

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

A propos de l'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire

Nihoul, Marc

Published in:

Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:

2014

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2014, 'A propos de l'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire: l'intérêt général est-il une « cause de dispense objective » suffisante de l'indemnité de procédure judiciaire pour les personnes morales de droit public ?', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, pp. 404-423.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

A propos de l'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire : l'intérêt général est-il une « cause de dispense objective » suffisante de l'indemnité de procédure judiciaire pour les personnes morales de droit public ?

Marc NIHOUL – Professeur ordinaire à l'Université de Namur (Vulnérabilités et Sociétés), avocat au barreau du Brabant wallon

RÉSUMÉ

Par l'article 1022, alinéa 8, 3°, du Code judiciaire, le législateur a souhaité exonérer l'Etat de toute indemnité de procédure lorsqu'une personne morale de droit public agit dans l'intérêt général, en tant que partie dans une procédure. Ce n'est pas rien si l'on sait que l'Etat est le plus important justiciable du pays...

La justification de cette exonération ne convainc pas. L'indépendance de l'autorité n'est nullement menacée par le risque limité de l'indemnité de procédure et l'intérêt général – par définition poursuivi par l'action de celle-ci – donne à l'exonération un champ d'application trop général pour une exception. Pire, l'exonération semble contraire à l'intérêt général car l'indemnité de procédure pourrait être un bon indicateur permettant d'évaluer la politique contentieuse de chaque organe et générer au passage de nouveaux moyens budgétaires compte tenu de la réciprocité qu'elle implique.

L'exonération n'est pas encore entrée en vigueur. Mais l'on peut d'ores et déjà observer que sa formulation doit être revue sur quatre points au moins sous peine de générer des malentendus : l'exonération doit bénéficier à la personne morale de droit public partie dans une procédure et non à l'Etat ; sa réciprocité doit être expressément prévue ; la référence à l'intérêt général est tautologique ; toute personne en charge d'une mission de service public devrait en bénéficier.

SAMENVATTING

Met artikel 1022, achtste lid, 3° van het Gerechtelijk Wetboek heeft de wetgever de Staat willen vrijwaren van een veroordeling in de rechtsplegingsvergoeding wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon in het algemeen belang als partij optreedt in een geding. Dat is niet niks als je weet dat de Staat de belangrijkste justiciabele van het land is...

Die vrijstelling wordt niet op een overtuigende manier gerechtvaardigd. De onafhankelijkheid van het openbaar ministerie is geenszins bedreigd door het beperkte risico van de rechtsplegingsvergoeding en het algemeen belang – dat het per definitie nastreeft – geeft aan de vrijstelling een te algemeen toepassingsgebied om een uitzondering te zijn. Slechter nog, de vrijstelling blijkt in strijd met het algemeen belang, want de rechtsplegingsvergoeding zou een goede indicator kunnen zijn waarmee het beleid inzake geschillen van elk orgaan geëvalueerd kan worden, en tegelijk nieuwe budgettaire middelen genereren gelet op het wederzijdse karakter dat ze impliceert.

De vrijstelling is nog niet in werking getreden. Maar we kunnen nu al vaststellen dat de formulering ervan op minstens vier punten herzien moet worden om misverstanden te vermijden: de publiekrechtelijke rechtspersoon die als partij optreedt in een geding, moet de vrijstelling genieten, en niet de Staat; het wederzijdse karakter ervan moet uitdrukkelijk worden bepaald; de verwijzing naar het algemeen belang is tautologisch; elke persoon met een opdracht van openbare dienstverlening zou ze moeten genieten.



1. La loi du 25 avril 2014 visant à corriger plusieurs lois réglant une matière visée à l'article 78 de la Constitution¹ contient un article 17 qui complète l'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire – lui-même introduit par l'article 2 de la loi du 21 février 2010 modifiant les articles 1022 du Code judiciaire et 162bis du Code d'instruction criminelle² – de la manière suivante :

« Aucune indemnité n'est due à charge de l'Etat :

1° lorsque le ministère public intervient par voie d'action dans les procédures civiles conformément à l'article 138bis, § 1^{er} ;

2° lorsque l'auditorat du travail intente une action devant les juridictions du travail conformément à l'article 138bis, § 2 ;

3° lorsqu'une personne morale de droit public agit dans l'intérêt général, en tant que partie dans une procédure³».

2. L'alinéa 8, dans son ensemble, n'est pas encore entré en vigueur, celle-ci devant être fixée par le Roi conformément à l'article 6 de la loi du 21 février 2010 précitée⁴ et à l'article 18 de la loi du 25 avril 2014 également précitée⁵, l'objectif étant de faire coïncider les dates⁶.

Seules les deux premières dispositions de l'alinéa 8 font l'objet d'une mesure transitoire conformément à l'article 5 de la loi du 25 avril 2014, leur application étant expressément prévue « aux affaires en cours au moment de leur entrée en vigueur ». A contrario, il pourrait en être déduit que le législateur ait entendu appliquer la troisième disposition aux nouvelles affaires exclusivement, alors qu'en règle les règles de procédure sont d'application immédiate.

3. Pour mémoire, l'article 138bis du Code judiciaire, en ses deux alinéas, prévoit que le ministère public intervient par voie d'action, de réquisition ou d'avis dans les matières civiles et qu'il agit d'office dans les cas spécifiés par

la loi et en outre chaque fois que l'ordre public exige son intervention. Par exemple, le ministère public est entendu en ses avis ou réquisitions par le tribunal de la famille sur toutes les demandes relatives à des mineurs et toutes les matières où la loi requiert son intervention. Pour les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail et qui touchent l'ensemble ou une partie des travailleurs d'une entreprise, l'auditeur du travail peut d'office, conformément aux formalités du présent Code, intenter une action auprès du tribunal du travail, afin de faire constater les infractions aux dites lois et aux dits règlements.

4. Qu'une autorité publique chargée d'agir par voie d'action juridictionnelle dans le cadre de l'exercice d'une compétence déterminée soit dispensée d'indemnité de procédure lorsqu'elle est défaillante peut paraître compréhensible à première vue. L'intervention du ministère public comme celle de l'auditorat du travail semblent mériter un tel traitement. Mais fallait-il étendre l'exonération à toute personne publique dès que celle-ci est partie à une procédure, même « à son corps défendant » ? Telle est la question abordée dans les lignes qui suivent, à la faveur de la modification législative commentée.

L'intention exprimée du législateur

5. La proposition de loi à l'origine de la modification législative commentée est le fruit du travail du Comité parlementaire chargé du suivi législatif instauré par la loi du 25 avril 2007⁷. Elle contenait une série de dispositions visant à corriger des lois qui ont été soumises à une évaluation, ce dont il convient de se réjouir sur le principe.

6. L'intention du législateur, en votant la modification de l'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire, était clairement de remédier à l'inconstitutionnalité constatée par la

¹ Mon., 19 août 2014.

² « Tout jugement de condamnation rendu contre le prévenu et les personnes civilement responsables de l'infraction les condamnera envers la partie civile à l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire.

La partie civile qui aura lancé une citation directe et qui succombera sera condamnée envers le prévenu ainsi qu'envers le civilement responsable à l'indemnité visée à l'article 1022 du Code judiciaire. L'indemnité sera liquidée par le jugement ».

³ Souligné par nos soins.

⁴ « A l'exception du présent article, le Roi fixe la date d'entrée en vigueur de chacune des dispositions de la présente loi ».

⁵ « L'article 17 entre en vigueur au jour de l'entrée en vigueur de l'article 2 de la loi du 21 février 2010 modifiant les articles 1022 du Code judiciaire et 162bis du Code d'instruction criminelle ».

⁶ Doc. parl., Ch., Amendement n° 4, s.o. 2013-2014, n° 53-3098/003, p. 2 ; Doc. parl., Ch., Rapport, Discussion, s.o. 2013-2014, n° 53-3098/005, p. 5.

⁷ V. H. VANDENBERGHE, « De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof », et F. DELPÉRÉE, « Le suivi de la jurisprudence constitutionnelle par les Chambres législatives », C.D.P.K., 2010/3, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle révélée, resp.

pp. 366-368 et p. 378, note 224.



Cour constitutionnelle qui, à plusieurs reprises, « a constaté que l'article 1022 du Code judiciaire, dans la mesure où il autorise la condamnation de l'État au paiement d'une indemnité de procédure lorsqu'un organe public intente une action dans l'intérêt général, n'est pas conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution »⁸. A cette fin, « il est proposé de préserver tous les organes publics qui intendent une action dans l'intérêt général d'une condamnation au paiement d'une indemnité de procédure »⁹.

Vouloir poser ses pas dans ceux de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'est pas toujours tâche aisée, ne fut-ce que parce que celle-ci évolue par définition au fil des cas qui lui sont soumis. Certes, « aussitôt prononcés, la Cour est dépossédée de sa jurisprudence, que les auteurs, les personnes, les juges, les plaideurs et les politiques s'approprient inéluctablement. Pour lui faire dire parfois ce que ses auteurs ne soupçonnaient pas ? Cela, aussi, fait partie de la révélation »¹⁰ au-delà des mots, au moment de la réception¹¹ par le public d'une jurisprudence que la Cour constitutionnelle elle-même reste libre de suivre ou non par la suite, selon les circonstances. L'évolution de la composition de la Cour pourrait même, à cet égard, se révéler déterminante.

7. En l'espèce, la proposition de loi initiale envisageait d'immuniser tout organe public lorsqu'il « *intente une action dans l'intérêt général* »¹². L'amendement déposé avec succès voulait rectifier le tir et étendre le champ d'application de l'immunité d'indemnité de procédure à l'hypothèse où l'organe public intervient dans l'intérêt général en qualité de partie défenderesse et non de partie demanderesse¹³.

C'est que la Cour constitutionnelle venait de rendre deux arrêts constatant l'inconstitutionnalité de l'article 1022 du Code judiciaire en ce qu'une indemnité de procédure peut être mise à charge de l'officier de l'état civil lorsqu'il succombe dans un recours fondé sur l'article 167 du

Code civil, intenté contre son refus de célébrer le mariage¹⁴.

« Afin que "les officiers de l'état civil (puissent) (...) prendre les décisions qu'ils sont amenés à prendre du fait de leur fonction, sans tenir compte du risque financier lié à une procédure intentée contre pareilles décisions" (C.C n° 132/2013 du 26 septembre 2013, cons. B.7. ; n° 180/2013 du 19 décembre 2013, cons. B.7), il est proposé de remplacer le 3° proposé par une disposition englobant également le cas où l'organe public doit se défendre dans une procédure »¹⁵. Il s'agit de tenir compte de ces arrêts récents. « Il s'indique (...) de reformuler la disposition proposée, afin qu'elle s'applique à toutes les hypothèses »¹⁶.

8. Lors des discussions en commission de la Justice, le même amendement a été justifié de la manière suivante en ce qu'il visait à remplacer la notion d' « organe public » – pourtant issue de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle comme il fut observé – par celle de « personne morale de droit public » – avec succès sur ce point également : la délimitation du champ d'application sera « plus précise sur le plan juridique » et l'officier de l'état civil comme le fonctionnaire de l'urbanisme rentre- raient dans cette catégorie dans les cas déjà jugés¹⁷.

Bref, le législateur a voulu dépasser les termes de la jurisprudence constitutionnelle pour généraliser l'idée qui, pensait-il, la sous-tendait. Mais quelle est au fond cette idée qui s'apparente, en définitive, à une justification ?

La justification originelle

9. Tout commence apparemment avec l'article 162bis du Code d'instruction criminelle, dans sa version initiale du 21 avril 2007, avant sa modification par la loi du 21 février 2010, dont il découlait qu'aucune indemnité de procédure ne peut être exigée de la part de l'Etat belge

⁸ *Doc. parl.*, Ch., Rapport, Exposé introductif, s.o. 2013-2014, n° 53-3098/005, p. 3.

⁹ *Ibid.* Souligné par nos soins.

¹⁰ M. NIHOUL, « Introduction générale sous forme de révélations liminaires », *C.D.P.K.*, 2010/3, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle révélée, p. 314.

¹¹ Du même auteur, « Réflexions finales sous forme de synthèse. La vie de la jurisprudence constitutionnelle après les mots », *C.D.P.K.*, 2010/3, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle révélée, pp. 412-415.

¹² *Doc. parl.*, Ch., Proposition, s.o. 2013-2014, n° 53-3098/001, p. 14.

¹³ *Doc. parl.*, Ch., Amendement n° 2, s.o. 2013-2014, n° 53-3098/003, p. 2 ; *Doc. parl.*, Ch., Rapport, Discussion, s.o. 2013-2014, n° 53-3098/005, p. 4.

¹⁴ C.C., n° 132/2013, 26 septembre 2013 et C.C., n° 180/2013, 19 décembre 2013.

¹⁵ *Doc. parl.*, Ch., Amendement n° 2, s.o. 2013-2014, n° 53-3098/003, p. 2.

¹⁶ *Doc. parl.*, Ch., Rapport, Discussion, s.o. 2013-2014, n° 53-3098/005, p. 4. Souligné par nos soins.

¹⁷ *Ibid.*



lorsque le ministère public intente une action publique se soldant par un non-lieu ou un acquittement ni de la part d'une région lorsqu'une action en réparation a été intentée par l'inspecteur urbaniste ou le délégué du gouvernement. Seuls le prévenu et les personnes civilement responsables de l'infraction seront condamnés envers la partie civile à l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire, ainsi que la partie civile envers le prévenu lorsqu'ayant lancé citation directe, elle finit par succomber.

Par un arrêt n° 182/2008 du 18 décembre 2008, la Cour constitutionnelle a jugé cette « application partielle de la répétibilité en matière pénale » conforme au principe d'égalité et de non-discrimination, en relevant notamment dans les travaux préparatoires de la disposition concernée l'affirmation selon laquelle « le ministère public, en exerçant les poursuites, représente l'intérêt général et ne peut dès lors être mis sur le même pied qu'une partie civile qui mettrait seule en mouvement l'action publique pour la défense d'un intérêt particulier »¹⁸. Selon la Cour, le ministère public agit dans l'intérêt de la société et non dans son intérêt personnel comme la partie civile et cette mission d'intérêt général justifie que le législateur ait dispensé l'Etat d'une indemnité de procédure chaque fois que son action reste sans effet¹⁹.

10. Contrairement à ce que l'on a pu croire, il semble donc que la justification originelle ne soit pas tirée de la jurisprudence constitutionnelle mais de l'intention originelle du législateur fédéral en la matière qui, dans les travaux préparatoires, ne manque pas, pour la petite histoire, de préciser qu'il s'agit sur ce point (aussi) « l'avis des ordres d'avocats et du Conseil supérieur de la Justice » – auquel il se « conforme »²⁰ –, dans le cadre de l'applica-

tion de la répétibilité devant les juridictions répressives de manière à « traiter de manière identique les justiciables qui sollicitent la réparation d'un dommage devant une juridiction civile ou une juridiction répressive »²¹, avant de relever la différence entre le ministère public et la partie civile²². Et en effet, dans les travaux préparatoires de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat l'on peut prendre connaissance de la réponse de l'OBFG et de l'OVV au questionnaire adressé par la commission en ce qui concerne l'extension du système des indemnités de procédure aux actions pénales : « Quant aux actions pénales proprement dites, l'OVV et l'OBFG ne pensent pas qu'il soit souhaitable de condamner l'État ou la partie civile à une indemnité de procédure, dans la mesure où l'affaire a été introduite par un magistrat (procureur ou juridiction d'instruction), lequel agit toujours dans l'intérêt général. Une indemnité de procédure pourrait être attribuée uniquement en cas d'acquiescement lorsque l'affaire a été introduite par voie de citation directe à la requête d'une partie civile. Un professeur de droit constitutionnel a examiné la constitutionnalité de la solution proposée, et estime qu'elle est conforme au principe d'égalité »²³.

Déjouant les doutes parfois exprimés en doctrine au nom de l'égalité des armes et du procès équitable²⁴, la Cour constitutionnelle se serait elle « contentée » de valider une justification législative, dans un premier temps, sans percevoir à ce stade qu'il ne s'agissait que d'une prémisse à de nombreux développements ? Car le bénéfice d'une exonération est comme un coin enfoncé dans le principe d'égalité qui ne tarde pas à se révéler un élément de distinction, et donc de division, selon le critère de justification retenu. A cet égard, la « mission d'intérêt général » était par nature porteuse d'une séparation en-

¹⁸ B.19.3. *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 51-2891/002, pp. 6-7. V. auparavant *Doc. parl.*, S., 2006-2007, n° 3-1686/5, p. 33.

¹⁹ « B.19.8. Il existe, entre le ministère public et la partie civile, des différences fondamentales : le premier est chargé, dans l'intérêt de la société, de la recherche et de la poursuite des infractions et il exerce l'action publique ; la seconde défend son intérêt personnel et vise à obtenir, par l'action civile, la réparation du dommage que lui a causé l'infraction.

B.19.9. En raison de la mission qui est dévolue au ministère public, le législateur a pu considérer qu'il ne convenait pas d'étendre à son égard un système selon lequel une indemnité de procédure serait due chaque fois que son action reste sans effet.

B.19.10. Sans doute le législateur pourrait-il organiser à charge de l'Etat, en faveur de ceux qui font l'objet d'une décision d'acquiescement ou de non-lieu, un système d'indemnisation qui tienn compte des spécificités du contentieux pénal.

Mais, de ce qu'il n'a pas étendu, à charge de l'Etat en cas d'acquiescement ou de non-lieu, le système d'indemnisation forfaitaire prévu par les dispositions attaquées, il ne s'ensuit pas qu'il aurait violé les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

²⁰ Le terme utilisé est « conformément ».

²¹ *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 51-2891/002, p. 5.

²² *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 51-2891/002, p. 7.

²³ *Doc. parl.*, S., 2006-2007, n° 3-1686/5, p. 25, souligné par nos soins. *Adde* p. 69.

²⁴ O. MICHIELS, « La répétibilité en procédure pénale des honoraires et des frais d'avocat telle qu'elle est organisée par la loi du 21 avril 2007 », *J.L.M.B.*, 2007, p. 1.266 ; L. MISSON, « Répétibilité des coûts de défense : le projet de loi tel que préparé est-il illicite ? », *J.T.*, 2007, pp. 360-361, avec la réponse de F. GLANSBORFF. V. aussi J. VAN EX, « Indemnités de procédure en matière pénale... pas si simple », in Chr. GUILLAIN et P. JADOUL (dir.), *Droit pénal en questions*, Anthémis, 2013, n° 51-54, pp. 126-129 sous le titre « L'Etat... et autres représentants de l'intérêt général » (l'auteur aborde la situation particulière de l'administration des douanes n° 54) ; A. KETTELS, S. LOUIS et O. MICHIELS, *Les indemnités de procédure*, Waterloo, Kluwer, 2012, n° 181-185, pp. 110-112.



tre ce qui relève du public et du privé, alors qu'en pratique la distinction n'a jamais été aussi faible qu'aujourd'hui, à tout le moins d'un point de vue organique.

11. En réalité, la Cour constitutionnelle avait déjà usé de l'intérêt général pour justifier, précédemment, une différence de traitement dans le même contexte mais à propos d'une autre disposition, en l'occurrence l'article 135 du Code d'instruction criminelle interprété comme conférant un droit d'appel illimité au ministère public contre une ordonnance de la chambre du conseil, même lorsque celui-ci a obtenu ce qu'il avait requis devant la chambre du conseil, alors que l'appelant doit en règle pouvoir justifier d'un intérêt direct et personnel. Dans un arrêt n° 191/2005 du 14 décembre 2005, la Cour constitutionnelle - alors d'arbitrage - avait observé qu' « [i]l existe, entre le ministère public et les autres parties à un procès pénal, une différence fondamentale qui repose sur un critère objectif : le ministère public accomplit, dans l'intérêt de la société, les missions de service public relatives à la recherche et à la poursuite des infractions (articles 22 à 47bis du Code d'instruction criminelle) et il exerce l'action publique (article 138 du Code judiciaire), tandis que les autres parties défendent leur intérêt personnel. La situation particulière du ministère public justifie raisonnablement que, si l'instruction se termine par une ordonnance de non-lieu qui met fin à l'action pénale dont le ministère public a la charge, celui-ci puisse, dans l'exercice de la mission légitime qui est la sienne, faire valoir en degré d'appel notamment l'existence de charges qu'il estime suffisantes pour renvoyer l'inculpé devant la juridiction de jugement, tandis que l'inculpé ne dispose pas de la même voie de recours contre une ordonnance de renvoi. L'ordonnance de non-lieu, en effet, met fin à l'action publique et ne permet au ministère public de reprendre celle-ci qu'en requérant la réouverture de l'instruction en raison de charges nouvelles. L'ordonnance de renvoi, au contraire, permet à l'inculpé de faire valoir tous ses moyens de défense devant le juge du fond. La nature des intérêts que défend le ministère public justifie également que son appel soit recevable même si l'ordonnance de la chambre du conseil qu'il attaque est conforme à ses réquisitions. En outre, les membres du ministère public exercent leurs missions sous l'autorité du procureur général près la cour d'appel, tout en jouissant d'une indépendance que leur garantit l'article 151, § 1er, de la Constitution, de sorte qu'il ne peut être considéré que la position adoptée par un membre du ministère public

*s'imposerait à ses autres membres et empêcherait, en particulier, le procureur général d'exercer la fonction de direction que lui confie le Code judiciaire »*²⁵.

Par cet arrêt – voire probablement par d'autres encore auparavant –, la Cour constitutionnelle avait d'une certaine manière déjà semé les graines de la distinction en matière de procédure pénale, et peut-être donné l'idée de dispenser le ministère public de toute indemnité de procédure.

12. L'histoire n'allait pas s'arrêter là. Quelques années plus tard, la Cour constitutionnelle rendait un arrêt n° 83/2011 du 18 mai 2011 donnant le feu vert au législateur pour étendre le bénéfice de l'exonération lorsque l'auditorat du travail succombe dans son action intentée sur pied de l'article 138bis, § 2, du Code judiciaire. Selon la Cour, en effet, l'article 1022 du Code judiciaire, tel que libellé avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 février 2010, violait les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'une indemnité de procédure pouvait être mise à charge de l'Etat belge dans cette hypothèse.

Au moment de statuer, la Cour était en réalité confrontée à une modification législative d'application immédiate (lorsque le Roi lui donnera vigueur) qui prévoyait explicitement l'exonération d'indemnité de procédure en faveur de l'Etat lorsque le ministère public intervient par voie d'action dans les procédures civiles conformément à l'article 138bis, § 1^{er}, du Code judiciaire et lorsque l'auditorat du travail intente une action devant les juridictions du travail conformément à l'article 138bis, § 2, du même code. Il s'agit de la loi précitée du 21 février 2010 modifiant les articles 1022 du Code judiciaire et 162bis du Code d'instruction criminelle. Par cette loi, le législateur a voulu corriger une série d'imperfections de la loi du 21 avril 2007 et tenir compte de l'arrêt n° 182/2008 précité en prévoyant deux exonérations nouvelles « afin de permettre au ministère public [et à l'auditorat du travail] d'exercer [leur] action en toute indépendance sans tenir compte du risque financier lié au procès »²⁶. A nouveau, l'argument est donc tiré des travaux parlementaires, le législateur ayant apparemment suivi une nouvelle fois l'avis de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et de l'Orde van Vlaamse Balies sur ce point²⁷. A noter que la section de législation du Conseil d'Etat avait souligné que "[s]i l'on ne peut contester que les intérêts que le ministère public a la charge de défendre sont d'une autre nature que ceux du justiciable ordinaire, il

²⁵ B.3-B.5. Souligné par nos soins.

²⁶ B.4.2. *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2313/001, p. 6. Souligné par nos soins.

²⁷ *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2313/001, p. 27.



appartient à l'auteur de l'avant-projet de mieux justifier dans l'exposé des motifs en quoi l'intervention du ministère public dans un procès civil doit être soumise, quant à l'obligation de verser l'indemnité de procédure à la partie qui gagne le procès, à un régime identique à celui qui a été validé par la Cour constitutionnelle en matière pénale »²⁸ et la députée Nyssens s'était également demandée si la justification avancée – la volonté d'instaurer un parallélisme entre le procès civil et le procès pénal – est suffisante s'agissant d'un « choix politique (...) consacrant le principe de l'exonération de l'indemnité de procédure à charge de l'État lorsque le ministère public est partie à l'instance ». « Le ministère public, qui défend l'intérêt général, ne devrait en effet pas se soucier des répercussions financières d'une action »²⁹ en matière civile également ?

L'explication ministérielle donnée en réponse ne convainc guère, se limitant à confirmer l'argument de principe, sans le creuser davantage ni l'étayer concrètement, laissant apparaître en filigrane l'argument budgétaire entre-temps épinglé en doctrine³⁰ qui sous-tend *in fine* l'exonération au nom de l'intérêt général et de l'ordre public : si l'Etat belge pouvait être condamné à une indemnité de procédure en matière pénale, « (...) cela aurait d'importantes conséquences budgétaires, compromettant aussi de cette manière l'indépendance du ministère public lors de la politique de poursuite ». La Ministre se drape dans la jurisprudence constitutionnelle en prétextant que ce qui vaut en matière pénale devrait également suffire en matière civile. « Afin de permettre au ministère public qui défend également, comme dans les affaires pénales, l'intérêt général dans les affaires civiles, d'exercer son action en toute indépendance, sans tenir compte du risque financier lié au procès, il convient également de prévoir une dispense de l'État pour le paiement de l'indemnité de procédure lorsque le ministère public intervient par voie d'action dans le cadre d'une procédure civile. Le même raisonnement vaut pour l'auditorat du travail. La défense de l'intérêt général et l'indépendance requise (à cet effet) devraient former suffisamment de contrepoids pour justifier la "différence" de traitement du ministère public comparé aux autres parties au procès. Il ne peut

en effet pas être nié que les intérêts que le ministère public doit défendre, et ce aussi bien en matière pénale que civile, sont d'une toute autre nature que ceux d'un justiciable normal. L'exception proposée dans le projet de loi (art.2) en défense de l'intérêt public, est par conséquent justifiée »³¹.

D'autres parlementaires n'ont pas semblé satisfaits de la réponse, se demandant « (...) si cette exonération est légitime dans les cas où la partie adverse qui remporte son procès aura injustement été citée par le ministère public. Tel est notamment le cas, par exemple, lorsque le ministère public aura à tort initié une action pour obtenir l'annulation d'un mariage prétendument simulé et que le tribunal le débouterait de son action. Dans ce cas, n'est-il pas logique que le ministère public doive s'acquitter d'une indemnité de procédure permettant de couvrir les frais exposés par la partie injustement traînée devant le tribunal ? La généralisation du principe de l'exonération ne risque-t-elle pas de rendre le ministère public moins prudent lorsqu'il envisagera d'entreprendre une action ? » La réponse est à nouveau décevante : « Le ministre ne pense pas que le ministère public abusera de l'exonération prévue. Par ailleurs, rien n'interdit, le cas échéant, à la partie ayant remporté son procès d'introduire une action fondée sur le caractère téméraire ou vexatoire de la procédure initiée par le ministère public »³². Et lorsqu'il est demandé « si l'absence d'exonération dans les procédures civiles était ressentie par le ministère public comme un frein l'empêchant d'agir », le ministre « précise que ce dispositif constitue, avant toute chose, l'affirmation d'un principe général et ne vise pas à solutionner des difficultés que la pratique aurait fait apparaître »³³...

La Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 83/2011 du 18 mai 2011, considère dans la même ligne que « l'action de l'auditeur du travail fondée sur l'article 138bis, § 2, du Code judiciaire poursuit l'intérêt général »³⁴ et non « l'intérêt des travailleurs exclusivement »³⁵. Elle est comparable à celle du ministère public en particulier en ce qu'elle « vise à faire constater par le tribunal du travail les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la com-

²⁸ *Ibid.*, p. 14.

²⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2313/004, pp. 7 et 8.

³⁰ V. not. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et B. DE CONINCK, « La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat », *J.T.*, 2008, n° 6295, p. 48, n° 44 : J. VAN COMPERNOLLE et F. GLANSDORFF, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat », in G. DE LEVAL (dir.), *L'accès à la justice*, CUP, n° 98, Anthémis, Limal, 2007, n° 20, p. 252.

³¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2313/004, pp. 16 et 17. *Adde* p. 18. Souligné par nos soins.

³² *Ibid.*, p. 19.

³³ *Ibid.*

³⁴ B.6.4.

³⁵ B.6.3.



pétence des juridictions du travail »³⁶. Dans ces conditions, « [l]es règles d'égalité et de non-discrimination commandent de traiter ces actions exercées par un organe public au nom de l'intérêt général et en toute indépendance de la même manière que les actions publiques »³⁷ ou pénales. La Cour passe de la sorte du registre de la tolérance justifiée à celui de « l'exigence constitutionnelle »³⁸.

13. Une exigence qui ne tardera pas à toucher, après l'auditeur du travail, l'inspecteur urbaniste, le fonctionnaire délégué³⁹ et l'officier de l'Etat civil.

L'objection d'un statut différent – magistrat de l'ordre judiciaire pour le membre du ministère public, fonctionnaire relevant du pouvoir exécutif pour l'inspecteur urbaniste ou le fonctionnaire délégué – ne suffira pas à convaincre de l'opportunité d'un traitement différent dès lors que les travaux préparatoires de l'article 151 de la Constitution, qui garantit l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, souligne le rôle exécutif du ministère public. Celui-ci n'exerce pas une fonction de juge mais plutôt une fonction de pouvoir exécutif sous l'autorité et le contrôle du ministre de la Justice. Il en résulte que « [t]out comme les membres du ministère public, les inspecteurs urbanistes doivent pouvoir exercer leur action en toute indépendance, sans tenir compte du risque financier lié au procès »⁴⁰, à l'instar des fonctionnaires délégués⁴¹. Par conséquent, « l'article 1022 du Code judiciaire, avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 février 2010, viole les

articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'une indemnité de procédure peut être mise à charge de la Région flamande lorsque l'inspecteur urbaniste succombe en son action en réparation intentée devant le tribunal civil sur la base de l'article 6.1.43 du Code flamand de l'aménagement du territoire », ou « du fonctionnaire délégué lorsqu'il succombe en son action en réparation intentée devant le tribunal civil sur la base de l'article 157 du Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme, du Patrimoine et de l'Energie ».

La Cour n'a pas davantage hésité au sujet de l'action en annulation d'un mariage intentée par le ministère public (le procureur du Roi) sur la base de l'article 184 du Code civil lorsque celui-ci succombe dans son action⁴².

A chaque fois la Cour précise que « [l]'action en réparation qui est en cause dans la présente affaire est intentée par l'inspecteur urbaniste dans l'intérêt général, en vue de garantir le bon aménagement du territoire »⁴³, « [l]'action en réparation qui est en cause dans la présente affaire est intentée par le fonctionnaire délégué dans l'intérêt général, en vue de garantir le bon aménagement du territoire »⁴⁴, « [l]'action qui est en cause dans la présente affaire a été intentée exclusivement dans l'intérêt général et en toute indépendance, en vue de faire respecter les conditions requises par le Code civil pour contracter mariage »⁴⁵, comme s'il pouvait en aller différemment dans d'autres circonstances concrètes.

³⁶ B.5.1.

³⁷ B.8. Souligné par nos soins.

³⁸ Rappr. C.C., n° 43/2012, 8 mars 2012, B.6, §2 ; C.C., n° 36/2013, 7 mars 2013, B.5, §2 ; C.C., n° 42/2013, 21 mars 2013, B.5, §2.

³⁹ En réalité déjà visé par l'arrêt n° 135/2009 du 1^{er} septembre 2009 mais sous l'angle inverse de l'impossibilité pour le fonctionnaire délégué de réclamer une indemnité de procédure lorsqu'il agit devant une juridiction pénale en application de l'article 155 du CWATUP.

⁴⁰ C.C., n° 43/2012, 8 mars 2012, B.8.; souligné par nos soins. A noter, dans cette affaire, la distinction que voulait établir le Conseil des ministres entre l'intervention de l'inspecteur urbaniste devant le juge civil et l'intervention du même inspecteur devant le juge pénal que la Cour a appréciée comme suit : « [d]ans la première hypothèse, l'inspecteur urbaniste intente son action en réparation par voie de citation, ce qui implique qu'il devient partie au procès. Dans la seconde hypothèse, il intente son action en réparation par pli ordinaire adressé au parquet, ce qui impliquerait qu'il n'est pas partie à la cause. Il faut cependant ne pas confondre différence et non-comparabilité. Le mode d'introduction différent d'une action peut certes constituer un élément dans l'appréciation d'une différence de traitement, mais il ne suffit pas pour conclure à la non-comparabilité, sous peine de priver de sa substance le contrôle qui est exercé au regard du principe d'égalité et de non-discrimination. Il faut par ailleurs déduire de la motivation du jugement de renvoi que l'intervention de l'inspecteur urbaniste devant le juge civil ne doit pas simplement être comparée à son intervention devant le juge pénal, mais à l'intervention devant le juge pénal en général, donc en premier lieu à l'intervention du ministère public » (B.4).

⁴¹ C.C., n° 36/2013, 7 mars 2013, B.7.

⁴² C.C., n° 42/2013, 21 mars 2013

⁴³ C.C., n° 43/2012, 8 mars 2012, B.8. Souligné par nos soins. Rem. déjà C.C., n° 23/2010, 25 février 2010, B.6 : l'action en intervention volontaire à la procédure pénale mue contre le contrevenant aux dispositions du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, exercée par la Région wallonne sur pied de l'article 79 dudit décret, ne s'apparente pas à une constitution de partie civile permettant à la victime d'une infraction d'obtenir la réparation du dommage propre qu'elle a subi du fait de l'infraction. Elle « permet à celle-ci de remplir la mission d'intérêt général dont elle est chargée, la réparation en cause étant fonction des dangers, nuisances ou inconvénients que l'établissement est susceptible de causer, et non du dommage subi par des personnes déterminées. (...) En raison de la mission dévolue à la Région wallonne (pour la sauvegarde de l'intérêt général), qui s'apparente à celle du ministère public, le législateur a pu raisonnablement considérer qu'il ne convenait pas d'étendre en sa faveur le système de la répétibilité qu'il a expressément voulu limiter, en matière pénale, aux relations entre le prévenu et la partie civile ».

⁴⁴ C.C., n° 36/2013, B.7. Souligné par nos soins.

⁴⁵ C.C., n° 42/2013, 21 mars 2013, B.7. Souligné par nos soins.



Une justification polyvalente

14. Avec les arrêts n° 132/2013 du 26 septembre 2013 et n° 180/2013 du 19 décembre 2013, quasi identiques, la Cour constitutionnelle est confrontée à un changement de rôle dans le chef de l'autorité qui n'est plus habilitée à agir en justice mais à défendre une décision prise au préalable. Est dans les deux cas concernée une décision de l'officier de l'état civil refusant la célébration d'un mariage. Soit une compétence éminemment comparable à celle de l'action en annulation d'un mariage intentée par le procureur du Roi et qui pouvait par conséquent difficilement déboucher sur une issue différente.

La Cour donne immédiatement le ton à cet égard en prenant la peine de se substituer au juge *a quo* qui avait omis d'indiquer dans le dispositif de sa décision de renvoi les catégories de personnes à comparer et en déduisant des motifs de celle-ci et des éléments de l'affaire « *qu'il compare la situation de l'officier de l'état civil, agissant dans l'intérêt général, à la situation d'une partie au procès qui n'agit pas dans l'intérêt général, d'une part, et à celle du ministère public lorsqu'il exerce l'action publique ou tente une action en annulation d'un mariage de complaisance, d'autre part* »⁴⁶.

La Cour commence par s'adonner à la traditionnelle « litanie des précédents », salutare pour la sécurité juridique, pour justifier une nouvelle fois l'exonération d'indemnité de procédure. Le syllogisme avancé pour intégrer dans son raisonnement l'hypothèse de la défense et plus seulement celui de l'action consiste à vérifier si l'intérêt général est également au cœur de l'action administrative. Ainsi, selon la Cour, lorsque l'officier de l'état civil refuse de célébrer un mariage qu'il pense être de complaisance, il est tenu de le faire⁴⁷ et il « *agit dans le cadre de l'exercice de sa fonction et ne poursuit aucun intérêt personnel mais intervient exclusivement dans l'intérêt général, en vue de préserver l'ordre public* »⁴⁸. Les candidats au mariage peuvent évidemment contester cette décision de refus devant le tribunal de première instance, ce qui a pour effet de conférer à l'officier la qualité de « *partie dans une procédure judiciaire* ». Certes, l'action n'est pas introduite par celui-ci, mais cela ne change rien au fond de la question pour la Cour. « *En se défendant*

contre le recours introduit à l'encontre de sa décision de refus, l'officier de l'état civil défend (...) toujours l'intérêt général et la sauvegarde de l'ordre public, de sorte qu'il n'est pas justifié qu'il puisse être condamné au paiement d'une indemnité de procédure »⁴⁹. Il en va de même lorsqu'il interjette appel de la décision du premier juge déclarant non fondée sa décision de refus de célébrer un mariage⁵⁰.

La différence de statut entre l'officier de l'état civil et le ministère public « *ne peut suffire à justifier la différence de traitement en cause* »⁵¹, se limite encore à affirmer la Cour sans guère entrer dans le vif de la comparaison. L'important est que « *[t]out comme les membres du ministère public doivent pouvoir exercer leur action en toute indépendance, sans tenir compte du risque financier lié au procès, les officiers de l'état civil doivent pouvoir prendre les décisions qu'ils sont amenés à prendre du fait de leur fonction, sans tenir compte du risque financier lié à une procédure intentée contre pareilles décisions* »⁵². En toute indépendance ? La Cour omet de le préciser en ce qui concerne l'officier de l'état civil, mais l'on suppose que l'idée reste la même.

Quelques jours après l'adoption du texte commenté par la Chambre, la Cour a confirmé ces deux arrêts par un arrêt n° 54/2014 du 27 mars 2014⁵³.

Avec le recul, il n'est pas étonnant que la Cour ait étendu l'exonération à l'hypothèse dans laquelle l'autorité défend la légalité de son action puisque celle-ci, par nature unilatérale, emporte une inversion du contentieux et que l'autorité n'est défenderesse, en définitive, qu'à raison de l'exercice des voies de recours organisées contre son action unilatérale.

15. A vrai dire, la Cour avait déjà traité ce cas de figure dans un arrêt n° 57/2013 du 25 avril 2013 à propos de l'ordre de cessation de travaux prévu à l'article 6.1.47 du Code flamand de l'aménagement du territoire pour éviter la commission d'infractions à la législation en matière d'aménagement du territoire et que l'autorité soit mise devant le « fait accompli » en empêchant toute nouvelle atteinte au bon aménagement du territoire. Emis par certains fonctionnaires, agents ou officiers de police judi-

⁴⁶ Arrêts, B.2, §2.

⁴⁷ En vertu de l'article 167, alinéa 1^{er}, du Code civil, et compte tenu de l'article 146*bis* du même Code.

⁴⁸ C.C., n° 132/2013, B.6, §2. Souligné par nos soins.

⁴⁹ C.C., n° 132/2013, B.6, dernier §.

⁵⁰ C.C., n° 180/2013, B.6, dernier §.

⁵¹ Arrêts, B.7, §1^{er}.

⁵² Arrêts, B.7, §2, souligné par nos soins.

⁵³ B.3-B.7.



ciaire, l'ordre doit être ratifié par l'inspecteur urbaniste compétent, dans les huit jours suivant la date à laquelle le procès-verbal lui a été notifié et peut être abrogé par le Président du tribunal de première instance statuant en référé sur requête du destinataire de l'injonction.

Selon la Cour, la circonstance que c'est toujours l'intéressé et non l'autorité qui introduit la demande de levée de l'ordre de cessation n'est pas « *de nature à justifier le paiement d'une indemnité de procédure* » (sic) puisqu'« *[e]n se défendant contre la demande de levée, l'autorité ayant délivré l'ordre de cessation défend cependant toujours l'intérêt général et la sauvegarde du bon aménagement du territoire, de sorte qu'il n'est pas justifié qu'elle puisse être condamnée au paiement d'une indemnité de procédure* »⁵⁴, mais « *elle ne peut pas non plus se voir octroyer une indemnité de procédure, de sorte que la différence de traitement est inexistante* »⁵⁵.

Une justification à double sens

16. La réalité serait trahie si l'on ne faisait d'emblée observer, en rebondissant sur cette dernière précision, que l'exonération d'indemnité de procédure ne joue pas seulement en faveur de l'autorité, mais également en sa défaveur. Ainsi, par exemple, le fonctionnaire délégué agissant devant une juridiction pénale en application de l'article 155 du CWATUP, ne peut-il être condamné à l'indemnité de procédure en cas de défaite. Mais il ne peut pas non plus obtenir celle-ci à charge du prévenu qui est condamné.

La Cour constitutionnelle s'est également penchée sur cet aspect et en a vraisemblablement tenu compte dès le départ pour établir sa jurisprudence, même si les premiers arrêts portant sur des exonérations n'y font guère allusion⁵⁶.

Dès 2009, pourtant, dans un arrêt n° 135/2009 du 1^{er} septembre 2009, la Cour y a vu une certaine logique, à l'occasion d'une question préjudicielle visant la différence de traitement par rapport aux autres justiciables qui peu-

vent obtenir l'indemnité de procédure à charge de la partie qui succombe, dont les personnes qui se sont constituées partie civile devant une juridiction pénale.

Au départ du même constat, concernant le critère de distinction fondé par le législateur sur la représentation de l'intérêt général dans le cas du ministère public, la Cour souligne la « différence essentielle » entre la partie civile qui, par la constitution du même nom, poursuit la réparation de son dommage propre subi du fait de l'infraction, et le fonctionnaire délégué qui est chargé d'une mission d'intérêt général et agit pour la sauvegarde de l'intérêt général, visant certes également une réparation, mais une réparation « *en fonction du bon aménagement des lieux et non du dommage subi par des personnes déterminées* »⁵⁷. Une telle mission « *s'apparente à celle du ministère public* », en manière telle que « *le législateur a pu raisonnablement considérer qu'il ne convenait pas d'étendre en sa faveur le système de la répétibilité qu'il a expressément voulu limité, en matière pénale, aux relations entre le prévenu et la partie civile* »⁵⁸. Il n'est donc pas discriminatoire « *de ne pas prévoir le droit, pour le fonctionnaire délégué (...), de réclamer une indemnité de procédure à charge du prévenu et des personnes civilement responsables qui sont condamnés* »⁵⁹.

Dans l'arrêt n° 57/2013, la Cour était confrontée à une question préjudicielle qui avait interprété l'arrêt n° 43/2012 du 8 mars 2012 relatif aux inspecteurs urbanistes comme emportant dispense d'indemnité de procédure pour la Région flamande si, à la suite d'un ordre de cessation⁶⁰, une demande de levée de celui-ci est jugée fondée par le tribunal de première instance statuant en référé, et au contraire condamnation des parties appelantes au paiement de l'indemnité si celles-ci succombent. La Cour rappelle à cet égard son arrêt n° 135/2009 pour conclure à l'absence de différence de traitement.⁶¹ Il s'agit certes d'une mesure préventive et non répressive, mais cela « *ne suffit pas pour justifier le paiement d'une indemnité de procédure* » (sic) dès lors que la mesure est imposée « *dans le seul but de sauvegarder le bon aménagement du territoire, ce qui constitue un objectif d'intérêt général* »⁶².

⁵⁴ B.4.3.

⁵⁵ B.4.4.

⁵⁶ Le font l'arrêt n° 57/2013 du 25 avril 2013, à propos, mais aussi les arrêts n° 132 et 180/2013, sans nécessité, dans la « *litanie des précédents* », qui font référence aux arrêts n° 135/2009 et n° 83/2011 (à tort semble-t-il dans ce dernier cas qui ne fait pas allusion au fait qu'aucune indemnité de procédure ne peut non plus lui être octroyée).

⁵⁷ B.6.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Dispositif.

⁶⁰ Mesure préventive prévue à l'article 6.1.47 du Code flamand de l'aménagement du territoire.

⁶¹ B.3.3.

⁶² B.4.2. Souligné par nos soins.



17. A noter aussi le précédent à propos de l'indemnité de procédure devant le Conseil d'Etat qui s'est fait longtemps attendre en législation. La Cour constitutionnelle s'était exprimée à ce sujet dans un arrêt n° 96/2012 du 19 juillet 2012⁶³ à propos de la différence de traitement entre les parties à la procédure devant le Conseil d'Etat, l'autorité ne pouvant obtenir, quant à elle, le remboursement des frais et honoraires de son avocat à charge de la partie requérante dont le recours est rejeté, alors que la partie requérante qui obtient l'annulation de l'acte peut obtenir le remboursement forfaitaire⁶⁴ de ses frais et honoraires d'avocat devant le pouvoir judiciaire⁶⁵. Selon la Cour, le critère de distinction est pertinent dès lors que « (...) l'autorité publique auteur de l'acte, partie adverse devant le Conseil d'Etat, dispose en principe, antérieurement à la procédure contentieuse, de toutes les ressources et informations utiles lui permettant de défendre la légalité de l'acte, ce qui la place dans une situation spécifique quant à la nécessité de recourir à l'assistance d'un avocat. Dans la situation inverse, la partie requérante qui peut prouver qu'elle a subi un dommage du fait de l'acte illégal peut faire valoir que les frais qu'elle a dû exposer, dès lors qu'elle n'aurait pu obtenir l'annulation de l'acte qui lui faisait grief sans l'assistance d'un avocat, font partie de ce dommage »⁶⁶. Cette différence de situations justifiait l'état du droit à l'époque.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour avait observé que même en matière judiciaire l'autorité publique « n'obtient pas systématiquement le remboursement forfaitaire de ses frais d'avocats dans tous les litiges qu'elle gagne », la condamnation aux dépens étant toujours prononcée à charge de l'autorité publique ou de l'organisme public, quelle que soit l'issue du litige, pour certains contentieux visés par l'article 1017, alinéa 2, du Code judiciaire. En conséquence, « [l]e législateur a pu estimer qu'il existe

*des contentieux dans lesquels il ne serait pas justifié que la personne qui conteste une décision administrative la concernant et qui échoue dans cette contestation soit tenue de rembourser une part des frais et honoraires d'avocat exposés par l'administration défendant la légalité de la décision »*⁶⁷.

La Cour mettait également dans la balance la différence de moyens, en règle, entre partie adverse et partie requérante, même si « (...) toutes les autorités publiques appelées à être parties adverses dans des procédures au Conseil d'Etat ne disposent pas des mêmes moyens, notamment en termes de personnel spécialisé dans le contentieux administratif (...) » : « (...) il peut être admis qu'en règle générale, l'autorité qui a adopté l'acte dont la légalité a été mise en cause dispose, pour organiser de manière satisfaisante la défense de la légalité de l'acte attaqué, de ressources humaines et financières suffisantes dont ne dispose pas nécessairement la partie requérante »^{68 69}.

18. Bref, l'intérêt général n'est pas à sens unique⁷⁰. Il implique une certaine forme de réciprocité, et si la Cour constitutionnelle venait à valider demain l'immunité d'indemnité de procédure pour toute personne morale de droit public agissant dans l'intérêt général en tant que partie dans une procédure, elle ne manquerait pas de consacrer en même temps, nous l'espérons, la privation du droit de demander une indemnité de procédure dans les mêmes conditions, sous peine d'une intolérable incohérence voire d'une inconstitutionnalité manifeste. Seule cette interprétation de la nouvelle disposition serait susceptible d'être conforme, à notre estime, aux principes d'égalité et de non-discrimination⁷¹.

⁶³ Commenté par P. LAGASSE, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocats au Conseil d'Etat : l'administration n'est pas un justiciable comme un autre », *A.P.*, 2012/4, pp. 769-775 ; P. MARTENS, « Répétibilité et partie publique », *J.L.M.B.*, 2012/27, pp. 1273 et s. V. aussi A. KETTELS, S. LOUIS et O. MICHIELS, *Les indemnités de procédure*, Waterloo, Kluwer, 2012, n° 208-246, pp. 129-154.

⁶⁴ A l'exclusion du remboursement intégral selon les règles de la responsabilité civile, le juge *a quo* ne pouvant écarter l'application de l'article 1022 du Code judiciaire « sans créer une différence de traitement injustifiée entre une partie qui obtient gain de cause contre une autorité administrative selon qu'elle a opté pour un recours en annulation devant le Conseil d'Etat ou pour une action devant une juridiction de l'ordre judiciaire » (C.C., n° 118/2009, 16 juillet 2009, B. 11, §2).

⁶⁵ L'absence d'indemnité de procédure devant le Conseil d'Etat n'ayant dès lors pas des effets disproportionnés et il ne peut être reproché au législateur de ne pas avoir réglé la situation en même temps qu'il adoptait la loi du 21 avril 2007 (*ibid.*, B.12).

⁶⁶ B.10.

⁶⁷ B.9.

⁶⁸ B.11.

⁶⁹ Dans son commentaire précité, P. LAGASSE observait toutefois que la partie requérante est parfois une autorité administrative et se demandait si ce n'est pas l'application de l'article 1022 du Code judiciaire dans le cadre du contentieux judiciaire opposant un particulier à un pouvoir public qui était discriminatoire, la différence de moyens étant également patente, le cas échéant.

⁷⁰ Tel n'est pas toujours le cas, comme en matière d'immunité pénale des principales collectivités politiques qui peuvent néanmoins déposer plainte.

⁷¹ Dans le même sens : M. DELANOTE, « Rechtsplegingsvergoeding : waarom fiscaliteit toch anders is dan een bouwovertreding », *Fiscale actualiteit*, 2014, n° 29, pp. 14-17. A l'inverse, partant du postulat que le texte ne dispense que l'autorité de l'indemnité de procédure :



L'on ne parlerait plus alors d'une dispense d'indemnité de procédure dans le chef de l'autorité, mais bien d'une exception au régime de l'indemnité de procédure en présence d'une personne morale de droit public, ce qui est très différent.

L'on ne peut que déplorer, à ce titre, que tant la disposition concernée que les travaux préparatoires y afférents, pourtant directement inspirés de la jurisprudence constitutionnelle, aient omis de mettre cette dimension générale en exergue. Ne s'agissait-il pas, pourtant, d'assurer un suivi législatif ? L'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire mérit(er)ait d'être (ré)écrit en prévoyant qu'aucune indemnité n'est due à charge de quiconque lorsqu'une personne morale de droit public⁷² agit (dans l'intérêt général)⁷³ en tant que partie dans une procédure. En attendant, il risque d'être mal compris⁷⁴.

Une justification à contre-sens

19. L'exposé de la situation serait encore tronqué si l'on omettait d'observer que la modification commentée de l'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire est intervenue quelques mois seulement après que le même législateur ait choisi de prévoir une indemnité de procédure spécifique devant le Conseil d'Etat sans en dispenser les personnes morales de droit public en cas de défaite, ni les en priver en cas de victoire. Tel est l'objet du nouvel article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat tel que prévu par l'article 11 de loi du 19 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat dont il faut vraisemblablement considérer, eu égard à la proximité temporelle des modifications législatives, qu'il n'a pas été modifié

trois mois plus tard par la loi du 25 avril 2014. Certes, il est indéniable que l'autorité administrative agit en tant que partie dans une procédure devant le Conseil d'Etat – on l'y appelle d'ailleurs la partie adverse, hormis le cas d'une intervention –, mais la procédure devant le Conseil d'Etat est régie par les lois coordonnées et non par le Code judiciaire⁷⁵, même si celles-là renvoient parfois expressément à celui-ci sur certains points précis et malgré l'article 2 du Code judiciaire⁷⁶.

Si la nouvelle disposition ne semble avoir aucune influence directe sur le régime en vigueur devant le Conseil d'Etat, elle place néanmoins de toute évidence l'Etat belge devant une épineuse contradiction qui ne facilitera pas la tâche de son conseil en cas de recours en annulation ou de question préjudicielle devant la Cour constitutionnelle. Celle-ci pouvait encore comprendre qu'il n'y ait pas d'indemnité de procédure devant le Conseil d'Etat⁷⁷. Mais qu'il y en ait désormais une – certes différente – devant le Conseil d'Etat et plus devant le pouvoir judiciaire lorsque l'autorité agit dans l'intérêt général...

Il est au demeurant piquant d'observer que l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat est précisément présenté comme inspiré de l'article 1022 du Code judiciaire⁷⁸... dans sa version antérieure, évidemment. « *Lors des travaux préparatoires de cette loi, l'extension de la répétabilité des honoraires d'avocats à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat avait été évoquée, mais reportée afin de ne pas ralentir le processus législatif en cours (Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Luc Willems, Doc. parl., Sénat, 2006-2007, n° 3-1686/5, p. 26)* »⁷⁹. « *La section de législation du Conseil d'Etat avait relevé qu'il conviendrait de justifier, au regard des articles 10 et 11 de la Consti-*

J. VANDEN BRANDEN, « Wie betaalt mijn advocaat ? », *Fiscale actualiteit*, 2014, n° 29, pp. 9-14 ; J. DE METS, « Rechtsplegingsvergoeding en de overheid », *De juristenkrant*, 10 sept. 2014, p. 7.

⁷² Sous réserve de ce qui en sera dit plus loin.

⁷³ V. à cet égard ci-dessous.

⁷⁴ V. « *Strijd tegen fiscus wordt flink pak duurder* » et « *Fiscalisten woedend over dure procedures* », *De Tijd*, 28 août 2014, pp. 1 et 3 ; « *Attaquer le fisc en justice pourrait (vous) coûter très cher* », *L'écho et Métro*, 28 août 2014 : « *'A l'inverse, les contribuables, lorsqu'ils ont tort, devront continuer à payer une indemnité de procédure à l'Etat' si l'administration fiscale se fait représenter par un avocat, souligne M. Buysse* ».

⁷⁵ Le Conseil d'Etat se plaît régulièrement à l'affirmer. V. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *LE CONSEIL D'ÉTAT DE BELGIQUE*, BRUYLANT, 2012, n° 688, pp. 1614-1617.

⁷⁶ « *Les règles énoncées dans le présent Code 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* » (souligné par nos soins). V. M. NIHOUL, *Le privilège du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, la Chartre, 2001, n° 516 et s. ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et B. DE CONINCK, « *La loi du 21 avril 2007 sur la répétabilité des frais et honoraires d'avocat* », *J.T.*, 2008, n° 6295, p. 46, n° 34. Selon la Cour constitutionnelle, toutefois, « *Le Conseil d'Etat a pu, dans les arrêts mentionnés en B.3.2, juger que, malgré la règle inscrite à l'article 2 du Code judiciaire, l'article 1022 du même Code ne lui était pas applicable. Il a pu considérer, à cet égard, que, devant lui, la question des dépens fait l'objet des dispositions légales citées en B.3.2, ce qui exclut qu'il applique les dispositions du Code judiciaire ayant un objet similaire* » (C.C., n° 118/2009, 16 juillet 2009, B.10).

⁷⁷ V. à cet égard ci-dessous.

⁷⁸ Projet de loi, *Doc. parl.*, S., s. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 24.

⁷⁹ *Ibid.*



tution, pour quelle raison la répétibilité ne serait pas applicable notamment devant le Conseil d'Etat (Doc. parl., Sénat, 2006-2007, n° 3-1686/3, p. 2) »⁸⁰.

Une justification en ordre de marche

20. Il est à prévoir que d'autres arrêts de la Cour constitutionnelle viendront encore étendre le périmètre de l'exonération d'indemnité de procédure avant l'entrée en vigueur de la disposition commentée. Plusieurs questions préjudicielles sont en effet pendantes devant la Cour constitutionnelle, concernant, respectivement, l'indemnité à charge de la commune qui succombe dans le cadre d'un recours introduit sur la base de l'article 119bis, § 12, de la nouvelle loi communale contre une décision rendue par son fonctionnaire chargé des sanctions administratives communales⁸¹, celle à charge de l'Etat belge lorsqu'il succombe dans un recours fondé sur l'article 569, 32°, du Code judiciaire⁸² en matière fiscale, ou encore l'exonération d'indemnité de procédure à charge de l'officier de l'état civil qui mène une défense contre l'appel formé contre sa décision de refus dans un litige porté devant le juge civil sur la base de l'article 146bis *juncto* l'article 167 du Code civil alors que les particuliers qui font appel de la décision de refus doivent, en tant que parties qui ont succombé, au sens de l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire (qui mentionne uniquement « la partie qui a succombé », sans distinguer selon que cette partie agit ou non dans l'intérêt général), être condamnés à une indemnité de procédure et qu'en matière d'urbanisme, plus précisément dans le cadre de procédures portant sur des actions en réparation et des ordres de cessation, le particulier à l'égard duquel une action des autorités publiques est déclarée fondée n'est pas tenu de payer une indemnité de procédure aux autorités publiques⁸³.

Une justification « incensée »

21. Il résulte de l'analyse qui précède que la justification de la dispense d'indemnité de procédure en faveur de toute personne morale de droit public partie dans une procédure tient en deux éléments. Le premier est celui

de l'intérêt général. Le second celui de l'indépendance, qui risquerait d'être compromise si l'autorité devait tenir compte du risque financier lié au procès.

Il eut été intéressant de prendre connaissance de la position de la section de législation du Conseil d'Etat sur la pertinence de ces deux justifications, mais l'on sait qu'une proposition de loi ne fait guère l'objet d'un avis, sauf à la demande expresse du Parlement, non formulée dans le cas présent, en fin de législature.

En l'absence d'un tel avis, il est néanmoins permis de s'interroger sur la pertinence de l'argument de l'indépendance que garantirait davantage l'absence de tout risque financier, pour commencer.

L'indépendance

22. Il ne suffit pas, selon nous, d'invoquer *in abstracto* l'indépendance de la personne morale de droit public sans vérifier si le risque financier d'un procès est réellement de nature à compromettre celle-ci.

23. Premièrement, encore faudrait-il, sur le plan comptable, qu'il y ait un déséquilibre important entre le montant total des indemnités perçues et le montant total des indemnités dues et que ce déséquilibre soit constamment négatif en défaveur du budget de la personne morale. En effet, l'application du régime commun de l'indemnité de procédure implique en principe que l'autorité soit redevable de celle-ci en cas de défaite mais aussi qu'elle la perçoive lorsqu'elle obtient gain de cause. Le mécanisme pourrait donc permettre de dégager des moyens budgétaires supplémentaires. Il faut en tous cas espérer, en pratique, que la balance des indemnités de procédure ne soit pas systématiquement dans le rouge. Le cas échéant, un réel problème serait mis en lumière dans la manière dont l'organe considéré s'acquitte de ses missions. Avec le recul, il s'agirait même d'un excellent indicateur permettant d'évaluer la politique contentieuse de l'organe⁸⁴. A l'inverse, le défaut d'un tel indicateur est de nature à déresponsabiliser celui-ci.

24. Deuxièmement, seule l'indépendance d'un organe est susceptible d'être concrètement affectée, et non celle

⁸⁰ C.C., n° 118/2009, 16 juillet 2009, B.6.

⁸¹ *Mon.*, 21 mai 2014, rôle n° 5887.

⁸² *Mon.*, 27 février 2014, rôle n° 5809. Jointe avec les affaires n° 5839-5843-5882.

⁸³ *Mon.*, 20 mars 2014, rôle n° 5841.

⁸⁴ Il pourrait être objecté qu'une telle évaluation serait contraire à l'indépendance de l'organe si ce n'est qu'elle ne porterait pas sur une affaire en particulier mais sur l'ensemble de la politique contentieuse de celui-ci. L'indépendance dans l'exercice d'une fonction n'est pas incompatible, semble-t-il, avec une certaine forme d'évaluation, à condition que celle-ci soit organisée dans le respect de l'indépendance et sur la base d'indicateurs de qualité. L'indépendance n'est pas synonyme d'absence de gestion. Elle n'interdit nullement les statistiques.



de la personne morale toute entière, dont relève celui-ci. Seul l'organe décisionnel est en effet susceptible d'être influencé dans sa fonction : l'officier de l'état civil, le fonctionnaire délégué,... pour prendre des exemples traités par la Cour constitutionnelle ; le collège communal en matière d'urbanisme, le directeur général en matière d'équivalence de diplôme,... pour prendre d'autres. Parfois l'organe décisionnel coïncidera avec celui en charge du budget impacté par le risque financier, mais souvent tel ne sera pas le cas. La pression sera différente, le cas échéant, à supposer qu'elle existe.

25. Pour que l'indépendance de l'organe décisionnel soit susceptible d'être réellement mise sous pression par l'indemnité de procédure, autrement dit, encore faudrait-il que celle-ci soit effectivement assumée par l'organe décisionnel, sur son propre budget, et que celui-ci soit limité voire « fermé »⁸⁵. A défaut, l'organe n'assume directement aucune responsabilité limitante. Or, en pratique, il n'est pas rare que l'indemnité soit mise à charge du service juridique de la personne morale concernée, spécialement pour ce qui concerne les grandes collectivités dont les budgets ne sont pas comparables avec celui des petites personnes morales de droit public. Toutes les personnes morales de droit public ne sont en effet pas égales ni devant la responsabilité ni devant les moyens budgétaires. En manière telle que le champ d'application de la mesure ne paraît pas adéquat avec l'objectif visé.

26. Pour que la pression budgétaire menace l'indépendance, il faudrait, troisièmement, que la charge soit importante en comparant celle-ci avec le budget de la personne concernée. Or, à supposer même que la personne morale perde tous ses procès, le risque financier dont on parle est relativement limité. Il vise une indemnité de procédure forfaitaire qui ne couvre pas les frais réellement exposés. Il est surtout très réduit comparé à celui qui pourrait découler par ailleurs d'une action jugée téméraire ou vexatoire ou de poursuites manifestement non fondées, par exemple, dans l'hypothèse où celles-ci auraient causé un préjudice plus ou moins important, ou encore par une simple décision ultérieurement contestée devant les juridictions et qui causerait également préjudice, puisque la dispense d'indemnité de procédure vaut

également lorsque la personne morale de droit public défend. La responsabilité civile de l'Etat demeure en effet pour ce qui concerne tout préjudice distinct des frais de justice, exclusivement réglés par l'article 1022 du Code judiciaire. A suivre jusqu'au bout la justification de l'indépendance, celle-ci ne serait donc réellement et adéquatement garantie que si l'immunité visait également toute forme de responsabilité du fait de l'action publique en général⁸⁶. Ce serait évidemment aller trop loin et revenir sur les fondements mêmes de notre système juridique mis en lumière par l'arrêt *La Flandria* de la Cour de cassation du 5 novembre 1920. Ce serait aussi nier que l'action publique au sens large ait pu être indépendante depuis près d'un siècle dans ce système. Ce serait revenir surtout à une conception de la séparation des pouvoirs où l'indépendance de chacun ouvre la porte à l'arbitraire.

Si la responsabilité de l'Etat ne porte pas atteinte à l'indépendance de la personne morale de droit public, autrement dit, alors tel ne peut pas être non plus le cas de l'indemnité de procédure. Si l'indépendance de l'autorité était affectée par le risque de devoir honorer une indemnité de procédure, alors elle le serait pour toute décision à prendre dans n'importe quelle compétence dès lors qu'il convient, pour l'autorité, d'en assumer la responsabilité sous tous ses aspects : civil, politique, ou encore pénal, et aujourd'hui procédural... même si, dans ce dernier cas seulement, il n'est pas requis qu'il y ait eu faute.

27. En réalité, l'immunité d'indemnité de procédure met en exergue l'atteinte portée par l'indemnité elle-même au « droit à la justice » lorsqu'en présence de contestations légitimes ou raisonnables selon les faits et les circonstances, la partie succombante doit dans tous les cas indemniser la partie adverse. Par hypothèse, l'indemnité de procédure est en effet due par la partie qui succombe, que celle-ci soit demanderesse ou défenderesse. Selon le premier alinéa de l'article 1022 du Code judiciaire, « *[l']indemnité de procédure est une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause* », sans autre forme de considération. Il ne peut être tenu compte de la complexité de

⁸⁵ Par référence à l'enveloppe fermée.

⁸⁶ Il est impossible de passer ici en revue tous les contentieux mais en matière fiscale, par exemple, il faudrait, pour exclure tout risque financier, exclure en outre le paiement d'intérêts sur les sommes que le fisc doit restituer. V. dans ce sens, J. VANDEN BRANDEN, « *Wie betaalt mijn advocaat ?* », *Fiscale actualiteit*, 2014, n° 29, pp. 9-14 qui trouverait indiqué de tenir compte de la bonne foi du contribuable dans la répétibilité en matière fiscale, ce qui, le cas échéant, devrait valoir également pour le pouvoir taxateur. D'autres mécanismes de réparation prévus par la loi mériteraient également d'être supprimés : celui prévu à l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (contentieux de l'indemnité sans faute), celui prévu par la loi du 30 décembre 1981 portant indemnisation en cas de détention préventive inopérante, celui prévu par la loi du 3 décembre 2005 instaurant une indemnité compensatoire de pertes de revenus en faveur des travailleurs indépendants victimes de nuisances dues à la réalisation de travaux publics sur le domaine public,...



l'affaire, du caractère manifestement déraisonnable de la situation ou de la capacité financière de la partie succombante, principalement, que pour fixer le montant de l'indemnité entre les minima et maxima prévus par le Roi.

La liberté du citoyen en ressort diminuée. Celle de l'autorité également, fût-elle décrite en termes d'indépendance. Mais eu égard aux moyens de l'autorité – certes limités et affectés à un champ d'action autrement plus large –, comparé à ceux du citoyen *lambda*, ce qui fut opportunément mis en lumière notamment par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 96/2012 précité⁸⁷, l'on peut douter que l'autorité hésite davantage que celui-ci avant d'agir en procédure eu égard aux montants de l'indemnité correspondante. La différence de traitement n'en est que d'autant plus criante. Toute proportion gardée, l'indépendance n'est pas sensiblement garantie par la dispense d'indemnité de procédure. Elle est aujourd'hui due et les autorités n'hésitent guère à agir en justice ou à introduire des recours au quotidien, sauf contentieux exceptionnel, ne fût-ce que parce que chaque affaire risque de créer un précédent susceptible de faire boule de neige ou de contaminer un large contentieux.

28. Il reste que la charge financière que représentent les indemnités de procédure cumulées est considérable et que l'économie qui résulterait de leur dispense serait évidemment la bienvenue pour mener de nouvelles politiques. Mais tel serait également le cas pour le citoyen *lambda*, qui, s'il en était aussi dispensé, ne manquerait pas d'en faire profiter l'Etat au moins partiellement à travers les taxes portant sur la consommation, indirectement eu égard aux dépenses additionnelles qui seraient consenties. Il n'est par ailleurs pas évident, tous comptes faits, que l'exonération soit réellement profitable sur le plan budgétaire car l'économie réalisée est très minime comparé au coût de fonctionnement de l'autorité elle-même et à celui de la justice, spécialement lorsque celle-ci est mobilisée à tort par l'autorité défaillante.

De ce point de vue, l'exonération d'indemnité de procédure pourrait avoir pour effet d'encourager l'autorité à consommer la justice sans compter, en étant moins re-

gardante ou à tout le moins en s'exposant davantage, avec pour risque corrélatif l'augmentation du contentieux en volume et une certaine forme de déresponsabilisation⁸⁸. Ce n'est pas rien si l'on sait que l'Etat au sens large du terme est le plus important justiciable dans notre pays. Sur le plan budgétaire, par conséquent, il n'est pas nécessairement contreproductif d'inciter l'autorité à réfléchir à deux fois avant d'agir.

29. Si l'indépendance n'est pas réellement affectée par la pression budgétaire, alors c'est que le motif réel de l'exonération est « simplement » budgétaire, comme on a pu l'apercevoir en filigrane dans les travaux préparatoires. Or, il résulte de l'analyse qui précède que l'exonération d'indemnité de procédure pour chaque budget de chaque autorité ne débouche pas nécessairement sur des économies pour les dépenses publiques en général pour différentes raisons. De ce point de vue non plus, la mesure n'est donc pas adéquate. La solution devrait être budgétaire et non l'exonération.

En outre, l'argument est avancé sans aucune évaluation chiffrée permettant d'avoir le cœur net sur la situation concrète telle que rencontrée. La justification avancée n'est donc pas réelle. Elle est dogmatique. Il n'en est d'ailleurs pas tenu compte dans la formulation de la disposition commentée⁸⁹, à la différence de l'intérêt général, alors que le critère figure expressément aussi dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

L'intérêt général

30. L'argument de l'intérêt général paraît à première vue plus solide que celui de l'indépendance. Il ne résiste toutefois pas non plus à l'analyse, sauf à rétablir également un régime caractérisé par l'immunité de toute responsabilité dans le chef de l'autorité et à prétendre, par ailleurs, que seule l'autorité est susceptible d'agir dans l'intérêt général à l'opposé de toute initiative privée.

31. En matière de responsabilité civile, le principe de la séparation des pouvoirs ne suffit plus à empêcher la responsabilité civile de l'Etat, ni de quelque personne publique que ce soit, depuis 1920. Il ne saurait en aller diffé-

⁸⁷ V. *supra*, n° 17.

⁸⁸ Rapp. F. VANHENDE, « Verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand in strafzaken », in *De verhaalbaarheid van de kosten aan verdediging, en wat met de toegang tot de rechter*, Bruges, Die Keure, 2005, p. 154-155 et dans le même ouvrage K. RAES, « Wie draagt de kosten van de verdediging ? Tussen rechtvaardigheid en efficiëntie », in *De verhaalbaarheid van de kosten aan verdediging, en wat met de toegang tot de rechter*, Bruges, Die Keure, 2005, pp. 288-289. Selon les auteurs, l'intervention de l'Etat dans les honoraires de l'avocat du prévenu acquitté eût été un moyen de tempérer certaines actions du ministère public, reconnaissant ainsi une certaine incidence.

⁸⁹ J. DE METS, « Rechtsplegingsvergoeding en de overheid », *De juristenkrant*, 10 sept. 2014, p. 7.



remment au nom de la continuité du service public ou de l'intérêt général⁹⁰, fût-ce au terme d'une analyse *in concreto*. Certes, la compétence vient d'être attribuée à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat d'allouer par voie d'arrêt à la partie qui le demande « une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence »⁹¹, dans la suite logique de la révision de l'article 144 de la Constitution⁹², au terme du nouvel article 11bis des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973⁹³. La partie concernée a toutefois le choix de porter l'indemnisation devant le juge judiciaire, sachant que l'intentement d'une action en responsabilité civile emporte l'interdiction de demander au Conseil d'Etat une indemnité pour le même préjudice et inversement.

32. En matière de responsabilité pénale, la loi organise elle-même, au nom de l'intérêt général, l'indemnisation forfaitaire, en cas de détention préventive inopérante, de toute personne qui a été détenue préventivement pendant plus de 3 jours et sans que cette détention ait été provoquée par sa propre faute si elle a bénéficié d'un non-lieu ou d'une décision d'acquiescement ou si elle a été mise en détention après extinction de l'action publique par prescription. Tel est l'objet précis de la loi du 30 décembre 1981 portant indemnisation en cas de détention préventive inopérante. L'indemnité de procédure ne participe-t-elle pas d'une même philosophie ?

En outre, l'argument de l'intérêt général a déjà été invoqué à titre incident pour justifier l'immunité des principa-

les collectivités politiques organisée par l'article 5, alinéa 4, du Code pénal. Dans son arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002 – le premier rendu en la matière –, la Cour avait opiné que « [l]es personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général. Le législateur peut raisonnablement considérer que son souci de lutter contre la criminalité organisée ne l'oblige pas à prendre à l'égard des personnes morales de droit public les mêmes mesures qu'à l'égard des personnes morales de droit privé »⁹⁴. La Cour avait cependant aussitôt observé que « [l]e législateur doit (...) tenir compte de ce que des personnes morales de droit public ont des activités semblables à celles de personnes morales de droit privé et que, dans l'exercice de telles activités, les premières peuvent se rendre coupables d'infractions qui ne se distinguent en rien de celles qui peuvent être commises par les secondes. Il lui appartient, pour concilier avec le principe d'égalité sa volonté de mettre fin à l'irresponsabilité pénale des personnes morales, de ne pas exclure du champ d'application de la loi les personnes morales de droit public qui ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique »^{95 96 97 98}. Au final, seules les personnes morales de droit public chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative et disposant d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique auraient été exonérées⁹⁹. « Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en

⁹⁰ V. M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, la Charte, 2001.

⁹¹ Souligné par nos soins.

⁹² Depuis le 31 janvier 2014, la disposition constitutionnelle prévoit désormais, dans deux alinéas, que « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'Etat ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions », c'est-à-dire « sur les droits civils qui sont liés à ces contestations » (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 2012-2013, n° 5-2242/1, p. 2).

⁹³ Inséré par la loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution (en vigueur le 1^{er} juillet 2014) et non par la loi réformant le Conseil d'Etat, ce qui peut avoir pour effet de brouiller les pistes.

⁹⁴ B.7.2.

⁹⁵ B.7.3.

⁹⁶ En l'espèce, la s.p.r.l. poursuivie faisait valoir qu'elle exerçait une activité de brasserie et que des personnes morales de droit public pourraient être engagées dans des activités similaires sans risquer d'être poursuivies pénalement.

⁹⁷ En écrivant cela, la Cour reconnaît elle-même que toutes les personnes morales de droit public n'ont pas que des missions de service public puisqu'il en est qui se distinguent des personnes morales de droit privé uniquement par leur statut juridique. De là à soutenir qu'elles ne doivent pas servir l'intérêt général en dehors de leurs missions de service public, il y a un pas que ne franchit pas la Cour. Peu importe, en fin de compte, la nature de l'activité poursuivie, voire même le statut juridique de la personne concernée puisque, ce qui est recherché, c'est le fonctionnement anormal de celle-ci ou son utilisation sur le plan pénal. A une époque où le privé assume tous les jours davantage de missions de service public, il faut éviter les conceptions manichéennes et se méfier des arguments d'autorité comme la séparation des pouvoirs ou l'intérêt général lorsqu'ils sont présumés ou décontextualisés.

⁹⁸ L'arrêt ou son contenu est rappelé dans la suite de la jurisprudence : C.C., n° 8/2005, 12 janvier 2005, B.6.3 ; C.C., n° 31/2007, 21 février 2007, B.4.1 et 2. Pas dans l'arrêt n° 17/2009, 12 février 2009, B.11 où l'intérêt général n'est pas mentionné compte-tenu des particularités du recours.

⁹⁹ Le conditionnel est de mise car en y regardant de plus près toutes les personnes immunisées ne remplissent pas ces critères.



suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique »¹⁰⁰. L'immunité n'est donc pas injustifiée¹⁰¹, mais le véritable critère de distinction n'était pas l'intérêt général : il était celui de la mission politique essentielle. Avec pour résultat des courses, validé par la Cour constitutionnelle, que les wateringues ne sont pas immunisées alors que leur mission d'intérêt général a été clairement rappelée¹⁰², à la différence des zones pluricomunales et des centres publics d'action sociale (alors même qu'ils ne disposent pas non plus – toujours s'agissant des CPAS – d'un organe élu...).

33. La disposition commentée va plus loin en exonérant d'indemnité de procédure toutes les personnes morales de droit public, certes lorsqu'elles agissent dans l'intérêt général, mais alors même que, selon la Cour constitutionnelle, « [l]es personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général »¹⁰³. C'est dire que l'exonération vaudra dans tous les cas où une personne morale de droit public agit et pas seulement en matière

fiscale, comme la presse a pu le laisser penser¹⁰⁴. Des questions préjudicielles pendantes devant la Cour constitutionnelle devraient d'ailleurs mener la Cour à étendre encore, dans les mois qui viennent, le champ d'application de sa jurisprudence¹⁰⁵ en attendant que la disposition commentée entre en vigueur. La personne morale de droit public agit toujours dans l'intérêt général¹⁰⁶. Elle est créée pour cela. Elle ne peut pas faire autrement sous peine de détournement de pouvoir. Aussi, conditionner la dispense d'indemnité de procédure à l'hypothèse dans laquelle la personne morale agit dans l'intérêt général relève de la tautologie, comme le Conseil des Ministres lui-même l'a au demeurant déjà fait observer¹⁰⁷ lorsque lui-même n'était pas en cause. Dans cette perspective, le 3° de l'alinéa 8 de l'article 1022 du Code judiciaire aurait parfaitement pu prévoir qu'une telle dispense s'applique « lorsqu'une personne morale de droit public agit en tant que partie dans une procédure ».

34. L'intérêt général – plus encore que l'indépendance – est de l'ordre de la justification axiomatique ou dogmatique. Il ne peut être un critère d'application de l'exonération, sauf à vouloir donner à la dispense une portée telle-

¹⁰⁰ B.7.5., deuxième paragraphe, seconde phrase.

¹⁰¹ Pour une critique, v. M. NIHOUL, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle « constitutionnellement correcte » ? », *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 799 à 839 et « La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage », obs. sous C.A., n° 8/2005, 12 juillet 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 600 à 606. Sur le sujet : « Le champ d'application personnel de la loi », in N. COLETTE-BASECQZ et M. NIHOUL, *La responsabilité pénale des personnes morales. Questions choisies*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 9 à 27 ; « L'inégalité des collectivités publiques en matière pénale, spécialement sous l'angle de la responsabilité et de la compétence normative », in S. LUST et M. NIHOUL (éd.), *Le droit public au tournant du millénaire*, C.D.P.K., 2007, n° spécial anniv., pp. 63 à 92 ; « Le champ d'application », in M. NIHOUL (éd.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Chartre, coll. Projucit, 2005, pp. 17 à 86. *Adde* concernant la remise en cause encore inaboutie de cette immunité : « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public » (avis sur proposition de loi), C.D.P.K., 2008, pp. 488 à 493 ; « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou le cercle des immunités disparues », C.D.P.K., 2009, pp. 177 à 187 ; « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) : oser l'égalité et la simplification », C.D.P.K., 2012, pp. 444-446.

¹⁰² C.C., n° 31/2007, 21 février 2007, B.5. : « Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues (ci-après : loi du 5 juillet 1956), tel qu'il a été remplacé par l'article 78, § 1^{er}, du décret de la Région flamande du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau, les wateringues sont des administrations publiques, en dehors des zones de polders, ayant pour tâche, à l'intérieur des limites de leur zone territoriale, la réalisation des objectifs et le respect des principes visés aux articles 4, 5 et 6 du décret relatif à la politique intégrée de l'eau et l'exécution du plan de gestion du sous-bassin hydrographique. Les wateringues sont plus précisément chargées de développer, de gérer et de restaurer les systèmes d'eau, afin d'atteindre les conditions connexes nécessaires à la conservation du système d'eau et en vue de l'utilisation polyvalente, compte tenu des besoins des générations actuelles et futures. Elles sont des personnes morales de droit public ».

¹⁰³ C.C., n° 128/2002, 10 juillet 2002. Souligné par nos soins.

¹⁰⁴ La presse a fait écho de l'application de la disposition aux procédures opposant l'administration fiscale aux contribuables (« Strijd tegen fiscus wordt flink pak duurder » et « Fiscalisten woedend over dure procedures », *De Tijd*, 27 août 2014, pp. 1 et 3 ; « Attaquer le fisc en justice pourrait (vous) coûter très cher », *L'écho et Métro*, 28 août 2014).

¹⁰⁵ V. ci-dessus, n° 20.

¹⁰⁶ Pour ne prendre que quelques exemples récents : P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 20, n° 7 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruylant, 2012, p. 393, n° 178 et n° 201.1, p. 431 ; A.-L. DURVIAUX, *Droit administratif*, T. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 10 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 11, p. 13. *Adde* P. LAGASSE, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocats au Conseil d'Etat : l'administration n'est pas un justiciable comme un autre », *A.P.*, 2012/4, p. 771. Comp. J. DE METS, « Rechtsplegingsvergoeding en de overheid », *De juristenkrant*, 10 sept. 2014, p. 7 : la personne agit-elle dans l'intérêt général en qualité de locataire, d'employeur,...

Dans la Constitution même, l'intérêt général définit par essence la compétence des principales collectivités avec l'intérêt communal, provincial et supracommunal (articles 41 et 162, alinéa 2, 2°) et la tutelle d'opportunité (article 162, alinéa 2, 6°). L'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat organise le contentieux de l'indemnité sans faute en prescrivant de tenir compte de « toutes les circonstances d'intérêt public et privé ».

¹⁰⁷ C.C., n° 43/2012, 8 mars 2012, A.3 : « Le fait de représenter l'intérêt général ne saurait constituer une justification valable, étant donné que le pouvoir exécutif doit toujours agir dans l'intérêt général ».



ment générale que l'exception devient la règle, à tout le moins en droit public.

La question se pose d'ailleurs, à cet égard, si la nouvelle disposition légale, une fois entrée en vigueur, n'aura pas pour effet de remettre en cause tous les cas dans lesquels la loi met expressément et toujours l'indemnité de procédure à charge de l'autorité. « *Lex posterior derogat prior* », veut l'adage, mais comme on le sait il existe un autre adage, parfois préféré selon les circonstances : « *lex specialis derogat generalis* ». Or, ni la loi ni les travaux préparatoires ne mentionnent expressément une volonté quelconque de modifier la donne sur ce point. Le cas échéant, encore faudra-t-il que les lois concernées traversent l'épreuve de la constitutionnalité, sous l'angle du principe d'égalité et de non-discrimination. Pour mémoire, la Cour constitutionnelle avait déjà considéré que « [l]e législateur a pu estimer qu'il existe des contentieux dans lesquels il ne serait pas justifié que la personne qui conteste une décision administrative la concernant et qui échoue dans cette contestation soit tenue de rembourser une part des frais et honoraires d'avocat exposés par l'administration défendant la légalité de la décision »¹⁰⁸.

Une autre justification ?

35. L'exonération d'indemnité de procédure peut-elle se justifier autrement que par l'indépendance ou l'intérêt général ?

Il est évident que l'exonération paraît juridiquement plus acceptable si elle est réciproque, ne fût-ce que sous l'angle de l'égalité des armes et plus généralement du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁹, à la source du régime procédural et non indemnitaire voulu par le législateur en matière d'indemnité de procédure.

Une intuition demeure par ailleurs que le volume du contentieux suscité par l'action administrative est incommensurable par rapport à celui du citoyen ordinaire ou

d'une société moyenne. Il serait donc dans l'intérêt du bon fonctionnement de la société de dispenser les personnes morales de droit public d'indemnité de procédure – voire toute personne en général lorsque celle-ci agit dans le cadre d'une mission de service public, le critère organique de définition de l'action administrative étant aujourd'hui dépassé par et dans les faits –. La solution de l'exonération serait d'intérêt général, plutôt que l'intérêt général la condition de l'exonération, autrement dit.

Ce serait toutefois oublier que si la charge est incommensurable, les moyens le sont également. Tant la charge que les moyens se répartissent sur les épaules de tous les contribuables, c'est-à-dire de la collectivité, en manière telle que la question doit être résolue à l'aune du principe général de l'égalité devant les charges publiques, au lieu de celui, par exemple, de la continuité du service public, dès lors qu'il n'est par ailleurs nullement démontré que celle-ci serait concrètement mise en péril.

Dans le cas contraire, à suivre un tel raisonnement, le service public servirait d'étendard à toutes les formes d'exonérations possibles dans toutes les matières et à tout propos, ce qui correspond déjà à une fâcheuse tendance en pratique. Il faut se souvenir, à titre d'anecdote, que lors du passage à l'euro, les commerçants et autres avaient été invités à ne pas profiter de l'aubaine pour arrondir les prix à l'unité supérieure, alors qu'au même moment les amendes pénales libellées en francs belges étaient désormais multipliées par 5 et non par 4,96 (au lieu de 200 auparavant) pour adapter les montants prévus dans la loi pénale conformément à la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales. Plus récemment, au moment de soumettre les honoraires d'avocats à la T.V.A., la tentation fut grande, en dépit du droit européen, de faire exception lorsque ceux-ci sont à charge d'une autorité publique, et sans réciprocité pour les honoraires à charge de qui serait opposé à une telle autorité¹¹⁰.

Affirmer par principe que le citoyen et l'autorité ne doivent pas être soumis à la même loi favorise la distance

¹⁰⁸ C.C., n° 96/2012, 19 juillet 2012, B.9.

¹⁰⁹ Rem. Cour eur. D.H., 6 avril 2006, *Stankiewicz c. Pologne*, obs. M. ANCZYK, « Répétibilité des frais de défense et égalité des armes » *Rev. trim. dr. b.*, 69/2007, pp. 229-231. L'arrêt souligne également la différence de moyens financiers et humains, en règle, entre le parquet et le prévenu en l'espèce acquitté. Il semble tenir compte de la complexité de l'affaire et de l'importance des sommes en jeu pour apprécier le caractère justifié du recours à un conseiller juridique, ouvrant le droit à être indemnisé à charge de l'Etat pour les frais engagés pour assurer sa défense.

¹¹⁰ Rem. C.C., n° 165/2014, 13 novembre 2014, B.15.8 et B.18.2, §§1-3 au sujet de « l'équilibre dans la protection juridique » par la dispense de T.V.A. sur les honoraires d'avocat pour les procédures menées par les particuliers contre l'autorité publique : « [l]a disposition attaquée pourrait (...) porter atteinte au principe de l'égalité des armes dans le procès, dans la mesure où elle atteint de manière différenciée les justiciables selon qu'ils sont ou non assujettis à la TVA et bénéficiaires ou non de l'aide juridique. Ces deux catégories de justiciables peuvent être adversaires et soutenir des prétentions opposées dans le même procès. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'un litige oppose (...) un administré et une autorité publique. En augmentant le coût de l'intervention de l'avocat de 21 % uniquement pour la partie au



entre eux, l'incompréhension mutuelle et le sentiment d'injustice. De son côté, le citoyen ne comprend pas qu'une charge ou une contrainte pèse exclusivement sur ses épaules, alors que la plupart du temps il poursuit aussi un objectif d'intérêt général et collectif à travers sa famille ou sa communauté, son activité professionnelle ou ses autres engagements, davantage aujourd'hui que de plus en plus de missions de service public sont remplies par des acteurs privés¹¹¹. L'autorité, de l'autre côté, mesure moins le poids de la contrainte lorsqu'elle en est dispensée. C'est pour cela que, dans la limite du raisonnable et s'il n'est pas nécessaire ou indispensable de procéder autrement, les gouvernants comme les gouvernés doivent être soumis à la même loi. Tel est bien le cas en ce qui concerne l'indemnité de procédure. Fondamentalement, il y va d'une exigence du néolibéralisme¹¹² déjà présente dans l'arrêt *La Flandria*, qui n'est peut-être pas l'idéologie idéale, mais dont les bienfaits pour le plus grand nombre semblent indéniables comparé au règne passé de la puissance publique et du pouvoir confisqué.

36. En définitive, la question de l'immunité d'indemnité de procédure – comme celle de l'indemnité de procédure, avant toute exemption – renvoie également au modèle de justice que nous souhaitons. Il était déjà de l'intérêt général, semble-t-il, de limiter l'accès à la justice en prévoyant une telle indemnité, forfaitaire, qui frappe toute partie succombant, en dehors de toute responsabilité, même dans le cadre d'un litige compliqué ou à tout le moins non évident. Il s'agissait notamment de lutter contre l'arriéré et augmenter l'efficacité de la justice, qui serait évidemment à nouveau compromise, par identité de considération, si en présence d'une personne morale de droit public, plus aucune indemnité de procédure n'était due. Intérêt général sur intérêt général ne vaut, en quelque sorte.

37. L'immunité d'indemnité de procédure aurait par ailleurs une conséquence inattendue, à notre estime : celle de l'indemnisation intégrale des frais de défense à nouveau possible en cas de responsabilité civile de l'autorité impliquée, la logique procédurale de l'indemnité de procédure n'ayant plus cours¹¹³. Il est loin d'être évident, dans ces conditions, que l'autorité y gagne en fin de comptes.

38. Si le motif réel de l'exonération est un motif budgétaire, alors il faut constater, en outre et sans concession, que celle-ci a été décidée sans aucune évaluation, sans aucun chiffre ni aucune statistique à l'appui¹¹⁴. Personne ne sait combien coûte l'indemnité de procédure à l'Etat au sens large alors que cette donnée est évidemment décisive avant de légiférer dans un sens ou dans un autre. La remarque vaut également en ce qui concerne l'argument de l'indépendance, pour lequel l'on eût espéré une évaluation concrète de l'impact de l'indemnité de procédure sur la décision prise. A défaut d'une telle analyse, l'on comprend que la justification véhiculée dans les palais de justice et les travées parlementaires ne raisonne guère dans la réalité, puisqu'elle est purement abstraite et théorique.

39. Il reste à observer que le texte – dont l'entrée en vigueur est toujours suspendue au bon vouloir du Gouvernement fédéral – utilise comme critère d'application « *les personnes morales de droit public* »¹¹⁵. Une telle formulation est compréhensible dès lors qu'est visée la procédure judiciaire, à l'exclusion de celle devant le Conseil d'Etat qui eût commandé d'utiliser la notion d'autorité administrative – ou plutôt d'autorité visée par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, plus largement.

La notion de personnes morales de droit public est régu-

procès qui n'est pas assujettie à la TVA, la disposition attaquée pourrait avoir, selon les parties requérantes, pour effet de placer cette partie dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires, ce qui serait de nature à rompre, dans certaines circonstances, le juste équilibre entre les parties au procès ».

¹¹¹ Certains diront qu'il s'agit-il là d'une conception démesurément large de l'intérêt général mais elle présente le mérite de partir de l'individu, celui-là même sans qui aucune collectivité ne pourrait agir, fût-elle personne morale de droit public.

¹¹² V. P. MARTENS, « Répétibilité et partie publique », *J.L.M.B.*, 2012/27, pp. 1280 et 1281. L'auteur réfléchit à la « *place de l'autorité publique dans l'administration de la justice* » et rapproche l'égalité de la loi à celle de l'égalité des armes en la matière, non sans une pointe de nostalgie - semble-t-il – pour certains « *reliefs de majesté de la puissance publique* ». V. déjà, du même auteur, « *Que reste-t-il du droit administratif ?* », *A.P.T.*, 2006, pp. 1 à 6.

¹¹³ Rappr. J. VANDEN BRANDEN, « *Wie betaalt mijn advocaat ?* », *Fiscale actualiteit*, 2014, n° 29, pp. 9-14 ; M. DELANOTE, « *Rechtsplegingsvergoeding : waarom fiscaliteit toch anders is dan een bouwvertoeding* », *Fiscale actualiteit*, 2014, n° 29, pp. 14-17. Si tel n'était pas le cas, au motif par exemple que la limitation instaurée par l'article 1022 du Code judiciaire demeurerait d'application, l'atteinte portée à l'égalité des armes pourrait s'en trouver suffisamment aggravée que pour remettre en cause la conformité de celui-ci à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹¹⁴ Rappr. C.C., n° 165/2014, 13 novembre 2014, B.19 au sujet de l'égalité des armes dans le procès entre les justiciables assujettis ou non à la TVA même si le « législateur dispose en matière fiscale d'une marge d'appréciation étendue ».

¹¹⁵ L'Etat, les Régions, les Communautés, les communes, les provinces, les intercommunales, les entreprises publiques autonomes, bon nombre des organismes d'intérêt public constituent des personnes morales de droit public.



lièrement utilisée en législation pour définir le champ d'application de règles propres à la sphère publique. Tel est le cas, par exemple, à l'article 7bis du Code pénal, à l'article 1412bis du Code judiciaire,...

En même temps, il est des personnes de droit privé qui sont investies de missions de service public et sont d'ailleurs considérées comme des autorités administratives par le Conseil d'Etat, en manière telle que certains de leurs actes unilatéraux peuvent être attaqués devant et contrôlés par celui-ci. Comment expliquer que l'indemnité de procédure soit due lorsqu'elles agissent dans ce cadre, souvent comparable à celui de personnes morales de droit public, et non lorsque ces dernières agissent parfois avec les mêmes prérogatives ?

40. Par ailleurs, la disposition commentée prévoit une dispense d'indemnité de procédure à charge de « l'Etat » sans préciser ce qu'il faut entendre par là : l'Etat fédéral *sensu stricto*, toute structure étatique, uniquement les personnes morales de droit public concernées,... ? Manifestement pris par le temps à la veille des élections, le législateur n'a pas vu qu'en voulant exonérer les personnes morales de droit public, il convenait de modifier un alinéa au départ réservé à l'Etat fédéral lorsque n'était exonérée que l'action du ministère public ou de l'auditorat du travail. Pour un texte issu du suivi législatif, c'est tout de même remarquable. Littéralement, il pourrait en être déduit qu'en définitive seule la personne morale de droit public Etat fédéral serait à l'avenir exonérée d'indemnité de procédure ce qui, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, serait intolérable.

41. En outre, toute procédure semble visée, conformément à l'article 2 du Code judiciaire. Toute procédure, évidemment, lorsque celle-ci donne lieu à l'objet de la dispense, à savoir l'indemnité de procédure. Manifestement, le législateur a voulu distinguer l'hypothèse dans laquelle la personne morale de droit public est une véritable partie à la procédure des deux premières visées dans le même alinéa.

42. Enfin, la nouvelle disposition est libellée de manière tellement large que l'on peut se demander si le 3° de l'alinéa 8 de l'article 1022 du Code judiciaire n'englobe pas les deux premiers points¹¹⁶. Ne convenait-il pas de

simplifier le texte, par conséquent ?

43. A noter que d'aucuns plaident pour un système différent dans certains contentieux, comme en matière fiscale dans laquelle l'enjeu serait purement financier et les sommes en jeu potentiellement énormes comparé avec les enjeux qui furent le théâtre de la jurisprudence constitutionnelle jusqu'ici, l'administration serait en outre nettement privilégiée (privilège du préalable, appareil de l'administration) et la législation serait particulièrement complexe¹¹⁷. Une manière de reticoter à l'envers¹¹⁸ ce qui a été détricoté au départ par la Cour constitutionnelle ?

Les arguments invoqués ne paraissent guère convaincants car l'intérêt financier est très souvent au centre du contentieux public et administratif avec des sommes également parfois colossales (par exemple en matière de marchés publics ou même de fonction publique lorsque de nombreux fonctionnaires sont concernés par une disposition contestée, la décision unilatérale de l'autorité caractérise l'action administrative en général et contraint en règle l'administré à agir en justice pour contester celle-ci lorsqu'il l'estime illégale, et la complexité de la législation est malheureusement le sort de la plupart sinon de toutes les disciplines.

Conclusion

44. Par l'article 1022, alinéa 8, 3°, du Code judiciaire, le législateur a souhaité – dans un prochain avenir ? – exonérer l'Etat de toute indemnité de procédure lorsqu'une personne morale de droit public agit dans l'intérêt général, en tant que partie dans une procédure. Ce n'est pas rien si l'on sait que l'Etat au sens large du terme est le plus important justiciable du pays...

Sur le plan légistique, la formulation aurait pu être plus appropriée. Ainsi, il est inadéquat de dispenser l'Etat d'indemnité de procédure lorsque toute personne morale de droit public agit dans une procédure. Et puisque toute

¹¹⁶ Dans le même sens : J. VANDEN BRANDEN, « Wie betaalt mijn advocaat ? », *Fiscale actualiteit*, 2014, n° 29, pp. 9-14.

¹¹⁷ M. DELANOTÉ, « Rechtsplegingsvergoeding : waarom fiscaliteit toch anders is dan een bouwovertrading », *Fiscale actualiteit*, 2014, n° 29, pp. 14-17 ; F. KONING, « Question préjudicielle à la Cour constitutionnelle : l'Administration fiscale peut-elle être condamnée à l'indemnité de procédure alors que le ministère public ne le peut ? », *Actualité fiscale*, 2014, n° 21, pp. 5-6 en ce qui concerne la deuxième différence.

¹¹⁸ Par la Cour constitutionnelle elle-même, saisie de questions préjudicielles en matière fiscale, ou par le législateur, invité à prévoir un système d'indemnisation qui tienne compte des spécificités du contentieux fiscal.



personne morale de droit public agit nécessairement dans l'intérêt général, il n'était pas indispensable de le préciser. Sans oublier que le législateur eût pu supprimer les deux premiers motifs d'exonération de l'alinéa 8, désormais inclus dans le 3°.

Sur le plan logique, la nouvelle disposition ne manque pas de surprendre non plus alors que quelques semaines à peine auparavant le même législateur avait expressément prévu une indemnité de procédure en faveur comme en défaveur de l'autorité en cas d'annulation devant le Conseil d'Etat et que le législateur reste muet à propos de la Cour constitutionnelle.

Sur le plan téléologique, le législateur a voulu suivre de près – voire anticiper cette fois – la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en oubliant que celle-ci ne débouche pas seulement sur la dispense d'indemnité de procédure en faveur de l'Etat, mais bien pour toute partie impliquée par l'action étatique en manière telle que si la Cour constitutionnelle venait à valider demain l'immunité d'indemnité de procédure pour toute personne morale de droit public agissant dans l'intérêt général en tant que partie dans une procédure, elle ne manquerait certainement pas de consacrer en même temps la privation du droit de demander à l'autre partie une indemnité de procédure dans les mêmes conditions, sous peine de profonde incohérence voire d'inconstitutionnalité. Il eût été préférable de le mentionner expressément dans le texte législatif.

45. L'analyse historique montre que c'est le législateur, initialement, suivant en cela l'avis des barreaux, qui avait pris soin d'exonérer l'Etat d'indemnité de procédure lorsque le ministère public intervient par voie d'action dans les procédures civiles eu égard à la mission d'intérêt général de celui-ci. Séduite par cet argument péremptoire dont elle avait déjà fait usage dans d'autres circonstances, la Cour constitutionnelle a validé l'opération sans percevoir peut-être qu'elle ouvrait la boîte de Pandore. Le bénéfice d'une exonération est en effet comme un coin enfoncé dans le principe d'égalité qui ne tarde pas à révéler un élément de distinction, et donc de division,

selon le critère de justification retenu. A cet égard, la « mission d'intérêt général » était par nature porteuse d'une séparation entre ce qui relève du public et du privé, alors qu'en pratique la distinction n'a jamais été aussi faible en droit public aujourd'hui, à tout le moins d'un point de vue organique.

Certes, toute personne morale de droit public agit dans l'intérêt général car telle est par définition sa raison d'être, dans le respect du principe de spécialité. La formule devrait en réalité être élargie aujourd'hui pour viser toute personne investie d'une mission de service public, devant identiquement agir dans l'intérêt général dans le cadre de cette mission. Dans ces conditions, brandir l'intérêt général revient à dispenser d'indemnité de procédure toute action publique (au sens large du terme), en demandant comme en défendant.

46. Dans les lignes qui précèdent, l'on a montré que ni l'intérêt général ni l'indépendance n'étaient des arguments convaincants pour justifier l'exonération d'indemnité de procédure en faveur des personnes morales de droit public. Vainement a-t-on réfléchi par ailleurs à une autre argumentation concluante.

Manifestement, il serait indiqué que le législateur revoie sa copie¹¹⁹. La disposition n'est certes pas encore entrée en vigueur, dans l'attente d'un arrêté royal à cet effet. Il serait toutefois dommage qu'avant même d'entrer en vigueur la disposition fasse l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle dont l'issue semble prévisible dès aujourd'hui.

En attendant, sous réserve de la jurisprudence constitutionnelle à venir, il n'existe aucun motif légal de refuser de condamner l'Etat belge à payer l'indemnité de procédure lorsqu'il succombe dans un procès fiscal, par exemple. Dans le contentieux fiscal, selon la Cour d'appel de Mons, le ministère des Finances n'est pas placé dans la même situation procédurale qu'un organe public défendant l'intérêt général comme le ministère public, l'auditorat du travail ou un fonctionnaire de l'urbanisme agissant en vue de garantir le bon aménagement du territoire¹²⁰.

¹¹⁹ Le cas échéant, il devrait reconsidérer les autres cas de dispense prévus ailleurs, comme à l'article 162bis du Code d'instruction criminelle en ce qui concerne l'action publique du ministère public.

¹²⁰ Mons (18e ch.) 9 octobre 2013, *R.G.C.F.*, 2014/2, p. 121. L'Etat belge soutenait que l'article 1022 du Code judiciaire ne peut être déclaré applicable à son encontre, lorsqu'il succombe en matière fiscale, car il agit dans l'intérêt général en vue de garantir l'application de la loi fiscale.

Rapp. Cass., (1re ch.) 18 décembre 2009, RG F.08.0062.F, www.cass.be, concl. A. HENKES ; *Pas.*, 2009, n°3087, concl.; *R.G.C.F.*, 2010, liv. 3, 206, concl.. La Cour confirme l'application de l'indemnité de procédure en matière fiscale même si, selon le demandeur en cassation, « même dans l'hypothèse où l'Etat fait appel à un avocat, il défend pareillement l'intérêt général, ressortissant des droits politiques, et non un intérêt particulier ».

