

Sommaire

Doctrine

La caution *judicatum solvi*,
une institution en sursis (?),
par A. Gillet 349

Le point sur...

La force majeure, par F. Glansdorff .. 355

Jurisprudence

■ Architectes - Ordre des architectes -
Mission - Protection du titre et de la
profession (article 2 de la loi 26 juin 1963)
- Pratique déloyale - Action en justice -
Recevabilité

Cass., 1^{re} ch., 4 avril 2019, conclusions
de l'avocat général Ph. de Koster 359

■ OTAN - Immunité de juridiction -
Article 6.1. Convention européenne
des droits de l'homme - Opérations de
maintien de la paix - Responsabilité quasi
délictuelle
Bruxelles, 23 novembre 2017 361

Chronique

Deuils judiciaires - La vie du palais - Échos
- Colloques.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
11 mai 2019 - 138^e année
18 - N° 6772
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrine

La caution *judicatum solvi*, une institution en sursis (?)

Aux termes d'un arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018, la Cour constitutionnelle a déclaré le mécanisme belge de l'exception de caution *judicatum solvi* contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. L'occasion est ainsi donnée de se pencher, au sein de ces colonnes, une nouvelle (et dernière ?) fois sur l'exception régie par les articles 851 et 852 du Code judiciaire.

1. Introduction. — Issu du droit romain¹, le régime de l'exception de la caution de l'étranger demandeur, qui figurait jusqu'ores à l'article 16 du Code civil, a été, lors de l'adoption du Code judiciaire, rapatrié et modalisé en ses articles 851 et 852.

Sans doute tout a-t-il déjà été écrit au sujet de cette institution, ou peu s'en faut². C'est toutefois sans compter sur l'arrêt n° 135/2018 rendu par la Cour constitutionnelle le 11 octobre 2018³, dont nous livrons ici le commentaire.

Après un exposé de ses modalités — peut-être en guise de baroud d'honneur, dirons-nous au risque d'anticiper sur nos conclusions — et une fois évoquées les tribulations jurisprudentielles et semonces doctrinales dont elle a fait l'objet, nous tenterons ici d'entrevoir de quelle manière les enseignements dudit arrêt pourraient être introduits dans notre arsenal législatif.

1 Le régime de la caution *judicatum solvi*

2. Ratio. — Ainsi que le cisèle la Cour de cassation⁴, la *cautio judicatum solvi* a pour objet de prémunir le justiciable belge contre les pertes pécuniaires que pourrait lui faire subir, par un procès sans fondement, un étranger n'offrant pas de garanties en Belgique pour assurer le paiement⁵ des frais — de signification, d'exécution, dépens⁶ — et des dommages et intérêts résultant du procès — parce qu'il serait téméraire ou vexatoire — auxquels il serait condamné ; sont dès lors exclus les dommages et intérêts réclamés par le défendeur par voie reconventionnelle et ne résultant pas du fait de l'introduction d'une procédure par le demandeur étranger⁷ ou découlant d'un préjudice antérieur à l'introduction de l'action⁸.

Le défendeur belge se voit ainsi offrir une exception qui, si elle est accueillie par le magistrat, permettra qu'il soit sursis à procéder jusqu'à la constitution de la sûreté ordonnée, étant entendu qu'elle sera examinée en priorité par le juge⁹ et fera l'objet d'une décision séparée¹⁰.

- (1) Voy. G. A. L. DROZ, obs. sous C.J.C.E., 1^{er} juillet 1993, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 637.
- (2) Le lecteur consultera ainsi utilement les contributions et ouvrages suivants : S. CNUDE, « 851 Ger. W. - 852 Ger. W. », in X., *Gerechtigd wetboek — Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer, feuillets mobiles ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2002-2012) - Droit judiciaire privé - Introduction et incidents de l'instance », *R.C.J.B.*, 2014, pp. 225 et s., n°s 190 et s. ; G. DE LEVAL « La défense », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 190 et s., n°s 2.57 et s. ; P. MOREAU, « Les exceptions », in D. MOUGENOT (coord.), *La jurisprudence du Code judiciaire commentée*, vol. II.A, *L'instance*, Bruges, la Charte, 2018-2019, pp. 397 et s.
- (3) Consultable sur le site de la Cour, www.const-court.be.
- (4) Cass., 4 octobre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 212 ; Cass., 10 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 35.
- (5) Ce qui suppose qu'une somme soit réclamée à charge du défendeur (Bruxelles, 2 février 1995, *J.T.*, 1995, p. 769).
- (6) Civ. Bruxelles, réf., 21 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 99.
- (7) Bruxelles, 1^{er} avril 1999, *J.T.*, 1999, p. 450.
- (8) Civ. Bruxelles, réf., 14 février 1997, *R.G.D.C.*, 1997, p. 232 ; Comm. Turnhout, 2 juin 2014, *R.D.J.P.*, 2015, p. 84.
- (9) G. DE LEVAL, « La défense », *op. cit.*, 2015, pp. 1189 et 189, n° 55 B).
- (10) Mons, 15 octobre 1991, *Pas.*, 1991, II, p. 191 ; Civ. Bruxelles, 12^e ch., 22 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 407.



LE RÈGLEMENT COLLECTIF DE DETTES
Chronique de jurisprudence 2011-2017

Sous la coordination de
Florence Burniaux
François Adriaenssens
Jean-Claude Burniaux
Jean-François Ledoux
Gauthier Mary

(111)
Les Douzièmes
du Journal des Tribunaux

LE RÈGLEMENT COLLECTIF DE DETTES
Chronique de jurisprudence 2011-2017

François Adriaenssens, Florence Burniaux,
Jean-Claude Burniaux, Jean-François
Ledoux, Gauthier Mary
Sous la coordination de Florence
Burniaux

Outre les querelles doctrinales,
l'ouvrage présente la
jurisprudence évolutive de
ce contentieux en perpétuel
mouvement sans omettre
l'importance des arrêts de la
cour de Cassation et de la cour
Constitutionnelle.

> Les Douzièmes du Journal des
tribunaux
450 p. • 55,00 € • Édition 2019

www.larcier.com

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium s.a.
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

3. Exception soulevée in limine litis. — Encore faut-il toutefois que ce défendeur souleve l'exception *in limine litis*¹¹.

En effet, aux termes de l'article 868 du Code judiciaire, l'exception de caution doit être soulevée avant toute autre exception dilatoire, lesquelles doivent être proposées conjointement et avant toutes défenses au fond.

Il est aujourd'hui admis qu'il suffit, pour que le prescrit de cette disposition soit respecté, que l'exception soit invoquée dans le premier acte de procédure du défendeur et avant que les débats sur le fond aient été entamés, sans que l'ordre de présentation de plusieurs exceptions proposées dans les mêmes conclusions puisse avoir une quelconque incidence sur leur recevabilité¹², « à peine de verser dans un formalisme archaïque et gratuit »¹³. La seule exigence est, en définitive, celle de la cohérence : il importe que la partie défenderesse, tout comme la partie demanderesse d'ailleurs, articule sa position de manière claire et non-contradictoire¹⁴.

4. Appréciation souveraine du juge. — L'article 852 du Code judiciaire, délaissant au magistrat un certain pouvoir d'appréciation, prévoit que « le jugement qui ordonne la caution fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle est fournie. Il peut aussi remplacer la caution par toute autre sûreté. Le demandeur est dispensé de fournir la sûreté demandée s'il consigne la somme fixée, s'il justifie que ses immeubles situés en Belgique sont suffisants pour en répondre ou s'il fournit un gage conformément à l'article 2041 du Code civil. Au cours de l'instance, à la demande d'une partie, le tribunal peut modifier l'importance de la somme ou la nature de la sûreté fournie ».

La jurisprudence, appréciant le fondement de la demande de caution, n'a pas hésité à en éluder l'application, faisant ainsi montre d'une modération notamment préconisée par G. Closset-Marchal¹⁵. Ainsi, jugé qu'aucune caution ne doit être fournie lorsque la demande apparaît manifestement fondée, fût-ce partiellement¹⁶; jugé également qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de caution lorsque le demandeur se trouve dans une situation financière telle qu'il pourrait, s'il devait être contraint de consigner la somme demandée, être placé dans une situation l'empêchant en fait de soutenir la thèse qu'il défend¹⁷; à l'inverse, jugé encore, acte pris de l'absence d'indice permettant de nourrir quelque doute quant à la solvabilité du demandeur, qu'il n'y a pas lieu à caution lorsque celle-ci semble davantage sollicitée aux fins d'embarrasser le demandeur que de se garantir contre son insolvabilité¹⁸.

5. Occurrences procédurales. — Aux termes de l'article 851 du Code judiciaire, tout étranger¹⁹, demandeur principal ou intervenant, peut se voir opposer par un défendeur belge l'exception de caution *judicatum solvi*; en termes mieux choisis, le doyen de Leval affine la proposition : l'exception peut être soulevée contre l'étranger ayant pris l'initiative de la création d'un lien d'instance²⁰.

Partant, si l'on comprend aisément au vu des termes de la disposition que l'exception ne peut être soulevée contre un défendeur étranger introduisant une demande reconventionnelle, il faut en outre observer qu'elle ne peut non plus l'être contre un défendeur faisant intervention volontaire à titre conservatoire²¹, pas plus que contre un défendeur étranger introduisant une opposition ensuite d'un jugement rendu par défaut²² ou appelé en déclaration d'arrêt commun²³.

L'exception ne peut pas non plus être opposée à un étranger diligentant une tierce opposition ou une action en mainlevée d'une saisie²⁴, dès lors que, quoi qu'en ait dit la Cour de cassation²⁵, il n'y a pas non plus, par l'initiative procédurale ainsi matérialisée par le tiers opposant, introduction d'une nouvelle instance²⁶.

Elle pourra en revanche être opposée par un défendeur belge à un demandeur originaire étranger au moment où le premier diligentera une opposition, ou le second, un appel²⁷.

6. Exception reçue pour la première fois en degré d'appel : quantum.

— Se posera, dans ce dernier cas, la question du montant à concurrence duquel la caution doit être fournie lorsqu'elle est ordonnée pour la première fois en degré d'appel.

Si pour certains l'exception n'aura alors d'effet qu'à l'égard des frais et des dommages-intérêts éventuels relatifs à l'instance d'appel²⁸, d'autres estiment, argument de texte à l'appui, que cette limitation n'a pas lieu d'être, dès lors que la caution vise à garantir les frais du procès, et non seulement de l'instance²⁹.

S'il nous fallait ici rompre une lance, c'est à la première des deux thèses qu'iraient nos faveurs.

En effet, si un justiciable belge se retrouve intimé par un appelant étranger, de deux choses l'une : soit ce justiciable était en première instance demandeur et a obtenu gain de cause, auquel cas il n'était alors de toutes façons pas dans les conditions pour bénéficier de la caution³⁰, soit il était défendeur, auquel cas lui conférer la possibilité de solliciter caution pour les deux instances reviendrait à lui permettre de rattraper l'éventuelle négligence qu'il aurait commise en omettant de soulever l'exception *in limine litis*.

7. Exception ne pouvant être soulevée d'office en cas de défaut. — L'objectif de protection du défendeur que s'assignent les dispositions dont question pourrait assez naturellement susciter la question de savoir si le magistrat peut d'initiative l'accorder lorsqu'il est défaillant.

La réponse nous paraît, de manière assez évidente, négative.

D'une part, la disposition ressortit manifestement à l'ordre privé, puisque l'exception, outre le fait qu'elle doive être soulevée par le défendeur³¹, doit l'être au seuil de la procédure (*cf. supra*), de sorte que l'article 806 du Code judiciaire, cantonnant la mission du juge au

(11) Anvers, 7^e ch., 23 février 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1504. Voy.

Liège, 7^e ch., 16 octobre 2003, *R.R.D.*, 2004, p. 44 ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 1499 : les procès devant le juge du fond et celui de l'exécution devant être considérés comme distincts, l'exception peut valablement être invoquée devant le second, qu'elle ait ou non été invoquée devant le premier. Dans le même sens : Civ. Bruxelles, sais., 19 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 664.

(12) Cass., 17 octobre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2284.

(13) A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Fac. dr. Liège, 1987, p. 109, n° 112.

(14) Cass., 21 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 293, obs. M. BAETENS-SPETS-CHINSKY, « L'ordre des défenses » ; partant, l'exception ne pourrait être formulée à titre subsidiaire (Anvers, 14 mai 1986, *J.P.A.*, 1991, p. 173).

(15) G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé - Aspects de procédure*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 27, n° 31.

(16) T.T. Bruxelles, 5 janvier 1989, *Ch. D.S.*, 1989, p. 306 ; Civ.

Bruxelles, sais., 19 avril 2005, précité (note 11) ; Civ. Bruxelles, sais., 23 juin 2011, *J.T.*, 2011, p. 655, estimant à la suite de G. DE LEVAL (*Traité des saisies*, p. 268, n° 136 C) que le demandeur étranger n'est pas tenu de fournir caution lorsqu'il dispose d'un titre exécutoire lui conférant une créance certaine et exigible à l'encontre de son débiteur.

(17) Civ. Bruxelles, 12^e ch., 25 septembre 1996, *Rev. dr. étr.*, 1996, p. 769, note S. SAROLEA, « Les entraves à l'accès au juge et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - La caution *judicatum solvi* ».

(18) Comm. Mons, 2^e ch., 2 novembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 617, note C. ROMMELAERE ; *J.T.*, 2001, p. 523, note M. FALLON. Le Tribunal cite P. WAUTELET, « Over de cautio *judicatum solvi* en de herziening ten gronde », *R.G.D.C.*, 1998, p. 53.

(19) Tant la personne physique que la personne morale (Bruxelles, 14 mars 2002, *R.D.J.P.*, 2003, p. 225 ; Comm. Turnhout, 2 juin 2014, précité, note 8), indépendamment de son lieu

de résidence.

(20) G. DE LEVAL, « La défense », *op. cit.*, p. 191, note 648.

(21) Liège, 17 octobre 2011, *Rev. not. b.*, 2012, p. 653 ; *contra* S. CNUDE, *op. cit.*, p. 128.

(22) Bruxelles, 25 janvier 2000, *R.D.J.P.*, 2000, p. 252 ; *contra* Civ. Bruxelles, sais., 7 juin 1995, *Act. dr.*, 1996, p. 309.

(23) Bruxelles, 16^e ch., 24 février 2010, *R.D.J.P.*, 2011, p. 135.

(24) Voy. à cet égard J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les voies de recours extraordinaires », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 1134, n° 9.84 et, parmi les références citées en note 4927, Bruxelles, 10 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1242, note G. DE LEVAL, ainsi que Bruxelles, 5 septembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 35.

(25) Cass., 26 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 1569 ; *J.T.*, 2000, p. 419, note critique H. BOULARBAH et J. ENGLEBERT.

(26) Voy. en ce sens, en matière fiscale, Civ. Liège, 4 septembre 2013, *F.J.F.*, 2014, p. 336 : si le contribuable qui conteste la déduction d'une

taxe est, en termes de procédure, demandeur à l'instance, cette qualité procédurale n'a, en raison de l'inversion du contentieux opérée, pas pour conséquence de le soumettre à la caution *judicatum solvi*.

(27) Article 851 du Code judiciaire ; Gand, 7 novembre 2007, *R.D.J.P.*, 2008, p. 143.

(28) P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 441, n° 521.

(29) G. DE LEVAL, « La défense », *op. cit.*, p. 193, n° 2.59 ; voy. également en ce sens, en jurisprudence, Liège, 25 novembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 174.

(30) Voy. en ce sens Liège, 7^e ch., 16 octobre 2003, précité (note 11), qui relève en outre, citant le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, que « par procès, il y a lieu d'entendre le litige soumis à un tribunal, la contestation pendante devant une juridiction ». (31) Voy. Civ. Bruxelles, 9 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2001, citant Civ. Bruxelles, 11 juin 1990, *J.T.*, 1991, p. 93.

relevé des moyens d'ordre public, lui interdit d'ordonner *motu proprio* au demandeur la constitution d'une caution³².

D'autre part, l'on voit mal contre quel dommage cette caution aurait vocation, en amont, à prémunir le défendeur défaillant, en manière telle que l'on conçoit difficilement qu'elle soit ordonnée, puisque dépourvue d'objet.

Rappelons, schématiquement, que depuis les réajustements successifs dont a fait l'objet la protection du justiciable défaillant, soit le magistrat décèle un moyen relevant de l'ordre public ou que la loi lui permet d'appliquer d'office et tenant en échec la prétention du demandeur, auquel cas l'article 806 lui impose de le soulever, soit, en l'absence de pareil moyen, il doit faire droit à la demande du demandeur, sans préjudice de la possibilité de faire application des possibilités lui conférées par l'article 803 du même Code³³.

Dans ce second cas, le demandeur n'aura aucune dette procédurale envers le défendeur, qui aura été condamné aux dépens conformément à l'article 1017 du Code judiciaire.

Dans la première hypothèse, le demandeur aura certes mû une action dépourvue de fondement, ce dont la caution *judicatum solvi* vise précisément à prémunir le défendeur.

Voyons toutefois que ce dernier n'aura pas supporté de dépens afin de voir sa défense assurée et dont il devrait être tenu indemne, et l'on ne conçoit évidemment pas que le magistrat, irrité par le caractère abusif de la demande dont il aura dû débouter le demandeur, le condamne d'initiative, au mépris le plus flagrant du principe dispositif, à des dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire.

8. Clauses conventionnelles dérogoires. — La possibilité d'opposer au demandeur étranger la caution *judicatum solvi* n'existe toutefois que sous réserve de dispenses conventionnellement consenties entre États.

L'on a ainsi pu voir apparaître de multiples conventions internationales³⁴ — les unes dispensant formellement l'étranger de fournir une caution *judicatum solvi*³⁵, les autres assimilant les étrangers aux nationaux en ce qui concerne la mise en œuvre en justice de leurs droits³⁶ —, si nombreuses que d'aucuns en vont jusqu'à estimer que la règle devient progressivement l'exception³⁷.

En l'absence de pareille convention, la circonstance que les ressortissants belges ne seraient pas soumis, dans un État donné, à l'obligation de caution, n'implique pas, au titre d'une quelconque règle de réciprocité, que les ressortissants de cet autre État seraient dispensés de devoir en constituer une³⁸.

2 Heurs et malheurs

9. Validité de principe au regard du droit à l'accès à la justice et du principe de non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés fondamentaux. — Plus réservée que certains auteurs³⁹, qui estimaient d'emblée la caution *judicatum solvi* contraire aux articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁰, la Commission européenne des droits de l'homme n'a pas estimé l'institution, en son principe, discriminatoire : bien que « d'une manière générale, des coûts élevés de procédure, joints éventuellement à une exigence de sûreté excessive, [puissent] entraver indûment l'accès à la justice »⁴¹, un examen des circonstances de l'espèce lui paraît nécessaire afin de déterminer si la disposition instituant la caution doit être considérée comme constituant effectivement une restriction au droit d'accès aux tribunaux⁴².

Il a ainsi été considéré, dans la droite lignée de cette décision, que dès lors que l'article 852 du Code judiciaire laisse au magistrat confronté à une demande de caution *judicatum solvi* une marge d'appréciation, puisqu'il peut tenir compte de la situation de fortune du demandeur à l'intérieur des frontières du pays, sa traduction dans la loi belge n'est pas contraire aux articles 6 et 14 de la Convention⁴³.

La Cour européenne des droits de l'homme a également eu l'occasion, après avoir considéré que la caution poursuit un but légitime pouvant passer pour avoir été imposée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de préciser de manière explicite qu'elle ne peut partager l'avis selon lequel la caution atteindrait dans sa substance même le droit d'accès à un tribunal⁴⁴.

10. Caractère discriminatoire du critère de la nationalité au regard du droit européen. — En revanche, la caution *judicatum solvi*, lorsqu'elle dépend pour sa mise en œuvre d'un critère nationaliste, s'est attirée les foudres de la Cour de justice des Communautés européennes.

Aux termes d'un arrêt du 1^{er} juillet 1993⁴⁵, celle-ci a ainsi jugé discriminatoire, car contraire aux articles 59 et 60 du Traité instituant la Communauté économique européenne relatifs à la libre prestation des services, le critère qui figurait alors dans la législation allemande et qui tenait, à l'instar du régime belge actuel, exclusivement à la nationalité du demandeur.

Elle a ensuite, par trois arrêts subséquents⁴⁶, affermi sa jurisprudence, considérant en substance que l'ancien article 6, premier alinéa, du

(32) En ce sens, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, N. DANDOY et N. GENDRIN, « Le sort du justiciable défaillant — Saga et mode d'emploi », in J.-F. VAN DROOGHENBROECK et H. BOULARBAH (dir.), *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, coll. Commission Université-Palais, vol. 183, Liège, Anthémis, 2018, p. 264, n° 73.

(33) Pour un examen détaillé de l'office du juge en cas de défaut du défendeur, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, N. DANDOY et N. GENDRIN, *op. cit.*

(34) Voy. notamment à ce sujet A. KOHL, « Caution *judicatum solvi* et conventions internationales », note sous Comm. Charleroi, 8 février 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 26 ; S. CNUDE, *op. cit.*, pp. 131 et s., n°s 4 à 7.

(35) Voy. notamment la Convention internationale relative à la procédure civile, conclue à La Haye le 1^{er} mars 1954, ratifiée par la loi du 28 mars 1958, *M.B.*, 11 mai 1958, p. 3780, article 17, alinéa 1^{er}, et la Convention européenne d'établissement, signée à Paris le 13 décembre 1955, ratifiée par la loi du 24 mars 1961, *M.B.*, 24 août 1965, p. 9829, article 9.1, libellés de manière comparable.

(36) Voy. notamment la Convention internationale relative au statut des

réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, ratifiée par la loi du 26 juin 1953, *M.B.*, 4 octobre 1953, p. 6262, article 16.2, ou encore la Convention internationale relative au statut des apatrides, signée à New York, ratifiée par la loi du 12 mai 1960, *M.B.*, 10 août 1960, p. 6036, article 16.2, libellés de manière comparable ; dans ces cas, la dispense de caution est fondée sur le respect des droits de l'homme (Civ. Bruxelles, 9 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2001 ; p. 486 [somm.]). Ces dispenses bénéficient également aux candidats à l'obtention des statuts de réfugié ou d'apatride, à peine d'entraîner leur accès à la justice et de créer une discrimination inacceptable (Civ. Bruxelles, 25 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 100 ; Bruxelles, 20 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 373 ; *contra* T.T. Anvers, 8 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 719).

(37) Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la caution *judicatum solvi*, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2011-2012, n° 53/2184.

(38) Liège, 3^e ch., 25 novembre 2002, précité (note 29) ; Liège, 7^e ch., 16 octobre 2003, précité (note 11).

(39) J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire (VII) - Référé (3) »,

J.L.M.B., 1993, pp. 1119 et 1120 et les références citées ; L. WALLEYN, note sous Civ. Bruxelles, 25 septembre 1996, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 1996, p. 374 ; S. SAROLEA, « Les entraves à l'accès au juge et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - La caution *judicatum solvi* », note sous Civ. Bruxelles, 12^e ch., 25 septembre 1996, *Rev. dr. étr.*, 1996, pp. 771-777.

(40) Signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

(41) Comm. E.D.H., D 6203/73, 16 mars 1975, *D.R.* 1, p. 66 ; Comm. E.D.H., D 6958/75, 10 décembre 1975, *D.R.* 3, p. 155 ; Comm. E.D.H., D 8706/79, 5 octobre 1981, *Digest*, vol. II p. 332 ; voy. également C.E.D.H., arrêt *Mogielnicki c. Pologne* du 15 septembre 2015, <http://www.echr.coe.int> (17 janvier 2019), § 49, cité dans l'arrêt commenté : la Cour européenne des droits de l'homme vérifiera si « les limitations appliquées n'avaient pas restreint l'accès ouvert au justiciable d'une manière ou à un point tels que le droit s'en était trouvé atteint dans sa substance même ».

(42) Comm. E.D.H., D 7973/77, 28 février 1979, *D.R.* 17, p. 74.

(43) Comm. Charleroi, 8 février 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 21, note

A. KOHL, « Caution *judicatum solvi* et conventions internationales » ; Mons, 14 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 97 (par cet arrêt, la cour d'appel de Mons confirme le jugement cité ci-avant) ; Civ. Bruxelles, sais. 19 avril 2005, précité (note 11).

(44) Arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, <http://www.echr.coe.int> (17 janvier 2019), §§ 61 et 62.

(45) C.J.C.E., 1^{er} juillet 1993, aff. C-20/92, *Anthony Hubbard (Testamentvollstrecker) c. Peter Hamburger*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 633, obs. G. A. L. DROZ : « les articles 59 et 60 du Traité doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'un État membre impose le versement d'une caution *judicatum solvi* à un professionnel, établi dans un autre État membre, qui introduit une action devant l'une de ses juridictions, au seul motif que ce professionnel est ressortissant d'un autre État membre ».

(46) C.J.C.E., 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag et Ronny Forsberg c. MSL Dynamis Ltd, Rec.*, aff. C-43/95, 1996, I-4661 ; C.J.C.E., 20 mars 1997, *David Charles Hayes et Jeannette Karen Hayes c. Kronenberger GmbH*, aff. C-323/95, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, p. 475, obs. G. A. L. DROZ ; C.J.C.E., 2 octobre 1997, *Stephen Austin Sal-*

Traité C.E. (actuel article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁷) doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre exige le versement d'une *cautio judicatum solvi* d'un ressortissant d'un autre État membre qui a introduit, devant l'une de ses juridictions civiles, une action à l'encontre d'un de ses ressortissants, lorsqu'une telle exigence ne peut pas être imposée aux ressortissants de cet État qui n'y possèdent ni biens ni domicile.

Outre cette discrimination, la Cour a également pu mettre en exergue, lorsque la *cautio judicatum solvi* est exigible à raison de la seule nationalité du demandeur, un manquement au principe de proportionnalité, en ce que l'objectif poursuivi, bien qu'il ne soit pas comme tel contraire à l'ancien article 6 du Traité, ne justifie aucunement qu'il ne soit pas requis caution à l'égard d'un ressortissant national qui résiderait à l'étranger et ne disposerait, sur le territoire de l'État membre saisi, d'aucun avoir⁴⁸.

S'il en ressort que la caution *judicatum solvi* « à la belge » ne peut plus être opposée aux ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne⁴⁹, cette jurisprudence a également pour conséquence que les défendeurs ressortissants d'autres États membres peuvent, comme tout Belge et en dépit du libellé de l'article 851 du Code judiciaire, en raison du principe de non-discrimination, soulever l'exception de caution *judicatum solvi* face à un demandeur ressortissant d'un État tiers⁵⁰.

11. Doctrine largement défavorable à l'institution. — De son côté, la doctrine n'a pas manqué de prendre position, de manière pour le moins tranchée, à l'égard de la caution *judicatum solvi* telle que traduite dans notre Code judiciaire.

Morceaux choisis :

H. Born, M. Fallon et J.-L. van Boxstael écrivaient, il y a près de vingt ans déjà, que « l'exception apparaît (...) comme l'une de ces arcanes dont, intellectuellement, l'on se passerait volontiers. Il faut souhaiter que les modalités de la mise en œuvre de ce moyen dilatoire soient appréciées de manière restrictive par les tribunaux. Ceux-ci manifestent heureusement une tendance à en limiter le montant par rapport aux prétentions de maints demandeurs à l'exception » ; P. Rouard, également critique, relevait dès 1977 le caractère potentiellement discriminatoire de la règle et suggérait sa suppression⁵¹, comme le fit encore S. Sarolea⁵² quelques années plus tard.

Plus récemment, A. Decroës, qui perçoit dans la recrudescence jurisprudentielle suscitée par la caution *judicatum solvi* « l'expression de la gêne qu'elle fait naître à l'égard des étrangers qui y sont assujettis »⁵³, a également eu l'occasion de s'interroger sur la pertinence du maintien de l'institution dans le droit judiciaire moderne, précisément en raison de son caractère discriminatoire, de sa portée de plus en plus réduite et des critiques qui y sont adressées⁵⁴.

12. Vellités politiques restées lettres mortes. — Relayant les doutes et griefs doctrinaux, le monde politique s'est également saisi de la question.

Comme le relève la Cour constitutionnelle (point B.2.2. de l'arrêt commenté), le ministre de la Justice alors en fonction, M. Verwilghen, répondant à une question parlementaire lui adressée, a constaté le caractère discriminatoire de l'article 851, la perte de pertinence de la disposition au vu de la mondialisation de l'économie et du développement des moyens de communication et de la mobilité, sa portée tout à fait réduite en raison du régime même de l'institution et des nombreuses conventions relatives à la matière, ainsi que le risque d'une action devant la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁵ ; et de conclure : « si aucune initiative parlementaire n'est prise en la matière, je serais disposé à déposer un projet de loi portant abrogation des articles 851 et 852 du Code judiciaire »⁵⁶.

Quoi qu'aucune initiative, parlementaire ou gouvernementale, ne fut prise lors de cette législature ou de la suivante, deux propositions de loi tendant à abolir la caution *judicatum solvi* de notre arsenal législatif furent ultérieurement déposées, respectivement les 22 avril 2010⁵⁷ et 10 mai 2012⁵⁸.

La s'est toutefois arrêtée la gestation de ces deux textes.

13. L'arrêt n° 135/2018 de la Cour constitutionnelle. — Eu égard aux critiques dont l'institution s'est vu battre le flanc, l'on eût raisonnablement pu s'attendre à ce qu'un étranger, se sentant précisément discriminé en raison de cette qualité, s'en fasse le porte-voix et, brandissant l'étendard du cosmopolitisme, donne un beau jour à la Cour constitutionnelle l'opportunité d'y souscrire et de condamner l'exception de caution *judicatum solvi*.

Et pourtant...

C'est à l'occasion d'un litige entre les associés d'une société, belges mais domiciliés en Équateur, et cette même société, en liquidation, que le Tribunal de commerce de Liège, division Liège, a posé la question préjudicielle suivante : « L'article 851 du Code judiciaire viole-t-il les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination en ce qu'il a pour conséquence de traiter différemment un défendeur belge opposé à un demandeur étranger et un défendeur belge opposé à un demandeur belge, établi à l'étranger, qui ne dispose en Belgique d'aucun bien ni patrimoine, de sorte que le défendeur belge ne dispose d'aucune garantie que ce demandeur pourra faire face à une condamnation prononcée contre lui ? ».

Après avoir rappelé que le principe d'égalité et de non-discrimination ne s'oppose pas à ce qu'une différence de traitement, telle celle décrite dans la question préjudicielle, soit établie pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et soit raisonnablement justifiée, ce principe étant violé lorsqu'il n'existe pas de rapport de proportionnalité entre le moyens employés et le but visé (point B.8), la Cour constate que le critère sur lequel repose en l'espèce la différence de traitement est bien un critère objectif (point B.9) ; elle rappelle également que la Cour européenne des droits de l'homme a d'ores et déjà admis qu'une caution *judicatum solvi* poursuit un but légitime (point B.10.2).

C'est en ce qui concerne la pertinence du critère mis en œuvre, la nationalité, que le bât, au sens de la Cour, blesse : elle constate que l'ob-

danha et MTS Securities Corporation c. Hirsch Holding AG, aff. C-122/96, Rec., 1997, I-5325.

(47) (Version consolidée), J.O.U.E., C 326. Cette disposition prévoit, dans des termes généraux, l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité, dans le domaine d'application des traités ; il est de jurisprudence constante, depuis l'arrêt *Data Delecta* précité, qu'une règle de procédure civile nationale, telle celle en cause, entre dans le champ d'application du Traité au sens de cet article, et qu'elle est soumise au principe général de non-discrimination qu'il pose, dans la mesure où elle a une incidence, même indirecte, sur les échanges intracommunautaires de biens et de services.

(48) C.J.C.E., 2 octobre 1997, aff. C-122/96, *Saldanha*, précité ; C.J.C.E., 20 mars 1997, aff. C-323/95, *Hayes*, précité.

(49) J. MEEUSEN, « Recente ontwikkelingen in het Europees en Belgisch in-

ternationaal procesrecht. Bedenkingen ij het gebruik van nationaliteit als rechtsmachtfactor, de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de *cautio judicatum solvi* en de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de erkenbaarheid van buitenlandse verstotingen », in B. HUBEAU et M.-C. FOLETS (éd.), *Migratie- en migrantenrecht — Recente ontwikkelingen*, vol. 4, Bruges, la Charte, 2000, p. 60.

(50) Voy. en ce sens H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAELE, *Droit judiciaire international - Chronique de jurisprudence 1991 — 1998*, coll. Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 34, n° 16 ; Comm. Anvers, 28 avril 1998, R.W., 1998-1999, p. 718, obs. J. MEEUSEN, « De *cautio judicatum solvi* en het Europees-rechtelijk verbod van nationaliteitsdiscriminatie » ; Civ. Bruxelles, 16^e ch., 5 juin 2009, J.T., 2010, p. 113, note A. DECROËS, « Les

parties à l'exception de caution *judicatum solvi* ».

(51) P. ROUARD, *loc. cit.*, pp. 432 et 433, n° 512.

(52) *Op. cit.*, p. 777.

(53) A. DECROËS, « Les parties à l'exception de caution *judicatum solvi* », note sous Civ. Bruxelles, 16^e ch., 5 juin 2009, J.T., 2010, p. 117, numéro 9.1.

(54) *Idem*, « La caution de l'étranger demandeur : analyse critique au regard du principe de non-discrimination », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 463, n° 13.

(55) Question parlementaire n° 459 de Mme Mia De Scamphelaere du 17 février 2000 (N.I.), Q.R., Sénat, sess. ord. 1999-2000, n° 2-12.

(56) *Ibidem*.

(57) Proposition de loi abrogeant les articles 851 et 852 du Code judiciaire instituant l'exception de la caution de l'étranger demandeur, *Doc.*

parl., Chambre, sess. ord. 2009-2010, n° 52/2561. Cette proposition est justifiée par les considérations suivantes : caractère discriminatoire de la règle ; portée pratique réduite en raison des exceptions conventionnelles de plus en plus nombreuses ; rarefaction des applications de la caution en raison de l'exercice par les magistrats de leur pouvoir d'appréciation.

(58) Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la caution *judicatum solvi*, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2011-2012, n° 53/2184. Cette proposition est justifiée par les considérations suivantes : portée pratique réduite en raison des exceptions conventionnelles de plus en plus nombreuses ; rarefaction des applications de la caution en raison de l'exercice par les magistrats de leur pouvoir d'appréciation ; obstacle de taille dans les relations économiques avec certains partenaires commerciaux importants.

jectif de protection du défendeur que cherche à atteindre l'article 851 du Code judiciaire ne justifie d'aucune manière qu'il ne soit poursuivi que lorsque le demandeur est étranger. Ce n'est, pour la Cour, pas la nationalité du demandeur qui doit faire craindre le défendeur de ne pouvoir recouvrer les sommes engagées, mais la circonstance qu'il réside en dehors du territoire belge et n'y possède aucun bien pouvant servir de garantie.

En répondant de manière positive à la question qui lui est posée, la Cour constitutionnelle fait en somme sienne, *mutatis mutandis*, la jurisprudence de la Haute Juridiction luxembourgeoise ; tout en invitant le législateur à revoir sa copie, elle maintient les effets de l'article 851 jusqu'au 31 août 2019 au plus tard, date à laquelle, à défaut d'intervention législative, le couperet tombera bel et bien pour l'institution.

Que celle-ci fût finalement l'objet d'un recours en annulation devant la juridiction constitutionnelle, nul n'en sera étonné ; qu'elle fût déclarée inconstitutionnelle, nul ne s'en émouvra outre mesure. Le seul élément de surprise résidera sans doute *in fine* dans la manière dont notre Cour suprême aura été amenée à devoir se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 851 du Code judiciaire...

3 Les potentielles retombées de l'arrêt n° 135/2018

14. Portée de l'arrêt n° 135/2018. — La Cour constitutionnelle condamne le caractère nationaliste mis en œuvre par l'article 851 du Code judiciaire ; ni plus, ni moins.

Il est ainsi loisible au législateur soit d'adapter le régime de la caution *judicatum solvi* en manière telle qu'elle ne s'exposera plus à la censure juridictionnelle de la Cour constitutionnelle, soit de passivement assister à son ablation de notre Code judiciaire.

Tentons dès lors d'entrevoir si et comment cette adaptation pourrait s'envisager.

15. Inspirations exotiques. — Puisque le maintien de l'institution au moment de l'adoption du Code judiciaire était inspiré par son existence dans certains ordres juridiques (plus ou moins) voisins⁵⁹, osons, dans les traces de C. van Reepinghen, un coup d'œil dans la législation de certains États arbitrairement choisis.

En Allemagne, dont nous avons eu l'occasion de dire que le critère nationaliste avait été stigmatisé par la Cour de justice, le paragraphe 110 du *Zivilprozessordnung* a été modifié pour adopter un critère différent, celui de la résidence habituelle du demandeur. La caution *judicatum solvi* est ainsi ouverte au défendeur, de quelque nationalité qu'il soit, confronté à un demandeur ne résidant pas habituellement dans un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, sous la réserve d'exceptions listées à l'alinéa 2 de la disposition.

S'agissant du Canada, également pris en exemple par C. van Reepinghen, l'article 492 du Code de procédure civile du Québec entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, retient lui aussi le critère de la résidence

du demandeur pour ouvrir le droit à demander la caution *judicatum solvi*.

La France, l'Italie et le Portugal ont purement et simplement abrogé le mécanisme dont question⁶⁰.

L'article 257 du Nouveau Code de procédure civile luxembourgeois, enfin, opte pour un critère nationaliste comparable au (puisqu'étant directement inspiré du⁶¹) critère belge — et partant, aux yeux de la Cour constitutionnelle, condamnable.

L'on relèvera avec intérêt que le Conseil d'État luxembourgeois, dans l'avis rendu à propos d'un projet de loi portant modification de cette disposition⁶² en ce qu'il prévoyait la suppression du critère de la nationalité, de sorte que la caution judiciaire puisse être demandée par un défendeur étranger contre un demandeur luxembourgeois ou dans le cadre d'un litige entre étrangers, se montre particulièrement critique avec cette proposition, qu'il réproprime totalement.

D'après lui, la règle n'a pas le caractère discriminatoire craint par les auteurs du projet, au motif que la situation du défendeur luxembourgeois, qui jouit d'un privilège de nationalité au titre duquel il peut bénéficier de la protection de la caution, n'est pas comparable à celle du défendeur étranger⁶³ ; de plus, aucune contrariété au droit européen⁶⁴ ou aux conventions internationales ratifiées par le Luxembourg⁶⁵ n'est à redouter ; enfin, supprimer le critère de la nationalité aboutirait à rendre possible des demandes dilatoires de caution tous azimuts.

Après avoir exprimé toute la circonspection suscitée par le projet de loi, le Conseil d'État, pragmatique, énonce finalement, à brûle-pourpoint, qu'il pourrait toutefois envisager la suppression pure et simple de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile. Il confirme ainsi, du reste, une inclination qu'il avait déjà non moins spontanément manifestée dans un avis antérieur, rendu à l'occasion de l'importation du régime belge dans la législation luxembourgeoise⁶⁶ — position qu'il justifiait alors par la circonstance que l'institution est somme toute rarement utilisée dans la pratique judiciaire luxembourgeoise⁶⁷.

16. La caution *judicatum solvi* subordonnée au critère de la résidence du demandeur ? — Ce bref compte-rendu incite dès lors naturellement à envisager la praticabilité du critère de la résidence comme substitut de celui de la nationalité.

Outre son utilisation par-delà nos frontières, il faut observer que ce critère est également plébiscité par certains auteurs⁶⁸ ; la Cour constitutionnelle elle-même, lorsqu'elle considère que « ce n'est pas la nationalité du demandeur, mais bien la circonstance qu'il réside à l'étranger et ne possède en Belgique aucun bien pouvant servir de garantie qui peut faire craindre au défendeur d'être confronté à l'impossibilité en pratique de recouvrer les sommes exposées »⁶⁹, semble tendre cette perche au législateur.

Force est par ailleurs de constater que celui-ci a déjà lui-même envisagé cette piste, à l'occasion de l'élaboration de la loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ; le critère de la nationalité avait finalement été maintenu afin de pouvoir servir de moyen de pression dans la négociation de conventions excluant à l'international la caution *judicatum solvi* exigible à charge des ressortissants belges⁷⁰.

(59) C. VAN REEPINGHEN, *Rapport du Commissaire Royal à la Réforme du Code Judiciaire*, Éd. du Sénat de Belgique, 1964, n° 60, p. 320.

(60) S. CNUDE, *op. cit.*, p. 130, n° 4.

(61) Projet de loi relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges et ayant pour objet de compléter et de modifier le Nouveau Code de procédure civile, le Code civil, la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire et la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2007-2008, n° 5837.

(62) Projet de loi portant modification du Nouveau Code de procédure civile, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-

2013, n° 6427/01.

(63) Il omet ainsi d'analyser la situation sous l'angle des demandeurs à qui l'exception est imposée, analyse qui aurait pourtant conduit au constat de discrimination, comme l'attestent l'arrêt commenté et la jurisprudence européenne évoquée *supra*.

(64) L'alinéa 2 de la disposition prévoyant qu'aucune caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant d'un procès ne peut être exigée des personnes, physiques ou morales, qui ont leur domicile ou leur résidence sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe.

(65) Au terme d'un raisonnement dont la spéciosité le dispute au cynisme, emprunté à la cour d'appel de Bruxelles (21 novembre 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 363), consistant à

considérer que les articles 851 du Code judiciaire belge ou 257 du Nouveau Code luxembourgeois, en empêchant le défendeur étranger de revendiquer le bénéfice de l'exception de caution, l'empêchent ainsi lui-même d'entraver l'accès d'autrui à la justice et ne sauraient dès lors constituer une violation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

(66) Projet de loi relatif aux procédures européennes d'injonction de payer (...), précité, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2008-2009, n° 5837/01.

(67) *Ibidem*, point 6

(68) Voy. notamment G. A. L. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *Trav. com. fr. DIP*, 1993-1994, p. 100 ; J. MEEUSEN, « Recente on-

twikkelingen in het Europees en Belgisch internationaal procesrecht. Bedenkingen ij het gebruik van nationaliteit als rechtsmachtfactor, de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de *cautio judicatum solvi* en de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de erkenbaarheid van buitenlandse verstotingen », *op. cit.*, p. 61 ; S. SAROLEA, *op. cit.*, p. 777 (qui favorise toutefois l'abrogation pure et simple de l'institution).

(69) Point B.11 de l'arrêt commenté ; nous soulignons.

(70) Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1974-1975, n° 653/1, pp. 67 et 68 ; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 53.

L'on pourrait ainsi s'inspirer de la disposition allemande, qui a en outre le mérite de tenir compte de la jurisprudence européenne.

Mais à la réflexion, ce régime rénové serait-il pleinement conforme au principe d'égalité et de non-discrimination ?

Supposons un demandeur résidant dans un État tiers à l'Union européenne, introduisant devant les juridictions belges une procédure à l'encontre d'un défendeur résidant sur le territoire belge, abstraction faite de sa nationalité. Une disposition calquée sur le modèle allemand permettrait à ce dernier d'opposer à son adversaire l'exception de caution *judicatum solvi*.

Combien de temps faudra-t-il pour que ce demandeur, constatant que les justiciables résidents belges les plus démunis, peut-être à la faveur de l'aide juridique ou de l'assistance judiciaire, ont, eux, tout le loisir d'introduire une procédure devant les juridictions du pays sans pour autant offrir plus de garanties que lui quant au paiement des éventuels frais ou dommages et intérêts résultant du procès — et sans même que l'on s'inquiète de leur solvabilité —, se plaigne de cette différence de traitement ? Cette plainte serait-elle infondée ? Rien ne nous paraît moins sûr.

17. Vers une généralisation de l'exception de caution ? — Vaudrait-il alors mieux, comme a osé le suggérer le législateur luxembourgeois, pourtant rapidement fustigé par le Conseil d'État, généraliser le système de la caution, sans critère aucun⁷¹ ?

La crainte de voir les juridictions submergées de demandes dilatoires ne nous paraît pas dirimante ; l'article 780bis du Code judiciaire pourrait suffire à ramener les justiciables et leurs conseils à plus de raison, de même que la possibilité de réclamer l'indemnisation du dommage résultant du préjudice subi du fait d'une demande téméraire et vexatoire.

Un autre problème, plus fondamental, nous paraît toutefois s'opposer à cette solution, et de manière plus globale, au maintien de la caution *judicatum solvi*, quelle que soit sa forme.

18. La caution *judicatum solvi* : une institution dénuée de cohérence. — On l'a dit, une application par trop générale d'une pareille caution pourrait être de nature à violer le droit d'accès à la justice, ainsi que l'a établi la Commission européenne des droits de l'homme⁷². C'est le pouvoir d'appréciation conféré au magistrat qui sauve, en Belgique, l'institution de ce constat.

Balisant ce pouvoir d'appréciation, S. Sarolea écrit que « plusieurs critères doivent guider le juge appelé à statuer sur une demande de caution. Le premier, mentionné par la Commission, procède de la situation financière du demandeur qui indiquerait qu'une demande de caution signifierait pour lui un abandon de sa demande »⁷³ ; en effet, la caution ne pourrait avoir pour effet de priver un demandeur étranger de ses droits fondamentaux reconnus par des Traités internationaux qui lient la Belgique, tel le droit d'accès à un juge impartial statuant dans un délai raisonnable⁷⁴.

In fine, l'appréciation souveraine du magistrat devrait donc le conduire à réserver la protection financière de la caution au défendeur poursuivi par un demandeur suffisamment nanti pour la constituer, mais à dénier cette protection à celui qui aurait le mauvais goût de se faire assigner

par un justiciable trop démuné pour ce faire, à peine de contrevenir à son droit fondamental d'accéder à un juge.

Quel cruel manque de cohérence intrinsèque, pour un mécanisme fondé sur une présomption d'insolvabilité...

À ceci s'ajoute encore, on l'a vu, que l'absence d'indices d'insolvabilité peut conduire le magistrat à estimer que la demande est en réalité animée par la seule intention de gagner du temps ou de gêner le demandeur et, partant, à l'écarter d'un revers de la main⁷⁵.

Comment encore — sans jeu de mot — cautionner cette institution, dont il résulte qu'elle ne peut finalement être invoquée à succès qu'à l'encontre de demandeurs assez solvables... mais pas trop ?

19. Réflexions conclusives. — L'argument tenant à la réduction de la portée pratique, avancé par certains auteurs à l'appui de leur plaidoyer pour la suppression de la caution⁷⁶ et repris en guise de motivation des propositions de loi antérieurement déposées (*cf. supra*), ne convainc, à lui seul, pas.

En effet, l'on ne peut, à notre sens, priver de son bénéfice les quelques justiciables à qui elle profiterait au prétexte que leur nombre serait négligeable au regard de la quantité de situations où elle ne peut plus être mobilisée : tant que l'institution sert, fût-ce un nombre marginal de justiciables, son maintien se justifie.

Toutefois, cette relative désuétude, lorsqu'elle est couplée à l'incohérence dénoncée ci-avant, sapant les fondements même de l'institution, ainsi qu'à l'impraticabilité *prima facie* du critère de la résidence du demandeur, permet finalement de conclure qu'il est sans doute préférable de laisser s'éteindre le mécanisme de la caution *judicatum solvi*, qui a déjà bien vécu.

À la vérité, il y a un certain inconfort à prôner une solution consistant à priver le défendeur, pourtant triomphant d'un procès dont il a malgré lui et à tort été l'acteur, du moyen d'aisément recouvrer les frais engagés ou de se voir indemnisé des dommages subis du fait de la procédure : le souci auquel répond la caution *judicatum solvi* est bien évidemment légitime. À cet égard, l'on ne peut évidemment que comprendre, et même partager l'amertume exprimée par G. A. L. Droz, commentant l'arrêt *Hubbard* évoqué ci-avant, lorsqu'il déplore le « sentiment d'inachevé »⁷⁷ suscité par le fait que la Cour de justice ne se soit pas exprimée sur la manière de parvenir au but poursuivi par la caution.

Abandonner le défendeur à son triste sort n'est cependant pas une fatalité.

Si elle n'est pas la plus simple à mettre œuvre, puisqu'elle ne dépend pas du seul bon vouloir du législateur belge, la piste conventionnelle subsiste, et c'est elle qu'il conviendrait, à notre estime, d'exploiter dans la plus large mesure possible, afin de faciliter l'exécution internationale des décisions belges.

Antoine GILLET

Assistant à l'Université catholique de Louvain
Assistant à l'Université Saint-Louis Bruxelles
Avocat au barreau du Brabant wallon

(71) En ce sens, H. Born, M. Fallon et J.-L. van Boxstael, *loc. cit.*, p. 34, n° 16.
(72) *Cf. supra*, note 41.
(73) *Op. cit.*, p. 777.

(74) Bruxelles, 13 février 2007, *R.W.*, 2010-2011, p. 1096.

(75) P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 53 ; *Comm. Mons*, 2^e ch., 2 novembre 2000, précité (note 15).

(76) A. DECROËS, « La caution de l'étranger demandeur : analyse critique au regard du principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 468, n° 13.3.

(77) Obs. sous C.J.C.E., 1^{er} juillet 1993, aff. C-20/92, *Hubbard*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 638.