

ÉDITORIAL

Mes chers Confrères,

Ce 1^{er} septembre 2016, Monsieur le bâtonnier Hubert de Stexhe m'a remis son tablier d'administrateur, avec les attributions qui étaient les siennes.

Durant ses six années de mandat, il a mis ses compétences et son temps à notre service.

Avec sa brigade compétente et dévouée, il nous a concocté et servi ce bulletin de prévention semestriel, en veillant à varier les ingrédients afin de maintenir en éveil, non seulement notre intérêt mais aussi et surtout, notre vigilance.

Qu'il me soit permis ici, de le remercier en votre nom à tous.

Pour poursuivre ce service, je serai également entouré d'une équipe compétente et dévouée, composée de nos consœurs et confrères, Vincent Callewaert, Guillaume David et Bernard Vin-

cotte (Bruxelles), Daniel Pricken et Bénédicte Van Den Daele (Liège), Olivier Dubois (Charleroi), Jean Bublot et Michel Gougnard (Brabant wallon), Pierre-Jean Richard (Namur), Daniel Leclercq (Mons), Ernest Deconinck (Tournai), Jean-Luc Robert (Luxembourg), Jean-Charles Garot (Verviers), sans oublier la précieuse collaboration d'Ethias par l'intermédiaire de Mesdames Valérie Kriescher et Cécile Richard et de Monsieur Sébastien Doucet.

Dans le présent numéro, nous souhaitons attirer spécialement votre attention sur notamment, la responsabilité des curateurs, le cas de force majeure justifiant une opposition en matière pénale, les exigences pour introduire un pourvoi en cassation ainsi que le devoir de diligence.

Excellente lecture à tous.

Michel Ghislain

ADMINISTRATEUR

info@avocats.be

TABLE DES
MATIÈRES

Éditorial	p. 1
<i>Par Michel Ghislain</i>	
La responsabilité de l'avocat curateur et la clôture de la faillite.....	p. 2
<i>Par Guillaume David</i>	
Une panne de réveil Maître ?	P. 3
<i>Par Pierre-Jean Richard</i>	
Le devoir de diligence de l'avocat	p. 5
<i>Par Daniel Leclercq</i>	
Vous avez votre permis de casser ?	p. 8
<i>Par Pierre-Jean Richard</i>	
Attention aux dossiers qui prennent les poussières sur un coin de votre bureau... ..	p.10
<i>Par Cécile Richard</i>	
Transaction, désaveu et mandat apparent	p.11
<i>Par Bénédicte Van Den Daele</i>	

LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT CURATEUR ET LA CLÔTURE DE LA FAILLITE

L'article 40 de la loi sur les faillites énonce :

« Les curateurs entrent en fonction immédiatement après le jugement déclaratif et après avoir confirmé leur entrée en fonction en signant le procès-verbal de désignation. Ils gèrent la faillite en bon père de famille, sous la surveillance du juge commissaire »

Le principe est posé : la responsabilité du curateur s'apprécie grâce au critère du bon père de famille, soit celui du « curateur normalement prudent et diligent, et ce, compte tenu des particularités de chaque cas »¹.

L'article 57 al. 1 de la loi sur les faillites dispose qu'à compter de leur entrée en fonction, les curateurs sont tenus, sous leur responsabilité personnelle, de faire tous les actes pour la conservation des droits du failli contre les débiteurs. Ils sont aussi tenus de requérir l'inscription des hypothèques sur les immeubles des débiteurs du failli, si elle n'a pas été requise par lui. Ils sont tenus, en outre, de prendre inscription sur les immeubles du failli dont ils connaissent l'existence.

Cette mission que reçoit le curateur découle de la loi et de sa nomination par le tribunal. Il n'a donc pas de lien contractuel avec le failli, avec les créanciers ou avec l'Etat Belge. Il s'ensuit qu'une responsabilité contractuelle du curateur est en principe exclue.

Pendant la faillite, le failli et les créanciers de la masse peuvent faire valoir leurs demandes et droits par rapport à l'intervention du curateur. Le cas échéant, ils peuvent s'adresser au juge commissaire, qui doit surveiller activement le curateur (article 35 de la loi sur les faillites). Ce devoir général de contrôle implique que le juge-commissaire veille, dans l'intérêt du failli et des créanciers, à ce que le curateur respecte les obligations légales pour aboutir à une bonne gestion et une liquidation correcte de la faillite.

Lorsque la liquidation de la faillite est terminée, le failli et les créanciers sont convoqués par les curateurs, sur ordonnance du juge-commissaire, rendue au vu des comptes des curateurs. Le compte simplifié des curateurs reprenant le montant de l'actif, les frais et honoraires des curateurs, les dettes de la masse et la répartition aux différentes catégories de créanciers, est joint à cette convocation (art. 79 de la loi sur les faillites). L'assemblée de clôture est l'ultime moment où la responsabilité du curateur peut être engagée.

En effet, l'article 80, dernier alinéa de la loi, dispose que sauf pour ce qui concerne son exécution, la clôture de la faillite met fin aux fonctions des curateurs ; elle emporte décharge générale.

Encore que la portée de cette décharge soit contestée, deux décisions de jurisprudence récentes énoncent que plus aucune remarque ne peut être faite ultérieurement quant à la façon dont le curateur a accompli sa mission, même s'il est apparu a posteriori qu'il a commis des erreurs : hormis le cas de fraude, aucune action en responsabilité ne peut être engagée contre le curateur après la clôture de la faillite².

Encore faut-il que la clôture de la faillite soit régulière. C'est ainsi que la Cour d'appel de Mons estime que constitue une faute pour le curateur le fait « d'avoir poursuivi sans désespérer les opérations de clôture de la faillite sans tenir compte de la créance à l'égard de la masse de G.O., alors qu'il ne pouvait ignorer qu'une citation en paiement de loyers avait été introduite le 5 mai 2006, avant l'assemblée générale des créanciers du 9 mai 2006, et qu'il aurait dû faire trancher judiciairement le différend et postposer la clôture »³.

Guillaume David
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES
Guillaume.David@cew-law.be

¹ P. DEMOLIN et A. IWASZKO, « La responsabilité de l'avocat curateur de faillite et de l'avocat liquidateur ou administrateur provisoire de société », in *Responsabilité(s) de l'avocat*, Anthemis, 2015, p. 168.

² Gand, 25 juin 2012, T.G.R - T.W.V.R. 2012, p. 335 ; Anvers, 19 octobre 2015, N.J.W. 2016, 550, note WAELKENS J.

³ Mons, 30 juin 2014, R.G. 2012/RC/1146, inédit.

UNE PANNE DE RÉVEIL MAÎTRE ?

Parmi les multiples nouveautés que la loi dite « pot-pourri » a introduites, il en est une qui vient singulièrement bouleverser nos certitudes. Jusqu'à la modification de l'article 187 du Code d'instruction criminelle, qui traite de l'opposition, le droit de faire opposition à un jugement rendu par défaut était un droit fondamental, et ce quelques soient les raisons du défaut du prévenu. Il n'avait d'ailleurs pas à justifier ou expliquer le pourquoi de son défaut à l'audience.

Une loi du 12 février 2003 avait un peu atténué le principe, en décidant que si un prévenu avait comparu, en personne ou par avocat, à l'audience d'introduction, le jugement rendu ultérieurement serait un jugement contradictoire même en cas d'absence aux audiences ultérieures.

Le législateur a voulu aller beaucoup plus loin, motivant ainsi sa proposition : « *en vue d'éviter ces défauts de comparution manifestement dilatoires et abusifs...* »¹.

L'idée reprise dans les travaux préparatoires, pour éviter une éventuelle sanction de la Cour européenne des Droits de l'Homme est de sanctionner les seuls prévenus pour qui, selon le texte : « *Les défauts de comparution sont souvent le résultat d'une stratégie profitable au prévenu qui satisfait de manière excessive son intérêt particulier au détriment de l'intérêt public et de l'intérêt particulier de la partie civile* ».

Dès lors, et toujours selon les travaux préparatoires : « *ce sera au ministère public à prouver que l'opposant a bien manifesté sa volonté de manière expresse ou, à tout le moins, de manière non équivoque, de renoncer à comparaître ou à se faire représenter par un avocat et à se défendre et à avancer les éléments de fait susceptibles de démontrer que l'absence du prévenu ou de l'accusé, ou le défaut de représentation par un avocat, est dû à un*

choix personnel et non à un cas de force majeure ».

L'idée d'éviter des défauts « dilatoires » peut en effet paraître séduisante.

Mais le §6 de l'article 187 du CIC devient donc :

« *L'opposition sera déclarée non avenue :*

1° si l'opposant, lorsqu'il comparait en personne ou par avocat et qu'il est établi qu'il a eu connaissance de la citation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut, ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut lors de la procédure attaquée, la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées restant soumise à l'appréciation souveraine du juge (...) ».

En bref, c'est au prévenu qu'il revient de justifier des raisons de son absence à l'audience d'introduction, et la pertinence des dites raisons sera souverainement appréciée par le juge.

Le tribunal de police de Bruxelles² vient de faire une application bien sévère de cette disposition.

Un justiciable a reçu une citation à comparaître devant le tribunal de police de Bruxelles. Il l'a transmise à son assureur de protection juridique. Il reçoit plus tard la signification d'une décision rendue par défaut à son égard et s'adresse à nouveau à son assureur. Il apparaît alors que l'assureur a transmis tardivement la citation à l'avocat, et le reconnaît. L'avocat fait opposition en invoquant, au titre de force majeure, et en le déposant, le courrier de l'assureur qui reconnaît la tardivité du transmis de la citation originaire.

Il n'y donc rien de dilatoire dans l'attitude du justiciable, le défaut n'est pas de sa part une

¹ Voy. les travaux préparatoires de la loi.

² Pol. Bruxelles, 2 mai 2016, VAV-CRA 2016/4-33.

volonté de retarder l'issue du litige ou une manœuvre procédurale. Le défaut est dû incontestablement à la négligence d'un tiers qui le reconnaît.

Or le tribunal de police va dire « non avenue » l'opposition, en motivant comme suit : « Aucune explication ou justification n'est avancée par l'assureur qui semble avoir simplement « perdu de vue » le dossier. La force majeure ne trouve pas à s'appliquer en pareille hypothèse, l'objectif de la loi n'étant pas de couvrir les fautes, négligences ou distraction des assureurs ou avocats ».

Il faut bien reconnaître qu'un certain nombre de défauts est dû effectivement aux assureurs ou aux avocats (transmis tardif, citation mal notée, erreur d'agenda, impossibilité d'arriver à l'audience, et toutes ces contrariétés de la vie d'un avocat que ne semblent pas connaître les fonctionnaires chargés de proposer des lois aux ministres).

La question posée par le tribunal est celle, fondamentale dans le cadre de la nouvelle disposition du CIC, de l'excusabilité pour le prévenu de la faute de son mandataire.

Le jugement du tribunal de Bruxelles a raisonné strictement comme en matière de force majeure qui prolongerait un délai judiciaire. Il fait expressément référence à une décision de la cour de cassation du 27 avril 2010³ qui semble considérer que « en matière répressive, l'opposition signifiée après l'expiration du délai est irrecevable, même si le retard est dû à la faute de l'huissier de justice, mandataire de l'opposant ».

Mais il faut lire le texte complet de l'arrêt qui conduit la Cour à la décision : « À défaut de conclusions dans ce sens, les juges d'appel n'étaient pas tenus d'expliquer pourquoi ils n'ont pas conclu à la nécessité d'une instruction complémentaire. Par les motifs énoncés, ils ont justifié

légalement leur décision de conclure à l'absence de force majeure ».

Parce qu'un an plus tard, la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 novembre 2011⁴, va réénoncer le principe : « Le délai prévu par l'article 187, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle qui prévoit que le condamné par défaut pourra faire opposition au jugement dans les quinze jours qui suivent sa signification, est substantiel, de sorte que l'opposition formée après son expiration est irrecevable, à moins que le retard résulte d'une circonstance indépendante de la volonté de l'opposant et que celui-ci n'a pu ni prévoir, ni conjurer ».

Et dans cette espèce, la Cour décide : « Au regard de l'équité de la procédure, le monopole que l'article 516, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire réserve aux huissiers de justice, ainsi que les limites résultant, quant au choix de l'huissier instrumentant, des règles de compétence territoriale prévues à l'article 513 du même Code, impliquent que la faute ou la négligence de cet officier ministériel puisse être considérée comme un cas de force majeure permettant de proroger le délai légal d'opposition du temps durant lequel le condamné s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de former son recours ».

La solution du tribunal de police de Bruxelles n'est donc certainement pas unanime.

En outre, et si l'article 187 invoque bien la force majeure, il invoque aussi l'excuse légitime, sans plus préciser ce qu'est dans l'esprit du législateur une « excuse légitime ».

La notion est reprise par exemple dans l'article 630 du CIC qui traite de la réhabilitation :

« Le requérant doit comparaître en personne à chaque audience sauf à celle où l'arrêt est prononcé.

S'il fait défaut sans justifier d'une excuse légitime,

³ Arr. Cass. 2010, liv. 4, 1195; <http://www.cass.be> (17 mai 2010); *Ius & Actores* 2010, liv. 3, 63; *Pas.* 2010, liv. 4, 1286; *R.W.* 2010-11, liv. 35, 1475 et <http://www.rw.be/> (2 mai 2011), note DE SMET, B

⁴ *Juristenkrant* 2012 (reflet VANWALLEGHEM, P.), liv. 241, 7; <http://www.cass.be> (21 novembre 2011), concl. VANDERMEERSCH, D.; *Ius & Actores* 2012, liv. 2, 83, concl. VANDERMEERSCH, D.; *J.T.* 2011, liv. 6455, 773 et <http://jt.larcier.be/> (23 novembre 2011), concl. VANDERMEERSCH, D.; *Pas.* 2011, liv. 11, 2497, concl. VANDERMEERSCH, D.; *Rev. dr. pén.* 2012, liv. 3, 319, concl. VANDERMEERSCH, D.; *R.G.D.C.* 2012, liv. 9, 444, note SALZBURGER, R.; *R.D.J.P.* 2012, liv. 3, 80, note D.M.; *T. Strafr.* 2012, liv. 1, 38, note SCHOORENS, G.

la cour rejette la demande.

S'il justifie de pareille excuse, la cour passe outre, après audition du conseil, ou remet la cause ».

Dans le Code de droit économique, l'article XI.196 §1^{er} énonce que : « Si l'éditeur ne satisfait pas à son obligation dans les délais définis ci-avant sans pouvoir justifier **d'une excuse légitime**, l'auteur pourra reprendre ses droits cédés, après une mise en demeure, adressée par envoi recommandé avec accusé de réception, et restée sans effet pendant six mois ».

Il y a peu d'autres exemples législatifs...

Il est cependant certain que, dans l'esprit du législateur, l'opposant défaillant peut motiver sa défaillance par une circonstance bien plus large que la démonstration de la force majeure absolue.

Bien entendu, c'est au juge que reviendra le dernier mot, puisque souverainement, il appréciera la légitimité de l'excuse.

Sans être aussi sévère que le tribunal de Bruxelles, on retiendra que le défaut de comparution est donc dû, soit à une force majeure, « une circonstance indépendante de la volonté de l'opposant et que celui-ci n'a pu ni prévoir, ni conjurer », soit à une excuse légitime.

Cette seconde notion est mal définie en droit, elle doit donc sans doute ressortir du bon sens.

Est légitime, selon le dictionnaire, ce qui est

fondé en raison, en justice ou en équité (Larousse), qui est dicté, justifié, explicable par le bon droit, le bon sens, la raison (Dictionnaire de l'Académie)...

L'excuse légitime est, sans doute, le contraire de la *mauvaise excuse*.

Sachant que le législateur a voulu éliminer les défauts « dilatoires » ou « stratégiques » (atteindre la prescription), il sera donc prudent d'expliquer au tribunal les vrais motifs de l'absence et d'insister sur le fait que cette absence n'a pas pour but de gagner du temps ou de ralentir le traitement de l'affaire.

La décision du juge de reconnaître comme légitime est susceptible d'un appel.

Mais selon l'article 187, §9, 2^{ème} alinéa, « L'appel dirigé contre la décision déclarant l'opposition non avenue saisit le juge d'appel du fond de l'affaire même si aucun appel n'a été formé contre le jugement rendu par défaut »⁵.

L'avocat normalement prudent et diligent veillera donc à bien motiver les raisons de l'absence du client lors de l'audience, pour éviter les reproches.

Et notre assureur, en nous transmettant à temps les citations, favorisera le sommeil de tous.

Pierre-Jean Richard

AVOCAT AU BARREAU DE NAMUR

avocat.richard@infonie.be

⁵ Ce qui équivaut à la perte d'un degré de juridiction.

LE DEVOIR DE DILIGENCE DE L'AVOCAT

Siège de la matière

L'article 1.2 du Code de déontologie de l'avocat prescrit que :

« L'avocat est tenu des devoirs suivants :

(f) la diligence et la compétence dans l'exécution des missions qui lui sont confiées ».

L'article 1.4 dispose quant à lui que :

« Dans l'exercice de sa mission, l'avocat veille à ce que les principes fondamentaux de sa profession tels qu'ils découlent des devoirs énoncés à l'article

1.2 ne soient pas mis en péril par ses clients, les tribunaux ou des tiers ».

Enfin, l'article 1.4 prévient que :

« Toute atteinte portée par l'avocat à ces principes et aux obligations découlant du présent Code constitue un manquement déontologique susceptible de faire l'objet de poursuites disciplinaires ».

Ces règles découlent évidemment de l'article 455 du Code judiciaire qui dispose que :

« Le Conseil de l'Ordre est chargé de sauvegarder l'honneur de l'Ordre des avocats et de maintenir les principes de dignité, de probité et de délicatesse qui font la base de leur profession et doivent garantir un exercice adéquat de la profession ».

A ces textes légaux et réglementaires, il convient d'adjoindre la réflexion suivante :

« A côté de ces règlements écrits qui ont force obligatoire pour tous les avocats, il existe un grand nombre de règles non écrites, non moins obligatoires, mais au contenu sans doute plus imprécis, qui trouvent leur fondement dans les principes qui font la base de la profession »¹.

Etendue de l'obligation

Plusieurs conséquences doivent être tirées des textes et principes ci-dessus évoqués :

1° l'avocat est le gardien et le responsable du respect de ces obligations et plus particulièrement de son devoir de diligence.

L'article 1.1 du Code de déontologie avertit :

« Il ne se limite pas à l'exercice fidèle du mandat que lui a donné son client ».

L'article 1.3. précise :

« C'est à l'avocat de veiller à ce que les principes fondamentaux de sa profession ne soient pas mis en péril, y compris par ses clients, des tribunaux ou des tiers ».

La responsabilité est la conséquence de la liberté.

Il en résulte que l'avocat accusé d'un manque

de diligence ne pourra se réfugier derrière le paravent d'entraves posées par ces tiers.

Cette présomption de responsabilité doit conduire l'avocat à une prudence accrue, à une information claire et écrite au client et à une réponse rapide, complète et tout aussi claire aux interrogations de celui-ci.

La conséquence du manquement constaté est bien évidemment la sanction.

Tout manquement au devoir de diligence ouvre la porte à des poursuites disciplinaires.

Notons qu'il en ouvre une seconde, celle d'une action civile de la partie qui aurait été lésée par les conséquences du manque de diligence de l'avocat, étant entendu qu'elle sera soumise aux règles de la responsabilité civile de droit commun².

Cette obligation est donc fondamentale non seulement parce qu'elle touche à l'honneur de la profession mais également parce que ses conséquences peuvent être professionnellement et financièrement graves pour celui qui y aurait manqué, tout comme pour son client.

Contenu de l'obligation

Le cas le plus simple à résoudre est celui du non-respect d'une obligation légale.

Par manque de diligence, un avocat a laissé s'écouler un délai prescrit à peine de forclusion, a laissé prescrire une action, a omis d'interjeter un appel dans le délai.

La faute sera alors inscrite *de facto* dans sa conséquence : l'action ne pourra être introduite, l'appel sera impossible, la créance ne pourra être récupérée.

Si l'avocat soutient que la faute n'est pas de son chef, la preuve lui en incombera.

L'avocat est responsable du respect de ses obligations et devra donc démontrer, preuves à l'appui, qu'il n'a personnellement commis aucune faute et a tout mis en œuvre pour éviter que l'incident se produise.

Il ne lui suffira pas de dire :

¹ Vade-Mecum de l'avocat sous la direction de Maîtres HUBERT DE STEXHE et GAËL D'HÔTEL, 2016, chapitre 5, section 4.

² Voir Bruxelles, 16 mai 2002 et note BUYLE, J.L.M.B. 2003, p. 1676.

« Le client ne m'a pas donné d'instructions, je n'ai pas été provisionné ou l'adversaire ne m'a pas prévenu de la signification ».

Nous devons donc à nouveau insister ici sur l'importance cruciale d'une information écrite et précise.

Là aussi, il ne suffit pas d'écrire :

« Je vous informe que le délai d'appel expire le ...

Merci de me faire part de vos intentions. »

L'avocat qui veut se prémunir au mieux écrira :

« Je vous informe que le délai d'appel expire le ...

Si vous souhaitez exercer ce recours, il convient que vous m'en avertissiez par écrit avant le ...

Par ailleurs, une provision de X devra m'être versée à la même date.

A défaut pour vous de manifester votre volonté de cette manière, je considérerai que vous ne souhaitez pas interjeter appel. Dans ce cas, le jugement qui vous condamne sera définitif et ne sera plus susceptible d'aucun recours ».

Inutile d'ajouter qu'à la suite d'un tel courrier, l'avocat devra tenir son agenda et sa boîte mail sous surveillance stricte.

La Cour d'appel de Mons a rappelé cette exigence d'information claire et précise de la manière suivante :

« L'avocat qui maintient son client dans l'ignorance des implications prévisibles des conseils donnés et des choix procéduriers opérés, qui ne lui livre que des informations parcimonieuses, voire inexactes et qui retient indûment des fonds dont le versement était susceptible de mettre un terme aux mesures d'exécution entamées à charge de son client, engage sa responsabilité »³.

Il convient maintenant de rappeler combien le devoir de diligence est intimement lié à l'obligation de compétence.

Il paraît évident que tout avocat normalement prudent, compétent et exigeant se doit de ma-

triser les dispositions légales de la matière qu'il traite.

L'avocat normalement diligent et prudent doit, dans la défense efficace des intérêts de ses clients avoir égard aux textes de loi en vigueur au moment où il accomplit un acte et s'assurer de son efficacité⁴.

On se doit d'ajouter à cette exigence de compétence les corollaires du devoir de conseil et de l'information ci-dessus évoquée. La même Cour d'appel de Mons a ainsi considéré que lorsqu'un jugement est prononcé, les devoirs de diligence et de conseil de l'avocat l'obligent à se renseigner sur la date de notification de la décision querellée, si celle-ci est le point de départ d'un délai de recours, de mettre en garde le client quant à l'écoulement du délai et, le cas échéant, de conseiller le client d'interjeter appel, ne fût-ce qu'à titre conservatoire pour préserver ses droits. Le fait que le client ait été avisé du délai pour interjeter l'appel n'exonère pas l'avocat du devoir de conseil⁵.

Le Tribunal civil de Liège en a donné un cas d'application considérant que tout praticien du droit normalement informé doit savoir que les allocations familiales sont majorées lorsque l'enfant concerné est orphelin.

L'avocat qui ne tire pas les conséquences d'une loi nouvelle en matière de filiation en ne posant pas les actes conservatoires utiles en matière d'allocations familiales et d'assurance -loi manque à ses devoirs de conseil et de diligence⁶.

Cette obligation s'étend bien évidemment à la connaissance de la jurisprudence.

La Cour de Cassation française a rappelé que l'avocat, sans que puisse lui être imputé à faute de n'avoir pas anticipé une évolution imprévisible du droit positif, se doit de faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge, a des chances sérieuses de la faire prospérer⁷.

Dans l'exercice quotidien de sa profession, l'avocat est évidemment confronté journalle-

³ Mons, 15 février 2000, J.L.M.B. 2001, p. 422.

⁴ Bruxelles, 7 décembre 2000, J.T. 2001, p. 385

⁵ Mons, 6^{ème} chambre, 21 septembre 2012, J.L.M.B. 2013, p.1742

⁶ Civil Liège, 20 février 2003, J.L.M.B. 2003, p. 683.

ment à son devoir de diligence.

Le Code de déontologie le lui rappelle d'ailleurs à de nombreuses reprises (voir par exemple articles 6.8, 6.11, 6.24, 6.26, 6.28, 6.29, etc.).

Ces dispositions utilisent des locutions et des adverbes tranchants tels que « *immédiatement, aussitôt, sans délai, sans retard* ».

Comment faut-il les interpréter ?

C'est à nouveau le critère de l'avocat professionnel normalement prudent, compétent et exigeant qui sera utilisé.

Comme l'a rappelé le Conseil de discipline du ressort de la Cour d'appel de Bruxelles, le 24 juin 2010, l'appréciation du devoir de diligence est « *nécessairement fonction du cadre dans lequel l'avocat intervient... et les éventuelles exigences en matière de délai avec les éventuelles sanctions pouvant intervenir.* »

En outre, selon les explications reçues, ce délai paraît être justifié par des raisons légitimes...

Enfin, le délai qui ne semble pas avoir été comme tel dénoncé en cour d'arbitrage, peut également au moins être pour partie justifié par l'ampleur du travail qui résulte de l'importance de la sentence rendue (54 pages) ».

Le respect de l'obligation sera jugé à l'aune de la complexité du devoir à accomplir et au temps nécessaire y consacré.

En revanche, la négligence ne peut être tolérée, d'autant plus si ses conséquences portent préjudice au client.

C'est le cas de l'avocat qui omet de transmettre à son confrère, malgré plusieurs rappels, une convention de transaction signée par

sa cliente alors que, de l'accord des parties, ce transmis est la condition d'exécution de la transaction⁸. Il commet alors une faute de gestion contractuelle.

Dans la gestion quotidienne, c'est le critère du bon sens professionnel qui s'applique.

L'avocat respectera bien évidemment les délais imposés par la loi ou auxquels il a librement consenti.

Dans les procédures, il adoptera un comportement conforme aux articles 6.6 à 6.27 du Code de déontologie de l'avocat tout en respectant le devoir de loyauté « *qui demeure le noyau dur de notre déontologie, ramenée à ses fondamentaux* »⁹.

Plus prosaïquement encore, il répondra à ses confrères, aux autres intervenants tels les notaires, les huissiers ou les experts ainsi qu'à ses clients dans les délais les plus courts afin de ne préjudicier en rien les intérêts qu'il défend.

Il ne confondra cependant pas vitesse et précipitation. L'exigence de rapidité est plus pressante à l'heure d'internet qu'elle ne l'était il y a seulement dix ans.

Il s'impose cependant de résister à la pression de l'instant et faire la part entre l'exigence parfois compulsive d'une réponse quasi instantanée et la nécessité de la réflexion. Une dernière fois, les principes généraux de compétence, de loyauté, d'exigence gouverneront le comportement du « bon professionnel normalement prudent ».

Daniel Leclercq

AVOCAT AU BARREAU DE MONS

leclercq.daniel@skynet.be

⁷ Cass. (fr), 14 mai 2009, *J.T.* 2009, p. 631.

⁸ Mons, 16^{ème} chambre, 11 septembre 2013, *J.L.M.B.* 2014, p. 933.

⁹ M. BLITZ « La déontologie de l'avocat et le juge : je t'aime... moi non plus », *Act. Dr. Fem.* 2014/7, p. 209-210.

VOUS AVEZ VOTRE PERMIS DE CASSER ?

Une modification importante est intervenue dans le Code d'instruction criminelle.

L'accès à la Cour de cassation, en matière pé-

nale, jusqu'ici ouvert à tous les avocats, est désormais restreint.

Selon l'article 425 du CIC, « *La déclaration de*

pourvoi est faite par l'avocat au greffe de la juridiction.

L'avocat doit être titulaire d'une attestation de formation en procédure en cassation ».

Selon l'article 429 du CIC, « *Le demandeur en cassation ne peut indiquer ses moyens que dans un mémoire signé par un avocat, titulaire de l'attestation visée à l'article 425, § 1er, alinéa 2...* »

Ledit article indique que l'avocat doit être titulaire d'une attestation de formation en procédure en cassation visée par le livre II, titre III. Le Roi fixe les critères auxquels la formation doit répondre¹.

La Cour de cassation s'est montrée redoutablement stricte sur l'application de cette disposition nouvelle.

Dans trois arrêts au moins², elle a déclaré irrecevable des mémoires déposés alors que « *il n'apparaît pas des pièces déposées dans le délai de deux mois suivant le pourvoi que celui-ci ait été signé par un avocat titulaire de l'attestation prévue par l'article 425, § 1 alinéa 2* »³.

Dans une des espèces, la Cour dit « *qu'il n'apparaît pas de la procédure* » qu'il soit titulaire de l'attestation.

Dans un cas au moins, le demandeur en cassation avait en qualité de conseil un avocat disposant de l'attestation, mais le pourvoi avait été signé par un confrère qui lui, ne l'avait pas encore reçue⁴.

Le délai pour décider et signer un pourvoi est fort court, et il est parfois tentant de signer un pourvoi à toute fin pour préserver les droits du client.

C'est encore évidemment possible mais il faudra veiller, (si l'on n'est pas soi-même titulaire de l'attestation) à ce que l'avocat à qui ont fait

appel en soit bien titulaire, comme le prescrit l'article 425 du C.I.C.⁵, et dans le doute puisse en justifier.

C'est le cas pour la signature du pourvoi et ensuite pour l'envoi du mémoire.

La Cour de cassation, ni d'ailleurs le greffe devant lequel le pourvoi est signé, n'ont le devoir de vérifier eux-mêmes si l'avocat signataire est en règle vis-à-vis du CIC.

Il semble que la Cour peut donc exiger de trouver au dossier de la procédure la preuve de l'attestation de réussite, en tout cas par la production d'une copie ou tout autre document conforme à l'attestation reprise à l'article 2, § 2 de l'arrêté royal du 10 octobre 2014.

C'est une condition absolue de recevabilité.

En réponse à un courrier, la Cour de cassation a précisé très justement ce qui suit :

« *La recevabilité d'un pourvoi, comme d'un mémoire, suppose que l'avocat signant l'acte soit titulaire de l'attestation de formation prescrite par l'article 425 du Code d'instruction criminelle.*

Il suffit à l'avocat de certifier, dans l'acte de procédure concerné, qu'il détient le document prescrit.

Lorsque l'acte est signé par un avocat agissant loco un autre avocat, tous deux doivent être titulaires de l'attestation et ceci doit dès lors être certifié pour chacun d'eux.

Il n'est pas obligatoire mais il peut être prudent de joindre une copie de l'attestation à la déclaration de pourvoi ».

Dans le doute, l'avocat prudent déposera donc, avec le pourvoi et le mémoire, une copie de son certificat...

¹ Arrêté royal du 10 octobre 2014 fixant les critères relatifs à la formation prévue à l'article 425 § 1^{er}, al. 2 du Code d'instruction criminelle.

² Depuis trois autres identiques ont été publiées (voy. JLMBi 2016/39, 25 novembre 2016).

³ Cass., 22 mars 2016, RG P.160020.N ; Cass., 11 mai 2016 RG P.16.0173.F ; Cass., 15 juin 2016 RG P.16.0521.F

⁴ Quoiqu'ayant été l'un des avocats ayant dispensé cette formation...

⁵ Ou soit dispensé de cette obligation parce que lauréat de l'examen organisé par l'Ordre des avocats de cassation

L'avocat qui fait appel à un confrère pour signer le pourvoi veillera à ce que ce dernier soit bien titulaire de cette attestation de formation (la liste se trouve sur le site d'AVOCATS.BE, rubrique « Consulter un avocat » -> « Cassation pénale ») ou soit repris sur la liste des avocats lauréats de l'examen organisé par l'Ordre des avocats à la Cour de cassation (également sur le site d'AVOCATS.BE).

A tous les stades de la procédure l'avocat doit donc être un avocat « agréé »

Dans tous les cas l'avocat signataire indiquera formellement qu'il est bien titulaire de l'attestation.

Pierre-Jean Richard
AVOCAT AU BARREAU DE NAMUR
 avocat.richard@infonie.be

ATTENTION AUX DOSSIERS QUI PRENNENT LES POUSSIÈRES SUR UN COIN DE VOTRE BUREAU...

Suite, mais malheureusement pas fin de cette rubrique

Le devoir de diligence de l'avocat implique de traiter les dossiers qui lui sont confiés et prendre les actions qui s'imposent dans un délai correct même lorsqu'il n'y a pas lieu de craindre une prescription. Laisser de côté un dossier ou en reporter systématiquement l'examen peut être à la source d'un dommage qui, selon la matière ou la branche du droit applicable, est susceptible de se traduire de diverses manières. Dans un précédent numéro du Bulletin de Prévention (n° 10, mars 2007), nous envisagions les hypothèses de la suspension des intérêts compensatoires en cas d'absence de mise en état de la cause et soulignons la nécessité d'introduire rapidement une demande en rectification d'un jugement lorsque le juge statue *ultra petita* alors que les parties lui demandent uniquement d'acter un accord.

Nous souhaitons à présent attirer votre attention sur les conséquences du non-respect du devoir de diligence dans les dossiers de recouvrements de créances.

Une société recourt aux services d'une autre société, peu importe le domaine d'activités. La facture reste impayée, malgré plusieurs rappels.

Un avocat est alors mandaté.

*Une première hypothèse : après une mise en demeure infructueuse, citation est lancée. A l'audience de plaidoiries, la société débitrice ne conteste pas sa dette mais reconnaît avoir des difficultés financières et sollicite dès lors un plan d'apurement. Le tribunal, constatant que les comptes de la société débitrice sont

effectivement dans le rouge, refuse d'accorder des termes et délais. Recevant le décompte des sommes dues en vertu du jugement, la société débitrice signale à l'adversaire qu'elle va payer et qu'il est dès lors inutile de faire signifier le jugement. L'avocat perd alors le dossier de vue et sa cliente ne le relance pas. Des mois s'écoulent... La cliente finit par envoyer un rappel à son conseil. L'avocat lui répond qu'il pensait que les fonds avaient été directement versés sur le compte de celle-ci. Il relance la partie débitrice qui annonce alors avoir fait aveu de faillite. La responsabilité de l'avocat est mise en cause par sa cliente qui estime que le dossier n'a pas reçu le suivi nécessaire suite au jugement.

*Une seconde hypothèse : l'avocat annonce lancer les investigations afin de connaître la situation exacte de la partie débitrice. Il apparaît des éléments récoltés que celle-ci n'est aucunement en état de cessation de paiement et que son chiffre d'affaires semble en expansion. Elle n'a donc aucun problème financier. Trois mois après, l'avocat met en demeure la débitrice de s'acquitter des sommes dues. Un mois passe et la cliente mandate son avocat pour lancer la procédure au fond et procéder à des saisies. A partir de ce moment, l'avocat ne diligente plus du tout le dossier, malgré des rappels insistants de sa cliente. Il divulgue même des informations inexactes sur l'état des procédures qu'il n'a pas introduites. Huit mois passent avant que la cliente ne change de conseil. Il s'avère alors que la partie débitrice a organisé son insolvabilité et que la créance est définitivement irrécouvrable alors que les chances de récupération étaient importantes à l'époque de la consultation du premier avocat dont la responsabilité est alors recherchée.

Dans les deux cas, il appartient au client de

démontrer avec certitude que sans la faute de son avocat, le dommage qu'il subit ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit et qu'il aurait recouvré sa créance en tout ou en partie si le dossier avait été suivi avec toute la diligence requise. Ce dommage est la perte certaine d'une chance réelle et sérieuse de récupérer la créance en tout ou en partie, la faute étant la condition *sine qua non* de la perte de cette chance. En général, la partie demanderesse surestime ses chances de récupération effective. Il convient alors d'évaluer *ex aequo et bono* la chance perdue de récupérer l'intégrali-

té de la créance. L'intervention d'Ethias a été en l'espèce de 6.000,00 EUR dans un dossier (la moitié de la créance) et de 300.000,00 EUR dans l'autre (un dixième de la créance).

Que retenir de ceci ? On ne le dira jamais assez : l'avocat a l'obligation permanente de faire progresser ses dossiers dans des délais raisonnables afin de sauvegarder les intérêts de ses clients.

Cécile Richard

EXPERT CLAIMS - ETHIAS

Cecile.RICHARD@ethias.be

TRANSACTION, DÉSAVEU ET MANDAT APPARENT

Un jugement accorde à un musicien, injustement évincé d'une série d'engagements, des dommages et intérêts à charge de son employeur.

Le principe de la réparation et une partie du dommage sont fixés, le *quantum* du dommage économique est réservé dans l'attente de la production par l'employeur des bases de calculs de la rémunération.

Après avoir obtenu ces éléments, l'avocat du musicien établit un premier décompte et l'adresse à la partie adverse en précisant qu'il attend l'accord de son client sur ce décompte.

Deux mois plus tard, par un nouveau courrier, l'avocat ajoute un calcul d'intérêts au décompte précédent, et, sans plus formuler de réserves, demande à la partie adverse d'en assurer le paiement après quoi le dossier devrait « *pouvoir être considéré comme clôturé* ».

Après plusieurs mois, le paiement intervient et quelque temps plus tard, le musicien formule une demande d'indemnisation complémentaire : la partie adverse refuse estimant que son paiement avait mis fin au litige dans tous ses aspects.

Une nouvelle action en justice est engagée, après consultation d'un autre avocat et le demandeur, débouté en première instance, se pourvoit en appel¹.

A titre principal, il demande qu'il soit constaté que le jugement n'avait pas vidé sa saisine et

que des dommages et intérêts complémentaires lui sont dus ; subsidiairement, il forme une demande en désaveu judiciaire contre son premier avocat, affirmant que le décompte établi par celui-ci n'avait pas reçu son adhésion et qu'il ne l'avait mandaté ni pour acquiescer au jugement, ni pour conclure une transaction.

La Cour rappelle que l'avocat est porteur d'un mandat *ad litem* qui lui permet de représenter son client pour l'accomplissement d'actes de procédure sans avoir à justifier d'aucune procuration sauf lorsque la loi exige un mandat spécial (article 440, alinéa 2 du Code judiciaire).

C'est notamment le cas de l'acquiescement à une décision judiciaire, l'avocat doit pouvoir justifier d'un mandat spécial du client (articles 850 et 1045 CJ).

Lorsque l'avocat agit en l'absence de représentation légale ou en dépassant les limites de son mandat, et que l'acte contesté est un acte de procédure, le client ne peut espérer se dégager qu'au moyen d'une action en désaveu: « *il pourra être demandé au Juge de déclarer l'acte de procédure non avvenu chaque fois que le client établira qu'il ne l'a pas ordonné, permis ou ratifié, même tacitement* » (article 848 et 849 CJ).

Analysant l'intervention de l'avocat à la suite du prononcé du jugement, la Cour estime qu'il ne s'agit pas d'un acquiescement, qui est un acte de procédure, car le jugement n'était pas définitif sur certains points, notamment

¹ Bruxelles, 9 janvier 2015, JT 2015, p. 824 et suivantes.

l'établissement d'une partie du dommage ; c'est sur la base d'éléments recueillis postérieurement au jugement et sur les points laissés en suspens que les décomptes et paiements ont été établis.

La Cour estime dès lors que l'intervention de l'avocat s'analyse comme une transaction ; la lettre qui contenait un décompte présenté pour mettre fin au litige est qualifiée par la Cour de courrier officiel et le paiement effectué et reçu sans réserve a scellé une transaction qui dispose de l'autorité de la chose jugée (article 2052 du Code civil).

La conclusion d'une transaction par un avocat requiert elle aussi un mandat « exprès » mais elle n'est pas un acte de procédure et elle ne peut (ni ne doit) faire l'objet d'une action en désaveu.

Pour retrouver sa liberté d'action et poursuivre l'octroi de nouveaux dommages et intérêts, le client pouvait alors soutenir l'absence de tout mandat « de droit commun » conféré à l'avocat pour négocier ou transiger.

Toutefois, analysant les relations du client avec son avocat et de ce dernier avec la partie adverse, la Cour estime que la partie défenderesse a pu légitimement croire que le client avait mandaté son avocat pour conclure une transaction, en raison des termes employés dans le premier courrier qui mentionnait l'accord attendu du client et la levée de toute réserve dans le courrier suivant contenant le dernier décompte, pour clôturer le dossier.

De son côté, le client avait contribué à créer l'apparence de mandat puisqu'il ne s'était pas inquiété de son dossier pendant plus d'un an, et ne paraissait pas avoir interpellé son conseil à l'époque où celui-ci tentait de chiffrer l'indemnisation sur base des données communiquées par la partie adverse.

Il en résulte, selon la Cour, que le paiement de la transaction a pu intervenir sans que l'apparence d'un mandat, créée un an auparavant,

ne puisse être démentie dans l'intervalle.

Le client est donc lié par la transaction intervenue entre son avocat et la partie adverse et son action nouvelle n'est ni recevable, ni fondée.

Quant à l'action en désaveu, le client en est également débouté au motif que la transaction n'est pas un acte de procédure et que le désaveu ne peut viser que de tels actes.

La Cour ajoute qu'en toute hypothèse, « l'action en désaveu prévue à l'article 848 du Code judiciaire ne pourrait pas faire obstacle aux effets du mandat apparent. ».

La Cour précise : « dans l'hypothèse d'un mandat apparent, l'absence de preuve du mandat est connue dès le départ ; c'est sur le fondement de l'apparence créée et non pas par l'effet du mandat que le « pseudo-mandant » est lié, en sorte qu'il n'y a pas matière en désaveu ».

Parallèlement à l'action en désaveu, le client avait introduit, à titre conservatoire, une action en responsabilité contre son premier avocat.

On ignore le sort qui a été réservé à cette action ; mais la reconnaissance par la Cour d'appel du rôle joué par le client dans la constatation et la persistance d'un mandat apparent de l'avocat devrait peser sur l'appréciation des responsabilités.

Il reste que l'on ne rappellera jamais à quel point il est important pour l'avocat d'être couvert par un courrier du client dans ses différentes interventions et particulièrement lorsqu'il le représente dans des actes aux conséquences aussi définitives que l'acquiescement, le désistement d'action, la transaction.

Bénédicte Van Den Daele

AVOCATE AU BARREAU DE LIÈGE

b.vandendaele@geradin-law.be

LE BULLETIN DE PRÉVENTION EST RÉALISÉ AVEC LE CONCOURS D'ETHIAS, ASSUREUR DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES AVOCATS

RÉAGISSEZ EN NOUS FAISANT
PART DE VOS AVIS, SUGGES-
TIONS, RÉACTIONS À
L'ADRESSE SUIVANTE

fc.juriste@avocats.be

MEMBRES DE LA COMMISSION PRÉVENTION Maîtres Michel Ghislain, Jean Bublot, Vincent Callewaert, Guillaume David, Ernest Deconinck, Olivier Dubois, Jean-Charles Garot, Michel Gougnard, Daniel Leclercq, Daniel Pricken, Pierre-Jean Richard, Jean-Luc Robert, Bénédicte Van Den Daele et Bernard Vingotte, Mesdames Valérie Kriescher et Catherine Paris et Monsieur Sébastien Doucet (pour Ethias), **SECRÉTAIRE DE RÉDACTION** Fanny Chantereau, **COORDINATRICE DU BULLETIN** Laurence De Zutter, **ÉDITEUR RESPONSABLE** Maître Michel Ghislain, Administrateur d'AVOCATS.BE, 65 Av de la Toison d'Or—1060 Bruxelles