

BULLETIN

N°17

septembre 2010

DE PRÉVENTION

PUBLICATION DE L'O.B.F.G. - SUPPLÉMENT SEMESTRIEL DE LA TRIBUNE

EDITORIAL

Cela n'arrive pas qu'aux autres...

Le présent bulletin de prévention abordera notamment risques de dépassement de notre mandat.

L'avocat est tous les jours confronté, tant à l'audience qu'en réunion, à l'obligation de répondre aux interpellations des magistrats, des parties, des confrères ... Il est alors amené à prendre, au nom de son client, des positions sur des questions qu'il n'a pas toujours envisagées avec ce dernier.

Il peut se montrer proactif et devancer son client en se mettant à sa place et en prenant ses responsabilités mais c'est alors qu'il est également susceptible d'engager sa responsabilité en dépassant son mandat ! Dans cette situation, l'avocat n'engagera donc pas son client sans être certain de bien se conformer à ses instructions; s'il n'en est pas certain, il adoptera un comportement prudent. Certes, l'avocat efficace ne se retranchera pas systématiquement derrière l'absence de son client pour éviter de se « mouiller » mais il demeurera toujours attentif de ne pas « commettre l'irréparable ».

Ces règles de base s'appliquent aussi bien à des actions ayant une portée juridique manifeste : ainsi, un avocat ne reprendra une instance au nom des héritiers de son client décédé qu'en ayant reçu leur mandat exprès; il n'acceptera une proposition transactionnelle qu'après s'être assuré de l'accord de son client ...

Mais cette règle s'applique également aux actes de la vie quotidienne de l'avocat : même par confraternité, il n'acceptera pas de prolonger un délai de conclusions alors que son client ne l'y a pas expressément autorisé; il ne reconnaîtra pas des faits dans le cadre de débats interactifs alors que son client ne les a pas lui-même admis ... De même, un avocat chargé par un assureur de protection juridique de la défense pénale de son client rencontrera des difficultés s'il « déborde » sur sa défense civile ...

Certes, seulement 3 % des sinistres déclarés à l'assureur de notre responsabilité professionnelle concernent des cas de dépassement du mandat de l'avocat; l'on sait cependant que l'évolution de notre société fait que l'on a tendance à rechercher un responsable dès que l'on n'obtient pas ce à quoi on pense avoir droit. Je ne serais donc pas étonné qu'à moyen terme, le dépassement du mandat de l'avocat soit davantage invoqué pour tenter d'engager la responsabilité de son conseil et je vous engage dès lors à bien veiller à respecter les limites de vos mandats ... tout en vous montrant proactifs : c'est là la quadrature du cercle qu'il appartient à l'avocat de boucler !

Bernard Vinçotte
Avocat
Administrateur
bvi@cntv-law.be

DOSSIER

LA PLAIDOIRIE INTERACTIVE ET SES DANGERS

La loi du 26 avril 2007, modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, a revu l'organisation et le déroulement des audiences de plaidoiries. Les articles 756, 756 bis et 756 ter du Code judiciaire ont été modifiés et/ou ajoutés dans le but de permettre une meilleure préparation de l'audience par le juge, d'autoriser la plaidoirie même en cas d'absence ou d'écartement d'office des conclusions et enfin d'autoriser formellement les « débats interactifs ».

L'article 756 du Code judiciaire prévoit désormais que les pièces sont normalement déposées au greffe 15 jours au moins avant l'audience fixée pour les plaidoiries. Cette règle n'est assortie d'aucune sanction spécifique. Il s'agit, d'après les travaux préparatoires, « de faciliter, dans la mesure du possible, un débat interactif entre le juge et les parties, grâce à une prise de connaissance des conclusions et des pièces par le juge quel que soit le mode de mise en état, judiciaire ou consensuelle » (Exposé des motifs, Doc. Parl., Chambre, n°51, 2811/01, p. 20).

L'article 756 bis tranche la controverse relative au droit de plaider d'une partie en cas d'absence ou d'écartement d'office des conclusions. La loi autorise la plaidoirie de la partie

non diligente. Elle précise toutefois que ces plaidoiries ne valent pas conclusions : « une demande ne peut être introduite de cette manière et (...) le juge ne peut être tenu de répondre à des moyens non régulièrement repris dans des conclusions dès qu'il s'agit du circuit long » (Exposé des motifs, Doc. Parl., Chambre, n°51, 2811/01, p. 21).

L'article 756 ter du Code judiciaire « consacre le caractère interactif du débat d'audience ce qui offre l'avantage immédiat d'optimiser les ressources de la plaidoirie tout en permettant de faire l'économie de mesures de réouverture de débats voire même de mesures d'instruction » (Exposé des motifs, Doc. Parl., Chambre, n°51, 2811/01, p. 21). Le principe même de l'audience interactive a été accueilli de manière positive par les organismes professionnels intéressés : l'O.B.F.G., l'O.V.B., le Conseil consultatif de la magistrature, l'Association syndicale des magistrats se sont tous déclarés favorables à ce renforcement du rôle actif du juge. Les seules critiques ont en réalité concerné l'opportunité du texte : était-il nécessaire de modifier la loi pour consacrer une pratique existant de longue date (sur cette question, voyez J. ENGLEBERT, « La mise en état de la cause et l'audience des plaidoiries », in Le procès civil accéléré, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 159,

n°146) ? Face à cette belle unanimité, la doctrine a très vite relevé les diverses difficultés et dangers que l'audience interactive présentait pour les plaideurs.

Le texte légal prévoit que le débat interactif peut être proposé par le juge « lors de l'audience de plaidoirie, ou préalablement à celle-ci ». Un débat ne se prépare évidemment pas de la même manière qu'une plaidoirie classique : plus encore que celle-ci, il requiert une connaissance approfondie de tous les aspects du dossier, en ce compris ceux qui n'ont pas fait l'objet d'échanges d'arguments en termes de conclusions. Il serait donc opportun que les parties soient prévenues, idéalement quelques jours avant l'audience, de l'intention du magistrat de tenir des débats interactifs (voyez J. ENGLEBERT, op. cit., p. 160). Certes, un plaideur, surpris par la proposition de remplacer la plaidoirie par un échange interactif, a la possibilité de s'y opposer et de plaider de manière classique. Mais en ce cas, le débat peut tout de même avoir lieu après la fin des plaidoiries.

Etre averti du débat interactif est une chose, savoir quelles seront les questions abordées au cours de celui-ci en est une autre. L'usage de l'audience interactive doit se conformer aux exigences du contradictoire. Et ces exigences

seraient sévèrement malmenées «*si le juge se contentait d'interpeller les plaideurs à la barre, en les invitant à discuter au débotté des mérites d'un moyen subtil auquel, par hypothèse, ils n'ont jamais songé jusque là*» (J. F. VAN DROOGHENBROECK, «Le nouveau droit judiciaire, en principes», in *Le droit judiciaire en mutation*, Anthemis, CUP, 2007, p. 307). Deux solutions sont possibles pour rencontrer le problème. La première, difficilement compatible avec la volonté d'accélérer le procès manifestée par le législateur, est d'accorder une remise pour permettre aux plaideurs une «mise en état complémentaire». La deuxième, conforme au vœu du législateur mais exigeante pour tous, implique que le juge soumette aux parties, en temps utile avant l'audience interactive, les points qu'il compte aborder. Pour être praticable, cette seconde solution nécessite que le dossier des parties ait effectivement été mis à la disposition du magistrat avant l'audience, que ce dossier ait été étudié, et que tous acceptent le principe même des débats interactifs (voyez J. ENGLEBERT, op. cit., p.161).

Terminons en soulignant la nécessaire prudence dont doit faire preuve le plaideur lors d'une audience interactive. Bien plus que lors d'une plaidoirie classique, l'avocat est exposé au risque de déclarations intempestives lorsqu'il répond aux interpellations qui lui sont adressées à brûle-pourpoint. Le danger d'outrepasser le mandat confié par le client est alors bien réel, avec des conséquences parfois fort lourdes. Relevons, à titre d'exemple, un jugement prononcé le 3 octobre 2008 par le tribunal de première instance de Bruxelles (J.T., 2008, p. 701). Après examen à la barre d'une pièce qui lui était soumise, le conseil d'une compagnie d'assurance avait concédé qu'un des éléments du préjudice de la partie adverse pouvait être évalué à partir de certains éléments. Sa déclaration avait été actée au procès-verbal d'audience, qui a valeur d'acte authentique. Le tribunal avait ensuite considéré que cette déclaration était un aveu et qu'elle engageait la compagnie d'assurance : «*le tribunal (...) considère que le mandat ad litem de l'avocat comporte le pouvoir d'effectuer un aveu au nom de son client, sans qu'un mandat spécial*

soit requis. En décider autrement reviendrait à rendre impossible l'exercice de la profession d'avocat, particulièrement au vu de l'évolution de la législation et particulièrement du Code judiciaire, instituant les débats interactifs (...)». Cette jurisprudence est contraire à l'enseignement traditionnel en vertu duquel «*l'aveu, en tant que mode de preuve, doit émaner de la partie à laquelle il est opposé ou de son fondé de pouvoir spécial; un avocat n'a pas le droit de faire un aveu au nom de son client, sauf si celui-ci lui a conféré à cette fin un mandat spécial*» (Cass., 15 juin 1990, Pas., 1990, I, p. 1169 ; plus récemment : Bruxelles, 16 octobre 2008, J.T., 2009, p. 182). Elle doit cependant nous inciter à une grande prudence. Les débats interactifs sont sans doute une évolution heureuse. Ils doivent cependant être préparés avec soin et abordés avec toute la retenue et circonspection nécessaires.

Guillaume David
Avocat

guillaume.david@cew-law.be

Transaction rime avec information et subrogation

INFORMATION

La transaction définie aux termes de l'article 2044 du Code civil comme étant «*un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître*», suppose des concessions réciproques selon la doctrine et la jurisprudence unanimes. La transaction peut assurément constituer un mode alternatif de règlement de conflit à la condition que l'accord de chacune des parties ait été obtenu en connaissance de cause.

Faut-il rappeler que le mandat ad litem de l'avocat ne comporte pas le pouvoir de transiger en manière telle que l'avocat doit avoir un mandat exprès qui l'y autorise (voir chronique de L. SIMONT, «Les contrats spéciaux», R.C.J.B., 2001, références citées page 576).

Il ne sera pas question ici d'évoquer l'annulation de transactions passées par certains assureurs avec des victimes d'accidents au motif qu'il y aurait eu réticence dolosive voire culpa in contrahendo (voir Eve GEORGES, Forum de l'assurance, mai 2009, obs. sous Mons, 19 décembre 2008), mais seulement de rappeler à l'avocat l'obligation d'information qui pèse sur lui.

Ainsi, par exemple :

- l'hypothèse de l'aménagement conventionnel de l'exécution de l'obligation alimentaire n'est licite qu'à la condition de ne pas heurter un principe d'ordre public (voir A.C. VAN GYSEL, «Examen de jurisprudence», R.C.J.B., 2003/2, p. 414);
- le maître de l'ouvrage ne peut renoncer à la garantie décennale des entrepreneurs et architectes;
- les parties à un contrat de travail ne peuvent valablement transiger avant mais bien après la fin du contrat.

L'article 2046 du Code Civil permettant expressément de transiger «*sur l'intérêt civil qui résulte d'une infraction*», il est fréquent que de nombreux dossiers d'intérêt civil fassent l'objet d'une discussion entre l'avocat et l'assuré suivie d'un contrat de transaction signé par la victime. La transaction ne réglant que les différends qui s'y trouvent compris (article 2049 du

Code civil), fait ainsi obstacle à toute nouvelle demande, constitution de partie civile ou citation directe en manière telle que l'avocat prudent gardera précieusement le détail des montants sur lesquels la transaction a porté, de façon à pouvoir en rendre compte le cas échéant. Une réclamation solidement charpentée, qui permettra d'apprécier en connaissance de cause les concessions réciproques de façon à éclairer la victime, sera dès lors préférable à une estimation «à la grosse louche».

Reste l'hypothèse où l'avocat d'une victime a conseillé à celle-ci de refuser une proposition transactionnelle alors que l'auteur de l'accident bénéficie ultérieurement d'un jugement d'acquiescement. Une transaction passée entre l'auteur d'un accident ou son assureur et la victime avant le jugement d'acquiescement, sera en général considérée comme valable dès lors qu'un des paramètres de l'accord intervenu correspond précisément au risque d'acquiescement ou de non-responsabilité (outre la chronique sur les contrats R.C.J.B. 2001 précitée, voir J. de GAVRE, «Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé», T. 1, BRUYLANT 1967, n°262 et suivants; voir aussi Civ. Namur 11 décembre 1989, J.L.M.B., 1990, p. 643). Pour rappel un arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1991 (J.T. 91 p. 741, note de R O DALCQ) a décidé que «*la personne lésée qui, après avoir été indemnisée ne s'est pas constituée partie civile, ne peut se voir opposer l'autorité de la chose jugée dont est revêtu le jugement d'acquiescement*». Le conseil donné de refuser une transaction sera dès lors assorti de réserves expresses prenant en compte ce risque de perdre la seule possibilité d'être indemnisé.

SUBROGATION

La subrogation, qu'elle soit légale ou conventionnelle, est subordonnée à au moins trois conditions cumulatives : l'existence d'une dette, un paiement effectif, l'intervention d'un tiers qui effectue ce paiement en lieu et place du débiteur et qui donc paie la dette d'autrui (voir H. DE RODE, note sous Civ. Bruxelles, 13 octobre 2008, Forum de l'assurance, mars 2009). Le paiement avec subrogation entraîne ainsi un double effet : un paiement d'une part, une ces-

sion de créance d'autre part.

Le paiement avec subrogation vise à permettre à un tiers de se substituer au créancier dans un rapport d'obligation auquel il est étranger; en conséquence, si le débiteur peut opposer au subrogé la transaction qu'il aurait conclue avec son créancier avant la subrogation, tel n'est plus le cas si la transaction est conclue après la subrogation car en ce cas, le subrogeant qui a perdu tout ou partie de ses droits au profit du subrogé, ne pouvait plus en disposer. Il convient dès lors d'être attentif aux droits de ces tiers payeurs subrogés légalement (mutuelle, assureur-loi, allocations handicapés, fonds des victimes, employeurs pour le SHG etc.) ou conventionnellement (article 1250, 1° du Code civil : assureur dégâts matériels, assureur passager, etc.), diverses dispositions prévoyant l'impoposabilité des paiements intervenus dans un cadre transactionnel et notamment :

- pour la mutuelle : loi programme du 24 décembre 2002 : «*si le débiteur de la réparation omet d'informer l'organisme assureur, il ne peut opposer à celui-ci les paiements effectués en faveur du bénéficiaire. En cas de double paiement, ces paiements resteront définitivement acquis au bénéficiaire. Les prestations prévues peuvent être récupérées chez celui qui est initialement redevable du dommage, qu'il y ait eu transaction ou pas*» (exception toutefois prévue par cette même loi qui insère l'article 136 alinéa 2 dans la loi du 14 juillet 1994 permettant à la victime de bénéficier à nouveau de l'assurance soins de santé en cas d'aggravation future avec recours possible de l'AMI contre le responsable; à ce jour l'A.R. d'application n'est toutefois pas intervenu à notre connaissance. Voir La réparation du dommage, questions particulières, colloque du 12 mai 2006, Anthemis p. 70).
- l'article 41 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre prévoit quant à lui que si par le fait de l'assuré ou du bénéficiaire, la subrogation ne peut plus produire ses effets en faveur de l'assuré, celui-ci peut réclamer la restitution d'indemnités versées dans la mesure du préjudice subi.

A bon entendre... !

Claire DIEUDONNE
Avocat

dieudonne.claire@skynet.be

FICHE SINISTRE

N'OMETTEZ AUCUNE PARTIE A LA CAUSE SINON ATTENTION AUX CONDITIONS DE L'INTERVENTION DE TIERS (Art.812C.J.)

En février 1992, Mme X signe un contrat avec l'architecte A qui se voit investi d'une mission complète. Quelques mois plus tard, Mme X et deux de ses enfants concluent un contrat d'entreprise en vue de la construction d'une maison avec la s.a. S. En août 1993, la réception provisoire intervient.

Des plaintes pour infiltrations sont transmises à la s.a. S. Aucune solution amiable n'aboutit. La famille X consulte l'avocat W en vue d'introduire une procédure contre l'architecte et l'entrepreneur. La citation est lancée le 20 mars 1995, à l'initiative de Mme X, seule partie demanderesse.

L'expertise qui est ordonnée se clôture des années plus tard, par un rapport très défavorable à l'encontre de l'architecte et de l'entrepreneur.

Entre-temps, l'avocat W est informé de la volonté de Mme X de vendre son immeuble. Elle demande, notamment, à son avocat de rédiger une clause selon laquelle le bénéfice du procès en cours contre l'architecte et l'entrepreneur est réservé «aux vendeurs». L'avocat produit, dans son dossier de pièces, l'acte de vente de l'immeuble duquel il ressort que l'immeuble est en réalité la propriété de Mme X et de ses trois enfants, Mme X n'étant ainsi propriétaire que d'un quart de l'immeuble litigieux.

Après expertise et mise en état de la cause, celle-ci est plaidée. Le Tribunal ordonne, le 30 mars 2003, une réouverture des débats afin d'obtenir des éclaircissements relativement à la propriété de l'immeuble litigieux parce que «rien n'explique que Mme X prétende, en la présente cause, demander seule l'entière responsabilité des indemnités résultant des désordres affectant l'immeuble en cause»... L'entrepreneur S. interjette appel de ce jugement de réouverture des débats en date du 16 juin 2003.

L'avocat W dépose alors, devant la Cour d'appel, une requête en intervention volontaire au nom des trois enfants de Mme X afin de solliciter de la Cour d'appel qu'elle prononce également à leur profit les éventuelles condamnations qu'elle pourrait mettre à charge de l'entrepreneur et de l'architecte.

Par arrêt du 6 octobre 2006, la Cour d'appel déclare l'intervention volontaire des trois enfants irrecevable puisqu'elle tend à obtenir une condamnation, ce qui ne peut se faire pour la première fois en degré d'appel. En conséquence, Mme X ne peut agir qu'à concurrence des droits qu'elle a dans l'immeuble, soit 25 %. Ainsi, l'entrepreneur et l'architecte ne sont condamnés qu'à indemniser Mme X pour un montant de 16.123,66 EUR à majorer des intérêts judiciaires depuis le 28 janvier 2002, soit 25 % des indemnités fixées à 64.494,64 EUR en principal.

Mme X et ses trois enfants mettent alors en cause la responsabilité professionnelle de l'avocat W qui n'a pas introduit la procédure au nom de tous les copropriétaires.

La faute de l'avocat W est patente. Il aurait dû s'interroger sur les droits que ses clients détenaient dans l'immeuble : contrat avec l'architecte signé par Mme X seule, mais contrat d'entreprise signé avec deux de ses enfants... Au moment de la vente en 1998, il sait qui est propriétaire et il lui appartenait donc de déposer une requête en intervention volontaire devant le Tribunal au nom des trois enfants de Mme X qui ne sont pas à la cause.

Il était également incontestable que le délai décennal de garantie au profit de l'architecte et de l'entrepreneur était écoulé et qu'une action directe contre leurs assureurs ne pouvait plus être envisagée non plus. Il aurait fallu être en mesure de démontrer que les assureurs des édificateurs avaient été informés de la volonté des enfants de Mme X d'être indemnisés, avant l'échéance du délai de prescription de l'action directe.

En conséquence, le coût pour l'assureur RC a été de 69.168,00 EUR.

M. Toto achète un véhicule d'occasion type pick-up, en juin 1998 aux établissements Porto, pour un montant de 31.000,00 EUR HTVA. Une installation LPG est installée par la société Elan avant que M. Toto prenne livraison de son véhicule.

Deux ans plus tard, il constate des tremblements au véhicule et un manque de puissance. Il se rend aux établissements Porto, afin de faire réparer sa voiture. Après sept semaines d'immobilisation, M. Toto récupère son véhicule qui a été réparé moyennant des travaux pour un montant de 4.220,00 EUR, facturés par une société des frères Porto, la s.a. Martini. Les travaux ont été sous-traités auprès de M. Serpent et de M. Fakir.

De nouveaux problèmes surviennent un an plus tard. M. Toto consulte alors un avocat qui met la société Martini en demeure de participer à une expertise amiable. L'avocat K est mandaté afin de défendre les intérêts de la société Martini.

L'expertise amiable conclut à l'absence de responsabilité de la société Elan dans la panne de 2000. Elle ne se prononce pas formellement sur l'origine de la nouvelle panne, mais soupçonne une déficience des éléments remplacés par M. Serpent en 2000. Un démontage du moteur est toutefois nécessaire pour se prononcer, démontage qui dépasse le cadre de l'expertise amiable.

Une procédure judiciaire est alors introduite devant le Tribunal de 1ère Instance, à l'encontre de la société Martini uniquement. Avant dire droit, une expertise judiciaire est sollicitée afin d'examiner le véhicule litigieux et identifier les éventuelles responsabilités dans les problèmes rencontrés par M. Toto. L'avocat K, conseil de la défenderesse, cite en intervention et garantie, la société Elan et

M. Serpent. Ces deux citations ne sont pas jointes à la cause principale, qui est plaidée, seule, sur la mesure avant dire droit sollicitée.

M. Huile est désigné en qualité d'expert judiciaire dans la procédure principale.

Il s'avère par la suite que l'avocat K, qui avait demandé à ce que l'expertise ne débute qu'une fois que les deux parties citées en intervention et garantie soient condamnées à participer aux travaux, n'a pas diligemment les procédures contre Elan et Serpent.

Il résulte du démontage du moteur exécuté aux cours des travaux d'expertise judiciaire que l'origine des troubles n'est pas celle qui avait été pressentie lors de l'expertise amiable. Il apparaît, en effet, que le responsable serait M. Fakir. L'expertise prend alors un certain retard dû au non-paiement de la provision de l'expert. L'avocat K, conseil de la société Martini, n'en profite cependant pas pour appeler à la cause M. Fakir. Le rapport d'expertise est déposé un an plus tard et conclut, sans surprise, que les problèmes rencontrés sont imputables au sous-traitant de la société Martini, M. Fakir.

Me K décède et Me V lui succède. Il cite M. Fakir en intervention forcée et garantie, quatre ans après le dépôt du rapport d'expertise, ainsi que l'assureur RC professionnelle de sa cliente. A cette époque, plus aucun constat contradictoire ne pouvait être réalisé puisque le véhicule avait été réparé.

Le Tribunal de 1ère Instance condamne la société Martini au coût de la réparation, au chômage du véhicule et au dommage moral enduré par M. Toto. Il estime irrecevable la mise à la cause de M. Fakir et de l'assureur de la société Martini compte tenu du fait que ces parties n'ont plus pu participer utilement aux opérations d'expertise. La prescription était de toute manière acquise au profit de l'assureur.

La société Martini met donc en cause la responsabilité civile professionnelle de feu l'avocat K.

Il résulte des éléments du dossier que la responsabilité de l'avocat K est incontestable. Il devait appeler à la cause l'assureur de responsabilité de sa cliente, la société Martini, ainsi que M. Fakir, à l'issue de la séance d'expertise au cours de laquelle le démontage du moteur avait été exécuté. Cette action avait des chances raisonnables d'être déclarée recevable si elle avait été intentée à l'époque.

La société Martini a perdu une chance de voir son sous-traitant Fakir et son assureur RC condamnés à la garantir de toute condamnation prononcée contre elle. Cette perte de chance a été estimée à 80 %, après négociations, soit un coût pour l'assureur RC de 35.000,00 EUR.

Cécile RICHARD

Ethias

Cecile.richard@ethias.be

JURIS IMPRUDENCE

IRRESPECT D'UNE RÈGLE DECLARÉE INCONSTITUTIONNELLE

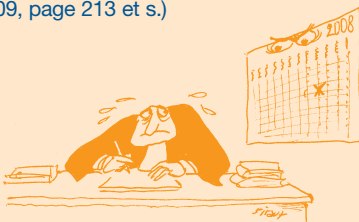
Un avocat se voit reprocher de s'être constitué partie civile tardivement devant une Cour d'assises et d'avoir laissé prescrire les droits de ses clients.

Pour sa défense, il invoque qu'ultérieurement, l'article 26 du Code d'instruction criminelle, sur base duquel la prescription était acquise, fut déclaré inconstitutionnel par l'arrêt du 21 mars 1995 de la Cour d'arbitrage : il n'y aurait pas de faute à ne pas respecter une disposition inconstitutionnelle. Il estime également que l'avocat qui lui a succédé aurait pu invoquer dès 1992 l'inconstitutionnalité du texte en question et éviter aux clients la survenance de leur dommage.

La Cour d'Appel de Mons estime à juste titre qu'un avocat doit respecter le droit en vigueur au moment où il agit ou s'abstient d'agir; il ne lui appartient pas de spéculer sur une éventuelle future censure d'un texte légal par la Cour constitutionnelle, d'autant qu'à l'époque, le texte litigieux était très fréquemment appliqué par diverses juridictions. Aucun avocat normalement prudent et diligent n'aurait donc cru pouvoir se dispenser de respecter cette disposition.

Quant à la mise en cause de la responsabilité du deuxième avocat, la Cour estime que la question de l'éventuelle inconstitutionnalité de l'article 26 CICR n'était à l'époque envisagée que par quelques plaideurs imaginatifs et ne constituait pas un moyen qu'aurait dû soulever un avocat normalement compétent et diligent.

Dès lors, la Cour retient tant la faute du premier avocat que la relation causale avec le dommage de ses clients (Mons, 27 février 2007, J.T., 2009, page 213 et s.)



DEVOIR DE CONSEIL ET JURISPRUDENCE ÉVOLUTIVE

Dans l'exercice de son devoir de conseil et la mise en place de la stratégie de défense de son client, l'avocat tient compte non seulement des lois et réglementations en vigueur mais également de la jurisprudence bien établie : sa responsabilité pourrait être mise en cause pour avoir omis de tenir compte d'une jurisprudence majoritaire connue de tous (Catherine MELOTTE, La responsabilité professionnelle des avocats, Traité des responsabilités, titre I, dossier 28 bis).

Quel est le critère des diligences requises en matière de jurisprudence nouvelle ou évolutive ? La plupart de nos juridictions répondent au cas par cas en recherchant quelles sont les jurisprudences que l'avocat normalement prudent et diligent aurait invoquées en pareil cas.

En Suisse, le Tribunal fédéral a fixé un critère particulièrement précis et raisonnable : comme tous ses arrêts de principe sont publiés au Recueil officiel, seule cette publication crée, pour l'avocat, une obligation de s'informer et de tenir compte d'une jurisprudence nouvelle.

Considérant qu'on ne peut exiger d'un avocat qu'il prenne connaissance de tous les arrêts de la juridiction suprême de son pays accessibles par internet ou de tous les arrêts et articles publiés dans les nombreuses revues juridiques existantes en Suisse, le Tribunal fédéral décide que c'est la publication dans ce recueil qui, en règle générale, est déterminante pour dire à partir de quel moment un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence.

Même si avant la publication d'un arrêt au Recueil officiel, certains arrêts cantonaux avaient déjà inauguré la jurisprudence invoquée, il ne s'agissait pas alors d'un principe juridique consacré par la jurisprudence publiée au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral et il ne pouvait être fait grief à l'avocat de ne pas y avoir eu égard (Tribunal fédéral suisse, 10 juillet 2008, J.T., 2009, page 322 et s.)

DEVOIR DE COMPÉTENCE ET JURISPRUDENCE CONTROVERSÉE

Par comparaison avec la décision du Tribunal fédéral suisse, la Cour de Cassation française retient des principes autrement sévères.

A propos de l'immunité civile du préposé ayant agi dans le cadre de ses fonctions, récemment admise par la Cour dans une affaire civile, mais dont l'applicabilité était controversée dans une instance pénale, la Cour d'appel saisie du litige entre le préposé et son avocat avait estimé que celui-ci n'avait pas commis de faute car, tenu d'une obligation de moyen, il n'avait pas à prévoir ou tenir compte d'une évolution jurisprudentielle.

La Cour de Cassation décide que l'avocat doit effectuer toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client et est investi d'un devoir de compétence; s'il n'est pas en faute de n'avoir pas anticipé une évolution imprévisible du droit positif, il doit faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause qu'il défend a des chances sérieuses d'aboutir.

Dès lors l'avocat a fait perdre à son client une chance de bénéficier de l'immunité civile en omettant d'invoquer devant une juridiction pénale un principe dégagé un an auparavant par l'assemblée plénière de la Cour de Cassation et transposable dans l'instance sur intérêts civils, et applicable au préposé dont la responsabilité civile était recherchée à la suite d'infractions non intentionnelles ayant causé des blessures à un tiers (Cass. fr., 1ère ch. civ., 14 mai 2009, J.T., 2009, p. 691 et s.)

L'évolution de la jurisprudence belge dans la définition du devoir de conseil et de compétence de l'avocat dégage des exigences nettement plus proches de la jurisprudence française que de la jurisprudence suisse.

Bénédicte Van den Daele
Avocat
b.van.den.daele@avocat.be

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

ethias

Membres de la commission prévention :

Maîtres Bernard Vinçotte, Jean-Albert Deltenre, Guillaume David, Jean-Noël Bastenière, Claire Dieudonné, Daniel Pricken, Pierre-Jean Richard, Jean-Luc Touwaide, Bénédicte Van den Daele, Monsieur Jacques Ligot, Ethias Assurance
Mesdames Valérie Kriescher, Ethias Assurance, Catherine Paris, Ethias Assurance, Cécile Richard, Ethias Assurance

Coordination du bulletin :

Maîtres Bernard Vinçotte et Guillaume David

Illustrations :

Marcel Siraut

Editeur responsable :

Maître Bernard Vinçotte, administrateur de l'O.B.F.G.,
65 av. de la Toison d'Or - 1060 Bruxelles

Réagissez en nous faisant part de vos avis, suggestions, réactions, expériences à l'adresse suivante : latribune@avocat.be