera cependant que, sous l'empire de l'article 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêt royal, le défendeur devait malgré tout s'acquiescer, en ce cas, des frais inhérents aux « actes matériels » limitativement énumérés par l'article 6 dudit arrêt.



royal sont applicables pour la phase de la procédure mentionnée aux articles 1340 à 1343, § 2, inclus du Code judiciaire⁵⁰.

18. Procédure par défaut. — A noter enfin que lorsque l'instance se clôture par une décision rendue par défaut et qu'aucune partie succombante n'a jamais comparu, le montant de l'indemnité de procédure est également celui de l'indemnité minimale⁵¹. Apparemment anodine, cette disposition nous paraît revêtir une importante incidence sur la controverse qui, depuis des décennies, divise doctrine et jurisprudence sur l'étendue des pouvoirs du juge statuant par défaut. Ne voit-on pas, en effet, qu'avec l'entrée en vigueur de cette disposition, le défendeur qui se sait perdu a décidé tout intérêt à s'abstenir de comparaître? Dans ce contexte de véritable incitation au défaut, peut-on encore raisonnablement fonder l'extension exorbitante desdits pouvoirs sur une présomption bienveillante d'absence accidentelle du défendeur?⁵².

2.4. Indexation, indemnités complémentaires et appel

a) Indexation.

19. Principe. — Toutes les indemnités seront liées à l'indice des prix à la consommation⁵³. Le montant à prendre en considération est celui qui prévaut au jour de la clôture des débats donnant lieu au prononcé de la décision — quelle qu'elle soit — qui porte liquidation des dépens. Mais, en vertu de l'interdiction qui lui est assignée de statuer *ultra petita*, le juge ne peut, par application de cette règle constante, condamner la partie succombante au paiement de l'indemnité indexée alors que l'indexation ne lui aurait pas été demandée dans l'état liquidatif de la partie triomphante⁵⁴.

(50) Article 5 de l'arrêté royal.

(51) Article 6 de l'arrêté royal.

(52) On rappelle qu'en vertu d'une jurisprudence classique (Cass, 30 avril 1936, *Pas.*, 1936, I, 228, concl. proc. gén. P. LECLERCQ, à rapprocher, en matière de compétence, de Cass., 13 juin 1985, *Ann. dr. Liège*, 1986, p. 121, note A. FETTWEIS.), le juge est obligé de relever d'office, en lieu et place du défendeur défaillant, toute défense, même d'ordre privé, susceptible de contrarier la demande. *Contra*, A. SMETS, « Verstek en tegenspraak in de Wet van 3 augustus 1992 », in *Dix ans d'application de la loi du 3 août 1992 et ses réformes*, sous la dir. de P. Taelman et M. Storme, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 57 et s.; P. VAN ORSHOVEN et B. LAMBRECHT, « Het recht van verdediging bij de inleiding van de zaak », in *Les perversions du droit de la défense*, sous la dir. de B. Maes et M. Storme, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2000, spécialement pp. 9-13, n°s 11-17; H. BOULARBAH, « Le défaut et l'opposition devant les juridictions du travail », *JTT*, 1999, pp. 23-24; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Absens indefensus est », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, sous la dir. de J. Linsmeau et M. Storme, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1999, pp. 176 et s. En dépit des critiques dont elle faisait l'objet, cette définition « maximaliste » des pouvoirs du juge statuant par défaut a été confirmée par la Cour constitutionnelle (C.A., arrêt n° 206/2004, du 21 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 309, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK. *Adde*, C.A., arrêt n° 38/2006, du 1^{er} mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 269, note critique H. BOULARBAH). Sur la contrariété entre cette jurisprudence classique et le droit judiciaire européen, cons. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. BRIJS, *Un titre exécutoire européen*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 61 et s., et les réf. citées.

(53) Article 8 de l'arrêté royal.

(54) P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 197, citant notamment E. CHEVALIER et P. HENRY, « Inédits du droit judiciaire, II. L'instance », *J.L.M.B.*, 1987, p. 985 et Civ. Tournai, 5 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1119. *Adde*

b) Indemnités complémentaires.

20. Abrogation des indemnités complémentaires. — L'arrêté royal du 30 novembre 1970 fixant pour l'exécution de l'article 1022 du Code judiciaire le tarif des dépens recouvrables est, on l'a dit, abrogé⁵⁵. Avec lui disparaît aussi la possibilité d'obtenir une indemnité de procédure complémentaire couvrant l'exécution d'une mesure d'instruction, l'opposition à un jugement par défaut, le renvoi de la cause au tribunal d'arrondissement, l'interprétation ou la rectification d'une décision, la tentative de conciliation, ainsi que les actes matériels déjà évoqués (*supra*, n° 3). La nouvelle réglementation n'est, pour autant, affectée d'aucune lacune : ces incidents ou actes supplémentaires enrichissant le procès entreront pleinement en ligne de compte dans l'évaluation de l'indemnité de procédure, par le biais du critère déduit de « la complexité de l'affaire » (voy. *infra*, n° 30).

c) Une indemnité par instance.

22. Principe d'unicité. — Le nouveau dispositif ne comporte aucune disposition particulière sur l'appel. L'article 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 octobre 2007 prévoit que les montants sont fixés par instance. Il faut donc en conclure que la détermination du montant de l'indemnité se fera selon les mêmes critères en première instance et en degré d'appel. Voilà qui contraste avec le système de l'arrêté royal du 30 novembre 2007 (article 2) dont il résultait que le montant de l'indemnité de procédure, allouée pour chaque instance, variait selon nature de la juridiction, du juge de paix à la cour d'appel.

A présent, seul le principe de l'unicité (une indemnité de procédure par instance⁵⁶) demeure. Par contre, sauf pour ce qui concerne les juridictions sociales (*supra*, n° 15), la règle de l'adaptation du montant de l'indemnité en fonction de la nature de la juridiction est abandonnée. En d'autres termes, l'indemnité de procédure sera allouée à l'issue de chaque instance au vainqueur de l'étape, et sera calculée de la même manière selon qu'il s'agit d'une procédure de premier ressort, d'une procédure d'appel ou d'une instance de cassation.

22bis. Demande reconventionnelle. — Aux termes d'une petite phrase de son magnifique *Manuel de procédure civile*, le professeur Fettweis déduisait du principe de l'unicité de l'indemnité de procédure par instance, et de la non-prise en compte des « incidents qui se produisent dans le cours d'une même instance », que « l'introduction d'une demande reconventionnelle ne justifie pas d'indemnité » de procédure⁵⁷. Qu'en est-il du maintien de cet éminent enseignement, à présent que la question (et la réponse!) trouvent un intérêt plus substantiel? Les commentaires déjà publiés de la loi et de son arrêté royal d'exécution ne soufflent mot de cette question, à l'exception peut-être de celui de I. Samoy et V. Sagaert. Ces

auteurs paraissent implicitement admettre l'allocation d'une indemnité distincte à la charge de la partie succombant sur la demande reconventionnelle, en sus et indépendamment de l'indemnité due à la partie (la même, le cas échéant) triomphant dans le cadre de la demande principale. Mme Samoy et M. Sagaert envisagent en effet la possibilité d'une compensation, sur pied de l'article 1017, alinéa 3, du Code judiciaire (*infra*, n° 79) entre les montants de ces deux indemnités⁵⁸. Cette thèse, implicite, n'est, il est vrai, pas formellement contredite par les nouveaux textes. On évitera du reste de tirer des conséquences hâtives de l'article 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 octobre 2007. Certes, cette disposition ne renvoie pas à l'article 620 du Code judiciaire qui, comme on le sait, prévoit le cumul des montants des demandes principale et reconventionnelle lorsque la seconde dérive de la première. Mais cet article 2, « amputé » de la sorte, ne concerne que le calcul du montant de la demande (toute demande) aux fins d'évaluation de l'indemnité de procédure y afférente. Cette disposition doit se lire comme prohibant la prise en compte (l'addition) du montant de la demande reconventionnelle dans l'évaluation de l'indemnité de procédure due en raison de la succombance sur la demande principale. Mais il ne peut se déduire de cette disposition, qui se borne à énoncer une règle de computation, la privation du droit à l'indemnité de procédure dans le chef du défendeur triomphant de sa demande reconventionnelle.

Même si elle n'est pas formellement condamnée par les textes, nous ne partageons pas la thèse de l'allocation d'une indemnité propre à la demande reconventionnelle, et nous en tenons donc à l'enseignement du professeur Fettweis. Le principe « une indemnité par instance » paraît se maintenir, sinon dans le texte (article 2, alinéa 2, de l'arrêté royal : « Les montants sont fixés par instance »), à tout le moins dans son esprit. Le forfait offert par l'indemnité de procédure couvre l'ensemble des prestations consacrées au lien d'instance, unique, noué entre le demandeur et le défendeur⁵⁹. Que ce dernier introduise une demande reconventionnelle n'entraîne pas le dédoublement du lien d'instance, pas plus d'ailleurs que le dédoublement des prestations de l'avocat. L'on ne peut sérieusement soutenir que le débat suscité par la demande reconventionnelle entraîne le dédoublement des efforts, des actes, des recherches, des démarches — ni donc des coûts — déjà consacrés à la demande principale. Ce raisonnement nous amène du reste à considérer que la différence de traitement ainsi suggérée entre demande principale et demande reconventionnelle n'est pas discriminatoire. Cette différence repose sur des considérations objectives et raisonnables. On s'en convaincra plus fermement encore à la lecture de l'arrêt prononcé le 10 mai 2007 par la Cour constitutionnelle⁶⁰. On se souviendra en effet

A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 595, n° 944, note 2.

(55) Article 9 de l'arrêté royal.

(56) Sur ce principe, voy. I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007... », *op. cit.*, *R.W.*, 2007-2008, p. 685, n° 36; P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, loc. cit., p. 194; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 592.

(57) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, 2^e éd., 1987, p. 591, n° 934. Rapp. P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, loc. cit., p. 194.

(58) I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007... », *op. cit.*, *R.W.*, 2007-2008, p. 685, n° 39.

(59) Cette solution ne varie pas, selon nous, si le juge ordonne la disjonction des demandes principale et incidente sur la base de l'article 810 du Code judiciaire. Cette mesure est prise aux seules fins de ne pas retarder le jugement de la demande principale. Elle ne dédouble ni l'instance ni les prestations des parties.

(60) Cour const., 10 mai 2007, arrêt n° 77/2007, *J.T.*, 2007, p. 744, obs. G. CLOSSET-MARCHAL, « L'article 807 du Code judiciaire est-il discriminatoire? »



que cet arrêt n'aperçoit pas la discrimination dont le demandeur principal serait la victime du chef des conditions de recevabilité plus laxistes dont bénéficie la demande reconventionnelle. N'est-ce pas un juste retour des choses que cette dernière ne donne pas lieu à l'allocation d'une indemnité de procédure distincte?⁶¹ Le défendeur rusé, souhaitant « faire le plein » d'indemnités songera peut-être, alors, à introduire sa prétention reconventionnelle par voie principale. La parade, contraire à toute idée d'économie de la procédure⁶², ne sera que maigre et temporaire salut car son adversaire aura tôt fait, en ce cas, de soulever l'exception de connexité aux fins de jonction et d'unification des instances (articles 566 *juncto*, 856, alinéa 2, C. jud.). En ce cas, l'on en reviendra au principe de l'unicité de l'indemnité (*infra*, n° 22quater).

22ter. Demandes en intervention. — Ici, il n'y a pas matière à discussion selon nous. L'intervention « agressive » crée un lien d'instance unique entre l'« agresseur » et l'« agressé ». Il est donc parfaitement normal que celui des deux qui succombe sur cette demande incidente (distincte de la demande principale) verse à l'autre l'indemnité de procédure instituée par les textes nouveaux. Cette indemnité sera calculée distinctement, en fonction de son objet propre. Le cas des demandes en interventions conservatoires est différent; nous y reviendrons (*infra*, n° 51).

22quater. Litispendance et connexité. — Pour les mêmes raisons que celles nous ayant conduits à rejeter la possibilité d'une indemnité distincte pour la demande reconventionnelle (*supra*, n° 22bis), nous souscrivons pleinement à l'opinion défendue par Pierre Moreau : « la jonction de deux causes distinctes a, par ailleurs, pour effet qu'il n'y a qu'une seule et même instance »⁶³, et partant une seule et même indemnité de procédure.

23. Révocabilité en cas de recours gagnant. — Pas plus aujourd'hui qu'hier, le principe de l'unicité n'induit l'idée de l'irrévocabilité.

Une indemnité de procédure — pleine et distincte — est, certes, allouée à l'issue de chaque instance, mais le maintien de son bénéfice dépendra toujours de l'issue de l'éventuelle instance de recours. Plusieurs scénarios sont concevables. Le plaideur qui triomphe en première instance et en appel aura perçu deux indemnités de procédure : la décision du juge d'appel

lui confirme le bénéfice de l'indemnité allouée par le premier juge et lui en accorde une seconde (souvent la même) du fait de sa victoire en appel. Celui qui obtient la réformation de la décision lui donnant tort percevra lui aussi les deux mêmes indemnités de procédure : l'une du chef de sa victoire en appel, l'autre grâce à la réformation de la décision du premier juge dont il est établi *a posteriori* qu'il aurait dû lui donner gain de cause. Cette réformation anéantira en outre la condamnation initiale de cette même partie au paiement de l'indemnité de procédure de première instance à son adversaire. Cette précision conduit naturellement à l'exposé du troisième et dernier scénario : la partie qui obtient gain de cause en première instance puis perd en appel perdra le bénéfice de l'indemnité de procédure que le premier juge lui a accordée, tandis que le juge d'appel le condamnera au paiement de deux indemnités de procédure au profit de son adversaire.

Ces possibilités de revirement trouveront leur traduction concrète dans le mécanisme de compensation des dépens (*infra*, n° 79) que le juge d'appel veillera à appliquer.

Ces mêmes hypothèses nous conduisent à la formulation d'une autre précision : à l'avenir, les plaideurs veilleront, de manière forcément plus attentive qu'auparavant, à formaliser expressément leur appel, non seulement contre la décision définitive contraire à leurs vues, mais également contre l'allocation de l'indemnité de procédure qui en est le corollaire. Qu'advient-il si l'acte d'appel ne vise pas expressément cette dernière condamnation dans les dispositifs attaqués par l'appelant? A notre estime, le caractère accessoire de l'indemnité de procédure est à ce point prégnant que l'on pourra considérer, sans audace excessive ni atteinte à la règle de l'effet relatif de l'appel, que ce dispositif est, implicitement mais certainement, entrepris à l'instar de celui qui statue sur la demande elle-même.

B. Deuxième filtre : le pouvoir d'appréciation du juge à la demande des parties

1. Principe

24. Un filtre particulier. — Le deuxième filtre s'inscrit dans le cas d'espèce soumis au juge.

Ce dernier dispose en effet d'un pouvoir d'appréciation que le texte, article 1022, alinéa 3, encadre de la façon suivante :

« A la demande de l'une des parties, et sur décision spécialement motivée, le juge peut soit réduire l'indemnité soit l'augmenter, sans pour autant dépasser les montants maxima et minima prévus par le Roi. Dans son appréciation, le juge tient compte :

- » — de la capacité financière de la partie succombante, pour diminuer le montant de l'indemnité;
- » — de la complexité de l'affaire;
- » — des indemnités contractuelles convenues pour la partie qui obtient gain de cause;
- » — du caractère manifestement déraisonnable de la situation ».

25. Principe dispositif. — Constatons-le d'emblée, ce pouvoir d'appréciation n'est susceptible de jouer que si une des parties au moins en

fait la demande. Le juge ne peut donc exercer ce pouvoir d'office⁶⁴, même — selon nous — s'il statue par défaut (*supra*, n° 18). Le ferait-il qu'il violerait le principe dispositif et l'article 1138, 2°, du Code judiciaire.

Les avocats devront dès lors rester très attentifs et ne pas oublier d'aborder ce point dans leurs conclusions. Ils devront veiller à demander de liquider les dépens en fonction des instructions de leurs clients, envers lesquels ils assument désormais un devoir d'information et de conseil nouveau. Il y aura là une source de responsabilité professionnelle éventuelle qu'il ne faudra pas négliger.

Quant au juge, si la demande lui en est faite, il ne devra pas seulement liquider les dépens⁶⁵; il devra aussi motiver sa décision d'augmenter ou de réduire le montant de base de l'indemnité de procédure. Il s'agit là d'un chef de demande sur lequel il doit statuer (article 1138, 3°, C. jud.), sous-tendu par des conclusions auxquelles il doit répondre (article 149, Const. *juncto*, article 780, C. jud.).

26. Critères d'évaluation limitatifs. — Sa décision sera guidée par les quatre critères repris dans le texte légal. Ces critères sont limitatifs. Le juge ne pourrait motiver sa décision par référence à d'autres considérations que celles-là. Cela étant, il peut, à l'invitation des parties, combiner ces critères, ou certains d'entre eux. Il va enfin de soi que ces quatre critères n'auront pas à être allégués, et appliqués, cumulativement.

Ces quatre balises d'appréciation sont inspirées de l'avis du Conseil supérieur de la justice qui, s'il avait effectivement instauré le débat sur les avantages et inconvénients du pouvoir d'appréciation du juge en fonction de certains critères, avait opté pour « un régime de forfaits, qui ne peut être ajusté que dans des circonstances exceptionnelles »⁶⁶. Ces quatre critères résultent d'un amendement du gouvernement⁶⁷ et n'ont pas fait l'objet de beaucoup de discussions parlementaires...

2. Les critères retenus

2.1. La capacité financière de la partie succombante, pour diminuer le montant de l'indemnité

27. Diminution de l'indemnité. — Ce critère n'est prévu que pour une diminution éventuelle du montant de l'indemnité de base. Il ne peut

(61) Par contre, mais c'est tout autre chose, l'on peut imaginer que les débats suscités par la demande reconventionnelle justifient une majoration du montant de base de l'indemnité revenant au gagnant, par application du critère de modulation tiré de la complexité de l'affaire (*infra*, n° 29).

(62) Et risqué! Imaginons un instant que ce justiciable soit condamné des deux côtés...

(63) P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 194 citant dans le même sens C.T. Mons, 8 mai 1996, R.G.D.C., 1997, p. 79. *Contra*, C.T. Bruxelles, 9 janvier 1973, R.G.A.R., 1973, 908, obs. ainsi que I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007... », *op. cit.*, R.W., 2007-2008, p. 685, n° 36. Ces auteurs (citant Cass. fr., 24 juin 2004, D., 2004, 2346) investissent, en ce cas, le juge du pouvoir discrétionnaire d'allouer une ou deux indemnités de procédure, selon que les deux causes jointes sont, ou non, indépendantes. A notre humble avis, des causes connexes — et *a fortiori* litispendantes — ne sont jamais, par nature, indépendantes l'une de l'autre. Le seraient-elles qu'il n'y aurait d'ailleurs aucune raison de les joindre (articles 29 et 30, C. jud.).

(64) I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007... », *op. cit.*, R.W., 2007-2008, p. 686, n° 41. On se gardera de confondre ce pouvoir de modulation de l'indemnité que le juge ne peut exercer que sur demande, avec le devoir qui lui est assigné par l'article 1017 du Code judiciaire de prononcer « d'office » — c'est-à-dire, le cas échéant, sans demande — la condamnation aux dépens. Voy. à ce sujet, *infra*, n° 77.

(65) Alors qu'en principe, la condamnation aux dépens, qui n'est qu'une conséquence de la condamnation au fond, ne doit pas être spécialement motivée, sauf si les parties concluent sur ce point (voy. P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, *loc. cit.*, p. 174).

(66) « Avis sur les propositions de loi concernant la répétibilité : remboursement des frais et honoraires des avocats, approuvé par l'assemblée générale le 25 janvier 2006 », Conseil supérieur de la justice, p. 17.

(67) Voy. proposition de loi relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocats, amendements, Sénat, Doc. parl., session 2006-2007, 3-1686/4, p. 3, amendement n° 10 du gouvernement.



servir pour l'augmenter au prétexte de l'indigence de la partie triomphante ou de l'aisance de la partie succombante. Le texte légal ne souffre aucune équivoque.

Il reste que la mise en œuvre de ce critère suscitera inmanquablement certaines difficultés. Mais ce n'est point raison suffisante pour le condamner, ou le taxer d'inconstitutionnalité.

Le Conseil supérieur de la justice avait déjà pointé du doigt deux écueils.

D'abord, la partie qui se sait perdue n'aura-t-elle pas tendance à se présenter moins nantie qu'elle l'est réellement afin que le magistrat alloue à son adversaire triomphant, à sa demande, un montant moins élevé^{68 69}?

Ensuite, à l'inverse, les parties succombantes ayant souscrit une assurance protection juridique couvrant — encore (*infra*, n° 84) — la prise en charge des dépens, ne seront-elles pas considérées comme ayant par définition une capacité financière excluant l'exercice du pouvoir d'appréciation à la baisse⁷⁰?

Par ailleurs, on peut aussi imaginer les problèmes probatoires qui pourront se faire jour relativement à l'établissement des revenus des parties, avec le risque de voir naître ce tant redouté « procès dans le procès ». On imagine notamment le détour par la procédure de production forcée de documents (articles 871 et 877, C. jud.).

Une chose est certaine, ici encore : gare aux avocats qui négligeront d'inviter leurs clients à faire état de leur capacité financière objectivement obérée...

28. Aide juridique de deuxième ligne. — On rappellera, enfin, qu'aux termes de l'article 1022, alinéa 4, la partie succombante bénéficiant de l'aide juridique de deuxième ligne ne pourra être condamnée qu'à l'indemnité minimale, sauf en cas de situation manifestement déraisonnable (*infra*, n°s 31-32), auquel cas le juge doit motiver spécialement sa décision.

2.2. La complexité de l'affaire

29. A la hausse et à la baisse. — La loi ne précise pas dans quel sens peut jouer ce critère. Il devrait, selon nous, pouvoir jouer aussi bien à la hausse, qu'à la baisse. Tous les avocats savent qu'il est bien plus difficile de récupérer une facture d'un montant modeste contestée pour des raisons qui ne sont pas dénuées de fondement qu'une facture portant sur plusieurs milliers d'euros non contestée, entre commerçants...

A contrario, nul n'ignore non plus qu'il sera parfois périlleux d'obtenir un système de garde alternée dans certaines situations, alors que la garde exclusive s'imposera naturellement dans un dossier caractérisé par les manquements graves d'un parent.

Le critère de la complexité de l'affaire apparaît ainsi très pertinent et très opportun. Il permettra

en outre de tenir compte de tous les méandres de l'instance qui, jadis (sous l'empire de l'arrêt royal du 30 novembre 1970), faisaient l'objet d'une indemnité de procédure complémentaire (*supra*, n° 20), de même — par exemple — qu'une demande reconventionnelle chronophage (comp. *supra*, n° 22bis) un détour préjudiciel par la Cour constitutionnelle (*infra*, n° 37), la Cour de justice des Communautés européennes⁷¹ ou encore la Cour Benelux.

2.3. Les indemnités contractuelles convenues pour la partie qui obtient gain de cause

30. Le principe et sa cohérence. — Ce critère vise à permettre au juge de réduire le montant de l'indemnité lorsque la partie qui obtient gain de cause bénéficie déjà d'une clause conventionnelle lui valant une indemnité pour le non-respect, par la partie succombante, de ses obligations.

On songe évidemment, et principalement, à la clause pénale qui peut prévoir une indemnité forfaitaire et des intérêts de retard plus élevés que les intérêts au taux légal.

Sur le plan de la logique juridique, ce critère manque à vrai dire de toute cohérence.

En effet, une clause pénale ne peut jamais avoir pour effet de couvrir les frais et honoraires d'avocat de la partie gagnante puisque l'article 1023 du Code judiciaire dispose très clairement que « toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de sa réclamation en justice est réputée non écrite ». Cet article est interprété comme interdisant l'indemnisation des frais d'avocat au moyen d'une clause conventionnelle préétablie⁷².

Pour conserver quelque sens (et encore...), la nouvelle loi ne pourra donc être interprétée que comme imposant au juge de tenir compte de l'existence et du montant (jugé admissible) de la clause pénale couvrant d'autres dommages que les frais et honoraires d'avocat aux fins de réduire, le cas échéant, le montant de base de l'indemnité de procédure censée, quant à elle, ne couvrir que ceux-ci. Le magistrat devra donc se livrer au curieux exercice de comparer des pommes et des poires... et de réduire les secondes au regard de la taille des premières. L'entreprise pourra d'ailleurs tourner au cercle vicieux car ne pourra-t-il être tenté, en amont, de réduire la clause pénale et le taux des intérêts de retard par application des articles 1153 et 1231 du Code civil au regard du montant de l'indemnité de procédure qu'il sera amené, en aval, à allouer au créancier?

2.4. Le caractère manifestement déraisonnable de la situation

31. Contenu. — Voilà probablement le critère le plus difficile à sonder.

Le recours à la notion d'équité a clairement été écarté dans le cadre des travaux préparatoires⁷³. Ce n'est donc pas de cette notion qu'il s'agirait, mais d'une notion moins large.

Le refoulement de l'équité nous paraît bien théorique tant le terme « déraisonnable » peut recevoir de multiples acceptions : absurde, insensé, excessif, irrationnel, dépourvu de sagesse, illégitime, voire injuste...

On retiendra de l'usage du terme « manifestement » qu'il ne tolère, quant à lui, qu'une appréciation marginale.

Dans les travaux préparatoires à la Chambre, il est indiqué que, grâce au pouvoir d'appréciation prévu par la loi, « le juge sera en mesure de pouvoir moduler les effets de la répétibilité si elle peut mener à des situations manifestement inéquitables pour les personnes qui se trouvent dans des situations financières difficiles⁷⁴ ».

C'est de l'accès à la justice qu'il s'agit, préoccupation essentielle qui a émaillé la genèse de la loi de bout en bout. N'en déplaise aux adeptes de l'exégèse de la loi, voilà donc bien que l'équité, jetée par la porte, revient par la fenêtre...

32. Utilité du critère. — Ceci étant, quelle portée spécifique et utile ce dernier critère peut-il encore revêtir, sachant à première vue que le critère de la capacité financière de la partie succombante (*supra*, n° 27) servira déjà à prévenir, comme *quod plerumque fit*, la plupart des situations manifestement déraisonnables?

Prima facie, notre critère est donc « manifestement » difficile à cerner.

Faut-il, pour autant, considérer, comme certains⁷⁵, que ce dernier critère n'apporte rien de plus que les autres?

Nous considérons, au contraire, qu'il y a là l'ultime rempart contre la démesure permettant au juge de limiter le montant de l'indemnité au-delà des trois critères précédents.

Ainsi, pourrait-il trouver à s'appliquer en cas de disproportion évidente entre les états de fortune de la partie succombante et de celle qui obtient gain de cause (comp. *supra*, n° 27).

Imaginons aussi la situation de celui qui perd parce que l'action est prescrite, ou que l'acte introductif est nul alors que sa demande paraissait, quant au fond, des plus légitimes.

Rappelons encore (*supra*, n°s 8 et 11) que ce critère servira utilement, dans certains cas, à réduire le montant de l'indemnité de procédure due à la partie qui aurait artificiellement gonflé le montant de sa prétention.

Pour le surplus, ce critère sera par définition tributaire d'une casuistique qui s'étoffera dans la pratique.

(68) « Avis sur les propositions de loi concernant la répétibilité... », *op. cit.*, Conseil supérieur de la justice, pp. 16 et 17.

(69) N'exagérons pas la portée de ce risque : la partie qui, avec trop d'insistance, invite à la clémence financière du magistrat suggère ce faisant qu'il s'attend à ce que ce dernier lui donne tort.

(70) « Avis sur les propositions de loi concernant la répétibilité... », *op. cit.*, Conseil supérieur de la justice, pp. 16 et 17.

(71) En ce sens, voy. A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 588, n° 930 et les réf. citées.

(72) Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1995, « en vertu de l'article 1023 du Code judiciaire, toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de sa réclamation en justice est réputée non écrite; cette disposition légale fait obstacle à ce que les parties conviennent que le montant de la créance soit augmenté des honoraires dus à l'avocat qui a poursuivi la procédure en recouvrement du montant dû (Cass., 1^{re} ch., 7 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, 403).

(73) Voy. sur ce point : H. LAMON, *op. cit.*, *N.j.W.*, 2007, p. 440, n° 19.

(74) Voy. rapport fait au nom de la commission de la justice par M. W. Muls, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 51/2891/002, p. 5.

(75) Voy. H. LAMON, *op. cit.*, p. 440.



3

Le droit à l'indemnité

A. Une indemnité de procédure :
devant qui?

Il est essentiel de pouvoir déterminer devant quelles juridictions, et le cas échéant dans quels contentieux, l'indemnité de procédure prévue à l'article 1022 du Code judiciaire peut être réclamée.

1. L'indemnité de procédure :
élément du droit commun
des procédures

33. Article 2 du Code judiciaire. — Rappelons qu'en vertu de l'article 2 du Code judiciaire, les règles énoncées par celui-ci « s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit Code ».

Sauf texte particulier ou incompatibilité de principes, le nouveau régime des indemnités de procédure, déposé dans le Code judiciaire, devrait donc, en règle, s'appliquer devant toute juridiction, et dans tous les contentieux^{76 77}.

On comprend aisément qu'à une époque où les indemnités de procédure étaient insignifiantes, et n'englobaient pas (ou si peu) les prestations de l'avocat, la question de la transposition de leur régime à des juridictions étrangères à l'ordre judiciaire, par le truchement de l'article 2 du Code judiciaire, ne suscitait guère le débat⁷⁸.

A présent que la question présente un intérêt plus tangible, il est probable qu'elle se posera avec une plus grande acuité. Il paraît donc nécessaire d'évoquer prudemment quelques pistes « exotiques », de même que d'épingler, au sein même de l'ordre judiciaire, certaines situations particulières.

2. Conseil d'Etat

34. Applicabilité? — Posons la question sans ambages : le régime nouveau s'applique-t-il devant le Conseil d'Etat (et d'autres juridictions administratives)?

La question a été effleurée en cours de travaux préparatoires. Interrogés sur ce point par la commission de la justice du Sénat, l'O.B.F.G. et l'O.V.B. se sont clairement prononcés en faveur de l'instauration d'une indemnité de procédure

allouée par le Conseil d'Etat en compensation des frais et honoraires de l'avocat de la partie triomphante d'un recours en annulation ou en suspension. Mais ces Ordres précisaient aussitôt que cette innovation ne pouvait provenir que « d'autres lois » dont l'élaboration ne pouvait ralentir le processus législatif en cours, sous-entendant par là que celui-ci (l'article 1022 en projet) n'est pas applicable devant le Conseil d'Etat⁷⁹.

Relayant les avis de la section de législation du Conseil d'Etat⁸⁰, le Conseil supérieur de la justice souligne, quant à lui, qu'il y aurait même discrimination à voir les parties devant le Conseil d'Etat privées de l'indemnité de procédure compensatoire des frais et honoraires d'avocat, mais, à l'instar des barreaux, estime que cette différence de traitement est le fait même du système (alors en projet) établi par le Code judiciaire qui, comme tel, ne s'appliquerait donc pas devant la haute juridiction administrative⁸¹.

35. Nécessité d'une intervention législative? — A notre humble avis, il n'est pas si évident qu'il faille, de *lege ferenda*, voter d'« autres lois » pour obtenir du Conseil d'Etat l'allocation d'indemnités de procédure équipollentes à celle de l'article 1022 du Code judiciaire, et d'ainsi gommer la discrimination unanimement dénoncée. L'article 2, précité, du Code judiciaire inviterait plutôt à considérer que cette disposition nouvelle serait, comme telle, applicable devant la haute juridiction administrative^{82 83}, à moins que cette transposition soit tenue en échec par des « dispositions légales » ou par des « principes de droit jugés incompatibles ». En termes de dispositions légales en sens contraire, il n'y en a pas, les dépens régis par les articles 66 et suivants de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat ne comprenant pas, par hypothèse, d'indemnité destinée à couvrir les prestations de l'avocat de la partie triomphante. La jurisprudence à venir dira s'il existe, par contre, des principes de droit propres au contentieux administratif empêchant que les nouvelles dispositions du Code judiciaire lui soient, comme telles, applicables⁸⁴. En cas de découverte de sembla-

bles principes, cette même jurisprudence dira s'il y a, ou non, discrimination appelant au vote « d'autres lois ».

3. Cour constitutionnelle

36. Applicabilité? — A une nuance près, la question se pose exactement dans les mêmes termes : conçoit-on l'allocation de l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire par la Cour constitutionnelle?

37. Questions préjudicielles. — La nuance tient aux spécificités du contentieux préjudiciel confié à la Cour constitutionnelle. Au moment où celle-ci répond à la question préjudicielle, il n'y a, à proprement parler, ni succombant ni gagnant. Il n'y a donc pas lieu, devant et par la Cour, à l'allocation d'une indemnité de procédure⁸⁵. En revanche, le juge *a quo* pourra selon nous, sur demande, majorer l'indemnité due à la partie triomphante en raison des honoraires que celle-ci aurait payés à l'avocat qui, en son nom et pour son compte, aurait suivi l'affaire (rédaction de mémoires et comparution) devant la Cour constitutionnelle. Il s'agit ici ni plus ni moins que d'appliquer le critère de modulation déduit de la « complexité de l'affaire » (*supra*, n° 29).

38. Recours en annulation et en suspension. — Pour le surplus, c'est-à-dire pour le contentieux de l'annulation et la suspension, les questions demeurent ouvertes et suscitent un débat identique à celui que l'on a esquissé au regard du Conseil d'Etat : est-il besoin d'« autres lois » pour habiliter la Cour constitutionnelle à condamner la partie succombante au paiement d'une indemnité de procédure équipollente à celle du Code judiciaire, ou l'article 2 de celui-ci l'y oblige-t-elle déjà, de *lege lata*^{86 87}? Aperçoit-on des « principes incompatibles » justifiant, sans créer de discrimination, l'exclusion d'un tel système? Qui plaidera verra...

4. Cour de cassation

39. Applicabilité certaine - Article 1111 du Code judiciaire. — Il ne fait selon nous aucun doute que les dispositions légales et réglementaires nouvelles trouveront à s'appliquer devant la Cour de cassation. L'article 2 du Code judiciaire (*supra*, n° 33) l'exige. Au demeurant, aucune équivoque ne plane à cet égard dans les travaux préparatoires de la loi du 21 avril 2007.

Et l'article 1111 du Code judiciaire n'empêche nullement l'application, devant et par la Cour, du nouveau régime⁸⁸. Tout au plus cette dernière

due devant la Haute juridiction administrative. Nul « principe incompatible » ne paraît ici faire obstacle à la prétention...

(85) Voy. en ce sens les réponses précitées de l'O.B.F.G. et de l'O.V.B. aux questions de la commission de la justice du Sénat, *in* rapport fait au nom de la commission de la justice par M. M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 3/1686/5, p. 26.

(86) Sur l'applicabilité de principe de l'article 2 du Code judiciaire — et donc dudit Code dans son ensemble — par et devant la Cour constitutionnelle, voy. du reste C.A., 30 mars 1988, arrêt n° 52, spécialement B.3; C.A., 29 juin 1994, arrêt n° 51-94, spécialement B.1.2.

(87) Si cette dernière thèse devait prévaloir, l'indemnité à allouer par la Cour constitutionnelle sera, eu égard à la nature du contentieux suscité par les recours en annulation et en suspension, celle qui est due du chef d'une demande non évaluable en argent (voy. *supra*, n° 12 et s.).

(88) *Contra*, H. LAMON, *op. cit.*, *N.j.W.*, 2007, p. 440, n° 20 et la note (60).

(76) Le principe est surabondamment rappelé par l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, qui s'applique « à moins que des lois particulières n'en disposent autrement ».

(77) Telle qu'elle est formulée, l'affirmation (H. LAMON, *op. cit.*, *N.j.W.*, 2007, p. 440, n° 20) selon laquelle la nouvelle réglementation s'applique dans toutes les affaires tombant dans le champ d'application du Code judiciaire, en manière telle qu'elle ne s'appliquerait donc ni au Conseil d'Etat ni à la Cour constitutionnelle, nous paraît donc inexacte.

(78) Voy. malgré tout, rappelant l'applicabilité de principe (via l'article 2 du Code judiciaire) de l'article 1022 du même Code à toute procédure, P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, *in* *Le coût de la justice*, loc. cit., pp. 171-172 ainsi que G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 452, n° 336.

(79) Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 3/1686/5, p. 26.

(80) *Doc. parl.* Sénat, sess. ord., 2006-2007, n° 1686/3, ici spécialement p. 2. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2005-2006, n° 3-51/3 et 3-204/2 (avis sur les propositions Nyssens et Destexhe).

(81) « Avis sur les propositions de loi concernant la répétibilité... », *op. cit.*, Conseil supérieur de la justice, ici spécialement p. 6.

(82) Sur l'applicabilité de principe de l'article 2 du Code judiciaire — et donc dudit Code dans son ensemble — par et devant le Conseil d'Etat, voy. du reste C.E., 7 septembre 1998, *Leiser*, n° 30.637; D. RENDERS et G. PIJCKE, « La cassation administrative », *A.P.T.*, 2006, ici spécialement p. 230; J. SOHIER, *Les procédures au Conseil d'Etat*, Kluwer, Diegem, 1998, p. 89.

(83) Si cette thèse devait prévaloir, l'indemnité à allouer par le Conseil d'Etat sera, eu égard à la nature du contentieux suscité par les recours en annulation et en suspension, celle qui est due du chef d'une demande non évaluable en argent (voy. *supra*, n° 12 et s.).

(84) Aperçoit-on de tels principes? Supposons qu'on en affirme l'existence et que l'on exclue, ce faisant, l'application de l'indemnité de procédure devant le Conseil d'Etat. La partie triomphante pourra, en ce cas et sur le fondement de l'illegalité de l'acte administratif censuré combiné avec l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004, saisir le juge civil d'une demande de dommages et intérêts couvrant notamment les frais et honoraires versés à l'avocat qui l'aura défendu.



re disposition adapte-t-elle aux spécificités de l'instance en cassation les modalités (quant au moment et au juge compétent) de l'allocation de l'indemnité de procédure due à la partie ayant triomphé en cassation⁸⁹.

L'alinéa 1^{er} de l'article 1111 du Code judiciaire dispose que la Cour « taxe et alloue les dépens de la procédure en cassation ». Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 avril 2007, les dépens en question (régis — par hypothèse — par les articles 1017 et suivants), doivent comporter une indemnité de procédure destinée à couvrir forfaitairement les honoraires payés en instance de cassation à l'avocat (à la Cour, le cas échéant) de la partie qui aura triomphé de cette instance. Le montant de cette indemnité sera fixé par application des nouvelles règles d'évaluation (*supra*, n° 7), en ce comprises celles de l'arrêt royal conférant au juge un pouvoir de modulation (*supra*, n°s 27 et s.).

On l'a dit, seul le temps et le lieu de l'allocation de cette indemnité peuvent varier selon les circonstances.

Si le pourvoi est rejeté, en vertu du deuxième alinéa de l'article 1111 qui réserve « les cas prévus à l'article 1017 », c'est à la Cour elle-même que revient le devoir de condamner le demandeur en cassation à payer l'indemnité de procédure à son ou ses adversaire(s). Il n'y a pas lieu de s'émouvoir de ce que la Cour de cassation est ici amenée, notamment au regard des critères de modulation de l'indemnité, à exercer une appréciation de fait. N'oublions pas, en effet, qu'il s'agit là, parmi bien d'autres, d'appréciations de fait s'inscrivant dans le contexte de la procédure de cassation, pour laquelle ne s'applique par l'interdiction faite à la Cour de rechercher et de juger les faits de la cause⁹⁰.

En vertu du troisième alinéa de l'article 1111 du Code judiciaire, « lorsque la cassation est prononcée », c'est au juge de renvoi (article 1110, C. jud.) que reviendra la compétence de « statuer sur » l'indemnité revenant au demandeur en cassation. Ce dernier a, dans le principe, un droit acquis à l'obtention de l'indemnité liquidant l'instance de cassation. Mais s'il venait à succomber au fond devant le juge de renvoi ou si celui-ci devait relever quelque iniquité, il sera fait usage des mécanismes de compensation des dépens (article 1017, alinéa 4) ou, selon le cas, de modulation (article 1022, alinéa 3) aux fins d'atténuer le gain — tout provisoire ou disproportionné — du demandeur en cassation.

« En cas de cassation partielle ou si les circonstances de la cause le justifient dès ores », l'article 1111, alinéa 4, du Code judiciaire autorise la Cour à liquider et allouer l'indemnité de procédure.

5. Juridictions de fond, civiles, sociales, commerciales et fiscales

40. Principe. — L'indemnité de procédure sera évidemment octroyée, sauf dérogations expresses⁹¹, dans toutes les affaires portées de-

vant toutes les juridictions de fond dont les compétences sont fixées par le Code judiciaire.

Du juge de paix à la cour d'appel, le nouveau régime trouvera à s'appliquer chaque fois que ces juridictions prononceront, au sens de l'article 1017, alinéa 1^{er}, une décision « définitive » (*supra*, n° 9). Sont également visées les chambres civiles du tribunal de police⁹².

41. Magistratures présidentielles. — Qu'en est-il des magistratures présidentielles? Le contentieux de la cessation ne suscitera, sur ce point, aucune difficulté. S'agissant de procédures mues dans les formes du référé, mais au fond, l'allocation de l'indemnité de procédure ne fait aucun doute⁹³. A première vue, la question peut paraître plus délicate lorsque le président du tribunal statue en référé sur la base de l'article 584 du Code judiciaire. En effet, aux termes du rapport du commissaire royal à la réforme du Code judiciaire, les ordonnances de référé ne pourraient être assimilées, au sens de l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire à des « jugements définitifs » justifiant la condamnation aux dépens dès lors « par définition » que ces « décisions ne portent pas préjudice au principal »⁹⁴. Ainsi que le relèvent très justement G. de Leval⁹⁵ et P. Moreau⁹⁶, cet enseignement est aujourd'hui frappé de caducité par cette jurisprudence de la Cour de cassation autorisant le juge des référés, quoique que statuant au provisoire, à « épuiser entièrement sa juridiction ». Comme le soulignent ces auteurs, « en réalité, le jugement définitif s'oppose au jugement avant dire droit. La qualité de décision provisoire reconnue aux ordonnances de référé n'a donc pas cette conséquence qu'elles ne sont pas définitives. Il en résulte que le juge des référés a l'obligation de condamner la partie qui succombe aux dépens, si du moins il épuise entièrement sa juridiction »⁹⁷, ce qui, par exemple, ne sera pas le cas s'il se borne à ordonner une mesure d'instruction (article 1017, alinéa 5, C. jud. : *supra*, n° 9). Et si, pour une raison ou pour une autre, le juge des référés réservait à statuer sur l'indemnité de procédure, l'allocation

de celle-ci sera prononcée par le juge du fond parallèlement ou ultérieurement saisi (arg. article 1017, alinéa 5, C. jud.)⁹⁸, ou sera demandée par le biais d'une action principale distincte introduite au fond⁹⁹.

Une ordonnance sur requête unilatérale devra-t-elle allouer au requérant triomphant l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire? La question était controversée sous l'empire de l'arrêt royal du 30 novembre 1970. Les uns estimaient que « comme il n'y a aucune partie qui succombe et qu'il n'y a pas matière à condamnation aux dépens, liquider les dépens apparaît sans utilité sauf si la procédure devient contradictoire »^{99bis}, un autre considérant qu'il fallait distinguer selon que la requête unilatérale rencontrait, ou non, un adversaire^{99ter}. Il est vrai que certaines requêtes unilatérales, comme celles en autorisation de saisie, en *exequatur* ou plus généralement celles qui sollicitent une injonction de faire ou de ne pas faire, ont vocation à obtenir la condamnation d'un adversaire provisoirement exclu du débat. C'est l'idée de l'inversion du contentieux. Il n'empêche que la condamnation de ce tiers absent au paiement de l'indemnité « nouveau régime », nous paraît devoir être écartée^{99quater}, pour plusieurs raisons. La principale d'entre elles tient à l'impossibilité dans laquelle se trouvera le président, faute d'un défendeur, d'ajuster correctement le montant de l'indemnité par application des critères modulateurs (*supra*, n°s 27 et s.). Il y aurait, ensuite, que l'adversaire absent ne profitera jamais de l'indemnité de procédure consécutive au rejet de la requête : la différence de traitement avec le défendeur défaillant (*supra*, n° 18) semble difficilement justifiable. Il y a aussi que, dans bon nombre de cas, l'ordonnance prononcée sur requête unilatérale ne présentera pas le caractère définitif requis par l'article 1017 du Code judiciaire, ceci excluant la condamnation aux dépens. L'on observe enfin que, de toute évidence, le système et les montants qui, dans l'arrêt royal du 26 octobre 2007, lui donnent corps, ont été conçus pour des hypothèses de procédures contradictoires. Ces montants présumés de prestations à accomplir contre un adversaire qui se défend. Pour preuve de ce postulat : la réduction de l'indemnité en cas de victoire par défaut (*supra*, n° 18). Au vu de cette hypothèse spécifique de réduction, si l'intention du législateur avait été de solder l'instance unilatérale par une indemnité de procédure, il n'aurait certainement pas manqué de prévoir ici, *a fortiori*, une substantielle réduction. Il nous paraît donc que ce n'est qu'au stade contradictoire de la tierce opposition qu'une indemnité de procédure pourra, le cas échéant, être allouée à la partie triomphante. S'il s'agit du requérant qui obtient confirmation de l'or-

(89) Au sujet de cette disposition, cons. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, op. cit., 2^e éd., pp. 558-559, n° 871.

(90) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction - Iura dicit Curia*, Bruxelles - Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2004, pp. 160 et s., n°s 146 et s.

(91) « [...] à moins que des lois particulières n'en disposent autrement [...] » (article 1017, alinéa 1^{er}, C. jud.).

Un inventaire de ces textes dérogatoires particuliers est dressé par A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, op. cit., 2^e éd., pp. 585 et s., n°s 923 et s. Adde, P. MOREAU, « La charge des dépens... », op. cit., in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 175, ainsi que G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, op. cit., pp. 453 et s., n° 337.

(92) Voy. article 2 de l'arrêt royal du 21 décembre 1994 qui prévoit que l'indemnité de procédure est allouée dans les matières visées à l'article 601bis du Code judiciaire : P. MOREAU, « La charge des dépens... », op. cit., in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 171.

(93) I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007... », op. cit., R.W., 2007-2008, p. 684, n° 36, avec réf. au droit français.

(94) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, op. cit., p. 362. Dans le même sens, avec nuances, A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., op. cit., p. 584, n° 921 et la note 6. Rapp. Civ. Bruxelles (réf.), 11 octobre 1999, J.T., 2000, p. 203.

(95) G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, op. cit., p. 452, n° 336; du même auteur, « Le référé en droit judiciaire privé », *Act. dr.*, 1992, p. 882, n° 45.

(96) P. MOREAU, « La charge des dépens... », op. cit., in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 173 et les réf. citées.

(97) *Idem*, p. 174. Dans le même sens, voy. I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007... », op. cit., R.W., 2007-2008, p. 684, n° 36, citant Civ. Bruxelles (réf.), 16 janvier 1994, *Rev. dr. étr.*, 1994, p. 39; J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire : principes et questions de procédure », in *Le référé judiciaire*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2003, pp. 60-63, et déjà, D. LINDEMANS, *Kortgeding*, 1985, n°s 263 et s. *Contra*, Fr. GLANDORFF et J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., in *L'accès à la justice*, n° 15.5.

(98) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, op. cit., 2^e éd., p. 584, n° 921.

(99) P. MOREAU, « La charge des dépens... », op. cit., in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 174, citant Civ. Nivelles, 2 janvier 1990, R.G.D.C., 1991, p. 90.

(99bis) « L'indemnité de procédure », note élaborée par le parquet général de la cour d'appel de Bruxelles, publiée in J.T., 1970, ici spécialement p. 333, B.4; dans le même sens Civ. Courtrai (prés.), 27 mai 1977, R.W., 1979-1980, col. 1709, note critique de J. LAENENS.

(99ter) J. LAENENS, « Gerechtskosten en de procedure op eenzijdig verzoekschrift », note précitée *sour* Civ. Courtrai (prés.), 27 mai 1977, R.W., 1979, col. 1710, se référant au rapport De Baek, *Pasin*, 1967, p. 870.

(99quater) Dans notre sens, voy. I. SAMOY et V. SAGAERT, op. cit., R.W., 2007-2008, p. 685, n° 36..



donnance, le montant de l'indemnité pourra éventuellement, à sa demande, être augmenté en raison de la « complexité de l'affaire » (*supra*, n° 29).

6. Contentieux disciplinaire

42. Principe. — On n'aperçoit aucune raison de s'écarter de l'enseignement constant selon lequel des principes et règles de droit jugés « incompatibles » (article 2, C. jud.) s'opposent à la condamnation aux dépens (en ce comprise l'indemnité de procédure) de la personne condamnée par une juridiction disciplinaire¹⁰⁰.

À l'instar de l'action publique mue par le ministère public à l'encontre du prévenu (*infra*, n° 44), l'action disciplinaire ne voit pas, à proprement parler, s'opposer deux parties débattant de prétentions articulées l'une contre l'autre.

7. Juridictions pénales

43. Un système inédit. — La nouvelle loi instaure sur ce point un système totalement inédit.

La réforme est spectaculaire. Jusqu'à présent, aucune indemnité de procédure n'était accordée dans le cadre des affaires pénales¹⁰¹.

L'avis du Conseil d'Etat posait la question de l'égalité de traitement au regard des articles 10 et 11 de la Constitution dès le moment où les premières propositions législatives ne visaient pas les juridictions pénales¹⁰². Le Conseil supérieur de la justice estimait également que le système de la répétibilité devait, pour cause d'égalité, s'appliquer devant les juridictions pénales¹⁰³.

Aussi bien l'Orde van Vlaamse Balies que l'O.B.F.G. avaient quant à eux insisté pour que le nouveau système s'applique également devant les juridictions pénales, sauf dans les cas où l'affaire est introduite par un magistrat (procureur ou juridiction d'instruction), lequel agit toujours dans l'intérêt général¹⁰⁴.

44. Principe. — Dans cette dernière hypothèse, on imaginerait mal, en effet, que l'Etat soit redevable d'une indemnité de procédure au prévenu acquitté. Plusieurs raisons s'y opposaient, dont l'indépendance de la magistrature pouvant être mise à mal par des considérations budgétaires¹⁰⁵.

Le législateur a dès lors opté pour un système limité aux rapports entre le prévenu et la partie civile estimant que malgré les caractéristiques différentes des procédures civile et pénale, il « apparaît plus conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination de traiter de manière identique les justiciables qui sollicitent la réparation d'un dommage devant une juridiction civile ou une juridiction répressive »¹⁰⁶. Il en résulte que l'indemnité de procédure ne sera jamais mise à charge de l'Etat¹⁰⁷. Elle ne pourra l'être qu'à charge du prévenu ou de la partie civile, dans le cadre des prétentions mues par la seconde à l'encontre du premier.

La loi du 21 avril 2007 modifie dès lors les articles 128, 194, 211 du Code d'instruction criminelle, et y insère des articles 162bis et 369bis nouveaux pour permettre, dans certains cas, l'allocation d'une indemnité de procédure devant le tribunal de police, le tribunal correctionnel, la cour d'appel et la cour d'assises.

Il convient de bien cerner les hypothèses dans lesquelles une indemnité de procédure sera allouée.

7.1. Constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction

45. Non-lieu. — L'article 128 du Code d'instruction criminelle prévoit que si la chambre du conseil déclare qu'il n'y a pas lieu à poursuivre, la partie civile est condamnée envers l'inculpé à l'indemnité visée à l'article 1022 du Code judiciaire¹⁰⁸. Dans ce cas, la partie civile, et elle seule, a mis en œuvre l'action publique sans succès puisqu'une ordonnance de non-lieu a été rendue. Elle devra payer l'indemnité de procédure à l'inculpé.

46. Renvoi. — En revanche, s'il y a une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, le législateur a considéré que la décision de poursuivre l'action publique au fond émanant d'une juridiction — la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation — et non plus exclusivement de la partie civile qui l'a mise en mouvement, cette dernière ne pourra être condamnée à payer l'indemnité de procédure au prévenu en cas d'acquiescement par la juridiction de jugement. C'est bien, dans ce

cas, un magistrat qui décide qu'il y a suffisamment d'éléments à charge pour poursuivre le prévenu¹⁰⁹.

47. Suspension du prononcé. — Il semble que l'hypothèse de la suspension du prononcé n'ait pas été envisagée, du moins au stade de l'instruction. En effet, en vertu de l'article 4 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, la chambre du conseil peut décider qu'il y a lieu à la suspension du prononcé de la condamnation. Si une telle ordonnance suspend le prononcé de la condamnation, elle n'en établit pas moins la culpabilité de l'inculpé. La loi du 21 avril 2007 ne prévoit pas que, dans ce cas, la partie civile puisse bénéficier de l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire. Il nous paraît toutefois cohérent que dans ce cas, le nouveau régime s'applique.

7.2. Citation directe

48. Principe. — En vertu de l'article 162bis, alinéa 2¹¹⁰, la partie civile qui aura lancé une citation directe et qui succombera sera condamnée envers le prévenu à l'indemnité visée à l'article 1022 du Code judiciaire. L'indemnité sera liquidée par le jugement.

La partie civile qui succombe sera celle qui perd le procès sur le fond — acquiescement du prévenu — mais aussi celle dont l'action est déclarée irrecevable¹¹¹.

7.3. Constitution de partie civile à l'audience

49. Principes. — Dans ce cas, la partie civile ne fait que greffer sa constitution de partie civile sur l'action publique déjà mise en mouvement par le ministère public.

Si le prévenu est acquitté, la partie civile ne pourra être condamnée au paiement d'une indemnité de procédure puisqu'elle n'a pas mis l'action publique en mouvement et qu'elle n'est donc pas responsable des frais de procédure engagés¹¹².

Si le prévenu est condamné, l'alinéa 1^{er} de l'article 162bis prévoit que le jugement portant condamnation du prévenu et des personnes civilement responsables de l'infraction octroie en outre à la partie civile, à leurs dépens, l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire¹¹³. On a déjà, à juste titre selon

n° 20, ainsi que O. MICHIELS *op. cit.*, J.L.M.B., 2007, p. 1266.

(106) Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 3/1686/5, p. 32; rapport fait au nom de la commission de la justice par M. W. Muls, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 51/2891/002, p. 5.

(107) La règle est certaine en l'état de notre droit (voy. du reste C.A., arrêt n° 191/2005, du 14 décembre 2005). Certains considèrent qu'il y aurait là violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, se fondant sur l'arrêt *Stankiewicz c. Pologne* du 6 avril 2006 qui a admis qu'un justiciable polonais poursuivi au pénal, confronté à un parquet disposant de moyens humains et financiers non accessibles au particulier, avait le droit, en vertu du droit au procès équitable qui induit celui de l'égalité des armes, à être indemnisé de frais engagés pour sa défense. Voy. Fr. GLANDORFF et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, loc. cit., n° 20, ainsi que O. MICHIELS, *op. cit.*, J.L.M.B., 2007, p. 1266. Selon ces auteurs, cette exclusion heurterait les exigences du procès pénal équitable. Adde, L. MISSON, « Répétibilité des coûts de défense : le projet de loi tel que préparé est-il illégitime ? », J.T., 2007, p. 360 et la réponse convaincante de Fr. GLANDORFF, p. 361.

(108) Le texte de la loi ne prévoit pas que la juridiction d'instruction doit liquider l'indemnité, ce qui pourra donner lieu à des difficultés d'exécution (voy. O. MICHIELS, *op. cit.*, J.L.M.B., 2007, p. 1263).

(109) Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 3/1686/5, p. 33; rapport fait au nom de la commission de la justice par M. W. Muls, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 51/2891/002, p. 6.

(110) Cette disposition vise seulement le tribunal de police, mais l'article 194 y renvoie. De même l'article 211 prévoit que « les dispositions des articles précédents sur la solennité de l'instruction, la nature des preuves, la forme, l'authenticité et la signature du jugement définitif de première instance, la condamnation aux frais et à l'indemnité visée à l'article 1022 du Code judiciaire, ainsi que les peines que ces articles prononcent, seront communes aux jugements rendus sur l'appel ».

(111) O. MICHIELS, *op. cit.*, J.L.M.B., 2007, p. 1264. Les hypothèses d'extinction de l'action publique sont nombreuses (voy. H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Charte, 1999, pp. 141 et s.).

(112) Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 3/1686/5, p. 33; rapport fait au nom de la commission de la justice par M. W. Muls, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 51/2891/002, p. 6.

(113) A nouveau, il n'est pas prévu que le jugement liquidera les dépens.



nous, insisté sur le fait que pour que la partie civile obtienne une indemnité de procédure, il faut encore que sa constitution de partie civile soit reçue et déclarée fondée sur la base d'une infraction reconnue établie à charge du prévenu. Dans le cas contraire, la partie civile ne pourrait obtenir l'indemnité de procédure¹¹⁴.

7.4. Hypothèse spéciale de la cour d'assises

50. Principe. — Aux termes de l'article 369bis nouveau du Code d'instruction criminelle, la cour d'assises condamnera l'accusé qui succombe à l'indemnité visée à l'article 1022 du Code judiciaire envers la partie civile.

Comme le soulignent les travaux préparatoires, « vu la nature particulière de la cour d'assises, de même que la manière dont elle peut être saisie, il n'est pas non plus prévu de permettre la condamnation de la partie civile qui succombe à l'indemnité de procédure devant cette juridiction »¹¹⁵.

B. Quelle indemnité pour qui?

1. Lien d'instance et condamnation

51. Principe. — Aux termes de la loi, le débiteur de l'indemnité de procédure est celui qui succombe à l'action; le créancier est celui qui obtient gain de cause.

Le sort de la répétibilité passant désormais par la condamnation aux dépens, il faudra qu'une partie au procès, en lien d'instance avec la partie gagnante, ait succombé pour être condamnée¹¹⁶. Ce lien d'instance doit s'entendre ici de manière restrictive : il faut qu'il y ait eu, entre les parties, demande de condamnation¹¹⁷, et que cette demande ait mené à la condamnation effective d'une d'entre elles¹¹⁸.

En cas d'intervention volontaire conservatoire, l'intervenant, précisément parce qu'il ne solli-

cite aucune condamnation à son profit, ne pourra selon nous obtenir une indemnité de procédure au prétexte que la thèse qu'il serait, le cas échéant, venu appuyer aurait triomphé¹¹⁹. *A contrario* et par identité de motifs, la partie citée en déclaration de jugement commun ou d'arrêt commun ne peut être condamnée aux dépens puisque la demande pendante entre les autres parties n'a, par hypothèse en degré d'appel (article 812, alinéa 2), pas pour objet la prononciation d'une condamnation à sa charge¹²⁰. L'intervenant conservatoire ne gagne ni ne perd le procès.

Au pénal, l'on devra parfois rechercher s'il y a bien condamnation du prévenu envers la partie civile. Il se peut que le prévenu soit condamné du chef d'une prévention qui, en termes de causalité, ne fonde pas la demande de la partie civile. Dans ce cas, cette dernière n'obtenant pas gain de cause, elle ne saurait, selon nous, bénéficier de l'indemnité de procédure¹²¹.

2. Litiges multipartites

52. Hypothèse. — L'hypothèse la plus simple sera celle d'un demandeur qui gagne son procès à charge d'un défendeur, ou l'inverse.

Mais les situations sont souvent bien plus complexes.

Il se peut qu'il y ait pluralité de demandeurs, ou de défendeurs.

2.1. Pluralité de parties ayant chacune un avocat

Envisageons d'abord l'hypothèse de la pluralité de parties ayant chacune leur propre avocat.

a) Plusieurs gagnants, un seul perdant.

53. Principe. — L'alinéa 5 de l'article 1022 nouveau du Code judiciaire énonce que : « lorsque plusieurs parties bénéficient de l'indemnité de procédure à charge d'une même partie succombante, son montant est au maximum le double de l'indemnité de procédure maximale à laquelle peut prétendre le bénéficiaire qui est fondé à réclamer l'indemnité la plus élevée. Elle est répartie entre les parties par le juge ».

Dans cette hypothèse, la partie succombante voit son risque financier limité au paiement d'une indemnité qui sera plafonnée au double de l'indemnité maximale prévue par l'arrêt royal.

(119) Rapp. P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 173; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 452, n° 336; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 588, n° 928; Bruxelles, 17 avril 1997, *Pas.*, 1997, II, 57; Bruxelles, 5 octobre 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 454. La Cour de cassation a certes, par arrêt du 14 décembre 2001 (*Pas.*, 2001, I, 2118) condamné la thèse selon laquelle l'intervenant conservatoire devrait toujours supporter ses propres dépens quelle que soit l'issue du procès. Il nous paraît que cet enseignement devrait aujourd'hui être revu, à tout le moins pour ce qui concerne l'indemnité de procédure. L'intervention conservatoire n'a, par hypothèse, aucun objet propre. On imagine mal, du reste, le justiciable nanti d'une décision judiciaire à laquelle il fut partie intervenante à titre conservatoire, obtenir une seconde indemnité dans le cadre de la procédure proprement contentieuse qu'il viendrait à introduire ultérieurement sur le fondement de cette première décision.

(120) Voy. les auteurs cités à la note précédente.

(121) Dans le même sens : O. MICHIELS, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1265.

54. Développements. — Plusieurs commentaires s'imposent.

D'abord, comment évaluer l'indemnité globale à charge de la partie succombante en pratique? Faut-il considérer que le juge doit d'abord fixer *ut singuli* le montant qu'il allouerait à chaque demandeur pour ensuite les cumuler et — s'il échet — plafonner le montant final au maximum prévu par la loi? Cette solution nous paraît fondée car sur la base de l'article 1022, alinéas 2 et 3, le juge sera tenu de fixer à l'égard de chaque partie ayant obtenu gain de cause « son » indemnité de procédure, qui plus est avec l'obligation de motiver sa décision s'il s'écarte des montants de base. Il nous semble que l'alinéa 5, et le plafond qu'il prévoit, n'interviennent que dans un deuxième temps.

Ensuite, une fois l'indemnité maximale arrêtée de la sorte, deux hypothèses sont possibles : soit son montant est suffisamment important pour allouer à chaque demandeur l'intégralité de l'indemnité de procédure à laquelle il a droit, soit son montant est insuffisant.

La première hypothèse ne nécessite aucun commentaire : chaque partie gagnante perçoit la totalité de l'indemnité qui lui revient au vu des calculs et appréciations du juge.

La deuxième est plus problématique car la loi ne dit rien du partage entre parties gagnantes. Faudra-t-il une répartition proportionnelle au montant total qui eût dû être accordé en cas de suffisance d'actif (à la mode d'une répartition chirographaire)? Faudra-t-il une répartition par parts viriles? Cette seconde solution est selon nous à proscrire en raison de son iniquité : rien ne justifie que la partie prométrant — à raison de sa situation personnelle — une indemnité plus élevée que celle revenant à ses coplaideurs soit traitée de la même manière que ces derniers (qui, de surcroît, ne pourraient légalement prétendre à une indemnité égale à la moitié de l'indemnité maximale). Au demeurant, le texte même de la loi (article 1022, alinéa 5) paraît condamner la thèse de la répartition par parts viriles, puisqu'il exprime l'idée qu'entre parties appelées à se partager une indemnité plafonnée, il s'en trouve une qui est « fondée » à réclamer « une indemnité « plus élevée ». A nos yeux, seule une répartition chirographaire, par application de la règle de trois, se conçoit donc en l'espèce.

b) Plusieurs gagnants, plusieurs perdants.

55. Question non expressément visée par la loi. — La loi (article 1022, alinéa 4, C. jud. : « [...] à charge d'une même partie succombante ») n'envisage *expressis verbis* que l'hypothèse de pluralité de parties gagnantes aux prises avec une seule partie succombante.

56. Évaluation de l'indemnité. — L'utilisation du singulier voudrait-elle signifier, dans l'intention du législateur, qu'aucun plafond ne serait possible dans l'hypothèse d'une pluralité de gagnants triomphant conjointement d'une pluralité de succombants, fût-ce du cent contre deux. On songe par exemple au cas potentiellement catastrophique (faute d'un plafond) d'un couple succombant envers les cents membres d'une association de fait.

Une lecture conciliante du texte paraît s'imposer, et tomber sous le (bon) sens. En cas de condamnation, quelle qu'en soit la portée (solidai-

(114) O. MICHIELS, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1265, l'auteur précisant en outre que dans cette hypothèse, « une condamnation de la partie civile ne nous paraît pas possible puisqu'elle n'est pas expressément visée par le nouvel article 162bis du Code d'instruction criminelle ». A vrai dire, dans tous les cas de figure, dès que l'affaire aboutit devant le juge du fond, c'est qu'il y a eu renvoi puisque, hormis le cas de la citation directe, la partie civile ne peut pas attirer, par sa seule volonté, un justiciable devant un tribunal pénal statuant au fond.

(115) Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 3/1686/5, p. 33; rapport fait au nom de la commission de la justice par M. W. Muls, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 51/2891/002, p. 6.

(116) P. MOREAU, *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 172.

(117) Comp., en matière de recevabilité de l'appel, l'acceptation plus souple du lien d'instance qui se dégage de Cass., 10 octobre 2002, *Pas.*, 2002, I, 1887 (voy. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen... », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2006, p. 188, n° 155), confirmé par Cass., 9 mars 2007, *R.A.B.G.*, 2007, p. 1164, note S. BERNEMAN, « Het belang als toelaatbaarheidsvereiste in hoger beroep ». Selon cette jurisprudence, il suffit pour qu'il y ait lien d'instance justifiant l'appel, que l'appelant et l'intimé aient, devant le premier juge, conclu l'un contre l'autre, sans nécessairement qu'une demande fut pendante entre eux.

(118) P. MOREAU « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 173, citant Cass., 26 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 72, ainsi que A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., p. 583, n° 920.



re, *in solidum* ou divisible : *infra*, n° 57), de plusieurs perdants envers plusieurs gagnants, chacun des perdants doit, au regard de l'indemnité de procédure, être considéré isolément de ses coplaideurs et peut donc, à notre estime, invoquer à son profit le bénéfice du plafond instauré par le quatrième alinéa du nouvel article 1022 (*supra*, n°s 53 et 54). Le texte de cette disposition n'énervé en aucune façon cette interprétation qu'on lui donne. Toute autre lecture autoriserait des conséquences parfaitement iniques, à raison notamment de sa portée discriminante : comment justifier raisonnablement qu'un justiciable soit traité nettement plus sévèrement pour la seule raison (paradoxe, du reste...) qu'un autre est condamné à ses côtés?

57. Débiton de l'indemnité. — On ne confondra point, dans ces hypothèses de litiges multipartites, la question de l'évaluation des indemnités de procédure et des plafonds modérateurs s'appliquant quant à ce, avec les questions subséquentes de la contribution et de l'obligation à la dette des dépens, qui se poseront chaque fois que plus d'un défendeur succombera envers un ou plusieurs demandeur(s). S'agissant de ces dernières questions, on rappellera que l'article 1020 du Code judiciaire, inchangé, dispose que « la condamnation aux dépens se divise de plein droit par tête, à moins que le jugement n'en ait disposé autrement. Elle est prononcée solidairement, si la condamnation principale emporte elle-même solidarité »¹²². Quant à la contribution à la dette, la condamnation aux dépens — contrairement à leur bénéfice (*supra*, n° 56) — se répartit donc par parts viriles, à moins que le juge en dispose autrement (en raison, par exemple, d'un partage inégal de responsabilités). S'agissant de l'obligation à la dette, la condamnation aux dépens peut être prononcée solidairement, si tel est le cas de la condamnation principale¹²³.

c) Un seul gagnant, plusieurs perdants.

57bis. Précisons l'hypothèse. L'on ne vise pas ici le cas où une même partie triomphe d'adversaires unis à lui par deux liens d'instance distincts, le(s) premier(s) en vertu de la demande principale, les autres en vertu de demandes en intervention agressives, distinctes de la première. En ce cas, on l'a vu, il y aura, au profit du gagnant, autant d'indemnités de procédure qu'il y a de demandes (principale et incidentes) distinctes et victorieuses (*supra*, n° 22ter). Il s'agit ici de traiter le cas d'une même demande (principale ou incidente) introduite contre plusieurs adversaires. En ce cas, c'est aussi l'article 1020 du Code judiciaire (*supra*, n° 57) qui indique la solution. Une seule indemnité sera due à la partie triomphante, sa charge se répartissant comme il est dit à cette disposition. Au demeurant, cette indemnité se calculera conformément à l'article 560 du Code judiciaire (auquel renvoie expressément l'arrêt royal du 26 octobre 2007) : cumul des chefs de de-

mande dirigés contre chacun des codéfendeurs à la même demande.

2.2. Gagnants assistés par un avocat commun ou gagnant(s) assisté(s) par plusieurs avocats

58. Hypothèses. — Il se peut que plusieurs gagnants aient été représentés par un même conseil, ou que le gagnant fût assisté par plusieurs avocats. Il arrive aussi que plusieurs parties triomphantes soient assistées par plusieurs avocats communs. Comment les dispositions nouvelles appréhendent-elles ces situations?

a) Avocat commun.

59. Absence de réponse dans la loi. — Envisageons d'abord l'hypothèse où plusieurs parties triomphantes ont le même avocat.

Peut-on admettre que chacun réclame une indemnité de procédure? En effet, les clients « mutualisent » déjà entre eux le poids financier de l'avocat. Leur permettre en plus de toucher chacun une indemnité de procédure est-il légitime?

S'il n'y a qu'une partie succombante, le plafond évoqué ci-dessus (*supra*, n° 53) pourra certes jouer.

Mais pour le surplus, la loi est malheureusement muette.

60. L'arrêt royal. — L'article 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêt royal se borne à énoncer que « les montants sont fixés par instance ».

Nulle autre précision.

Voilà qui contraste singulièrement avec le projet d'arrêt soumis au Conseil d'Etat qui, dupliquant le régime établi par l'article 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêt royal du 30 novembre 1970, prévoyait en son propre article 1^{er}, alinéa 2, que « les montants sont fixés par instance et, sous réserve de l'application de l'alinéa 5 de l'article 1022, à l'égard de chaque partie qui est assistée d'un avocat et qui défend un intérêt distinct ». Cela impliquait, *a contrario*, que lorsqu'un seul avocat défend plusieurs parties ayant le même intérêt (demande commune ou demandes poursuivant les mêmes fins), il ne pourrait y avoir qu'une seule indemnité de procédure, partagées entre ces parties. Le Conseil d'Etat avait fustigé cet alinéa, mais au motif qu'il pourrait aboutir à ce qu'une même partie succombante doive payer une indemnité de procédure pleine et entière à plusieurs parties différentes, ce que l'article 1022, alinéa 5, nouveau du Code judiciaire empêche dans certains cas¹²⁴. Probablement est-ce pour cela que l'alinéa en question a été abandonné par le gouvernement.

Par l'effet de cette suppression, le texte n'assigne plus aucune limite lorsqu'un même avocat défend plusieurs parties.

On rappellera¹²⁵ que l'article 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêt royal du 30 novembre 1970 fixant pour l'exécution de l'article 1022 du Code judiciaire le tarif des dépens recouvrables, abrogé par

l'arrêt royal du 26 octobre 2007, prévoyait que les indemnités de procédure et les indemnités de débours étaient taxées pour chaque instance et qu'à l'égard de chaque partie, assistée d'un avocat et ayant un intérêt distinct en sorte que lorsqu'un même avocat assistait plusieurs parties qui formaient une demande commune ou qui concluaient aux mêmes fins, l'indemnité se partageait entre elles¹²⁶.

61. Lacune. — Il est regrettable que les textes nouveaux ne comportent pas de disposition équipollente. Voilà qui, en outre, ne manquera pas d'incidence sur l'irritante controverse sur la citation collective¹²⁷ : jusqu'ici, la règle de l'unicité de l'indemnité de procédure œuvrait certainement, auprès d'une partie de la jurisprudence, à l'élaboration de solutions souples, voire complaisantes. A présent, que tous les demandeurs assistés par un même avocat peuvent percevoir chacun une indemnité de procédure, l'on ne voit plus guère les raisons de s'écarter d'une définition stricte de la notion de connexité (articles 30 et 701, C. jud.).

Peut-être, ici encore, le critère de la « situation manifestement déraisonnable » (*supra*, n°s 31-32) trouvera-t-il à s'appliquer à la marge. Mais cette soupape ne réparera que de manière très imparfaite la lacune du texte, qu'il conviendrait de combler prestement.

b) Pluralité d'avocats pour une partie.

62. Principe. — Il n'y pas lieu de déroger à la règle de l'allocation d'une indemnité de procédure qui s'entend en fonction du nombre de parties, et non pas du nombre d'avocats que la partie choisit.

Néanmoins, ne pourrait-on imaginer que, le critère de la complexité de l'affaire, puisse amener le magistrat à allouer, non pas deux indemnités de procédure, mais une indemnité rehaussée, plus importante que l'indemnité de base dans des affaires où — indépendamment du recours obligé à un avocat à la Cour de cassation (*supra*, n° 39) — la présence de deux spécialistes dans des matières différentes, par exemple, se justifiait en raison de la complexité du dossier?

(126) Voy. Cass., 1^{re} ch., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, 1570, concl. av. gén. Th. Werquin, *N.J.W.* 2005, p. 373, note E. BREWAEYS : « Attendu qu'il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que les demandeurs, étrangers ressortissants de l'Union européenne, ont dû acquitter un minerval complémentaire lors de leur inscription ou de celle de leur enfant dans une université belge et que leur demande tendait à obtenir le remboursement de ces minervaux indûment réclamés ;

» Attendu que l'arrêt considère que « les parties [demanderesse], qui ont toutes réclamé le remboursement d'un minerval en invoquant les mêmes moyens, doivent être considérées comme des parties ayant un intérêt commun et ayant conclu aux mêmes fins, même si les montants réclamés par chacune d'elles n'étaient pas identiques et si le dispositif des conclusions déposées pour elles à chaque fois était libellé de manière à individualiser, étudiant par étudiant, les sommes dont le remboursement était poursuivi ».

» Qu'il justifie ainsi légalement sa décision de n'accorder qu'une seule indemnité de procédure par instance aux demandeurs, à partager entre eux ».

(127) Au sujet de cette controverse, voy. J. ENGLEBERT, « Citations collectives et autres problèmes de procédure liés à l'action collective », in *Les actions collectives devant les différentes juridictions*, formation permanente C.U.P., vol. 47, 2001, pp. 131 et s.; J.-Fr. GÉRARD, « La citation collective », *IDJ*, 1993, p. 435; P. Taelman, « Cumulatie van vorderingen - Collectieve dagvaardingen », in *Le procès au pluriel* (sous la dir. de M. Storme et P. Taelman), Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1997, pp. 1 et s.

(122) Voy. aussi l'article 50 du Code pénal. Au sujet de cette règle, de ses origines et de ses applications, cons. A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 594, n° 943.

(123) Il y a condamnation solidaire, au sens notamment de l'article 1020 du Code judiciaire, en cas de faute commune, tant en matière contractuelle qu'en matière quasi délictuelle : Cass., 15 février 1974, *Pas.*, 1975, I, 111.

(124) Avis 43.215/2 du 18 juin 2007 de la section de législation du Conseil d'Etat, p. 5.

(125) Au sujet de ce système, cons. P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la procédure*, *loc. cit.*, p. 196, et les réf. citées, ainsi que A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 591, n° 934.

C. Une indemnité de procédure : pour couvrir quoi ?

63. Principe. — L'indemnité de procédure n'est destinée qu'à couvrir forfaitairement l'intervention d'un avocat.

64. Et les conseils techniques ? — Ne sont donc pas visés les honoraires versés aux conseils techniques des parties. Pour ceux-ci, le droit commun de la responsabilité civile reste, le cas échéant, d'application. Le remboursement de leurs frais et honoraires reste donc, *de lege lata*, subordonné à la vérification des conditions élaborée par jurisprudence de la Cour de cassation (ses arrêts des 28 février 2002¹²⁸ et 2 septembre 2004 et leurs suites), avec tout son lot d'incertitudes... et, selon certains, de discriminations en germes¹²⁹.

Les frais et honoraires d'experts judiciaires sont quant à eux inclus dans les dépens (article 1018, 4^o, C. jud.).

65. Intervention d'un avocat - Commentaires. — Revenons à l'avocat, dont les prestations sont, seules, visées par les nouveaux textes. On rappellera alors que, depuis toujours¹³⁰, seule l'intervention effective d'un avocat, en qualité de mandataire *ad litem*¹³¹, dans la procédure

permet à la partie qui obtient gain de cause de solliciter l'indemnité de procédure. Ainsi, ne sont pas visées les parties ayant décidé de se défendre seules, ou représentées, en vertu de l'article 728, §§ 2 à 5, du Code judiciaire, par une autre personne qu'un avocat¹³², comme c'est le cas pour les fonctionnaires du fisc, ou les parties représentées par un délégué syndical¹³³. Cette asymétrie n'est point discriminatoire, et repose sur une justification objective et raisonnable¹³⁴ : la Cour constitutionnelle a, aux termes d'un arrêt important du 14 octobre 1999¹³⁵ a dit pour droit que cette différence de traitement (déjà consacrée par l'ancien article 1022 du Code judiciaire) entre la partie assistée par un avocat et celle assistée par un délégué syndical n'était pas contraire à la Constitution — seule la première ayant droit à l'indemnité de procédure — dès le moment où elle repose sur un critère (pour le moins) objectif : en règle, la première paie à son conseil des frais et honoraires librement établis par celui-ci tandis que la seconde ne se voit réclamer ni par son organisation syndicale, ni par le délégué de celle-ci des sommes d'une nature et d'un montant comparables aux frais et honoraires d'un avocat.

Qu'advient-il en cas d'intervention intermittente d'un avocat ? Initialement assisté par un avocat, le justiciable comparaît en personne *in fine* ; ou, à l'inverse, ce justiciable consulte un avocat en cours de procès. Faut-il, dans ces hypothèses fréquentes, priver le gagnant de l'indemnité de procédure ? A notre estime, ces circonstances sont dépourvues d'incidence sur le principe même de la débiteur de l'indemnité : « peu importe » que l'avocat « soit intervenu en début ou en cours d'instance ou que ses prestations aient été minimales »¹³⁶. En revanche, mais c'est autre chose, cette indemnité pourra, eu égard à la modestie des prestations de l'avocat, faire éventuellement l'objet d'une réduction par application du critère de la situation « manifestement déraisonnable » (*supra*, n^{os} 31-32).

D. Exceptions prévues par l'arrêt royal (article 1^{er}, alinéa 2)

66. Déclinaatoires de compétence. — L'article 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêt royal énonce qu'aucune

l'un de ses confrères pour se voir allouer une indemnité de procédure ? Rien n'est moins sûr : jugé qu'il n'y a « pas lieu d'allouer une indemnité de procédure au mandataire désigné par justice qui exerce par ailleurs la profession d'avocat, si au cours d'une instance à laquelle son intervention était purement formelle, il s'est fait représenter par un confrère dans le seul but de percevoir cette indemnité » (P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 195, et les réf. citées ; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 592, n^o 935 et les réf. citées) Il en va de même, plus généralement, chaque fois que l'avocat comparaît sans assistance en qualité de mandataire de justice (P. MOREAU, *op. cit.*, p. 195 ; *adde*, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Les déontologies des avocats investis de mandats de justice », in *Mandats de justice : déontologies et garanties procédurales* (sous la dir. de G. Closset-Marchal et B. Van Ham), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 69 et s., n^{os} 106 et s. Suffira-t-il que l'avocat mandataire de justice se fasse formellement représenter à la barre par

indemnité de procédure n'est due dans l'hypothèse où les prestations d'avocat ont été accomplies devant une juridiction dessaisie de la cause par une décision du tribunal d'arrondissement. Cette disposition doit se comprendre comme l'abrogation — inutile car déjà acquise — de l'article 4, 3^o, de l'arrêt royal du 30 novembre 1970, qui prévoyait l'allocation d'une indemnité complémentaire en cas de « détour » par le tribunal d'arrondissement. Cette règle particulière dérogeait au principe selon lequel une seule indemnité de procédure est due par instance (*supra*, n^o 22), sachant précisément que le renvoi de la cause à un autre juge sur déclinaatoire de compétence n'introduit pas une instance distincte. Ce même principe, toujours d'actualité, commande de considérer qu'il n'y aura pas non plus dédoublement de l'indemnité de procédure dans l'hypothèse, non expressément visée par l'arrêt royal, où c'est le juge saisi qui, en vertu de l'article 639 du Code judiciaire, se sera lui-même déclaré incompétent¹³⁷. Au demeurant, l'article 661 du Code judiciaire, précise que c'est « sans frais » que l'instance se poursuit devant le juge auquel la cause échoit après décision d'incompétence.

Ceci étant, le critère déduit de la « complexité de l'affaire » (*supra*, n^o 29) pourra justifier, sur demande, la majoration de l'indemnité unique à raison de l'énergie consacrée au règlement des incidents de compétence.

67. Acquiescement avant la mise au rôle. — On l'a vu (*supra*, n^o 16), l'indemnité de procédure n'est pas due non plus lorsque le défendeur acquiesce à la demande et remplit ses obligations en principal, intérêts et frais, avant l'inscription de l'affaire au rôle¹³⁸.

4

La nouvelle loi et son environnement juridique

A. La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales¹³⁹

68. Article 6 de la loi. — Cette loi prévoit, en son article 6, que :

« S'il n'en a été autrement convenu par les parties dans le respect de l'article 7, lorsque le débiteur ne paie pas dans le délai de paiement convenu ou, à défaut, dans le délai de paiement prévu à l'article 4, le créancier est, de plus, en droit, sans préjudice de son droit au remboursement des frais judiciaires conformément aux dispositions du Code judiciaire, de réclamer au débiteur un dédommagement raisonnable pour tous les frais de recouvrement pertinents encourus par suite du retard de paiement. L'application de cet article exclut l'attribution au créancier des sommes prévues aux

(137) A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 592, n^o 934 ; P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 194, et les réf. citées.

(138) Article 1^{er}, alinéa 4 de l'arrêt royal.

(139) M.B., 7 août, p. 34281.



articles 1018, alinéa 1^{er}, 6^o, et 1022 du Code judiciaire.

» Ces frais de recouvrement doivent respecter les principes de transparence et être en proportion avec la dette concernée.

» Le Roi fixe le montant maximal de ce dédommagement raisonnable pour les frais de recouvrement pour différents niveaux de dette »¹⁴⁰.

Les frais de recouvrement en cause visent également les frais et honoraires d'avocat.

69. Absence d'articulation avec le régime des indemnités de procédure. — Si cette loi ne vise que les transactions commerciales¹⁴¹, et embrasse donc un champ d'application moins étendu que celui de la nouvelle loi sur la répétibilité, on ne peut que regretter que le législateur n'ait pas pris soin d'harmoniser l'articulation des deux régimes¹⁴².

L'O.V.B. et l'O.B.F.G. avaient cependant formulé une proposition en ce sens¹⁴³. Le Conseil d'Etat avait quant à lui invité le législateur à prendre position sur le maintien ou non du régime spécifique de l'article 6 de la loi du 2 août 2002, étant donné le caractère général du nouveau système d'indemnités de procédure.

Certains auteurs avaient également préconisé des solutions, comme un arrêté royal qui aurait fixé aux mêmes montants maxima le plafond de dédommagement raisonnable prévu à l'article 6 de la loi du 2 août 2002 et les indemnités de procédure visées par le Code judiciaire¹⁴⁴.

Il reste qu'en l'état actuel de notre droit, il faudra choisir entre le dédommagement raisonnable prévu par la loi sur le retard de paiement dans les transactions commerciales, et l'indemnité de procédure, l'un excluant l'autre.

(140) Aucun arrêté royal n'a encore été pris...

(141) Voy. pour des commentaires approfondis sur la loi, Chr. BIQUET-MATHIEU, « A propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 41 et s.; K. MAENHOUT, « Verhaalbaarheid van erelonen en kosten van advocaten inzake handelstransacties na de Wet van 2 augustus 2002 », *R.W.*, 2002-2003, p. 613; Cl. PARMENTIER et D. PATART, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », *R.D.C.*, 2003, pp. 217 et s.; D. PHILIPPE, M. GOUDEN et M. BAETENS, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », *D.A. O.R.*, 2002, pp. 186 et s.; V. SAGAERT et I. SAMOY, « De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties - Een verwittigd wanbetaler is er twee waard... », *R.W.*, 2002-2003, pp. 321 et s.

(142) Dans le sens de nos critiques, voy. également Fr. GLANSDORFF et J. VAN COMPENOLLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, loc. cit., n° 21, ainsi que I. SAMOY et V. SAGAERT, « De wetsvoorstellen inzake de verhaalbaarheid van erelonen van de advocaat : oproep om de wet-betaling achterstand niet uit het oog verliezen », *R.W.*, 2006-2007, pp. 1137 et s.

(143) Ils proposaient d'insérer à la fin de la première phrase de l'article 6, alinéa 1^{er}, les mots « ..., autres que les frais d'avocats, qui sont calculés conformément aux articles 1018, alinéa 1^{er}, 6^o, et 1022 du Code judiciaire » et de supprimer la deuxième phrase de cet alinéa (voy. rapport fait au nom de la commission de la justice par M. M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 3/1686/5, p. 26).

(144) I. SAMOY et V. SAGAERT, « De wetsvoorstellen inzake de verhaalbaarheid van erelonen van de advocaat... », *op. cit.*, *R.W.*, 2006-2007, p. 1137. Demande relayée par certains parlementaires à la Chambre, voy. rapport fait au nom de la commission de la justice par M. W. Muls, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 51/2891/002, pp. 10 et 11.

Voilà qui est regrettable¹⁴⁵ car, si l'indemnité de procédure représente exclusivement une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat, tel n'est pas le cas du dédommagement raisonnable dans les transactions commerciales, qui est destiné à couvrir tous les frais de recouvrement pertinents, et donc pas seulement des frais d'avocat.

B. L'aide juridique de deuxième ligne

70. Montant de l'indemnité. — Sans entrer dans les détails¹⁴⁶, on se bornera à préciser que, sous la réserve évidemment de la réduction de l'indemnité par application du critère de la « capacité financière » du perdant ou de celui du caractère « manifestement déraisonnable de la situation (*supra*, n°s 31-32), la circonstance que la partie gagnante a bénéficié de l'aide juridique de deuxième ligne n'exerce aucune influence sur la déduction, ni sur le *quantum*, de l'indemnité de procédure. Rappelons qu'à l'inverse, en vertu de l'article 1022, alinéa 3, du Code judiciaire, « si la partie succombante bénéficie de l'aide juridique de deuxième ligne, l'indemnité de procédure est fixée au minimum établi par le Roi, sauf en cas de situation manifestement déraisonnable » (*supra*, n° 29).

71. Perception de l'indemnité. — L'article 508/19, §§ 1^{er} et 2, du Code judiciaire prévoit que l'avocat perçoit, à son profit selon nous¹⁴⁷, l'indemnité de procédure accordée au bénéficiaire, à charge pour lui de mentionner cette recette dans son rapport. Les travaux préparatoires précisent que « par la suite, le montant de cette indemnité sera déduit du montant des indemnités qu'il percevra en rémunération de ses prestations dans le cadre de l'aide légale »¹⁴⁸.

(145) Ne prêtons cependant pas à l'exclusion une portée qu'elle n'a pas : seule l'indemnité de procédure est exclue en cas d'allocation d'un dédommagement raisonnable, et non les autres dépens visés par l'article 1018 du Code judiciaire.

(146) Cons. K. CREYF, « Over verhaalbaarheid van ereloon en juridische tweedelijnsbijsland », in *De verhaalbaarheid van de kosten van verdediging : en wat met de toegang tot de rechter* (sous la dir. de F. Evers et P. LeFranc), Bruges, la Charte, 2006, pp. 101 et s.; dans le même ouvrage collectif, voy. la contribution de M. SCHOUDTEDEN, « Verhaalbaarheid van de erelonen in het kader van de juridische tweedelijnsbijsland », pp. 132 et s.

(147) Dans notre sens, voy. également M. SCHOUDTEDEN, « Verhaalbaarheid van de erelonen in het kader van de juridische tweedelijnsbijsland », *op. cit.*, ici spécialement pp. 134-135. Comp. H. LAMON, *op. cit.*, *N.j.W.*, 2007, p. 441, n° 26, note (71). Ce dernier distingue la perception du profit, réservant la possibilité d'une restitution de l'indemnité de procédure au client bénéficiaire de l'aide juridique, au motif que le principe demeure du caractère *pro deo* de l'intervention de l'avocat. Cette possibilité nous paraît exclue. Il y a tout d'abord que sa mise en œuvre contredirait le vœu du législateur, exprimé en cours de travaux préparatoires : redistribuer les points compensés par la perception de l'indemnité de procédure, dans l'enveloppe globale de l'aide juridique de deuxième ligne. Il se trouve ensuite que le droit de l'avocat à l'acquisition de l'indemnité de procédure est, pour autant que de besoin et surabondamment, justifié par l'article 508/20, § 1^{er}, 2^o, aux termes duquel le justiciable perd le bénéfice de l'aide juridique lorsqu'il « a tiré profit de l'intervention de l'avocat de manière telle que si ce profit avait existé au jour de la demande, cette aide ne lui aurait pas été accordée ». N'est-ce pas, précisément, le cas lorsque le justiciable obtient la condamnation de son adversaire au paiement d'une indemnité de procédure destinée à couvrir, forfaitairement, des honoraires d'avocat calculé avec la modération qui sied?

(148) Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. W. Muls, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2006-2007, Doc. n° 51/2891/002, p. 5.

Il est également prévu que si le bénéficiaire a droit à une indemnité de procédure et la perçoit après que l'avocat a fait rapport au bureau d'aide juridique, le Trésor lui réclame le montant de l'aide juridique consentie, comme c'est la cas en cas d'intervention d'un assureur protection juridique. Au vu du texte même (article 508/20, § 2, alinéa 3, C. jud., inséré par la loi du 21 avril 2007), le Trésor bénéficie ni plus ni moins que d'une subrogation légale, le fondant à récupérer ni plus ni moins que le montant de l'aide juridique consentie (c'est-à-dire, des « points » qui ont été ou seraient versés à l'avocat). Partant, si l'indemnité de procédure venait à dépasser celui de l'aide juridique, la différence restera acquise à l'avocat, et à lui seul^{149 150}.

C. Le droit commun des dépens : la charge des dépens

72. Regain d'actualité. — Dès le moment où la question de la répétibilité des frais et honoraires d'avocat recevra un traitement procédural par le biais du règlement des dépens, l'application des règles du droit commun de la charge des dépens va probablement susciter un vif regain d'intérêt¹⁵¹.

1. Dérogations conventionnelles et légales à la condamnation de la partie succombante aux dépens

73. Condamnation d'office aux dépens. — L'article 1017 alinéa 1^{er}, du Code judiciaire prévoit que « tout jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé, à moins que des lois particulières n'en disposent autrement et sans préjudice de l'accord des parties que, le cas échéant, le jugement décrète ».

74. Accord des parties. — D'une part, les parties peuvent donc déroger au nouveau système de commun accord, par exemple en fixant elles-mêmes, fût-ce au mépris des montants *maxima* et *minima* fixés par le Roi, le montant des indemnités de procédure à liquider à l'issue

(149) *Contra* G. MARY, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat... », *op. cit.*, *J.T.*, 2007, ici spécialement p. 11, n° 51 (apparemment rejoins par Fr. GLANSDORFF et J. VAN COMPENOLLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, loc. cit., n° 16 et la note (64)). La solution proposée par cet auteur est selon nous caduque, dans la mesure où elle a été conçue à un moment où les dispositions nouvelles (en particulier les nouveaux articles 508/19, § 1^{er} et 508/20, § 2, issus de la loi du 21 avril 2007) n'existaient pas encore.

(150) On rappellera, mais les dispositions légales ne sont pas nouvelles sur ce point, que lorsque le bénéficiaire de l'aide juridique a droit à l'intervention d'une assurance de protection juridique, le droit de subrogation du Trésor est organisé selon les mêmes conditions que celles qui s'appliquent à l'égard de l'indemnité de procédure (voy. article 508/20, § 2, du Code judiciaire).

(151) Rappelons, pour une présentation très fournie du régime des frais et dépens, l'article de P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., pp. 169 à 203, ainsi que A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 583 et s. et encore G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, pp. 452 et s., n°s 336 et s. Adde, H. DEKEYSER, « Frais et dépens - Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail pour la période 1970-1980 », *op. cit.*, *J.T.*, pp. 21 et s.; R. MANETTE, « Les indemnités de procédure et les dépens devant les juridictions du travail », *op. cit.*, *Ann. dr. Liège*, 1983, pp. 141 et s.



de l'instance¹⁵². Qu'il nous soit permis de suggérer l'adoption d'un garde-fou à l'autonomie des parties. L'aménagement conventionnel des dépens n'est-il pas, à l'instar de certaines clauses attributives de compétence (voy. notamment article 630, C. jud.), de ces accords dont les parties ne mesurent pleinement les enjeux, tenants et aboutissants, qu'une fois le litige né? On imagine sans peine de nombreux contrats d'adhésion stipulant des clauses quelque peu (ou franchement!) léonines. Il nous paraît, dans un souci de protection de la partie dite « faible », que la licéité de ce type de clauses devrait être subordonnée à la condition d'être souscrites après la survenance du litige. Chercherait-on un base légale à notre thèse que l'article 1023 du Code judiciaire (*supra*, n° 30), sinon dans sa lettre à tout le moins par son esprit, viendrait selon nous la fonder.

75. Faute. — A côté de l'accord des parties, on sait qu'il, il est admis que l'article 1382 du Code civil peut constituer une des dispositions légales particulières permettant au juge de déléguer à une partie tout ou partie de ses dépens, si celle-ci s'est comportée de manière fautive¹⁵³. Cela implique que la partie par la faute de laquelle les dépens ont été causés peut se voir condamner aux dépens alors même qu'elle obtiendrait gain de cause¹⁵⁴. Les règles de la responsabilité civile, écartées pour permettre à une partie d'obtenir plus que le montant de l'indemnité de procédure, réapparaissent donc au moment de priver, totalement ou partiellement, l'une ou l'autre des parties de cette indemnité.

76. Assuré social. — Il convient aussi de rappeler que, en vertu de l'article 1017, alinéa 2 du Code judiciaire, « la condamnation aux dépens est toutefois toujours prononcée, sauf en cas de demande téméraire et vexatoire, à charge de l'autorité ou de l'organisme tenu d'appliquer les lois et règlements prévus aux articles 579, 6°, 580, 581 et 582, 1° et 2°, en ce qui concerne les demandes introduites par ou contre les assurés sociaux »¹⁵⁵. La disposition reste inchangée¹⁵⁶, notamment en ce qu'elle prive de toute indemnité de procédure l'assuré social qui introduit une demande téméraire et vexatoire¹⁵⁷.

(152) La matière n'est pas d'ordre public (P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., p. 175; A. FETTWIS, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 584, n° 922).

(153) Cass., 4 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, 955; Anvers, 6 octobre 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 2561, obs. J. LAENENS; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, n° 13945-7, n° 29.

(154) P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., pp. 175-176. L'auteur cite divers comportements susceptibles d'être sanctionnés sur cette base : « le refus de fournir ou de recueillir suffisamment d'informations, le manque de collaboration à l'administration de la preuve, la négligence dans la défense de ses propres intérêts ou encore l'absence de prise en considération du coût de la procédure ». *Adde*, pour d'autres développements et d'autres exemples, E. CEREXHE, « La condamnation aux dépens : une sanction du refus de collaboration à l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 455 et s., ainsi que A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 587, n° 925.

(155) Pour rappel (*supra*, n° 15), dans cette hypothèse, le projet d'arrêté royal prévoyait des montants d'indemnité réduits lorsque l'autorité ou l'organisme visé n'est pas la partie succombante.

(156) Voy. les développements circonstanciés qu'y consacre P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., pp. 182 et s.

(157) *Idem*, pp. 186 et s.

2. La liquidation des dépens¹⁵⁸

77. Juridictions civiles. — La Cour de cassation a récemment rappelé que le juge ne peut liquider les dépens au profit d'une partie qui a omis d'en déposer un relevé détaillé¹⁵⁹, pas plus qu'il ne peut, on l'a vu (*supra*, n° 19), allouer une indemnité plus élevée que celle qui est demandée (liquidée) par la partie gagnante. Les parties, et leurs avocats, seront bien inspirés de consacrer quelque temps et quelques lignes à la liquidation des dépens dans leurs conclusions.

A défaut, il faudra appliquer l'article 1021 du Code judiciaire, selon lequel, lorsque les dépens n'ont pas été liquidés dans le jugement, ou ne l'ont été que partiellement, ceux sur lesquels il n'a pas été statué sont réputés réservés. Il faudra revenir devant le juge qui a statué, pour autant que sa décision n'ait pas été entreprise¹⁶⁰.

Qu'en est-il si la partie triomphante n'a ni demandé, ni *a fortiori* liquidé, les dépens imputables à son adversaire? Répondre à cette question impose de ne point confondre la débetion des dépens avec leur liquidation. La seconde doit être demandée (article 1021, C. jud.), tandis que la première est de droit.

On sait, en effet, qu'aux termes de l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, c'est d'office que, le cas échéant, le juge doit condamner la partie succombante aux dépens. L'idée d'une condamnation prononcée d'office, et sans demande, est suffisamment rare dans notre droit, pour qu'on en rappelle l'explication : « sous l'empire du Code de procédure civile, on admettait que la condamnation aux dépens ne pouvait avoir lieu qu'à la demande d'une partie. Le juge ne pouvait donc statuer d'office. Mais l'expérience montre que si la partie ne demande pas la condamnation aux dépens, c'est la plupart des cas par oubli ou par manque d'expérience. Aussi est-il expédient de prévoir que tout jugement définitif porte condamnation aux dépens [...] »¹⁶¹.

Que faire si le juge, s'abstenant de condamner aux dépens, méconnaît cette obligation?

Certains estiment que dans ce cas, les dépens seraient perdus à tout jamais¹⁶². A tort selon nous car dès que le juge omet de statuer sur un chef de demande, *a fortiori* si comme en l'espèce, celui-ci lui est déferé par la loi elle-même, il viole non seulement cette loi (article 1017, alinéa 1^{er}, en l'espèce), mais aussi l'article 1138, 3^o, du Code judiciaire¹⁶³. Par tant, s'il omet de statuer sur des dépens que les

(158) Pour plus de détails, voy. A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 595-596, n°s 944-946.

(159) Cass., 1^{re} ch., 5 janvier 2007, *www.cass.be*, R.A.B.G., 2007, liv. 10, 693, note R. VERBEKE, *R.W.*, 2006-2007, p. 1644, note S. MOSSELMANS.

(160) Cet incident de taxation ne donne, quant à lui, pas lieu à une indemnité de procédure : G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 459, n° 341, et la réf. citées en note (68). Notons par ailleurs que l'hypothèse d'un réservé partiel à statuer sur les dépens, expressément prévue à l'article 1021 du Code judiciaire, pourrait constituer une alternative économe à la réouverture des débats imposée par le régime transitoire de la loi (*infra*, n°s 106 et s.).

(161) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, *op. cit.*, p. 362.

(162) H. LAMON, *op. cit.*, p. 437, n° 9 *in fine*.

(163) Voy. les arrêts pléthoriques recensés par G. DE LEVAL (dir.), *Jurisprudence du Code judiciaire - Les voies de recours*, Bruxelles, la Charte, f. mob., article 1138.

parties ont oublié de lui demander, le juge s'expose immanquablement, sur ces bases, aux voies de recours ouvertes contre ses décisions. Mais si la partie gagnante laisse expirer le délai imparti à l'intentement de ces recours, il ne pourra ultérieurement réclamer, devant ce juge ou un autre, l'indemnité de procédure dont il a été privé : l'omission de statuer ne peut être réparée que par l'exercice d'un recours¹⁶⁴.

78. Juridictions pénales. — Lorsque cette question se posera devant les juridictions répressives (désormais assujetties au régime civil de l'indemnité de procédure), cette question recevra, selon nous, les mêmes réponses. L'article 128 du Code d'instruction criminelle impose aux juridictions d'instruction de prononcer la condamnation aux dépens en cas de non-lieu à la suite d'une constitution de partie civile dans les mains du juge d'instruction, mais cette même disposition ne précise pas que la juridiction d'instruction doit liquider l'indemnité. Il n'y a pas davantage d'obligation de liquidation aux termes de l'article 162bis, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, lorsque le prévenu et les civilement responsables sont condamnés envers la partie civile à lui payer l'indemnité de procédure, pas plus que devant la cour d'assises, au vu l'article 369bis dudit Code. La liquidation de dépens n'est expressément prévue que lorsque c'est la partie civile ayant lancé citation directe qui succombe en vertu de l'article 162bis, alinéa 2.

Qu'advient-il, dans toutes ces hypothèses, si l'inculpé ou, selon le cas, la partie civile, ne demande pas la liquidation de l'indemnité de procédure à laquelle il a droit?

Le principe même de la réforme, spectaculaire sur ce point (*supra*, n° 43), le confirme : il est révolu le temps où l'on pouvait considérer, au sens de l'article 2 du Code judiciaire (*supra*, n° 33), que des principes incompatibles empêchaient l'application, en matière répressive, des dispositions du Code judiciaire relatives aux dépens¹⁶⁵. Partant, il conviendra, par le truchement de l'article 2 du Code judiciaire, de recourir à la procédure de liquidation *a posteriori* prévue par l'article 1021, alinéa 2, du même Code, ce qui supposera, en d'autres termes, de faire revenir la cause sur la base de l'article 4 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle pour obtenir la liquidation de l'indemnité¹⁶⁶.

3. La compensation des dépens¹⁶⁷

79. Principe. — En vertu de l'article 1017, alinéa 4, les dépens peuvent se compenser « dans la mesure appréciée par le juge, soit si les parties succombent respectivement sur

(164) Cass., 3 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, 441; Cass., 13 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, 1136.

(165) Et ce quand bien même le juge du fond se prononce sur l'action civile : voy. Cass., 29 novembre 1983, *Pas.*, 1989, I, 339; *R.W.*, 1983-1984, col. 2762, note A. VANDENPLAS. Voy. encore Corr. Gand, 19 avril 1994, *T.G.R.*, 1995, p. 147. Voy. encore sur cette question A. LORENT, « Les frais de justice répressive », *R.D.P.*, 1983, p. 656.

(166) Dans notre sens, voy. déjà O. MICHELS, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1263. Nous confirmons ici l'opinion que nous avons soutenue lors de notre audition au Sénat (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2007-2008, n° 3-1686/5, p. 117).

(167) Voy. les développements très fouillés de P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., pp. 189 et s.



quelque chef, soit entre conjoints, ascendants, frères et sœurs ou alliés au même degré ».

Cette règle intervient après l'application éventuelle des critères de modulation de l'indemnité instaurés par l'article 1022 (*supra*, n° 27 et s.). Le juge dispose certes, dans chacune des deux étapes, d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation¹⁶⁸, mais il devra veiller à ne pas les confondre.

Une fois les indemnités de procédure (et les autres dépens) définitivement fixés, le juge pourra donc — mais ne devra pas nécessairement — envisager une manière de compensation, pourvu que les parties présentent entre elles les qualités visées par l'article 1017, alinéa 3, ou qu'il y ait entre elles succombances « respectives », même partielles¹⁶⁹, sur « quelque chef »^{170 171}. A cette dernière hypothèse l'on assimilera aisément — et souvent — celles des succombances croisées et successives après recours : on vise ici les scénarios de confirmations et de réformations, détaillés plus haut (*supra*, n° 23).

4. Emergence d'un nouveau contentieux d'appel en matière de dépens

80. Position de la question. — Il n'est pas douteux que demain plus qu'hier, certaines parties seront mécontentes — quant au principe ou au *quantum* — de la condamnation aux dépens prononcée par le premier juge.

Un contentieux d'un genre (presque) nouveau viendra donc très certainement étoffer, ou « simplement » compliquer, la saisine et la mission des juridictions d'appel.

Se poseront — ou se reposeront — avec une acuité particulière les questions concourant à l'admissibilité de l'appel contre une décision se bornant à statuer sur les dépens.

Ces questions sont au nombre de deux.

La seule condamnation aux dépens est-elle, tout d'abord, susceptible d'appel? En cours de travaux préparatoires, le Conseil supérieur de la justice¹⁷² avait exprimé le vœu que la loi prohibe l'appel en ce cas. En vain, car la loi, inchangée sur ce point, n'exclut point l'appel, pas plus qu'elle ne l'excluait avant¹⁷³.

(168) Pour ce qui concerne la compensation, voy. Cass., 9 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 324; Cass., 20 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, 919; Cass., 20 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, 1003; Cass., 17 mars 1966, *Pas.*, 1966, I, 920.

(169) Etant entendu que le juge, s'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire (*adde*, G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 455), ne peut compenser les dépens à charge de la partie qui n'a été condamnée sur aucun point (voy. Cass., 26 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 72). Voy. Cass., 25 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, 959. Voy. encore sur cette question, P. MOREAU, « La charge des dépens... », *op. cit.*, in *Le coût de la justice*, loc. cit., pp. 189 et s.

(170) Sur la notion de demande principale à plusieurs « chefs », voy. l'article 558 du Code judiciaire. I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 avril 2007... », *op. cit.*, *R.W.*, 2007-2008, p. 685, n° 39 retiennent l'hypothèse d'une compensation entre l'indemnité afférente à la demande principale et l'indemnité afférente à la demande reconventionnelle. Cette possibilité est selon nous exclue (*supra*, n° 22bis).

(171) Point d'autre hypothèse de compensation que celles limitativement prévues par le texte : Cass., 26 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 72.

(172) « Avis sur les propositions de loi concernant la répétition... », *op. cit.*, Conseil supérieur de la justice, p. 19.

(173) Aux termes d'un enseignement constant, fondé sur des dispositions qui, à cet égard, n'ont pas été modifiées

Faut-il encore — c'est la seconde question — que cette décision soit appellable, c'est-à-dire que le ressort fixé par l'article 617 du Code judiciaire soit atteint (1.860 EUR ou 1.240 EUR selon le cas). Il échet donc d'appliquer les règles relatives à la détermination du ressort (articles 557 et s., C. jud.). Aux termes de la première de ces règles, rendues applicables par l'article 618 du Code judiciaire, les dépens, au même titre que les intérêts judiciaires et les astreintes, ne sont pas ajoutés au montant de la demande aux fins de déterminer si la décision statuant sur celle-ci est ou non appellable (article 557, C. jud.). Cette disposition impose logiquement de distinguer selon que l'appel est interjeté contre l'ensemble de la décision (principal et indemnité de procédure), ou qu'il n'est formé que contre la décision relative à l'indemnité de procédure¹⁷⁴.

81. Appel sur la condamnation principale. — Envisageons d'abord l'hypothèse la plus simple et la plus fréquente : la décision est frappée d'appel en tant qu'elle a statué sur la demande ayant donné lieu à l'indemnité de procédure et, accessoirement, sur celle-ci (quant au principe de sa déduction et/ou quant à son montant). En ce cas, le texte de l'article 557 du Code judiciaire ne souffre aucune interprétation : l'appel ne sera recevable que si le montant de la demande litigieuse atteint à lui seul (par application des articles 558 à 562 et 618 et suivants), c'est-à-dire sans y ajouter celui de l'indemnité de procédure, le taux du ressort¹⁷⁵.

82. Appel limité à la question de l'indemnité de procédure. — Reste l'hypothèse, plus délicate, où la décision du premier juge n'est déferée à la censure du juge d'appel qu'en tant qu'elle statue sur l'indemnité de procédure accordée ou refusée, en tout ou en partie, au gagnant de première instance. A quelle condition cette décision — susceptible d'appel : *supra*, n° 80 — est-elle appellable?

Il faut rappeler, dès l'abord, qu'en vertu de l'article 618, alinéa 2, du Code judiciaire, c'est bien le montant demandé (dans les dernières conclusions), et non le montant alloué, qui détermine le ressort¹⁷⁶.

Il y a ensuite que s'agissant d'une demande d'indemnité de procédure, le ressort ne devrait pas être déterminé par application des articles 557 et suivants (via l'article 618) dont il résulte que l'indemnité de procédure (demandée) devrait *per se* atteindre le taux du ressort. Il convient plutôt de se référer à l'article 621 du

Code judiciaire, en vertu duquel « les jugements rendus sur incidents [...] suivent pour la recevabilité de l'appel le sort de la demande principale ». Si la demande principale atteint le taux du ressort, l'appel formé contre la décision en tant seulement qu'elle statue sur l'indemnité de procédure est recevable, et inversement.

Plusieurs arguments viennent soutenir cette proposition¹⁷⁷.

On ne voit pas, tout d'abord, ce qui justifierait la différence de traitement selon que l'appel porte ou non sur l'ensemble (principal et indemnité de procédure). Dans le premier cas, on l'a vu (*supra*, n° 81), la décision sur l'indemnité de procédure doit exclusivement son « appellabilité » à celle de la décision sur la condamnation principale. Pourquoi en irait-il différemment dans le second cas, sauf à contraindre l'appelant, pour contourner l'obstacle, à interjeter formellement appel du tout là où il aurait volontiers acquiescé à la condamnation principale?

Il se rencontrera, ensuite, de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'appelant sera contraint (à raison du délai) d'interjeter appel de la décision sur les dépens avant leur liquidation dans les conclusions des parties : comment, dans ces cas, déterminer le ressort par référence au montant de la demande?

L'argument le plus décisif en faveur de l'application de l'article 621 du Code judiciaire gît probablement dans l'analogie à tracer avec le régime de l'astreinte. On a rappelé ci-dessus qu'au regard de l'article 557 (duplicé par l'article 1385*nonies*) du Code judiciaire, l'indemnité de procédure et l'astreinte ont ceci en commun de n'être point « comptabilisées » dans le calcul du ressort de la décision rendue sur la condamnation principale. La question se présente donc dans des termes absolument identiques. Or, à cette question, la meilleure doctrine répond comme il suit : « La décision infligeant une astreinte est-elle, comme telle, appellable? Le caractère accessoire de l'astreinte conduit à résoudre la question par application de l'article 621 du Code judiciaire : la condamnation accessoire suit, pour la recevabilité de l'appel, le sort de la condamnation principale »¹⁷⁸. Au regard de la condamnation principale, l'indemnité de procédure présente un caractère au moins aussi accessoire que l'astreinte.

D. Incidence de la réforme sur le droit des assurances

83. Position de la question. — A la suite de l'arrêt du 2 septembre 2004 de la Cour de cassation, la question de la prise en charge de l'indemnité allouée en réparation des frais et honoraires d'avocat par les assureurs avait été posée. S'agissant d'une condamnation sur la base d'un fait générateur de responsabilité civile, l'assureur de responsabilité du débiteur de l'indemni-

par la loi du 21 avril 2007, il est admis que la décision statuant sur les dépens est, comme telle, susceptible d'appel. Tel est le principe consacré par les articles 616 et 1050 du Code judiciaire. En ce sens, voy. not. A. KOHL, *L'appel en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Swinnen, 1990, p. 106, n° 192 et p. 216, n° 567 et les réf. citées. Comp. I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007... », *op. cit.*, *R.W.*, 2007-2008, p. 689, n° 54.

(174) Dans le sens de cette distinction, voy. ég. Fr. GLANSDORFF et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, loc. cit., n° 18.

(175) *Idem*, n° 18 et la réf. citées aux travaux préparatoires.

(176) G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 306, n° 216A; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, « La compétence », Bruxelles, Larcier, 1981, p. 30; G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2006, p. 177, n° 131; Bruxelles, 18 juin 1999, *J.T.*, 1999, p. 747; Bruxelles, 15 mars 2002, *R.D.J.P.*, 2002, p. 322.

(177) Que rejoignent Fr. GLANSDORFF et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice...*, loc. cit., p. 250, n° 18. Mais comp. I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007... », *op. cit.*, *R.W.*, 2007-2008, p. 689, n° 54 et les réf. citées.

(178) J. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 82, n° 105, citant dans le même sens I. MOREAU-MARGRÈVE, « L'astreinte », *Ann. dr. Liège*, 1982, p. 80, note (217).



té était, en principe, tenu de la prendre en charge. L'assureur protection juridique, en revanche, voyait la dépense qu'il avait consentie pour payer les frais et honoraires de l'avocat réduite à concurrence de ce qu'il pouvait récupérer au titre de la réparation du dommage subi par son assuré¹⁷⁹.

Le nouveau régime va singulièrement changer la donne.

Toute application des règles de la responsabilité civile étant désormais exclue, comment faudra-t-il régler le sort des assureurs protection juridique et des assureurs de responsabilité¹⁸⁰?

1. L'assureur protection juridique

84. Le contrat d'assurance et le principe indemnitaire. — Selon nous, la solution est essentiellement contractuelle.

Les contrats prévoient quasi unanimement la prise en charge des dépens par l'assureur¹⁸¹. Ainsi, si l'assuré perd son procès et doit payer l'indemnité de procédure, cette dernière sera prise en charge par l'assureur protection juridique.

Si l'assuré gagne son procès, et est créancier d'une indemnité de procédure, la question sera de savoir si celle-ci doit être reversée à l'assureur protection juridique. A nouveau, le contrat le prévoit pratiquement toujours, ce qui est analysé comme une cession de droits éventuels¹⁸². A défaut, nous partageons la position de la doctrine selon laquelle le principe indemnitaire commande que le montant de l'indemnité de procédure revienne à l'assureur, l'assuré ne pouvant s'enrichir grâce à l'existence du contrat d'assurance qui lui a permis d'éviter une dépense¹⁸³. Telle est bien l'essence du principe indemnitaire, qui s'applique aux assurances de frais, et donc, à l'assurance protection juridique¹⁸⁴.

85. (In)utilité de la subrogation. — On peut s'interroger sur l'application, dans ce cas, de la subrogation légale prévue à l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Se justifie-t-elle encore pour fonder le droit pour l'assureur de récupérer le montant de l'indemnité de procédure? L'article 41 de la loi ne vise que la subrogation dans les droits et actions de l'assuré contre le tiers responsable d'un dommage. A supposer même qu'il puisse rece-

voir une interprétation large pour s'appliquer à la récupération des dépens, l'assureur ne pourrait exercer directement son droit envers la partie succombante. Par définition, l'indemnité de procédure sera toujours allouée sur la base d'une décision judiciaire au profit de l'assuré, en exécution de la loi. Le seul titulaire de l'*actio judicati* sera l'assuré — sous réserve d'une intervention de l'assureur protection juridique à la cause, mais sur quelle base? — et non l'assureur, même s'il serait concevable que l'assuré réclame les dépens en son nom, mais pour le compte de l'assureur en exécution d'une convention de prête-nom¹⁸⁵.

Mais en tout état de cause, seul l'assuré pourra poursuivre l'exécution de la décision judiciaire. Tout recours subrogatoire direct de l'assureur, quand bien même il aura déjà payé les frais et honoraires d'avocat, nous paraît exclu. On voit ainsi que dès le moment où la répétibilité des frais et honoraires d'avocat est devenue une question de dépens, la question du recours subrogatoire ne se pose plus en dehors de la procédure mue par ou contre l'assuré.

S'agissant des rapports entre l'assuré et l'assureur, une fois la condamnation aux dépens intervenue, il nous apparaît qu'en tout état de cause, l'assureur ne pourra pas exiger de l'assuré qu'il lui rétrocède le montant intégral de l'indemnité de procédure, si ce dernier a dû supporter une partie de l'état de frais et honoraires de l'avocat pour cause de dépassement du plafond de la garantie¹⁸⁶.

2. L'assureur de responsabilité

86. Articles 79 et 82, alinéa 3, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. — L'assureur de responsabilité ne devra plus accorder sa couverture pour prendre en charge une indemnité allouée au titre de la réparation d'un dommage causé par la nécessité d'avoir dû recourir aux services d'un avocat. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il sera étranger à la prise en charge définitive des indemnités de procédure.

En vertu de l'article 79 de la loi sur les assurances terrestres, l'assureur a l'obligation de prendre fait et cause pour l'assuré dont la responsabilité est recherchée par un tiers. Il doit prendre la direction du litige. A ce titre, il doit, sur pied de l'article 82, alinéa 3, de la même loi, payer, même au-delà des limites de la garantie, « les frais afférents aux actions civiles ainsi que les honoraires et les frais des avocats et des experts », dans la mesure où ces frais ont été exposés par lui ou avec son accord ou, en cas de conflit d'intérêt — ce qui implique que ce der-

nier a le libre choix de son avocat — pour autant que ces frais n'aient pas été engagés de manière déraisonnable.

Cette disposition devrait permettre que, lorsque l'assuré succombe, l'assureur de responsabilité prenne en charge l'indemnité de procédure qui doit être payée à la partie adverse. Les travaux préparatoires ne définissent pas ce qu'il faut entendre par la notion de « frais afférents aux actions civiles »¹⁸⁷. Les dépens étant l'accessoire de la condamnation principale par laquelle l'assuré a vu sa responsabilité établie, on ne voit pas comment considérer qu'il ne s'agirait pas là de frais afférents aux actions civiles au sens de la loi¹⁸⁸.

87. Principe indemnitaire. — Lorsque l'assuré triomphe, il perçoit l'indemnité de procédure. Sur la base du principe indemnitaire à nouveau, il devra rétrocéder cette indemnité à son assureur¹⁸⁹ qui, en principe, aura dû supporter les frais d'avocat de la procédure, même au-delà de la garantie, de sorte que l'hypothèse du dépassement de plafond ne devrait pas être rencontrée¹⁹⁰.

Il ne fait pas de doute que les assureurs seront amenés à s'interroger sur l'équilibre financier nouveau qui se dégagera à la suite de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. On peut craindre que les primes soient revues à la hausse ou que les prestations assurées soient modifiées, si les assureurs estimaient que la charge financière découlant des indemnités de procédure est trop lourde à supporter.

5

Application dans le temps

88. Application aux affaires en cours. — La seule consolation qu'inspire toujours le commentaire du régime transitoire d'une législation nouvelle tient par hypothèse à la certitude que les problèmes ne se poseront guère très longtemps... Car pour le surplus, il faut admettre qu'en l'espèce, de toutes les questions à aborder, celle de l'application dans le temps du nouveau régime est sans doute la plus difficile et la plus sujette à débat.

Sous le titre, « disposition transitoire », l'article 13 de la loi du 21 avril 2007 dispose que toutes ses autres dispositions « sont applicables aux affaires en cours au moment de leur entrée en vigueur ». Par délégation donnée par l'article 14 de la loi, cette entrée en vigueur fut fixée à la date du 1^{er} janvier 2008 par l'article 10 de l'arrêté royal du 26 octobre 2007.

(187) Voy. H. COUSY et G. SCHOORENS, *La nouvelle loi sur le contrat d'assurance terrestre - Travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1992 et de la loi modificative du 16 mars 1994*, Diegem, Kluwer, 1994, pp. 249 et s.

(188) Dans le même sens, semble-t-il, C. PARIS, « Le contrat d'assurance de protection juridique - Questions choisies », *op. cit.*, p. 226, n° 39.

(189) C. PARIS, « Le contrat d'assurance de protection juridique - Questions choisies », *op. cit.*, p. 222, n° 32, qui souligne qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse de subrogation.

(190) Sous la réserve de régimes légaux dérogatoires à l'article 82, alinéa 3, instaurés sur pied de l'alinéa 4 du même article.

(179) Voy. pour de plus amples développements : V. CALLEWAERT et B. DE CONINCK, *op. cit.*, n° 13944-9, spécialement n°s 30 et s.

(180) Nous nous permettons de renvoyer d'emblée à la contribution très récente de C. PARIS qui s'est attachée à étudier en particulier cette question (C. PARIS, « Le contrat d'assurance de protection juridique - Questions choisies », in *L'accès à la justice*, formation permanente C.U.P., Anthemis, 2007, pp. 217 et s.).

(181) C. PARIS, *Le régime de l'assurance protection juridique*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 168 et s., dont l'ouvrage, qui constitue par ailleurs la publication de sa thèse de doctorat, prend un soin particulier à analyser le contenu de nombreuses polices.

(182) Il ne s'agit pas, en effet, d'une réelle subrogation conventionnelle (voy. C. PARIS, « Le contrat d'assurance de protection juridique - Questions choisies », *op. cit.*, pp. 220 et 221, n° 30).

(183) *Ibidem*, p. 220, n° 29.

(184) Comme le formule de façon très claire le professeur Fontaine, « le principe indemnitaire énonce que le contrat d'assurance ne peut être pour l'assuré une source d'enrichissement » (M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 341, n° 540).

(185) Pour des développements sur la convention de prête-nom, sous l'empire de l'ancien régime de répétibilité, voy. V. CALLEWAERT et B. DE CONINCK, *op. cit.*, n°s 37 et s. On soulignera qu'une certaine jurisprudence refuse à la convention de prête-nom tout terrain d'élection dans la matière, mais, selon nous, au mépris du principe de la subrogation légale (voy. les décisions recensées par C. PARIS, « Le contrat d'assurance de protection juridique - Questions choisies », *op. cit.*, p. 224, n° 36).

(186) La solution nous semble trouver sa justification dans le contrat d'assurance conclu et l'on sait que les règles de la subrogation ne peuvent fonder intégralement le droit de priorité de l'assuré subrogeant sur l'assureur subrogé, dans les cas où le plafond de la couverture d'assurance a été atteint et que l'assuré a dû prendre en charge sur ses propres deniers une partie de l'état de frais et honoraires de son conseil. Voy. sur cette question technique V. CALLEWAERT et B. DE CONINCK, *op. cit.*, n°s 49 et s.



89. Contexte et enjeux. — Jusqu'où, et avec quelles conséquences, pousser la notion d'« affaires en cours »? Pour répondre à ces questions délicates, il n'est pas inutile de signaler les intentions dont procède la rédaction de ce régime transitoire¹⁹¹. Il s'agissait, à tout prix et d'urgence, de mettre un terme à l'insécurité engendrée par les retombées disparates du revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation et des avatars de celui-ci. Il fallait tout autant que soient gommées au plus tôt et au mieux toutes les discriminations nées de ce revirement et de prévenir, avec la même fermeté, toute discrimination qui viendrait ternir le nouveau régime. Il convenait, en particulier, de réduire au maximum les différences de traitement dans le temps, selon que le procès aurait débuté avant ou après l'entrée en vigueur de la loi. Dans la recherche de la satisfaction de ces objectifs, les parlementaires n'ont pas manqué d'apercevoir les divergences de solutions, et les controverses, qu'aurait pu susciter l'application du droit judiciaire commun (l'article 3 du Code judiciaire) au vu de la nature hybride — teintée de procédure et de « substance » — de la loi. Et c'est donc en parfaite connaissance de cause, et précisément pour servir ces objectifs et obvier ces controverses, que le législateur a prévu un régime transitoire exprès¹⁹². Celui-ci n'a fait l'objet d'aucune objection, ni de la part du Conseil supérieur de la justice, ni du Conseil d'Etat, ni des barreaux ni des experts auditionnés. L'article 13 de la loi a, au demeurant, été adopté à l'unanimité par les commissions de la justice du Sénat et de la Chambre. On relèvera encore que ce régime rejoint, en le dupliquant expressément, le droit commun du droit judiciaire transitoire, consacré par l'article 3 du Code judiciaire¹⁹³. Il s'apparente aussi à celui qu'avait édicté l'article 3 de l'arrêté royal du 17 mars 1993 rehaussant et multipliant, lui aussi, les indemnités de procédure régies par l'arrêté royal du 30 novembre 1970, et qui n'avait suscité aucun émoi.

C'est de la doctrine qu'allait venir la controverse¹⁹⁴.

Gageons que la jurisprudence pourra, elle, restaurer la sécurité, l'uniformité et l'égalité promises aux justiciables. Pour l'y aider, il paraît indispensable de tracer une typologie des situations. Dans cette optique, il convient de circonscrire l'applicabilité du nouveau régime (A), et d'ensuite envisager son application (B). Sous le titre de l'applicabilité, il est question de définir les situations dans lesquelles le nouveau régime trouvera à s'appliquer. Sous le titre de l'application, il s'agit de préciser comment le nouveau régime, chaque fois que son applica-

bilité sera acquise, pourra concrètement être invoqué et débattu.

A. L'applicabilité du nouveau régime

90. Hypothèses. — A notre estime, deux hypothèses génériques doivent ici être distinguées : les affaires dans lesquelles, au 1^{er} janvier 2008, une décision définitive a déjà été rendue sur la question de la répétabilité des frais et honoraires et les affaires non encore émaillées de semblable décision au 1^{er} janvier 2008.

Précision capitale : en vertu de l'article 19, alinéa 1^{er}, la décision définitive est celle par laquelle le juge qui la prononce épuise sa juridiction sur une question litigieuse.

1. Une décision définitive a statué sur la question de la « répétabilité » avant le 1^{er} janvier 2008

91. Décision définitive et décision coulée en force de chose jugée. — Il convient d'opérer ici une sous-distinction selon que cette décision définitive est, ou non, passée en force de chose jugée. De deux choses l'une sous l'angle de cette nouvelle distinction : soit la décision est encore susceptible d'un recours ordinaire (appel ou opposition) voire est déjà frappée, au 1^{er} janvier 2008, de semblable recours ; soit la décision définitive n'est plus susceptible que d'un pourvoi en cassation voire est déjà frappée, au 1^{er} janvier 2008, d'un pourvoi.

1.1. Décision susceptible ou frappée d'appel ou d'opposition

92. Affaire pendante ou non pendante au rôle général. — Eu égard aux principes en cause, il convient de distinguer ici selon que l'affaire gît encore ou non au rôle général de la juridiction qui a prononcé la décision définitive.

a) L'affaire n'est plus au rôle général de la juridiction qui l'a prononcée.

93. Distinction. — Le raisonnement à tenir diffère, dans cette première sous-hypothèse, selon que la décision à entreprendre ou déjà entreprise fut favorable ou défavorable au demandeur en répétabilité.

Décision favorable.

94. Application du nouveau régime. — Aux termes de l'article 26 du Code judiciaire, « l'autorité de la chose jugée subsiste tant que la décision n'a pas été infirmée ». Lorsque la décision est frappée d'appel ou d'opposition, en sorte que son infirmation en est demandée, son autorité de chose jugée est, par hypothèse, soumise à la condition résolutoire de cette infirmation. Au même titre qu'il doit tenir compte de tout élément nouveau survenu après le prononcé de la décision entreprise¹⁹⁵, le juge saisi d'un recours ordinaire n'est pas empêché d'appliquer une loi nouvelle (qui, de surcroît, impose son application immédiate) par la seule circonstance que cette décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée sous l'empire de la loi ancienne. Pour preuve que la Cour de Stras-

bourg elle-même ne condamne pas l'ingérence législative au seul motif de l'autorité de la chose jugée s'attachant à la décision frappée de recours, ces arrêts dont il résulte clairement que la confiscation consistant en une modification législative désarticulant une décision judiciaire porteuse d'une créance n'est, à soi seule (c'est-à-dire sans examen plus avant de la légitimité de son but et de la proportionnalité de sa mesure), contraire à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel que lorsque cette décision n'est plus susceptible d'aucun recours, de quelque nature que ce soit¹⁹⁶. Tel n'est pas le cas de l'hypothèse traitée ici.

Il résulte de ces développements que le juge d'appel ou d'opposition devra, non seulement appliquer les nouvelles dispositions à l'issue de l'instance de recours dont il est saisi, mais aussi (*infra*, n° 96), pourvu évidemment que la décision soit entreprise sur ce point, substituer la nouvelle indemnité de procédure due pour la première instance aux dommages et intérêts alloués sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Décision défavorable.

95. Application du nouveau régime. — Supposons que le premier juge ait débouté le demandeur en répétabilité, aux motifs, par exemple, que les conditions d'application de la jurisprudence de la Cour de cassation n'étaient pas vérifiées ou que sa prétention excédait le champ d'application de cette jurisprudence.

En ce cas, rien — pas même l'autorité de la chose jugée — ne fait obstacle à l'application immédiate, devant le juge d'appel ou d'opposition, de la loi du 21 avril 2007 et de son arrêté d'exécution. A nouveau, ce juge aura même, nous le verrons, à se pencher sur l'indemnité de procédure revenant au plaideur du chef de la succombance de son adversaire devant le premier juge (*infra*, n° 96).

Etendue des pouvoirs du juge d'appel.

96. Application par le juge d'appel du nouveau régime à la première instance. — Dans les hypothèses qui viennent d'être décrites^{196bis}, où une juridiction est saisie après le 1^{er} janvier 2008 d'un recours ordinaire formé contre une décision « répétabilité » prononcée avant cette date, il va de soi que cette juridiction appliquera la nouvelle loi et son arrêté d'exécution relativement à l'instance de recours dont elle est saisie.

Pourra-t-elle en outre, réformant ou confirmant selon le cas la décision entreprise, statuer sur l'indemnité de procédure revenant, en vertu des nouveaux textes, à la partie qui, aux termes de cette décision, avait gagné devant le premier juge et, ce faisant et le cas échéant, substituer cette indemnité aux dommages et intérêts octroyés par la décision entreprise sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de cassation?

(191) Voy. en particulier, au Sénat, le rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2006-2007, n° 3-1686/5. Cette discussion fut ouverte par l'amendement n° 16 déposé par le gouvernement (*Doc.* n° 1686/4, amendement n° 16). A la Chambre, voy. rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2007-2008, n° 51-2891/002, p. 7.

(192) Voy. également le rapport complémentaire fait au nom de la commission de la justice après le renvoi par la séance plénière, *Doc.* n° 3-1686/8.

(193) G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983.

(194) Sur le régime transitoire de la loi et de l'arrêté royal, voy. Fr. GLANSORFF et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, *loc. cit.*, n° 19 et 23; H. LAMON, *op. cit.*, p. 442, n° 29.

(195) A. KOHL, *L'appel...*, *op. cit.*, p. 213, n° 559 et les réf. citées.

(196) C.E.D.H., *arrêt Metaxas c. Grèce*, du 27 mai 2004, §§ 28-31; C.E.D.H., *arrêt Frascino c. Italie*, du 11 décembre 2003, § 33.

(196bis) Et dans ces hypothèses seulement. Les développements que nous y consacrons au texte, quant à l'étendue des pouvoirs du juge d'appel, ne s'appliquent pas aux situations dans lesquelles le premier juge n'a pas été saisi, avant le 1^{er} janvier 2008, d'une demande de répétabilité fondée sur la jurisprudence de la Cour de cassation (*infra*, n° 104bis).



La loi utilise les termes « d'affaires en cours ». « Affaire », et non — délibérément — « instance »¹⁹⁷. Le prescrit du texte dénote, dans l'intention du législateur le vœu de conférer l'application la plus large, et au besoin la plus rétroactive, possible aux dispositions nouvelles.

La question fut évoquée en cours de travaux préparatoires. Les réponses apportées ne sont pas des plus claires, mais il s'en dégage tout de même la volonté d'investir le juge d'appel (ou d'opposition) de la mission de se prononcer sur les deux instances par l'application de la nouvelle loi¹⁹⁸. Il serait du reste regrettable d'obliger ce juge à se livrer à l'exercice périlleux et schizophrène d'appliquer deux régimes très différents selon qu'il se prononce, par dévolution, sur le remboursement des honoraires d'avocats exposés en première instance, puis qu'il statue sur les dépens inhérents à l'instance de recours. L'objectif était, rappelons-le, de mettre un terme à l'insécurité juridique et aux disparités engendrées par l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004 (*supra*, n° 89). Il convient dès lors, selon nous, que le juge d'appel¹⁹⁹ statue sur les indemnités de procédure des deux instances sur la base de la nouvelle loi, étant la seule façon d'assurer un traitement procédural homogène et non discriminatoire dans les années à venir.

b) L'affaire est encore au rôle général de la juridiction qui l'a prononcée.

97. Hypothèse. — On peut concevoir qu'une décision définitive ait été prononcée, avant le 1^{er} janvier 2008, par un juge de premier ressort sur la question de la répétibilité et qu'à cette même date, ce juge reste saisi, pour le surplus, de la cause. Tel sera le cas, en particulier, lorsque le juge aura, à titre définitif (article 19, C. jud.) admis le principe de la répétibilité sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de cassation, mais aura sursis à statuer, voire rouvert les débats, pour ce qui concerne l'évaluation du préjudice.

98. Autorité de chose jugée? — F. Glansdorff et J. van Compernelle considèrent qu'en cette hypothèse, où le demandeur en répétibilité a obtenu du juge l'application de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'application — rétroactive en quelque sorte — du nouveau régime serait inconcevable au motif que « l'autorité de la chose jugée fait évidemment obstacle à ce qu'une loi puisse, en cours d'instance, porter atteinte rétroactivement à des droits judiciairement établis »²⁰⁰. Ajoutons, car ces auteurs ne le font pas expressément, que l'argument déduit de la chose jugée pourrait, par identité de motifs, viser tout autant la situation où la décision définitive et interlocutoire aurait rejeté la demande de répétibilité. La question est la même dans les deux cas et se pose, il est vrai, avec une grande acuité : ayant dit le droit, le juge ne peut, à peine

d'excès de pouvoir, revenir sur les questions litigieuses sur lesquelles il a épuisé sa juridiction. On parle alors d'une exception de dessaisissement, laquelle est d'ordre public²⁰¹.

L'obstacle pourrait d'abord être contourné par l'absurde : il suffirait qu'appel soit interjeté (et il le peut : article 616 *juncto* article 1050, C. jud.) de cette décision définitive interlocutoire, pour que la difficulté théorique soit évacuée. En ce cas, on l'a vu (*supra*, n° 96), le juge d'appel jouit en effet de toute latitude de réformer la décision en lui substituant, le cas échéant, la condamnation de la partie succombante aux nouvelles indemnités de procédure de première instance et d'appel.

A défaut d'appel, le problème théorique demeure certes entier. A bien y regarder, il n'est, tant s'en faut, pas insurmontable. L'interdiction faite au juge de revenir sur une question litigieuse sur laquelle il a épuisé sa juridiction ne résulte jamais que de la loi : l'article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire. La loi peut déroger à la loi. N'est-ce pas précisément le cas de l'article 13 de la loi du 21 avril 2007 qui, appliquant celle-ci à toutes les « affaires en cours », ressaisit le juge de la question litigieuse et, ce faisant, fait exceptionnellement entorse à l'article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire?

99. Indignité européenne? — Certes, la licéité de cette ingérence législative ne va pas de soi. Mais il convient, en cette hypothèse, d'apprécier cette licéité, et l'admissibilité de l'éventuelle « confiscation » qui résulte de l'ingérence, à la lumière, non pas des exigences de l'autorité de la chose jugée et de l'exception de dessaisissement, mais des dispositions de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. MM. Glansdorff et van Compernelle invoquent cet instrument pour conclure à l'inapplicabilité de la loi du 21 avril 2007 dans les hypothèses où « le demandeur a, en citation ou en conclusions, postule la répétibilité intégrale en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, sans cependant qu'une décision judiciaire ait pris position sur cette demande »²⁰². A nos yeux, l'instrument européen ne régit pas seulement cette hypothèse, mais également celle où une décision définitive, interlocutoire, et non entreprise, a déjà pris position sur la demande.

Reste, évidemment, à déterminer si l'ingérence est admissible au vu des deuxième et troisième alinéas de l'article 1^{er} du premier protocole. Dès lors, on l'a dit, que cet examen est commun à l'hypothèse où la demande introduite avant le 1^{er} janvier 2008 n'a pas fait l'objet de décision judiciaire, l'on se permet de reporter le lecteur aux développements que l'on consacrera à cette seconde hypothèse (*infra*, n° 104).

100. Liquidation des dépens préexistante. — Un autre problème, de moindre envergure, se pose encore en cette hypothèse, qui peut être rencontré dès à présent : qu'advient-il si le jugement mixte a, en outre et comme il se peut (*supra*, n° 10), déjà prononcé la condamnation aux dépens? L'autorité de chose jugée s'attachant à cette décision n'empêche-t-elle pas le juge d'allouer, en prosécution de cause, la nou-

velle indemnité de procédure? A notre estime, cette question appelle une réponse négative. Il suit en effet d'une jurisprudence constante que l'autorité de la chose jugée ne s'étend qu'aux dispositifs et aux motifs acquis dans le respect du contradictoire²⁰³. Or, par hypothèse, l'indemnité de procédure rehaussée, et le cas échéant modulée, par la loi du 21 avril 2007 son arrêté d'exécution, n'a pu être postulée, ni a *fortiori* être débattue, par les parties.

1.2. Décision susceptible ou frappée de pourvoi

101. Hypothèse. — Prononcée avant le 1^{er} janvier 2008, une décision rejette, en dernier ressort, une prétention à la répétibilité fondée sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Saisie d'un pourvoi, cette dernière pourrait-elle casser cette décision — passée en force de chose jugée avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 avril 2007 — sur le visa de celle-ci et renvoyer la cause devant une juridiction de fond invitée à allouer les indemnités de procédure « nouveau régime » revenant au demandeur en cassation?

102. Incertitude. — L'idée peut paraître tout à fait choquante de reprocher à un juge de n'avoir pas appliqué une loi qui n'était pas en vigueur, ni même peut-être promulguée, au jour où il a statué.

L'honnêteté commande néanmoins de relever que cette idée perd de son incongruité au vu des arrêts que cette même Cour a prononcés les 29 septembre 2000²⁰⁴ et 22 mai 2003²⁰⁵. Aux termes de ces arrêts envisagés avec perplexité par la doctrine²⁰⁶, la Cour a accueilli le moyen pris de la violation des règles de prescription fixées par la loi du 10 juin 2008 (article 2262bis, C. civ.) à l'encontre d'arrêts qui, avant l'entrée en vigueur de cette loi, avaient déclaré prescrites des actions quasi délictuelles se heurtant à la prescription quinquennale de l'ancien article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, déclaré inconstitutionnel par arrêt du 21 mars 1995 de la Cour d'arbitrage. Le tour de force fut d'autant plus spectaculaire que l'article 11 de la loi du 10 juin 1998 dispose que « lorsque l'action a été déclarée prescrite par une décision passée en force de chose jugée avant l'entrée en vigueur de la présente loi, cette entrée en vigueur ne peut avoir pour effet de faire courir un nouveau délai de prescription ». Or, en vertu de l'article 28 du Code judiciaire, une décision qui n'est plus susceptible que d'un pourvoi est une décision passée en force jugée. La grande audace de la Cour de cassation inspirera peut-être la présentation de moyens de cassation pris de la violation des dispositions de la loi du 21 avril 2007 à l'encontre de décisions rendues sous l'empire de règles et solutions dont le caractère inconstitutionnel a ici aussi, fût-ce aux termes d'arrêts « lacunes » (*supra*, n° 2), été établi par la Cour d'arbitrage.

(197) Contrairement à ce que préconise H. LAMON (*op. cit.*, N.j.W., 2007, p. 442), nous ne pensons donc pas pouvoir ramener le concept en cause à celui d'instance pendante (*hangend rechtsgeding*). Le texte légal, en néerlandais, est « de zaken die hangende zijn op het moment dat ze in werking treden ».

(198) Voy. Sénat, rapport complémentaire, 3-1686/8, p. 3.

(199) Il devrait en aller de même du juge de dernier ressort saisi sur renvoi après cassation (au sujet de cette hypothèse, voy. *infra*, n° 102).

(200) Fr. GLANSDORFF et J. VAN COMPERNELLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, loc. cit., n° 23.

(201) Article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire; Cass., 18 novembre 1997, *Pas.*, 1997, 1212, note; Cass., 11 février 1999, *Bull.*, 1999, n° 81.

(202) Fr. GLANSDORFF et J. VAN COMPERNELLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, loc. cit., n° 23.

(203) Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002, p. 306, note G. CLOSSET-MARCHAL, « L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire ».

(204) Cass., 29 septembre 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 280, note S. MOSSELMANS; *R.W.*, 2000-2001, p. 1166, note I. CLAEYS et P. POPELIER.

(205) Cass., 22 mai 2003, *N.j.W.*, 2003, p. 840.

(206) Outre les réf. citées à la note précédente, voy. M. MARCHANDISE, *La prescription libératoire en matière civile*, dossier n° 64 du *Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 164, n° 160 et les réf. citées.



2. Aucune décision définitive n'a statué sur la question de la « répétibilité » avant le 1^{er} janvier 2008

103. Hypothèses. — Une cause est pendante au 1^{er} janvier 2008 et, à cette date, aucune décision définitive n'a statué sur la question de la répétibilité. Rien n'empêchait que les parties aient par anticipation²⁰⁷, en termes de conclusions, sollicité la condamnation de leurs adversaires respectifs au paiement de l'indemnité de procédure instaurée par la loi du 21 avril 2007, présumant que la décision n'interviendrait qu'après l'entrée en vigueur de celle-ci. Au contraire, elles furent bien inspirées de procéder ainsi²⁰⁸.

Imaginons que ce ne fut pas le cas, notamment par ce que la partie demanderesse persiste délibérément, dans ses prétentions, à préférer le principe de la répétibilité intégrale promis par la jurisprudence de la Cour de cassation.

C'est la situation la plus délicate. Le juge, appelé à statuer après le 1^{er} janvier 2008, doit-il, en ce cas statuer sur la demande telle qu'elle lui a été soumise, c'est-à-dire au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation? Ou, s'agissant d'une « affaire en cours », doit-il d'office (article 1017, alinéa 1^{er}, C. jud.), comme l'exige l'article 13 de la loi du 21 avril 2007, juger de la prétention à l'aune du régime instauré par le nouvel article 1022 du Code judiciaire?

104. Indignité européenne? — MM. Glansdorff et van Compernelle rejettent la seconde branche de l'alternative et, partant, condamnent, du moins dans cette hypothèse, l'article 13 précité au motif que l'applicabilité immédiate de l'article 1022 du Code judiciaire constituerait une confiscation de biens contraire au prescrit de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁰⁹. Le demandeur en répétibilité des honoraires de son avocat nourrissait, selon la terminologie de la Cour européenne des droits de l'homme, l'« espérance légitime » d'obtenir réparation intégrale, dont il ne peut être spolié par la loi.

Le raisonnement est très séduisant mais notre analyse de la jurisprudence la plus récente de la Cour de Strasbourg nous convie à d'autres conclusions. Une « espérance légitime » de voir consacrer judiciairement une créance constitue certes un bien protégé par l'article 1^{er} du premier protocole.

Encore n'est-ce le cas que lorsque l'intérêt patrimonial concerné « a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux »²¹⁰. Transposée à notre débat, cette condition élague beaucoup les situations dans lesquelles le justiciable belge pouvait, au 31 décembre 2007, se prévaloir d'une espérance légitime d'obtenir le remboursement intégral de ses frais d'avocat. On songe notamment aux

controvertes et impasses suscitées, dans le sillage de l'arrêt du 2 septembre 2004, par de nombreux éléments constitutifs, tant du principe que du *quantum*, de la créance (extension de la jurisprudence de la Cour de cassation à d'autres contentieux que la responsabilité civile; application aux dettes de sommes; exclusion du défendeur triomphant; nécessité de l'intervention de l'avocat; réparation intégrale v/s soumission de l'état d'honoraire au secret professionnel de l'avocat, etc.). A vrai dire, la disparité des pratiques et des opinions fut telle²¹¹ que les prétentions aptes à se prévaloir d'« une jurisprudence bien établie », et qui n'auraient pas été tranchées à ce jour, ne sont guère légions. Voilà qui, déjà, dégraisse l'argument d'indignité européenne de l'article 13 de la loi du 21 avril 2007.

Cela étant, pour les quelques cas de réelles « espérances légitimes » sur lesquelles il repose encore, cet argument mérite d'être rencontré plus avant. Rappelons que la réplique qu'on se propose de lui donner vise non seulement le cas de la prétention à la répétibilité non encore tranchée au 1^{er} janvier 2008, que celui d'une même prétention tranchée par une décision définitive, interlocutoire, et encore susceptible de recours ordinaire (*supra*, n^{os} 98-99).

L'article 1^{er} du premier protocole additionnel n'interdit pas la confiscation de l'espérance légitime de consécration judiciaire d'une créance. Ses deuxième et troisième alinéas soumettent l'ingérence de la loi à des conditions que la Cour de Strasbourg a progressivement affinées. Il échet que l'« ingérence litigieuse ait été prévue par la loi », qu'elle tire sa légitimité d'une « cause d'utilité publique », et enfin (et surtout) qu'elle ait « eu lieu dans le respect du principe de proportionnalité »²¹². Nous ne nous attardons pas sur les exigences de légalité et de légitimité du but poursuivies par la loi du 21 avril 2007, dont on ne peut raisonnablement douter qu'elles sont rencontrées.

Seule se pose, avec acuité, la question de la proportionnalité de l'ingérence opérée par cette loi. Comme on le sait, la Cour européenne des droits de l'homme n'entend pas la réponse à ce type de questions que de manière concrète et empirique. Il convient de s'en souvenir chaque fois que l'on tient un raisonnement juridique au nom et sur le fondement de sa jurisprudence. Or, précisément, aux termes de celle-ci, l'atteinte à la propriété (ici à l'« espérance légitime ») demeure admissible tant qu'il y a « versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien », ou de la « créance perdue »²¹³. Au vu de cette exigence, libellée avec nuance, il n'y a violation de l'article 1^{er} du premier protocole que si le montant des indemnités palliatives offertes par la loi d'ingérence est « nettement inférieur à celui résultant du régime de responsabilité

antérieur »²¹⁴ qui fondait la créance spoliée. La compensation résultant de la loi nouvelle doit être « clairement insuffisante », et l'atteinte à la créance supprimée « radicale » pour qu'il y ait atteinte disproportionnée et illicite au droit de propriété²¹⁵. Est-ce bien le cas en l'espèce? Peut-on affirmer que le régime d'indemnités de procédure instauré par la loi du 21 avril 2007 prodigue des résultats « nettement inférieurs » à ceux qui pouvaient être « légitimement espérés » de l'application de la jurisprudence frappée de caducité par ladite loi, en sorte qu'il y aurait « atteinte radicale » au patrimoine des plaideurs concernés? Selon nous, non. Songeons déjà à tous ces justiciables dont la réclamation était, dans son principe et dans son importance, très aléatoire, voire sérieusement compromise : tous ceux-là peuvent, depuis le 1^{er} janvier 2008, prétendre au droit inconditionnel à obtenir une indemnité de procédure substantiellement rehaussée. Soulignons aussi — car c'est fondamental dans le cadre d'une analyse qui ne peut être que concrète — que les montants alloués, trois ans durant, sous l'empire de la jurisprudence de la Cour de cassation n'avaient rien à envier aux indemnités de procédure qui, dans les mêmes circonstances, sont désormais allouées. Ce niveaulement par le bas résultait du recours quasi systématique à l'évaluation *ex æquo et bono*²¹⁶. Ne perdons pas de vue non plus que les indemnités de procédure « nouveau régime » sont calculées et allouées distinctement pour chaque instance, ce qui, au total, procure au gagnant un gain très comparable (lorsqu'il n'est pas supérieur...) aux dommages et intérêts alloués *in globo* en application de la jurisprudence de la Cour de cassation.

MM. van Compernelle et Glansdorff suggèrent encore que l'application immédiate de la loi aux affaires en cours violerait aussi les garanties du procès équitable prescrites par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'elle constituerait une ingérence coupable de l'Etat législateur dans des procès pendants. Il faut rappeler que la jurisprudence à laquelle se réfèrent ces auteurs ne condamne semblable ingérence que lorsqu'elle est le fait d'un Etat membre qui, ce faisant, se ménage une issue favorable aux procédures auxquelles il est lui-même partie.

Non, décidément, le régime transitoire de la loi du 21 avril 2007 ne mérite pas le reproche d'indignité européenne.

104bis. Etendue des pouvoirs du juge d'appel. — Ce qui vient d'être exposé vaut pour tout juge : qu'il siège au premier ou au second degré de juridiction, le juge saisi d'une cause dans laquelle aucune décision « répétibilité » n'a été rendue au 31 décembre 2007, allouera, sans violer le droit européen, l'indemnité de procédure due au gagnant de l'instance. *Quid*, à présent, si ce juge siège en degré d'appel? Doit-il revenir sur l'indemnité de procédure « ancien régime » allouée par le premier juge? A notre avis, non. Il y a lieu de raisonner différemment que dans les hypothèses traitées aux n^{os} 91 à 101 (*supra*, n^o 96). En d'autres termes, le juge d'appel ne pourra, rétroactivement, allouer à la

(207) Et le cas échéant par novation (article 807, C. jud.) de leur demande initiale en répétibilité fondée sur la jurisprudence de la Cour de cassation.

(208) Fr. GLANSDORFF et J. VAN COMPERNELLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, loc. cit., n^o 19.

(209) *Idem*, n^o 23.

(210) C.E.D.H., arrêt *Maurice c. France*, du 6 octobre 2005, § 66; C.E.D.H., arrêt *Kopecky c. Slovaquie*, du 7 janvier 2003, §§ 35 et 48 à 52.

(211) Voy. la synthèse qu'en donne G. MARY, *op. cit.*, J.T., 2007, pp. 2 et s.

(212) Parmi beaucoup d'autres, voy. C.E.D.H., arrêt *Maurice c. France*, du 6 octobre 2005, §§ 81-82. Sur toutes ces conditions, voy. S. VAN DROOGENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme - Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 2, dossier du *Journal des tribunaux* n^o 57, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 151 et s., n^{os} 512 et s.

(213) C.E.D.H., arrêt *Maurice c. France*, du 6 octobre 2005, §§ 87 et s., et les autres arrêts cités; C.E.D.H., arrêt *Les saints monastères c. Grèce*, du 9 décembre 1994, § 71.

(214) C.E.D.H., arrêt *Maurice c. France*, du 6 octobre 2005, § 91.

(215) *Idem*, §§ 91-94.

(216) Voy. les explications et les exemples fournis par G. MARY, *op. cit.*, J.T., 2007, p. 9, n^{os} 40 et s.



partie triomphant en appel, une indemnité de procédure « nouveau régime » du chef de sa victoire (déclarée ou confirmée) en première instance.

B. L'application du nouveau régime : questions procédurales

105. Question. — A présent que sont circonscrites les hypothèses dans lesquelles le nouveau régime doit s'appliquer, il reste à envisager la manière dont cette application peut concrètement, à moindre coût, se concevoir dans les « affaires en cours » au 1^{er} janvier 2008. Il convient, dans toutes ces affaires, qu'un débat se tienne et, de surcroît, que celui-ci ait lieu dans le respect du principe d'économie de la procédure. Les solutions que nous proposons, dans cette double perspective, varient en fonction de l'état de la procédure à la date du 1^{er} janvier 2008.

1. Les débats sont clos, et la cause prise en délibéré, au 1^{er} janvier 2008

106. Réouverture des débats. — En cette hypothèse, la réouverture des débats sera parfois inévitable.

En première ligne, c'est au juge que revient, le cas échéant, l'initiative de cette réouverture²¹⁷. L'article 1017, alinéa 1^{er}, lui impose, comme on le sait (*supra*, n° 77), de prononcer d'office la condamnation aux dépens si sa décision à rendre est définitive au sens de l'article 19 du même Code. Or, l'on sait qu'en vertu du principe du contradictoire, le juge ne peut statuer d'office sans provoquer la discussion préalable des parties²¹⁸. Au demeurant, cette discussion est, avec la technique du réservé à statuer (*infra*, n° 107bis), la seule possibilité qui s'offre aux parties de l'inviter à moduler le montant de l'indemnité de procédure par application des quatre critères visés par l'article 1022 (*supra*, n°s 27 et s.).

Outre le cas échéant par le jeu de l'article 1021, alinéa 2, du Code judiciaire (*infra*, n° 107bis), le juge pourra évidemment faire l'économie de cette réouverture des débats si, avant le 1^{er} janvier 2008, les parties ont eu, et saisi, l'occasion de débattre par anticipation (en termes de conclusions ou de plaidoiries) de l'application du nouveau régime (*supra*, n° 103).

Si cette possibilité ne s'est pas présentée, ou n'a pas été exploitée, et si, par ailleurs, le juge ne prend pas rapidement — comme il le devrait — l'initiative de provoquer la réouverture des débats, celle-ci pourra intervenir à la requête d'une des parties sur le fondement de l'article 772 du Code judiciaire. Il n'est pas déraisonnable de considérer que l'entrée en vigueur du nouveau régime, et son applicabilité immédiate à toutes les affaires en cours constitue un « fait nouveau et capital » au sens de cette disposition.

(217) En ce sens, voy. également H. LAMON, *op. cit.*, p. 442.

(218) Sur cette exigence constante, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2007, pp. 408 et s., n°s 77 et s.

Le surcroît de travail causé par ces réouvertures des débats, ordonnées d'office ou sur requête, est indéniable. Précisons néanmoins qu'un précieux gain de temps et d'énergie pourra, en ces cas, être obtenu du recours au tout nouvel article 775 du Code judiciaire²¹⁹ autorisant le juge à rouvrir les débats par écrit, sans tenir audience.

107. Portée. — Au demeurant, la discussion (écrite ou orale) provoquée par ces réouvertures des débats verra sa portée soigneusement circonscrite : « si la réouverture des débats est ordonnée, ils ne peuvent porter que sur l'objet déterminé par le juge. Aucune nouvelle demande ne peut être introduite et les demandes existantes qui ne font pas partie de l'objet déterminé ne peuvent être ni étendues ni modifiées »²²⁰. Les parties devront donc s'en tenir, scrupuleusement, à l'articulation des demandes et défenses sous-tendues par la loi du 21 avril 2007 et l'arrêté royal du 26 octobre 2007, étant entendu qu'il s'agira pour elles, ni plus ni moins, que de modifier leurs prétentions initiales à l'obtention des dépens qui, par hypothèse, font l'objet de la décision de réouverture des débats.

107bis. Alternative plus expéditive mais partielle. — Dans tous les cas où la discussion à tenir ne concernera que la seule question du montant de l'indemnité de procédure, il nous paraît que le juge pourra trouver, dans l'article 1021, alinéa 2, du Code judiciaire, une alternative économe et expéditive à la réouverture des débats. Il s'agit, pour ce juge, de réserver à statuer sur ladite indemnité et d'ainsi inviter les parties, si elles ne transigent pas sur ce point, à lui soumettre une demande de liquidation/taxation (voy. *supra*, note 160). Le recours à cet expédient ne pourra être envisagé, et la réouverture des débats (par écrit) restera inévitable, lorsque le juge aura été saisi d'une demande en répétibilité fondée sur la jurisprudence de la Cour de cassation. En ce cas, le débat à tenir pourrait excéder, nous l'avons vu (*supra*, n°s 91 et s.), les contours d'un incident de taxation. Mais, dans les nombreuses situations où la « question de la répétibilité » n'était pas dans le débat au 31 décembre 2007 le réservé à statuer (que la loi ne subordonne à aucune condition particulière)^{220bis} sur l'indemnité de procédure jouera efficacement le rôle d'une plate-forme suffisante de possible dialogue entre juge et parties sur l'application du nouveau régime.

2. Les débats ne sont pas clos au 1^{er} janvier 2008

108. Distinction. — On distingue ici selon que les parties disposent encore, ou non, de la possibilité de conclure.

(219) Inséré par la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arrière judiciaire. Au sujet de cette disposition nouvelle et des ses vertus, cons. J. ENGLEBERT, « La mise en état des causes et l'audience de plaidoiries », in *Le procès civil accéléré?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 163 et s.; G. DE LEVAL, Fr. GEORGES et P. MOREAU, « La loi Onkelinx du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arrière judiciaire », in *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2007, pp. 114 et s.

(220) Cass., 28 octobre 2003, *Pas.*, 2003, I, 729.

(220bis) A. FETTWEIS, *Manuel ...*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 595, n° 944.

2.1. Les parties peuvent encore conclure

109. Principe. — En ce cas, cela va de soi, les parties seront bien inspirées de rédiger, et d'échanger, des conclusions sur l'application du nouveau régime.

2.2. Les parties ne peuvent plus conclure

110. Article 748 du Code judiciaire. — Il nous paraît, en ce cas, que les soupapes offertes par l'article 748 du Code judiciaire pourront jouer. Les parties seraient, tout d'abord, bien inspirées de s'accorder expressément sur un ultime échange de conclusions sur le sujet (article 748, § 1^{er}, C. jud.). Cette solution présente l'avantage de la simplicité et de l'élégance. Elle permet aussi d'éviter les coûts et le rallongement de la procédure inhérents à la mise en œuvre des autres solutions.

Au nombre de celles-ci, on songe — subsidiairement — à l'introduction d'une requête fondée sur l'article 748, § 2, du Code judiciaire. Il nous paraît difficilement contestable que l'entrée en vigueur du nouveau régime constitue, au sens de cette disposition, un fait nouveau et pertinent²²¹.

Audace pour audace, ne peut-on également soutenir que la demande de dépens constitue, en raison de son caractère éminemment accessoire, un corollaire immédiat de la demande principale, et que s'agissant dès lors d'une demande additionnelle au sens de l'article 808 du Code judiciaire, des conclusions la formulant dans le respect du contradictoire peuvent toujours être prises (article 748, § 1^{er}, C. jud.).

Si aucune de ces trois pistes ne devait rencontrer les faveurs (et susciter la bonne volonté) du juge et des parties, il restera inexorablement au premier à rouvrir les débats en cours de délibéré ou à tout le moins, à réserver à statuer (*supra*, n° 106 et s.). C'est dire combien la mise en œuvre d'une de ces solutions est souhaitable.



Conclusion

111. Un optimisme rationnel et constructif. — Le droit positif de la répétibilité, flambant neuf, n'est sans doute pas parfait. Mais n'est-ce pas le propre de toute nouvelle législation, d'intérêt crucial et de longue gestation, que de s'exposer à la critique? La sévérité du jugement est, le plus souvent, suscitée par la crainte du changement. Du reste, imaginait-on un seul instant que, même légitimée par de larges et nombreux consensus intervenus entre tous les artisans de son élaboration, la loi du 21 avril 2007 allait sceller une sereine unanimité? Légiférer dans une matière aussi pétrie par l'antagonisme, c'est forcément faire œuvre controversée. Selon

(221) Fr. GLANSORFF et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, in *L'accès à la justice*, loc. cit., n° 19. Voy. déjà, à propos du revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt du 2 septembre 2004, G. MARY, *op. cit.*, J.T., 2007, p. 4, n° 15; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La répétibilité des honoraires... », *op. cit.*, R.G.A.R., 2005, n° 13945-3, n°s 10 et 11; Bruxelles, 14 octobre 2004, *Journ. proc.*, n° 488, 22 octobre 2004, p. 27.



que l'on gagne ou perde le procès, on louera ou on maudira le nouveau système...

La réception de celui-ci méritait donc mieux qu'un commentaire partisan.

Si les difficultés d'application n'épargneront pas les prétoires, force est aussi de constater que les solutions à suggérer pour les lever ne manqueront pas non plus. C'est là toute la richesse de l'environnement juridique préexistant du nouveau système. A dire vrai, rares demeurent les zones d'inconfort. Et les inévitables différences de traitement pourraient, avec le recul nécessaire, échapper à la censure de la Cour constitutionnelle.

Car plus fondamentalement, le système nouveau présente quatre vertus qui devraient lui valoir le salut et la pérennité : son existence, sa légitimité, son effectivité et son équilibre.

Il présente d'abord le mérite d'exister. Nous l'avons attendu pendant plusieurs années. Donnons lui les chances de prospérer et d'atteindre ses objectifs. Quelle qu'en soient les raisons, son abrogation n'aurait jamais pour principale conséquence que d'ouvrir une nouvelle ère d'insécurité. Et l'abroger ou l'annuler au profit de quel autre système? Que ceux qui en appellent à sa suppression lui trouvent un substitut plus consensuel.

Le processus d'élaboration du nouveau système en assoit la légitimité. Il a, dans son principe et sur bon nombre de ses modalités d'application, reçu l'assentiment des Ordres d'avocats (francophones et flamands!), du Conseil supérieur de la justice et du Conseil d'Etat. La commission de la justice du Sénat a procédé à de nombreuses auditions convergentes.

Le système sera effectif. Par l'encadrement du montant de l'indemnité de procédure entre un maximum et un minimum et grâce à la palette de critères modulateurs offerte au juge, le nouveau régime assure de la réalité et de l'adéquation de l'indemnité compensatoire. Certes cette effectivité restera tributaire des montants déterminés par le gouvernement. Mais la grille actuellement imposée par l'arrêté royal du 26 avril 2007 porte des montants qui, tout bien pesé, n'ont rien à envier à ceux dont le versement était, ça et là, « garanti » par l'application de la solution prétorienne élaborée par la Cour de cassation. N'oublions pas que la réparation intégrale resta, en pratique, un leurre; que les nouvelles indemnités sont, quant à elles, dues pleinement pour chaque instance. Et si des ajustements s'avéraient nécessaires, il suffira d'une intervention ponctuelle du gouvernement.

Les équilibres atteints doivent enfin être portés au crédit du système. Suffisamment généreux pour encourager le justiciable modeste qui, sans lui, aurait baissé pavillon; assez raisonnable que pour ne point dissuader celui qui, de bonne foi, hésite; vraiment gênant pour ceux qui instrumentalisent les prétoires : le nouveau système améliore l'accès à la justice, spécialement au profit des plus démunis.

Jean-François VAN DROOGHENBROECK
Professeur à l'U.C.L. et aux F.U.S.L.
Bertrand DE CONINCK
Assistant à l'U.C.L.
Avocat au barreau de Bruxelles

I. PROCÈS ÉQUITABLE. — Droits de la défense. — Divorce. — Décision fondée de manière déterminante sur des déclarations anonymes. —

II. DIVORCE. — Séparation de plus de deux ans. — Appréciation des torts. — Preuve des faits litigieux. — Déclarations anonymes recueillies par la police. — Violation des droits de la défense.

Cass. (1^{re} ch.), 17 décembre 2007

Siég. : Ch. Storck (prés.), D. Plas, Ch. Matray, S. Velu (rapp.) et Ph. Gosseries.

Min. publ. : J.-Fr. Leclercq (proc. gén.).

Plaid. : MM^{es} F. T'Kint, C. Draps et J. Oosterbosch.

(K. c. D.).

I. et II. *Viole les droits de la défense des parties le juge qui, statuant sur leurs torts respectifs dans le cadre de leur divorce, se fonde de manière déterminante sur les déclarations anonymes des voisins du couple, recueillies par les services de police.*

(Extraits)

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 13 juin 2006 par la cour d'appel de Liège.

Par ordonnance du 22 novembre 2007, le premier président a renvoyé la cause devant la troisième chambre.

Le conseiller Sylviane Velu a fait rapport.

Le procureur général Jean-François Leclercq a conclu.

II. Le moyen de cassation.

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées.

- article 306 du Code civil;
- article 149 de la Constitution;
- principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

Décisions et motifs critiqués.

Après avoir fait droit à la demande en divorce formée par la demanderesse contre le défendeur, fondée sur l'adultère de ce dernier constaté par exploit d'huissier du 28 mai 1997, l'arrêt déboute le défendeur de la demande en divorce qu'il a formée contre la demanderesse sur le fondement de l'article 231 du Code civil mais accueille cette demande en tant qu'elle était fondée sur la séparation de fait de plus de deux ans des époux par application de l'article 232, alinéa 1^{er}, du même Code.

Et il admet partiellement le renversement de la présomption visée à l'article 306 du Code civil, aux termes duquel « l'époux qui obtient le divorce » sur le fondement de la séparation de fait de plus de deux ans « est considéré comme l'époux contre qui le divorce est prononcé » sauf preuve que la séparation de fait est imputable à ses propres « fautes et manquements », en décidant que « le divorce est imputable aux fautes et manquements des deux parties » par les motifs suivants :

« Pour renverser celle-ci (la présomption visée à l'article 306 du Code civil), (le défendeur) doit établir que (la demanderesse) est seule à l'origine de la séparation et la cause de sa persistance.

» Des griefs évoqués par (le défendeur) en pages 5 et 6 de ses conclusions d'appel, seul le second peut être retenu comme ayant contribué à la séparation des parties. En effet, le certificat médical déposé par (le défendeur) à la suite de la scène de coups du 15 juin 1992 laisse apparaître que les coups ont été relativement violents. Par ailleurs, s'il n'est pas établi qu'il y ait eu d'autres scènes de coups précédemment — sauf l'épisode de la chaise semble-t-il — le rapport que les gendarmes font dans le dossier répressif ne peut être écarté d'un revers de main sous prétexte que les témoignages qu'ils ont recueillis demeurent anonymes : les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire. Or, à cet égard, les renseignements consignés par les verbalisants sont sans équivoque : « Nous sommes déjà intervenus à plusieurs reprises chez [la demanderesse] toujours pour des différends (avec son mari ou avec les voisins). De ce fait, nous avons mené une petite enquête de voisinage et nous avons appris ceci : tout le monde que nous avons rencontré est unanime pour dire que [la demanderesse] est une véritable 'furie' et qu'il est impossible de s'entendre avec elle; ces personnes sont également unanimes pour ne pas vouloir faire de déclaration et ainsi éviter les représailles de l'intéressée; certains ont été témoins des scènes qui opposaient [la demanderesse] à son mari et particulièrement lorsqu'une fois, elle lui brisa une chaise sur la tête; [...] les personnes en cause, hormis [la demanderesse], et les témoins résument les faits comme étant minimes et surtout provoqués par [la demanderesse] ».

» Si les allégations développées par (le défendeur) en pages 5, *in fine*, et 6 de ses conclusions d'appel quant au vécu du couple ne sont pas démontrées, il n'en demeure pas moins que les éléments relevés ci-avant par les verbalisants sont suffisants pour établir que tous les torts ne sont pas du seul côté (du défendeur) et que le comportement de (la demanderesse) a, lui aussi, été à l'origine de la séparation.

» Par contre, si (la demanderesse) a « initié » la procédure en divorce, c'est (le défendeur) qui a chaque fois relancé la procédure que (la demanderesse) ne diligenterait pas. Sa mise en ménage avec la dame Elisabeth J., toujours d'actualité, est la cause du maintien de cette séparation ».

Griefs.

L'arrêt justifie le renversement partiel de la présomption visée à l'article 306 du Code civil par plusieurs scènes de violence dont la responsabilité incomberait à la demanderesse.