

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Indemnité de recouvrement et indemnité de procédure

Mougenot, Dominique

*Published in:*  
Les conditions générales

*Publication date:*  
2009

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mougenot, D 2009, Indemnité de recouvrement et indemnité de procédure. dans *Les conditions générales : questions particulières*. Collection du jeune Barreau de Mons, Anthemis, Louvain-La-Neuve, pp. 119-132.

#### **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.

# Indemnité de recouvrement et indemnité de procédure

## Comment concilier la loi du 2 août 2002 (lutte contre les retards de paiement en matière commerciale) et la loi du 21 avril 2007 (répétibilité des frais et honoraires d'avocat)?

Dominique MOUGENOT

Juge au tribunal de commerce de Mons  
Maître de conférences aux F.U.N.D.P. (Namur)

### Section 1

#### La loi du 2 août 2002

1. La loi du 2 août 2002 sur la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales est la transposition en droit belge d'une directive européenne, portant le même intitulé<sup>1</sup>. L'objectif de cette directive était de protéger les P.M.E. contre les abus de créanciers puissants<sup>2</sup>, qui leur imposeraient des conditions contractuelles désavantageuses, en particulier des délais de paiement particulièrement longs.

Elle s'applique à toutes les entreprises, c'est-à-dire les organisations agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne<sup>3</sup>. Cette définition est très large et englobe également les indépendants, même agis-

<sup>1</sup> Directive 2000/35 du Parlement et du Conseil du 29 juin 2000, J.O.C.E. L 2000 du 8 août 2002, pp. 35 et s.

<sup>2</sup> On peut songer notamment aux petites entreprises qui fournissent les géants de la grande distribution ou de l'industrie automobile.

<sup>3</sup> C. PARMENTIER et D. PATART, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », R.D.C., 2003, p. 219.

sant en personne physique<sup>4</sup>. La loi traite des relations entre entreprises, donc entre professionnels. Les relations avec les consommateurs restent en dehors du champ d'application<sup>5</sup>.

La loi s'applique aux « transactions ». Ce terme est à prendre dans son sens courant et non dans le sens juridique du contrat de transaction visé aux articles 2044 et suivants du Code civil. Globalement, on peut retenir que la loi vise les sommes d'argent dues en rémunération d'une fourniture de biens ou d'une prestation de services<sup>6</sup>. En revanche, elle ne couvre pas les dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution d'une convention<sup>7</sup>.

Il n'entre pas dans l'objet du présent exposé de refaire l'analyse de toutes les dispositions de la loi. On peut brièvement rappeler qu'elle fixe les délais de paiement, le point de départ et le taux des intérêts moratoires. Elle protège également le créancier contre les clauses abusives imposées par son débiteur. Mais nous nous attacherons plus spécifiquement à l'indemnité de recouvrement prévue à l'article 6 de la loi.

## Section 2

### L'indemnité de recouvrement

2. L'article 6 de la loi est rédigé comme suit :

« S'il n'en a été autrement convenu par les parties dans le respect de l'article 7, lorsque le débiteur ne paie pas dans le délai de paiement convenu ou, à défaut, dans le délai de paiement prévu à l'article 4, le créancier est, de plus, en droit, sans préjudice de son droit au remboursement des frais judiciaires conformément aux dispositions du Code judiciaire, de réclamer au débiteur un dédommagement raisonnable pour tous les frais de recouvrement pertinents encourus par suite du retard de paiement. L'application de cet article exclut l'attribution au créancier des sommes prévues aux articles 1018, alinéa 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>, et 1022 du Code judiciaire.

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

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

<sup>4</sup> P. WÉRY, « La loi du 2 août 2002 sur la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales », *J.T.*, 2003, pp. 869 et s., n° 4.

<sup>5</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 50-1827/001, p. 7.

<sup>6</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, n° 6.

<sup>7</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 8.

On peut donc en retenir que le dédommagement pour les frais de recouvrement est soumis aux conditions suivantes :

- il doit s'agir d'un dédommagement raisonnable,
- les frais doivent être pertinents,
- ils doivent respecter le principe de la transparence,
- ils doivent être proportionnés à la dette à recouvrer.

L'allocation d'une indemnité de recouvrement exclut tout droit à l'indemnité de procédure.

Enfin, il est prévu que les montants maxima soient fixés par arrêté royal, ce qui n'est toujours pas le cas à ce jour.

Ces différentes conditions seront examinées plus loin.

3. Cet article est la transposition de l'article 1-e de la directive, qui est rédigé dans des termes similaires, mais qui n'est pas plus explicite. Le cheminement politique de cette disposition a été assez laborieux<sup>8</sup>. La position commune arrêtée par le Conseil européen le 29 juillet 1999<sup>9</sup> en est le reflet. Le Conseil y expose qu'il n'a pas été possible d'accepter la proposition du Parlement d'accorder au créancier l'indemnisation de *tous les dommages* résultant du retard de paiement, en plus des intérêts moratoires et ce, compte tenu de l'opposition de certains États membres. Cependant, certains États étaient favorables à l'idée de permettre au créancier d'obtenir une *indemnité raisonnable* couvrant les frais liés au recouvrement de la créance. À titre de compromis politique, le Conseil n'a pas introduit de disposition relative à une indemnité, mais a augmenté les intérêts moratoires à un niveau considérablement plus élevé.

L'indemnisation des frais de recouvrement a réapparu dans la résolution législative du Parlement relative à cette position commune<sup>10</sup>. L'indemnité était supposée couvrir : les frais d'emprunt ou de découvert bancaire du créancier, les frais administratifs de recouvrement, les frais de recouvrement par des organismes de recouvrement de dettes et les frais de recouvrement nés d'une procédure judiciaire. Il était cependant prévu que les indemnités couvrant les trois

<sup>8</sup> Pour un exposé de toutes les versions successives du texte, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, n° 13, en particulier note 87.

<sup>9</sup> Position commune (CE) n° 36/1999 du 29 juillet 1999 arrêtée par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du Traité instituant la Communauté européenne en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *J.O.C.E.* n° C 284 du 6 octobre 1999, p. 0001.

<sup>10</sup> Résolution législative du Parlement européen relative à la position commune du Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (8790/1/1999 – CS-0125/1999 – 1998/0099(COO)), *J.O.C.E.* C 296 du 18 octobre 2000, p. 173-18.

derniers postes puissent être limitées en proportion de la dette. On peut noter que certains éléments de cette indemnité seraient, dans notre droit, englobés dans le concept de clause pénale plutôt que dans celui d'indemnité de recouvrement. En effet, la clause pénale est supposée réparer les augmentations de frais généraux du créancier liées au non-paiement de la créance<sup>11</sup>, alors que les frais de recouvrement concernent plus directement les démarches entreprises en vue d'obtenir le paiement<sup>12</sup>.

Le texte de la directive reprend le concept d'indemnisation raisonnable, sans plus fournir d'indications quant au type de dommage à réparer.

4. Quel est le pouvoir exact du juge en cette matière? Le moins que l'on puisse dire est que ce n'est pas clair. Le créancier ne peut réclamer qu'un « dédommagement raisonnable ». Qu'entend-on par « raisonnable »? Est-ce que cela exclut d'office l'indemnisation intégrale du préjudice résultant du non-paiement et de l'obligation pour le créancier de recourir à une procédure de recouvrement? Les travaux préparatoires sont peu prolixes sur ce point. Nous avons vu au numéro précédent les errements du texte au niveau européen et les tiraillements entre les États qui accordent une indemnisation étendue des frais de recouvrement et les États qui limitent les droits du créancier<sup>13</sup>. La référence aux frais pertinents et à la transparence n'exclut pas une réparation intégrale. Pour satisfaire à ces exigences, il suffit en effet au créancier d'établir que les frais dont il réclame le remboursement ont été nécessaires pour le recouvrement et de justifier le montant de ces frais. En revanche, l'exigence de proportionnalité entre l'indemnité de recouvrement et la dette à recouvrer invite à limiter les droits du créancier<sup>14</sup>. Les frais de recouvrement, même pertinents et justifiés, ne pourraient être récupérés s'ils sont hors de proportion avec le montant de la créance. Par ailleurs, si le texte autorise le créancier à « réclamer », ce qui sous-entend qu'il a le droit « d'obtenir »<sup>15</sup>, l'indemnité doit être « raisonnable », ce qui implique un pouvoir de modération du tribunal.

L'exigence d'un décompte de la part du créancier introduit un élément d'objectivité : le principe et le montant de l'indemnité ne sont pas laissés à l'entière discrétion du juge<sup>16</sup>. En revanche, la limitation à un montant raisonnable pour-

rait faire intervenir des considérations d'équité<sup>17</sup>. La Cour d'appel de Liège évoque un pouvoir « souverain » d'appréciation du juge<sup>18</sup>.

Que retenir de ces considérations? Le juge est investi d'un pouvoir d'appréciation large, qui lui permet d'accorder au créancier une indemnité qui couvre la totalité des frais de recouvrement réclamés ou, au contraire, de limiter cette indemnité à un montant qu'il juge raisonnable, au vu des éléments de la cause. Il n'est pas possible d'être plus précis.

### Section 3

#### L'indemnité de recouvrement comprend-elle les honoraires d'avocat?

5. La question reçoit d'emblée une réponse positive dans les travaux parlementaires.

Dans la discussion article par article qui figure dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé à la Chambre<sup>19</sup>, on peut lire :

« En ce qui concerne les frais et honoraires de l'avocat du créancier, il peut être spécifié que, pour ceux-ci comme pour les autres frais, le juge apprécie souverainement si et dans quelle mesure ils font partie du dommage à indemniser ».

Et le ministre de la Justice a fourni les explications suivantes, lors de l'évocation du projet par le Sénat<sup>20</sup> :

« On a retiré du projet l'indemnité de procédure parce qu'il est prévu que la totalité des frais d'avocat peut être réclamée. Ces frais comprennent également l'indemnité de procédure, qui vise le coût des actes matériels de l'avocat. Il faut éviter une double récupération de l'indemnité de procédure ».

La doctrine, dans son ensemble, opine dans le même sens<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> *Ibid.*, n° 12.

<sup>18</sup> Liège, 5 novembre 2007, J.T., 2008, p. 212, citant les travaux préparatoires de la loi.

<sup>19</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 11.

<sup>20</sup> *Doc. parl. Sénat*, sess. 2001-2002, n° 2-1232/2, p. 12.

<sup>21</sup> C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, n° 11; B. DE TEMMERMAN, « De verhaalbaarheid van kosten van juridische of technische bijstand », *T.P.R.*, 2003, pp. 1013 et s., spéc. 1061; W. GELDOF et B. CLAESSENS, « Advocatenhonoraria – Vergoedbare schade? », *N.J.W.*, 2002, pp. 342 et s., n° 5; P. LEFRANC, « Vertalen van kosten », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 179 et s., n° 43; K. MAENHOUT, « Verhaalbaarheid van erelonen en kosten van advocaten inzake handelstransacties na de wet van 2 augustus 2002 », *R.W.*, 2002-2003, pp. 613 et s., n° 7 et s.; C. PARMENTIER et D. PATART, *op. cit.*, n° 27; D. PHILIPPE, M. GOUDEN et M. BAETENS, « La loi du 2 août 2002 sur la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales », *D.A. Q.R.*, 2002, n° 63, pp. 186 et s., spéc. pp. 191 et 192; V. SAGAERT et I. SAMOY, « De wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties – Een verwittigd wanbetaler is er twee waard... », *R.W.*, 2002-2003, pp. 321 et s., n° 25 (quoique en des termes assez prudents et avec une réticence manifeste); M.-E. STORME, « De wet van 2 augustus 2002 inzake betalingsachterstand en de

<sup>11</sup> P. WÉRY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruyas, la Chartre, 2001, p. 272, n° 30.

<sup>12</sup> C. PARMENTIER et D. PATART, *op. cit.*, p. 223, n° 25.

<sup>13</sup> Voy. sur ce point le tableau annexé au rapport de la Commission sur les délais de paiement dans les transactions commerciales (*J.O.C.E.* 97/C 216/07).

<sup>14</sup> C. BIQUET-MATHIEU, « À propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 41 et s., n° 12.

<sup>15</sup> *Ibid.*, n° 11.

<sup>16</sup> P. WÉRY, « La loi du 2 août 2002... », *op. cit.*, n° 15.

6. Mais l'inclusion des frais et honoraires d'avocat dans l'indemnité de recouvrement ne résulte pas que des seuls travaux parlementaires. On peut trouver d'autres indices ou justifications.

Tout d'abord, l'exclusion de l'indemnité de procédure lors de l'allocation d'une indemnité de recouvrement. Comme l'indemnité de procédure constitue une participation forfaitaire dans les frais d'avocat<sup>22</sup>, le rejet de cette indemnité est le signe que les frais de défense sont inclus dans un autre poste de la créance.

Ensuite, on en trouve également des manifestations dans les textes européens qui ont précédé l'adoption de la directive concernée<sup>23</sup>.

Il faut rappeler qu'à l'époque, cette loi est la première manifestation en droit belge de la répétibilité des frais et honoraires d'avocat. On se situe deux ans avant l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 2 septembre 2004<sup>24</sup>. En 2002, la jurisprudence de la Cour de cassation allait encore dans le sens de l'exclusion des frais de défense du montant du dommage, qu'il soit contractuel ou extracontractuel.

#### Section 4

#### Difficultés d'application

7. S'il n'est pas douteux que les frais d'avocats peuvent être inclus dans l'indemnité de recouvrement, le raisonnement à suivre n'est pas sans poser des problèmes. En effet, selon l'article 6 de la loi, seuls les frais pertinents peuvent être retenus. Cette rédaction invite, tout comme dans la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004, à rejeter les frais d'avocat qui ne sont pas véritablement nécessaires à la récupération de la créance.

Mais surtout, ces frais doivent respecter « le principe de la transparence ». C'est donc une incitation claire à la justification des honoraires effectivement payés. Tout comme l'arrêt de 2004, la loi de 2002 invitait donc le créancier soucieux de récupérer ses frais de défense à produire l'état de frais et honoraires de son avocat.

Et pourtant, dans la pratique, rares ont été les demandeurs qui ont agi de la sorte. Dans la très grande majorité des cas, les citations reprenaient, à titre d'indemnité de recouvrement, un pourcentage de la dette impayée. La solution

était calculée sur la pratique usuelle en matière de clause pénale. Comment la jurisprudence a-t-elle appréhendé le problème ?

8. On peut distinguer plusieurs courants dans la jurisprudence publiée.

Tout d'abord, un courant pragmatique : certains tribunaux, relevant qu'il n'existe toujours pas d'arrêté royal fixant le montant maximum de l'indemnité de recouvrement, se contentent de plafonner cette indemnité en fonction d'un pourcentage de la créance<sup>25</sup>. Cette jurisprudence a le mérite de la simplicité et de la sécurité (pour autant qu'il existe une certaine convergence dans la jurisprudence concernant la hauteur du forfait). Créancier et débiteur savent à quoi s'en tenir et ne doivent pas s'embarquer dans une longue discussion sur le montant des frais de recouvrement. Mais, dans ce cas, comment se conformer à l'exigence de transparence requise par la loi ? En outre, ces décisions ne font aucun cas de la difficulté de la cause et de l'ampleur des devoirs accomplis par l'avocat<sup>26</sup>.

Il existe également un courant plus strict qui, à défaut de justification par un décompte précis, rejette la demande d'indemnité<sup>27</sup>. Compte tenu de la quasi-absence de justification des indemnités de recouvrement, cette jurisprudence aboutit à un rejet systématique de ce type d'indemnité. À partir de septembre 2004, toutefois, le demandeur a pu se fonder sur la jurisprudence de la Cour de cassation pour réclamer la prise en charge de ses frais de défense, même lorsqu'une indemnité de recouvrement n'était pas accordée.

9. Le problème a rebondi. En effet, plusieurs auteurs ont recommandé aux avocats de ne pas produire leur état de frais et honoraires<sup>28</sup>. D'une part, tant que le procès est en cours, l'état final d'honoraires n'est pas connu, de telle sorte que la recherche du montant précis des frais de recouvrement devient une quête à l'objet insaisissable. D'autre part, plus fondamentalement, ces auteurs estiment que l'état de frais et honoraires de l'avocat est couvert par le secret professionnel. Peu de temps après le prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles adopta une recommandation invitant les avocats à s'abstenir de toute production de leur état d'honoraires dans le cadre d'une demande en répétition.

discriminatie inzake de verhaalbaarheid van advocatenkosten », T.P.R., 2003, pp. 1077 et s., n° 2; S. TACK, « Verhaalbaarheid verdedigingskosten », N.J.W., 2005, pp. 1298 et s., n° 27; P. WÉRY, *op. cit.*, n° 14.

<sup>22</sup> A. FERTWIS, *Manuel*, n° 933.

<sup>23</sup> Voy. sur ce point, M.-E. STORME, *op. cit.*, n° 2.

<sup>24</sup> Cass., 2 septembre 2004, J.T., 2004, p. 684; J.L.M.B., 2004, p. 1320; N.J.W., 2004, p. 953, note RDC; P.zs., 2004, I, 1217, concl. min. publ.; R.A.B.G., 2005, p. 212, concl. Henkes; R.G.A.R., 2005, n° 13946, concl. min. publ.; Rev. not. b., 2004, p. 471; R.W., 2004-2005, p. 535; Bull. ass., 2005, p. 356.

<sup>25</sup> Comm. Anvers, 22 septembre 2005, R.D.J.P., 2006, p. 72, note TACK, qui fixe l'indemnité de recouvrement à 10 % du montant de la créance; Comm. Malines, 30 mars 2006, R.W., 2007-2008, p. 494, qui retient un forfait de 9 %.

<sup>26</sup> S. TACK, « Een eenvoudige oplossing voor een complex vraagstuk? », R.D.J.P., 2006, pp. 73 et s., n° 7.

<sup>27</sup> Comm. Mons, 13 mai 2003, D.A. O.R., 2002, n° 64, p. 421; Comm. Huy, 16 mars 2005, J.L.M.B., 2005, p. 741, note HENRY.

<sup>28</sup> P. HENRY, « Répétibilité et secret professionnel : le nœud gordien », J.L.M.B., 2005, pp. 702 et s.; J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », J.T., 2005, pp. 565 et s.

tion des frais de défense<sup>29</sup>. Dans la foulée, l'O.B.F.G. adopta, le 24 avril 2006<sup>30</sup>, une recommandation invitant les avocats à suggérer à leurs clients de s'en tenir à un forfait, lorsqu'ils souhaitent obtenir le remboursement de leurs frais de défense. Dans ce contexte, il devenait impossible de satisfaire à une quelconque transparence. Le courant le plus rigoureux de la jurisprudence était dès lors condamné à s'adapter à la situation et à admettre des indemnités de recouvrement forfaitaires ou à se maintenir, au risque de rendre l'article 6 de la loi de 2002 lettre morte.

Le problème ne concernait évidemment que les frais et honoraires de l'avocat du créancier. Rien n'empêchait celui-ci de justifier autrement l'indemnité de recouvrement qu'il réclamait, en se fondant sur d'autres types de dépenses que celles liées à l'intervention de son conseil.

## Section 5

### La loi du 21 avril 2007 et le conflit entre les deux lois

10. Il n'y a pas lieu de rappeler ici la portée de la loi du 21 avril 2007 et les difficultés que son application a occasionnées. Je renvoie sur ce point aux nombreux articles et notes publiés à ce sujet<sup>31</sup>.

Cette loi, destinée à lever les incertitudes et discriminations issues de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004, a établi un droit général à obtenir le remboursement de ses frais et honoraires d'avocat sur une base forfaitaire.

Le champ d'application était donc différent et beaucoup plus large que celui de la loi du 2 août 2002. Il n'était plus question de se limiter aux transactions commerciales. La méthode adoptée était également diamétralement divergente

<sup>29</sup> J.T., 2004, p. 825.

<sup>30</sup> La tribune de l'O.B.F.G., juin 2006, p. 9.

<sup>31</sup> Voy. (notamment) : N. CLJMANS, « Rechtsplegingsvergoeding en verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat », *R.A.B.G.*, 2007, pp. 1234-1237; H. LAMON, « Verhaalbaarheid advocatenkosten – Wet van 21 april 2007 », *N.J.W.*, 2007, pp. 434-442; J.-D. LIMOGEMANS, « De toepasselijkheid van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen op "hangende" geschillen », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1387-1391; J. MAROT, « La loi du 21 avril 2007 relative à la répétabilité (partielle) des honoraires et frais d'avocat », *T. Pol.*, 2007, pp. 175-190; I. SAMOY et V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007 betreffende verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat », *R.W.*, 2007-2008, pp. 674-698; J. VAN COMPERNOLLE en Fr. GLANSDOORFF, « La répétabilité des frais et honoraires d'avocat », in *L'accès à la justice*, formation permanente C.U.P., Liège, Anthemis, 2007, pp. 229-259; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et B. DE CONINCK, « La loi du 21 avril 2007 sur la répétabilité des frais et honoraires d'avocat », *J.T.*, 2008, pp. 37-60; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et B. DE CONINCK, « Indemnité de procédure et répartition des dépens », *J.T.*, 2008, pp. 581-584; S. VOET, « Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1129-1134 et P. TAEIJMAN et S. VOET, « De verhaalbaarheid van de advocatenhonoraria: analyse van een aantal knelpunten na één jaar », in *Les lois de procédure de 2007 – revisited*, actes du colloque du Centre interuniversitaire de droit judiciaire du 12 décembre 2008, la Chartre, à paraître.

dans les deux lois : au lieu de soumettre le montant de l'indemnité à l'appréciation souveraine du juge, la loi du 21 avril 2007 limite ce droit aux forfaits établis par l'arrêté royal du 26 octobre 2007.

L'antinomie entre les deux lois va rapidement apparaître.

11. L'article 7, dernier alinéa, de la loi du 21 avril 2007 dispose qu'« aucune partie ne peut être tenue au paiement d'une indemnité pour l'intervention de l'avocat d'une autre partie au-delà du montant de l'indemnité de procédure ». Comment concilier cette limite avec la réparation, si pas intégrale, en tout cas étendue, des frais liés au recouvrement judiciaire, prévue dans la loi du 2 août 2002? Le pouvoir d'appréciation du juge en matière commerciale est-il maintenu ou est-il tenu d'appliquer le montant des indemnités de procédure, qui sont pourtant exclues par l'article 6 de la loi du 2 août 2002?

12. Le problème a cependant été rapidement aperçu. Dans leur avis concernant les propositions de loi relatives à la répétabilité des honoraires et des frais d'avocat, l'O.B.F.G. et l'O.V.B. ont suggéré d'adapter le régime des deux lois<sup>32</sup>. Le Conseil d'État a également attiré l'attention du législateur sur la nécessité d'examiner la question de maintenir ou non le régime spécifique prévu à l'article 6 de la loi du 2 août 2002<sup>33</sup>. La loi du 2 août 2002 n'a cependant pas été adaptée à cette occasion. Le problème a bien été évoqué lors des travaux préparatoires de la loi du 21 avril 2007. La ministre de la Justice s'est bornée à dire à ce sujet que « les dispositions à l'examen sont compatibles avec celles qui ont été instituées par la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, étant donné que les indemnités de procédure ci-examinées correspondront au régime général institué par la loi du 2 août 2002 »<sup>34</sup>. Sans doute était-il dans ses intentions d'adopter un arrêté royal alignant les deux régimes. Il n'en est rien dans les faits, de telle sorte que le problème reste entier<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n° 3-1686/5, rapport Willems.

<sup>33</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n° 3-1686/3, avis du Conseil d'État n° 40531/2, point 4.

<sup>34</sup> *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 51-2891/002, p. 11.

<sup>35</sup> En fait, dès 2002, le ministre de la Justice de l'époque avait envisagé d'adopter rapidement un arrêté royal. Une réunion a eu lieu le 20 juin 2002, réunissant tous les milieux intéressés (avocats, huissiers, bureaux d'encaissement, F.E.B., Unizo, etc.), mais aucun consensus n'est apparu concernant le montant maximum qui pourrait être considéré comme raisonnable. Le ministre a alors préféré attendre que la jurisprudence dégrossisse le problème (*Voy. Doc. parl.* Chambre, sess. ord. 2002-2003, CRABV 50 COM 937, compte rendu analytique de la séance de la commission de la justice de la Chambre du 13 janvier 2003; *voy. aussi* CRABV51 COM 196, compte rendu analytique de la séance de la Commission de la justice de la Chambre du 16 mars 2004). Il est toutefois évident que, si un arrêté royal avait été adopté en 2002 ou 2003, cela n'aurait pas résolu notre problème, parce que les montants maxima qui y figureraient seraient évidemment différents des indemnités de procédure fixées quatre ou cinq ans plus tard en application de la loi du 21 avril 2007.

## 13. Que dit la doctrine à ce sujet ?

J. van Compernelle et Fr. Glansdorff considèrent que le juge saisi d'une demande d'indemnité de recouvrement ne pourrait qu'accorder le bénéfice des indemnités de procédure fixées en application de la loi du 21 avril 2007. Toute autre solution créerait, selon ces auteurs, une discrimination injustifiable entre les justiciables<sup>36</sup>.

Dans le même sens, I. Samoy et V. Sagaert, après avoir relevé le pouvoir discrétionnaire des juges pour apprécier le montant de l'indemnité de recouvrement, considèrent qu'il ne fait pas de doute que, dans l'attente d'une harmonisation entre les deux régimes, les juges feront usage des montants prévus à titre d'indemnité de procédure, à la lumière d'une interprétation conforme à la Constitution<sup>37</sup>.

Son de cloche tout différent chez D. Dessard<sup>38</sup>. Cet auteur considère que la loi du 2 août 2002 constitue une *lex specialis*, qui déroge au droit commun de la loi du 21 avril 2007. Il rappelle l'enseignement de la Cour de cassation, qui spécifie qu'une règle du Code judiciaire n'est pas applicable lorsqu'elle est contredite par une disposition légale antérieure non expressément abrogée<sup>39</sup>. Rien n'oblige donc le juge qui statue sur une demande d'indemnité de recouvrement à s'aligner sur les barèmes de l'arrêté royal du 26 octobre 2007. Cette opinion est approuvée par P. Taelman et S. Voet<sup>40</sup>.

J'ai évoqué plus haut le caractère dérogoire au droit commun que constitue la loi du 2 août 2002. Ce caractère dérogoire se marque à la fois à l'égard du droit civil (exception au principe de la réparation intégrale du dommage puisque le remboursement complet des frais de recouvrement n'est pas garanti) et du droit judiciaire (exclusion des indemnités de procédure, appréciation assez libre par le juge de l'opportunité du remboursement des frais d'avocat). Ces considérations devraient donc amener le juge à décider que les règles ordinaires de la procédure ne s'appliquent pas dans cette matière, conformément à l'article 2 du Code judiciaire. Cela étant, le pouvoir de modération qui lui est reconnu par la loi du 2 août 2002 l'autorise certainement à limiter les indemnités de recouvrement « raisonnables » au montant de l'indemnité de procédure. Il *peut*, mais *ne doit pas*, malgré les appels du pied assez lourds de la doctrine pour que le tribunal fasse usage de son pouvoir d'appréciation de

<sup>36</sup> J. VAN COMPERNELLE ET FR. GLANSDORFF, *op. cit.*, p. 255.

<sup>37</sup> I. SAMOY ET V. SAGAERT, « De Wet van 21 april 2007 betreffende verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat », *op. cit.*, n° 77.

<sup>38</sup> D. DESSARD, « Transactions commerciales et honoraires d'avocat: un conflit de lois », *J.T.*, 2008, pp. 213 et s.

<sup>39</sup> Cass., 1<sup>er</sup> février 2001, *Pas.*, 2001, I, 215.

<sup>40</sup> P. TAELEMAN ET S. VOET, *op. cit.*, n° 19.

manière « conforme à la Constitution », c'est-à-dire en évitant des discriminations injustifiées entre justiciables.

14. Comment la jurisprudence aborde-t-elle la question ? Il n'y a pratiquement pas de décisions publiées à ce sujet. Le tribunal de commerce de Mons<sup>41</sup>, saisi d'une demande d'allocation d'une indemnité de recouvrement forfaitaire, a considéré que, à défaut de justification du montant de l'indemnité de recouvrement réclamée, il y avait lieu d'appliquer par analogie les barèmes d'indemnités de procédure. La solution est approuvée par les commentateurs, qui relèvent toutefois qu'elle n'a rien d'obligatoire<sup>42</sup>. Rien n'empêchait d'allouer un montant plus élevé. Ce serait le cas, à suivre le raisonnement du tribunal, si le créancier, plutôt que de réclamer un forfait, produisait un décompte précis de ses frais de recouvrement, aboutissant à un montant supérieur à celui de l'indemnité de procédure correspondant à la valeur de la demande.

Cela supposerait néanmoins que, contrairement à une pratique bien établie, le demandeur produise un justificatif des frais et honoraires de son avocat<sup>43</sup>. On peut noter à ce sujet que, le 17 mars 2008, l'assemblée générale de l'O.B.F.G. a abrogé la recommandation du 24 avril 2006, estimant qu'elle était devenue sans objet, compte tenu de l'entrée en vigueur de la loi du 21 avril 2007 sur la répétabilité des frais et honoraires d'avocat. L'Ordre a toutefois perdu de vue que cette recommandation conservait sa raison d'être dans le cadre de l'application de la loi du 2 août 2002.

## Section 6 D'une discrimination à l'autre

15. Dès 2002<sup>44</sup>, la différence de traitement des créanciers va apparaître discriminatoire. En effet, à l'époque, en dehors du champ d'application de la loi du 2 août 2002, les chances d'obtenir le remboursement de ses frais de défense étaient nulles. La doctrine a donc rapidement épinglé la différence de traitement injustifiée entre les créanciers, suivant qu'il s'agisse de professionnels agissant contre d'autres professionnels (la loi s'applique), de non-profession-

<sup>41</sup> Comm. Mons, 10 juin 2008, *J.T.*, 2008, p. 476.

<sup>42</sup> P. TAELEMAN ET S. VOET, *loc. cit.*

<sup>43</sup> Si cette pratique n'est pas courante, elle n'est pas pour autant inexistante. Ainsi, dans son arrêt du 5 novembre 2007 (*J.T.*, 2008, p. 212), la cour d'appel de Liège a constaté que le demandeur produisait un détail de sa réclamation, qui n'a fait l'objet d'aucune contestation de la part de son adversaire. L'histoire ne dit pas si le relevé en question reprenait les frais et honoraires de l'avocat.

<sup>44</sup> La loi ne s'est toutefois appliquée aux contrats en cours lors de son entrée en vigueur qu'à compter du 7 août 2004. À l'égard des parties à ces contrats, l'application de la loi et la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation ont été quasiment concomitantes.

nels, ou encore de professionnels agissant contre des consommateurs (la loi ne s'applique pas)<sup>45</sup>. Le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation en 2004 va adoucir cette discrimination, puisque certains créanciers qui ne pouvaient réclamer d'indemnité de recouvrement au sens de la loi du 2 août 2002 ont alors pu réclamer le remboursement de leurs frais d'avocat au titre de réparation d'un dommage. Seuls les créanciers qui ne pouvaient se prévaloir ni de la loi du 2 août 2002 ni de la jurisprudence de la Cour de cassation étaient préjudiciés.

Par jugement du 29 septembre 2006, le juge de paix du quatrième canton d'Anvers adressa une question préjudicielle à ce sujet à la Cour d'arbitrage. La Cour rendit son arrêt le 17 janvier 2007<sup>46</sup>. Elle commença par relever qu'il existait bien une différence de traitement entre les citoyens qui effectuent des transactions commerciales au sens de la loi du 2 août 2002 et ceux qui effectuent des transactions ne relevant pas du champ d'application de cette loi. Pour les premiers nommés, une réglementation légale a été prévue pour le remboursement des frais et honoraires d'avocat, alors que ce n'était pas le cas pour la deuxième catégorie. Comme dans les autres arrêts similaires rendus sur la question<sup>47</sup>, la Cour constata que la différence de traitement dénoncée dans les questions préjudicielles était discriminatoire, mais que la discrimination ne résidait pas dans la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, mais dans l'absence d'une solution globale que le législateur seul pouvait prévoir, dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution.

Cet arrêt s'inscrivait donc dans la jurisprudence générale de la Cour d'arbitrage avant l'adoption de la loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité. La Cour s'est bornée à constater l'existence d'une lacune législative<sup>48</sup>. La discrimination ne pouvait être résolue que par une intervention du législateur.

16. La loi du 21 avril 2007 a mis fin à cette discrimination, puisque désormais tout justiciable est en droit de solliciter la prise en charge de ses frais de

<sup>45</sup> M.-E. STORME, *op. cit.*, n° 4 et s.

<sup>46</sup> C.A., 17 janvier 2007, arrêt n° 16/2007; R.G.A.R., 2007, n° 14222, note Fr. GLANDORFF; R.W., 2007-2008 (sommaire), p. 145.

<sup>47</sup> N° 57/2006 et 95/2006.

<sup>48</sup> Ce simple constat n'aboutit pas nécessairement à un cul-de-sac. Il existe en effet certaines lacunes que le juge du fond peut combler aisément: il s'agit des lacunes dites intrinsèques (M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669 et s., n° 33 et s.). Dans ce cas, le problème ne provient pas de l'absence d'une disposition légale, mais du fait qu'une disposition existante est mal rédigée et voit son champ d'application inutilement restreint, créant ainsi une discrimination. Les indications données par la Cour, aussi bien dans le contentieux de l'annulation que celui de la question préjudicielle, permettent le cas échéant au juge de donner à cette disposition son champ d'application adéquat.

défense. Mais elle en a fait naître une autre. En effet, le régime juridique de la répétibilité reste différent dans le cadre de la loi du 2 août 2002 et dans celui de la loi du 21 avril 2007. Les créanciers d'une transaction commerciale bénéficient toujours d'un statut privilégié, non pas en ce qu'ils peuvent réclamer leurs frais de défense (désormais, tout le monde peut le faire), mais parce qu'ils peuvent réclamer l'intégralité de leurs frais de défense (sous réserve du pouvoir de modération du juge), alors que les autres créanciers sont réduits au forfait<sup>49</sup>.

Parmi les différents recours en annulation dirigés contre la loi du 21 avril 2007, plusieurs moyens invitaient la Cour constitutionnelle à se prononcer sur cette différence de traitement.

La Cour a rencontré ces moyens dans son arrêt du 18 décembre 2008<sup>50</sup>. Tout d'abord, la Cour confirme très clairement l'opinion selon laquelle les forfaits prévus en application de la loi du 21 avril 2007 ne concernent pas la loi du 2 août 2002: « rien ne permet d'obliger le juge saisi d'une demande fondée sur la loi du 2 août 2002 à appliquer les montants forfaitaires prévus en vertu de la loi attaquée, la loi du 2 août 2002 laissant une marge d'appréciation importante au juge pour évaluer 'les frais de recouvrement pertinents encourus par suite du retard de paiement' ». Ce passage de l'arrêt conforte les auteurs qui estiment que les juges, statuant dans le cadre de la loi du 2 août 2002, peuvent librement allouer des montants supérieurs aux barèmes d'indemnités de procédure.

La Cour relève ensuite le champ d'application spécifique de la loi du 2 août 2002, qui justifie qu'elle n'ait pas été obligatoirement adaptée lors du vote de la loi du 21 avril 2007. Elle termine ainsi: « Pour le surplus, s'il est effectivement souhaitable d'éviter que de trop grandes disparités se fassent jour selon que la répétibilité des frais et honoraires d'avocat est ordonnée en application de la loi du 2 août 2002 ou en application de la loi attaquée, il appartient au Roi, qui n'a pas encore pris l'arrêté prévu par la loi du 2 août 2002, d'harmoniser les montants prévus ou de justifier les raisons pour lesquelles Il ne peut le faire, sous le contrôle des juges compétents ».

## Section 7

### Le salut dans l'arrêté royal ?

17. La conclusion de la Cour constitutionnelle est la même que celle de la doctrine: la balle est dans le camp, non plus du législateur, mais bien du Roi. On peut dès lors espérer qu'un arrêté royal mettra rapidement un terme à cette situation désagréable.

<sup>49</sup> I. SAMOY et V. SAGAERT, *op. cit.*, n° 75.

<sup>50</sup> C. const., 18 décembre 2008, arrêt n° 2008/182, points B.12.1 et suivants.

Cet arrêté pourrait-il purement et simplement aligner le montant maximum de l'indemnité de recouvrement sur les montants des indemnités de procédure? Rien ne l'empêche, dès lors que, dans l'esprit du législateur européen, l'indemnité de recouvrement ne tend pas à la réparation intégrale du préjudice du créancier mais uniquement à l'allocation d'une indemnité raisonnable (voy. *supra*, n° 3). Par ailleurs, le texte de l'article 6 prévoit expressément que l'indemnité de recouvrement « doit être en proportion avec la dette concernée ». Le Roi est d'ailleurs autorisé à fixer les indemnités maximales « pour différents niveaux de dette ». Le futur arrêté royal prendra donc vraisemblablement la forme d'un barème. Cependant, l'habilitation donnée au Roi par la loi du 2 août 2002 ne tend qu'à fixer les indemnités maximales. En dessous de ce plafond, l'appréciation du juge reste souveraine.

Il subsiste donc des différences quant à l'office du juge dans les deux lois. Dans le cadre de la répétibilité, le juge est tenu par une indemnité minimale, en dessous de laquelle il ne peut descendre qu'en compensant les dépens<sup>51</sup>. En outre, il ne peut réduire l'indemnité que sur demande des parties, après les avoir éventuellement informées de leurs droits<sup>52</sup>. Dans le cadre des créances commerciales, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation beaucoup plus large (voy. *supra*, n° 4). Il pourrait donc moduler spontanément le montant de l'indemnité de recouvrement en fonction des éléments de la cause. Il y a également lieu de rappeler que les procédures visées par la directive et par la loi du 2 août 2002 s'apparentent à des récupérations de créance non contestées. Dans ce cadre, il ne devrait pas être question, sauf cas de figure exceptionnel, de correspondance avec une indemnité de procédure maximale.

Un arrêté royal qui alignerait les barèmes d'indemnités dues en vertu de ces deux lois ne gommierait donc pas totalement les divergences de régime, mais opérerait un rapprochement considérable. Il est alors probable que, dans la pratique, les critères d'appréciation du montant des indemnités de recouvrement et de procédure finiraient pas se superposer.

<sup>51</sup> J.-F. VAN DROOGHENBROECK ET B. DE CONINCK, « Indemnité de procédure et répartition des dépens », *J.T.*, 2008, pp. 581-584

<sup>52</sup> Article 1022, tel que modifié par la loi du 22 décembre 2008 (*M.B.*, 12 janvier 2009).

## Table des matières

<b>L'opposabilité des conditions générales <i>off-line</i> et <i>on-line</i>: de la suite dans les idées ?</b>	9
<i>Quentin VAN ENIS</i>	
Introduction	9
Section 1. L'opposabilité des conditions générales <i>off-line</i>	11
§ 1 <sup>er</sup> . La possibilité effective de connaissance des conditions générales	12
§ 2. L'acceptation des conditions générales	15
A. L'acceptation expresse	15
B. L'acceptation tacite	16
C. L'acceptation tacite de la facture	17
§ 3. La clause présomptive de connaissance et d'acceptation des conditions générales	19
§ 4. La contradiction entre les conditions générales des parties ( <i>Battle of Forms</i> )	20
A. Deux questions préliminaires	20
B. Un aperçu des quatre théories existantes	21
Section 2. L'opposabilité des conditions générales <i>on-line</i>	25
§ 1 <sup>er</sup> . L'obligation découlant de l'article 8, § 2, de la loi sur les S.S.I.	26
§ 2. Analyse des différents mécanismes techniques de communication des conditions générales sur le <i>net</i> et examen au regard des conditions de la possibilité effective de connaissance et de l'acceptation certaine	27
A. <i>Clickwrap</i> et <i>browsewrap</i>	27
B. Envoi des conditions générales par courriel ou remise en version papier	30
§ 3. Présentation des conditions générales <i>on-line</i> : remarques transversales	31
A. La langue des conditions générales <i>on-line</i>	31