

Déontologie professionnelle
et conduite loyale du procès
Rapport belge

Professional Ethics
and procedural fairness
Belgian report

prof. dr. Matthias E. STORME
Hoofddocent (Chargé de cours)
aux Universités d'Amsterdam et Antwerpen
Avocat à Bruxelles

Traduction corrigée par Mme. Geneviève SCHAMPS
Assistante à l'Université catholique de Louvain

Deontologie professionnelle et conduite loyale du procès

Table des matières*

Question I. - La position de l'avocat dans le système juridique.

1. Réglementation de la position de l'avocat (no 1)

2. La position de l'avocat dans l'administration judiciaire en général (no 2)

a. La représentation en tant que rôle normal de l'avocat

(3) représentation

(4) partialité de l'avocat

(5) désignation d'office

b. Le ministère des avocats à la Cour de cassation (no 6)

c. Les autres mandats en tant que organe de l'administration judiciaire (no 7)

* Il n'est peut-être pas inutile de reproduire ici le questionnaire envoyé aux rapporteurs nationaux des pays de droit civil, et notamment les questions auxquelles ce rapport essaye de donner une réponse d'un point de vue belge.

I. Stellung des Rechtsanwalts im Rechtssystem.

- *Ist die Stellung des Rechtsanwalts geregelt ? Ist er beispielsweise Organ der Rechtspflege oder reiner Parteivertreter ? (Staats(un)abhängigkeit, Partei(un)abhängigkeit, Gesellschafts(un)abhängigkeit)*

- *Ist das Berufsbild des Rechtsanwalts gesetzlich geregelt ? Wie sind die Zugangsschranken beschaffen ?*

- *Besteht Anwaltszwang ?*

II. Die Rolle des Rechtsanwalts im Prozeß

- *Tätigkeit des Anwalts vor Prozeßbeginn, insb. durch Sachverhalts- und Beweisermittlungen (vgl. "discovery" nach US-Recht)*

- *Verhältnis des Anwalts im Prozeß selbst : Rücksichtnahme dem Prozeßgegner gegenüber, beispielsweise durch Zustimmung zu Fristverlängerungen; Unterlassen eines Antrags auf Erlass eines Versäumnisurteils; Vermeidung von Ehrverletzungen*

II. Gibt es in Ihrem Land "professional ethics" für Rechtsanwälte ? Was ist deren Inhalt in Bezug auf Prozeßführung ?

IV. Welche Sanktionen ergeben sich bei einem Verstoß gegen "professional ethics" ?

A. Art und Inhalt möglicher Sanktionen : sind Prozeßverzögerungen sanktionable ? Könnten z.B. dem Anwalt statt der Partei Kosten auferlegt werden, die aus fehlerhafter Prozeßführung herrühren ?

B. Wer verhängt die Sanktionen ? Gibt es eine "Standesaufsicht" ? Wer hat Antragsrecht ? Rechtsbehelfe gegen Sanktionen ?

VI. Verhältnis des Rechtsanwalts zur Partei : wird Fehlverhalten des Anwalts der Partei zugerechnet ? Wird bei vom Anwalt verschuldeter Fristversäumnis der Partei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt ?

Le rapport général des pays de droit civil ainsi que les autres rapports nationaux de ces pays ont été publiés par G. WALTER, *Professional Ethics and Procedural Fairness. Anwaltliche Ethik und Fairness im Prozess*, Haupt Bern/Stuttgart 1991, 548 pages. Le rapport général des pays de droit civil ainsi que le rapport général des pays de common law par J. RESNIK seront également publié dans A. PESSOA VAZ (Red.), *IXth World Conference on Procedural Law. Role and Organization of judges and lawyers in contemporary societies. I. General Reports*

3. L'indépendance de l'avocat (no 8)

a. Indépendance face à l'état et au juge (no 9)

(9) incompatibilités et autonomie corporative

b. Indépendance face à la société (nos 10-12)

(10) règles légales

(11) règles déontologiques

(12) réalité sociale

c. Indépendance face au client et à l'affaire

(13) principe

(14) interdictions de plaider

(15) résiliabilité

(16) interdiction des pacta de quota litis

4. Image de la profession et prérogatives des avocats (no 17)

(17) image sociologique

a. Protection du titre (no 18)

b. Quasi-monopole de la représentation en justice et de la plaidoirie

(19) principe et exceptions

(20) qualité d'agir

(21) avocats C.E.

(22) assistance non obligatoire

(23) aucun autre monopole

c. Immunité de la plaidoirie (no 24)

d. Libre communication et correspondance avec les (clients) détenus (no 25)

e. Le droit à la communication du dossier (no 26)

f. Prérogatives qui facilitent l'exercice de la profession (no 27)

g. Autres privilèges (no 28)

h. Autres aspects traditionnels de l'image de la profession

(29) la séparation des professions

(30) l'unicité du cabinet

5. Accès à la profession

(31) accès au stage

(32) le stage

(33) accès au Tableau

6. (Absence d') obligation d'assistance ou intervention d'un avocat

(34) comparution et défense en personne

(35) égalité d'armes

(36) exceptions

(37) nécessité d'intervention d'un avocat, non d'assistance d'un avocat

Questions III et IV B. - Les règles déontologiques en général et les sanctions disciplinaires (no 38)

1. Corporations professionnelles

(39) Ordres d'arrondissement

(40) Ordre national

2. Force obligatoire des règlements de l'Ordre national des avocats

(41) pouvoir réglementaire

(42) intention d'harmonisation européenne

3. Compétences des conseils des Ordres d'arrondissement et valeur de leurs règlements

(43) compétence réglementaire ?

(44) compétence en matière d'honoraires

4. Pouvoir disciplinaire des Ordres d'arrondissement et voies de recours (nos 45)

(45) comportement pouvant être sanctionné

a. Organes et saisine

(46) organes

(47) saisine

b. Procédure

(48) réglementation

(49) instruction

(50) procédure

c. Compétence

(51) sanctions possibles envers les membres

(52) envers les autres avocats

d. Voies de recours (no 53)

5. Des mesures conservatoires (no 54)

Questions II et IV A. - Le rôle de l'avocat dans un procès, ses obligations "déontologiques" et les sanctions de droit processuel.

1. Les obligations de l'avocat en tant que tel, d'une part, en tant que représentant de la partie, d'autre part (no 55)

2. Déontologie et bonne foi concernant les activités de l'avocat en général, et spécialement avant le procès

a. Le mandat du client et les relations avec le client

(56) instruction par le client lui-même

(57) extension du mandat - relation entre parties

(58) extension du mandat - conséquences du droit de conclure

1° la charge de la demande

2° la charge de la défense

3° la charge de l'allégation

4° la charge de la contestation

(59) qualification du contrat

b. Le secret professionnel

(60) droit au secret et autres valeurs en cause

1° Fondement du secret professionnel (nos 61-63)

(61) relation de confiance

(62) la bonne administration de la justice

(63) limites du secret

2° Le droit au maintien des secrets confiés à l'avocat et l'obligation de maintenir le secret professionnel (nos 64-69)

(64) obligation et exceptions légales

(65) déliement par le client ?

(65bis - divulgation dans l'intérêt du client : droit ou obligation ?

(66) abandon du client déloyal

(67) utilisation pour la défense du client

(68) exercice convenable de la profession

3° Le droit au maintien des communications confidentielles faites par l'avocat et l'obligation de l'avocat de maintenir ces secrets (no 70)

4° Le secret professionnel et la relation entre l'avocat et son client (nos 71-74)

(71) communication au client

(72) utilisation contre le client

(73) utilisation contre l'avocat

(74) divulgation aux autorités de l'Ordre

5° Objet et étendue du secret professionnel (nos 75-80)

(75) échanges aux fins de la défense du client

(76) la personne du déposant

(77) l'objet de la confiance

(78) documents

(79) déclaration de dette en cas de saisie-arrêt 1- dette envers le client

(80) déclaration de dette en cas de saisie-arrêt 2 - dette envers un tiers

6° Garanties procédurales (nos 81-85)

(81) position du problème et principes de départ

(82) techniques

(83) applications : témoignage

(84) applications : production et saisie de documents

(85) applications : saisie-arrêt

7° Conséquences de la violation du secret professionnel pour l'admission et l'évaluation des moyens de preuve (nos 86-87)

(86) distinction des diverses questions et principes

(87) application au secret professionnel et nuances

c. La consultation.

(88) lieu

(89) premier conseil

(90) acceptation ou refus des causes

(91) devoir de diligence

(92) succession d'avocats

d. L'avocat négociateur et conciliateur ainsi que la confidentialité de la correspondance.

1° La bonne foi en matière de négociation.

(93) l'égalité d'armes

(94) obligation de négociier

2° La prétendue "confidentialité" des négociations et de la correspondance.

(95) Règlements de l'Ordre national

(96) critique

(97) solution

e. La contrariété d'intérêts (no 98)

f. La présentation des faits et la procuration de preuves

1° Présentation des faits juridiques, juridisation et qualification des faits en vue de l'objet de la demande (no 99)

2° La recherche des preuves (nos 100-108)

(100) importance des preuves dont on dispose pour la construction des faits

(101) tâche et pouvoirs de l'avocat quant aux moyens de preuve

(102) preuves préconstituées

(103) préconstitution de preuves

1° actes dispositifs

2° actes énonciatifs ou descriptifs

3° documents reproductifs

(104) contacts avec les témoins

(105) intervention du juge

(106) rapports avec les experts

(107-108) l'avocat et les moyens de preuve obtenus de manière illicite

g. L'avocat et le droit objectif

1° L'avocat-conseil et la connaissance de son droit (nos 109-109bis)

(109) envers le client

(109 bis) dans le procès

2° L'avocat en tant qu'expert de son droit à l'étranger (no 110)

h. L'avocat dépositaire de sommes (no 111)

i. Le droit aux honoraires et les droits annexes (suspension, rétention ou compensation).

(112) droit aux honoraires

(113) droit de suspension ou de compensation

3. Déontologie et bonne foi concernant l'intentement de l'action et le choix de la procédure, ainsi que quelques considérations générales de droit processuel.

- a. Les exigences de la bonne foi au procès civil (no 114)
 - b. Les devoirs d'avertissement et d'information avant le procès (no 115)
 - c. Certains abus émanant du demandeur lors de l'intentement d'une procédure (no 116)
 - d. L'autonomie relative du droit processuel (no 117)
4. Déontologie et bonne foi concernant l'activité de l'avocat durant le procès (no 118)
- a. Comportement de l'avocat lors de l'introduction de l'affaire et de la demande d'un jugement par défaut (no 119)
 - b. Défenses déraisonnables (no 120)
 - c. La communications des pièces et moyens de preuve
 - (121 - objet
 - (122 - formes et délais
 - (123 - délais d'instruction
 - d. Les conclusions, les délais pour conclure et la concentration de la procédure
 - (123 - délais pour conclure et sanction
 - (124 - concentration de la procédure
 - e. un devoir de vérité ? des devoirs de coopération !
 - (125) pas de devoir général de vérité, mais bien une interdiction de mentir
 - (126) devoirs spécifiques - collaboration à l'administration de la preuve
 - (127) devoirs spécifiques - devoir d'information
 - f. La limitation des frais et dépens (no 128)
5. Déontologie et bonne foi concernant l'activité de l'avocat lors de l'exécution (forcée)

Question VI - L'imputation du comportement de l'avocat à son client.

1. Les actes juridiques : le pouvoir de représentation.

- (131) la distinction nécessaire
- (132) application au mandat ad litem
- (133) application aux mandats spécifiques

2. Imputation du comportement de l'avocat en général à son client (no 134)

Question I. - La position de l'avocat dans le système juridique.

1. Réglementation de la position de l'avocat.

(1) Les aspects les plus importants de la position de l'avocat dans le système juridique belge sont réglés par les articles 428 à 508 du code judiciaire (C. jud., en vigueur depuis 1968). Il s'agit donc d'une réglementation au niveau fédéral, et non pas au niveau régional. On y trouve notamment des règles concernant l'accès à la profession, l'organisation des Ordres professionnels (corporations de droit public), le stage, les incompatibilités, les interdictions de plaider, le quasi-monopole de la représentation et de la plaidoirie, la discipline, les conseils de discipline et les voies de recours, le pouvoir réglementaire des Ordres professionnels, etc ...

En plus, nombre d'aspects de la position de l'avocat dans le système juridique et dans la société (et non seulement leur position dans un procès) ont été réglementés par l'Ordre national des avocats et par les différents Ordres d'arrondissement (pour la valeur juridique de ces règlements, voy. sous n° 41 et 43).

La position générale de l'avocat est décrite sous les nos. 2-7 (position dans l'administration judiciaire en général) et 8-16 (indépendance de l'avocat envers l'état, la société, et le client)¹.

2. La position de l'avocat dans l'administration judiciaire en général.

(2 - représentant des intérêts d'une partie) L'avocat en tant que tel n'est pas considéré en droit belge comme un organe de l'administration judiciaire, mais comme mandataire d'une partie ou au moins comme *représentant des intérêts d'une partie*. Il n'intervient non (seulement) pour accomplir certains actes, comme les officiers ministériels, mais surtout "assume complètement l'intérêt du justiciable"². Sa mission normale dans l'administration judiciaire est bien celle de représenter une partie (parfois seulement assister une partie), même si dans certains cas, cette représentation se limite à un simple acte de procédure, ou si de temps à autre, la partie qu'il représente ou assiste ne lui donne pas de mandat (élaboré sous a. et b.). Cette caractérisation de sa mission normale n'exclut pas que l'avocat puisse être chargé d'autres mandats ou tâches lors de l'administration de la justice, et que dans l'exercice de certains de ces mandats il pourrait être qualifié comme organe même de cette administration. Ce point de départ est conforme à la jurisprudence de la Cour

¹ Bibliographie générale. Les études classiques les plus récentes sont : P. DEPUYDT, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier en justice*, Gent, Story, 1984; BRAUN & MOREAU, *La profession d'avocat*, Bruxelles 1985; P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, 2ième éd., Bruxelles, Nemesis, 1988; R.M. de PUYDT, *Beroepsnormen van de advocaat*, Antwerpen, Kluwer 1988 (= Règles et Usages de l'Ordre néerlandais de Bruxelles); J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, ainsi que le rapport de P. LEMMENS dans ce même livre. Un peu plus ancienne : M. MAHIEU & J. BAUDREZ, *De belgische advocatuur*, Leieland Kuurne 1980.

Très intéressante, mais d'une toute autre nature, est la thèse de doctorat du prof. K. GEENS, *Het vrij beroep. Enkele theoretische beschouwingen aan de hand van een vergelijkende studie naar belgisch recht van de reglementering ter zake van de beroepen van arts, advocaat, architect en bedrijfsrevisor*, Leuven 1986, dont une synthèse (avec sommaire français, anglais, allemand) "De reglementering van het vrij beroep" au *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 1988, 127-262. Il s'agit d'une étude approfondie des raisons pour lesquelles les professions libérales réglementées bénéficient d'une réglementation dérogatoire au droit commun, et d'une analyse critique de cette réglementation elle-même au regard de ces raisons. L'auteur critique surtout le fait que déontologie et discipline sont devenues deux notions se recouvrant mutuellement alors qu'elles doivent s'assigner des objectifs nettement différents : "la déontologie concrétise les obligations de loyauté et de sens des responsabilités sociales qui doivent retenir l'attention du titulaire de la profession dans son comportement professionnel; la discipline entend assurer la cohésion interne et la réputation externe de l'organisation professionnelle".

² C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, Bruxelles, Larcier, 1974, p. 685.

de justice des communautés européennes concernant l'article 55 du Traité CEE³, qui considère les tâches d'administration publique exercées par un avocat comme secondaires.

a. La représentation en tant que rôle normal de l'avocat.

(3 - représentation) Depuis la suppression de l'office d'avoué (procureur) par le code judiciaire de 1967, l'avocat *représente* en effet la partie au procès (ce qui n'était pas tout à fait le cas avant 1968), et ceci en principe devant toutes les juridictions du royaume (exception faite de certaines procédures pénales, où il ne fait qu'assister l'inculpé). Comme l'avocat est le représentant d'une partie, il est difficile de le considérer également comme organe de l'administration judiciaire⁴.

(4 - partialité de l'avocat) Il s'en suit qu'il doit défendre les intérêts de cette partie et qu'il peut en principe effectuer tout ce que la partie elle-même peut faire de manière licite (sauf certains devoirs de "confraternité" qui valent uniquement entre avocats). Si l'on parle de devoirs de loyauté, de vérité, de probité, de coopération, d'information, etc ... de l'avocat d'une partie à l'égard des avocats des autres parties ou à l'égard des juges, il ne s'agit - à mon opinion - pas tellement de devoirs spécifiques des avocats, différents de ceux des autres citoyens, mais de devoirs de toute partie à un procès, et c'est uniquement la manière dont ils sont garantis, notamment par des règles disciplinaires, qui est partiellement différente. Evidemment, ni le fait que l'avocat a - à mon avis - bien peu de devoirs spécifiques à l'égard des autres parties au procès et à l'égard des juges, ni le fait que ses devoirs sont sanctionnés d'une manière spécifique (disciplinaire) n'excluent la responsabilité civile de l'avocat suivant les règles du droit commun (contractuel ou extracontractuel), règles qui devraient d'ailleurs généralement être appliquées de manière plus rigoureuse lorsqu'il s'agit d'un "professionnel"⁵. Mais il s'agit toujours de la responsabilité d'une personne (l'avocat) dont le rôle est effectivement de défendre les intérêts légitimes de son client ou de la personne en faveur de qui il intervient, et non de défendre l'intérêt général, de se comporter en spectateur neutre ou en organe de l'administration judiciaire. C'est ce que j'appelle la partialité de l'avocat (comp. aussi *infra* n° 29).

Envers son client, l'avocat a le devoir de défendre ses intérêts, et si le client n'est pas un incapable, son mandat ne lui permet pas - à l'égard du client - de défendre une position à l'encontre de la volonté de son client. Mais envers les tiers, il a seulement le droit de défendre ces intérêts lorsqu'ils sont légitimes et de le faire de manière licite (licéité qui est jugée d'une manière très différente en procédure civile et en procédure pénale : en procédure pénale, l'inculpé n'est pas obligé de plaider coupable, et ainsi ne l'est l'avocat⁶). Son serment lui interdit de défendre une cause qu'il ne croit pas juste en son âme et conscience (art. 429 C. jud.), et si le cas se présente, il devrait refuser la défense de ce client ou de cette affaire (sauf désignation d'office). Et l'on ne peut nier que la loi rend souvent l'assistance ou l'intervention d'un avocat obligatoire précisément afin de garantir l'intérêt général ou les intérêts des tiers grâce aux règles déontologiques auxquelles sont

³ Arrêt du 21 juin 1974, *Reyners c. Belgique*, *Jurispr.* 1974, 631

⁴ On le nomme parfois organe de l'administration judiciaire dans un sens très large. Surtout avant 1967, les avocats étaient considérés comme organes de l'ordre judiciaire (ils étaient avocats près d'un Tribunal ou près d'une Cour, depuis lors ils sont avocats à un Barreau), mais la réforme de 1967 a élargi la distance entre le barreau et l'ordre judiciaire de diverses manières (interdiction de porter le titre d'avocat près d'un Tribunal ou près d'une Cour; instauration des Conseils de discipline d'appel (compétence exercée auparavant par les Cours d'appel), administration des petits barreaux par leur Conseil et non plus par le Tribunal, etc ...), sauf à la Cour de cassation.

⁵ Cfr. sous Question V.; voyez d'autre part sous Question I. 4, immunité de la plaidoirie.

⁶ Comp. G. van DIEVOET, *Het beroep van advocaat*, Acco, Leuven 1987, 51; T. COLLIGNON, "Le défenseur n'est pas un juge. L'avocat a le droit de nier", *Journal des Tribunaux (J.T.)*, 1946, 161 suiv.; Ph. Quarre, "Le droit au silence", *J.T.*, 1974, 525; L. GOFFIN, "L'obligation de sincérité de l'avocat", *J.T.*, 1989, (265) 266; Cass. 27 février 1985, *Rechtskundig Weekblad (R.W.)*, 1985-86, 876 obs. A. VANDEPLAS. Comp. aussi P. ARNOU, "Raadsman en mededader. Beschouwingen bij de strafrechtelijke beroepsaansprakelijkheid van de advokaat", discours de rentrée 16 septembre 1988, *R.W.*, 1988-89, 969 suiv.

soumises les avocats⁷ : ainsi le législateur veut-il rendre impossible certaines procédures déloyales, partant de l'idée qu'aucun avocat ne prêtera son assistance.

Même dans ces cas, il ne s'agit pas encore d'une mission spécifique de l'avocat, qui le transformerait en sorte d'organe de l'administration de la justice, mais plutôt du fait que le respect par une partie de son obligation générale d'agir loyalement et correctement est mieux garantie par l'intervention obligatoire d'un avocat.

(5 - désignation d'office) Dans les cas où l'intervention d'un avocat est obligatoire (voy. sous n° 34 suiv.), celui-ci peut être désigné d'office. L'avocat désigné d'office ne peut refuser son intervention sans faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par l'autorité qui l'a désigné (art. 446 § 1 C. jud.). La désignation d'office n'implique d'ailleurs en principe pas une obligation d'assistance gratuite⁸; toutefois une désignation par un Bureau de consultation et de défense (bureaux d'assistance juridique organisés par les Ordres des avocats) (art. 455 C. jud.) peut impliquer que l'avocat n'a pas droit à un honoraire à charge du client (les stagiaires ont toujours droit à une indemnité minuscule à charge du budget de l'état, Loi du 9 avril 1980).

b. Le ministère des avocats à la Cour de cassation.

(6 - caractère de ce ministère) Le droit de postuler et de conclure devant la Cour de cassation en matière civile est réservé aux avocats à la Cour de cassation, dont le nombre est limité (actuellement à 16). Ces personnes demeurent des avocats, mais sont en plus investies d'un soi-disant "ministère", et sont donc des officiers ministériels, nommés par le Roi (ministre de la justice). Mais en fait il ne s'agit pas du tout d'une mission publique, différente de celle des autres avocats, mais de rien d'autre qu'une catégorie d'avocats dont l'élection doit garantir encore mieux l'honnêteté et le caractère raisonnable de la conduite des parties dans ces procédures dans lesquelles leur intervention est obligatoire.

Ici aussi, une désignation d'office est possible (art. 480 C. jud.).

c. Les autres mandats en tant que organe de l'administration judiciaire.

(7 - divers mandats judiciaires ou parajudiciaires) Le rôle de l'avocat comme défenseur des intérêts d'une partie n'empêche pas que les avocats puissent être chargés de diverses autres tâches, dont certaines sont des "ministères publics" ou mandats conférés dans l'intérêt général.

1° Ainsi, les avocats de nationalité belge (ayant suivi pendant au moins 5 ans le barreau) peuvent exercer la fonction de juge suppléant à la justice de paix ou aux tribunaux de première instance, de travail ou de commerce (art. 187-188 et 191-192 C. jud.). Cette fonction est ouverte uniquement à ceux qui ont, pendant au moins 5 ans, exercé des fonctions judiciaires ou au Conseil d'état, ou suivi le barreau, ou exercé la profession de notaire, ou enseigné le droit à une université, ou exercé des fonctions juridiques dans certains services publics. Cette fonction peut aussi être exercée en même temps que celle d'avocat ou notaire (art. 300 C. jud.). Le rôle des juges suppléants est assez important en pratique : certaines chambres de certains tribunaux sont presque continuellement occupées par des juges suppléants, en majorité des avocats.

2° Des avocats peuvent être membres de certains Tribunaux administratifs ou de certaines Commissions ayant une mission similaire⁹.

⁷ Voy. p. ex. Cass. 29 octobre 1976, *J.T.*, 1977, 267 en matière de requête unilatérale, qui doit être signée par un avocat; comp. BRAUN & MOREAU, n° 234.

⁸ Cfr. art. 178 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, résolution de l'Ordre de Bruxelles du 23 mars 1971; BRAUN & MOREAU n° 453.

⁹ P. ex. les commissions de défense sociale (comp. art. 181 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, recommandation de l'Ordre de Bruxelles du 7 décembre 1971)

3° Dans les tribunaux de première instance, de travail et de commerce, les avocats de nationalité belge (agés de 30 ans au moins) peuvent être appelés à suppléer un juge empêché, à défaut de juges suppléants en nombre suffisant, ou un assesseur empêché, en cas d'absence inopinée.

4° Les avocats peuvent être investis de divers "mandats de justice" (des mandats donnés par le juge) : curateur de faillite, commissaire d'un concordat, liquidateur (judiciaire), commissaire judiciaire d'une société, séquestre, tuteur d'un interdit, conseil judiciaire, etc. (pour ne nommer que des mandats qui sont toujours ou souvent déferés à des avocats). Certains de ces mandats doivent être exercés au service d'intérêts purement privés : les intérêts des personnes incapables de veiller à leurs propres intérêts ou ceux de leur famille. Mais dans la plupart des mandats qui impliquent une liquidation (sensu lato), le liquidateur (sensu lato) est obligé de tenir compte des intérêts des tiers, notamment des créanciers, en organisant un concours des créanciers. On pourrait donc éventuellement considérer l'avocat investi d'un mandat de curateur, liquidateur, etc ..., comme organe de l'administration judiciaire dans un sens large, mais c'est une position qui n'est pas typique pour les avocats. C'est une situation que l'on rencontre dans presque tous les cas d' "administration aux fins de liquidation" ("vereffeningsbewind")¹⁰ : non seulement en cas de faillite, concordat ou liquidation d'une société ou association ayant la personnalité juridique, mais aussi en cas de saisie, acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, succession vacante, liquidation de la communauté entre époux, etc ...

5° Enfin, un avocat peut en un certain sens agir comme organe de l'administration judiciaire en tant qu'arbitre. Les arbitres sont couramment des avocats, d'autant plus que l'arbitrage en Belgique est généralement de l'arbitrage ad hoc, et que les magistrats ne peuvent faire d'arbitrage rémunéré (art. 298 C. jud.).

On peut y ajouter que selon la doctrine dominante¹¹, un différend ou une contestation peut aussi, sur base d'une clause contractuelle, statutaire ou testamentaire, ou d'une convention spécifique (compromis), être soumise à un tiers afin qu'il prenne une décision liant les parties en raison de cette clause ou convention : la "tierce-décision obligatoire" ("bindende derdenbeslissing") ou avis obligatoire ("bindend advies", terme employé aux Pays-Bas), selon les mêmes règles en vertu desquelles un tiers peut avoir le mandat de déterminer de manière obligatoire un élément d'une convention ou de toute autre relation juridique, la qualité d'une chose ou d'une prestation, etc..¹². A la différence d'une décision arbitrale, la tierce décision obligatoire n'a pas autorité de chose jugée et n'est pas susceptible d'obtenir force exécutoire par la procédure simplifiée de l'exequatur, mais elle a la force obligatoire d'un contrat (ou d'une disposition statutaire), notamment d'une transaction (il s'agit en effet d'un contrat "déclaratif" ("vaststellingsovereenkomst", Feststellungsgeschäft)).

3. L'indépendance de l'avocat.

¹⁰ Cfr. R. de CORTE, "Samenloop van preferente aanspraken", *TPR*, 1983, 213 (avec sommaire français, anglais et allemand).

¹¹ M. L. STORME, "La tierce décision obligatoire ou l'avis obligatoire comme moyen de prévention de litiges. Une étude comparative des limites entre le droit des contrats et le droit de la procédure", *Rev. dr. int. dr. comp.* 1985, (285) (aussi au *TPR* 1984, (1243) avec sommaire français, anglais et allemand); E. DIRIX, "De kwijting voor saldo van rekening", *R.W.* 1981-82, (190) 194; M.L.STORME & M.E. STORME, "De bindende derdenbeslissing naar belgisch recht", Préavis Association pour l'étude comparée du droit en Belgique et aux Pays-Bas 1985, *TPR* 1985, (713, avec sommaire français, anglais et allemand), et le compte-rendu de la discussion au sein de cette association; M.L. STORME, "La tierce-décision obligatoire : ni expertise ni arbitrage", *J.L.-J.L.M.B., Livre du centenaire*, Bruxelles 1988, (345); M.L. STORME, "Contractuele methoden om geschillen alternatief op te lossen", in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen 1990, (565).

¹² Selon certains autres auteurs d'autre part (l'avis de la minorité des participants à l'assemblée 1985 de l'Association pour l'étude comparée du droit en Belgique et aux Pays-Bas), une telle décision d'un tiers ne serait plus obligatoire dès qu'il y a une contestation, un différend, et il faudrait alors nécessairement régler ce différend selon les dispositions de l'arbitrage - arbitrage selon les règles du droit ou amiable composition - avec tous les effets que cela comporte. P. ex. aux Pays-Bas L.D. PELS RYCKEN, "Bindend advies als middel tot beslechting van rechtsgeschillen", *Nederlands Juristenblad (NJB)*, 1986 (1053).

(8 - principe) De ce qui précède, le lecteur aura déjà compris que l'on attache une énorme importance à l'indépendance de l'avocat, ou peut-être à une certaine idée de l'indépendance de l'avocat, l'indépendance étant regardée d'une manière assez absolue, mais parfois peut-être trop formelle. Dans le code européen de déontologie¹³, l'art. 2.1. l'exprime ainsi : "La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une indépendance absolue exempte de toute pression, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures (...). Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance en la Justice que l'impartialité du juge. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son indépendance et veiller à ne pas négliger l'éthique professionnelle pour plaire à son client, au juge et à des tiers".

a. Indépendance face à l'état et au juge.

(9 - incompatibilités et autonomie corporative) Afin d'assurer l'indépendance de l'avocat face à l'état et au juge, la loi, notamment l'art. 437 C. jud., instaure une incompatibilité entre la profession d'avocat et les fonctions et activités suivantes : magistrat effectif (mais l'avocat peut bien exercer la fonction de magistrat suppléant, absurdité qui ne peut être expliquée que par des raisons budgétaires de l'état !), greffier d'une juridiction de l'ordre judiciaire, agent statutaire de l'état (au sens strict : l'administration centrale de l'état), huissier de justice ou notaire (cette dernière incompatibilité étant critiquée souvent, et ne pouvant être expliquée par le soi-disant statut des notaires comme officiers ministériels, puisque les avocats à la Cour de cassation sont aussi des officiers ministériels), et enfin "tout emploi ou activité rémunérés, publics ou privés, qui mettent en péril l'indépendance de l'avocat". La dernière catégorie - ouverte - doit être remplie par la casuistique des Ordres d'arrondissement, où la logique n'est pas toujours celle de l'indépendance. Ainsi, des règlements ont trouvé un compromis subtil en ce qui concerne les ministres, secrétaires d'état, chefs de cabinet et membres (à plein temps) des cabinets ministériels : cette activité n'est pas incompatible avec la profession d'avocat, mais ils ne peuvent plaider, leur nom reste en tête du papier à lettres, mais ils ne peuvent signer¹⁴. Les "mandats de justice" (curateur, liquidateur, etc ...) ne sont pas considérés mettre cette indépendance en péril. Ni un mandat de parlementaire (membre de la chambre des représentants, du sénat, d'un conseil de communauté ou d'un conseil régional) ou de conseiller élu (provincial, communal, etc.), ni la fonction d'assesseur de la section législation du Conseil d'état (section formant un conseil collatéral du parlement), ni la fonction d'échevin communal, de bourgmestre ou de député provincial ne sont jugées incompatibles. Cette liste démontre surtout le souci de ne pas priver de leur statut "social" d'avocat (sécurité sociale, droit à la clientèle, c'est-à-dire à une partie des honoraires¹⁵, etc.) ceux qui veulent exercer un mandat temporaire d'intérêt public : il s'agit davantage de permettre aux élus et mandataires politiques de garder leur indépendance sociale (ce qui est d'ailleurs très bien pour la démocratie) que d'une question d'indépendance de l'avocat au sens strict.

L'indépendance des avocats, ou plutôt de leurs organisations corporatives, face à l'état, ou plus précisément face au "pouvoir exécutif", s'exprime aussi par le fait que les recours contre leurs décisions ne mènent jamais au Conseil d'Etat, mais uniquement à des organes de l'Ordre judiciaire (p. ex. l'art 611 C. jud.; voy. cependant *infra* n° 31)

b. Indépendance face à la société

¹³ Code de déontologie des avocats de la communauté européenne, approuvé par Règlement de l'Ordre national des avocats du 12 octobre 1989, et d'application directe pour les "activités transfrontalières".

¹⁴ Cfr. p.ex. les artt. 13 à 14.3 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, résolution du 9-5-1988, et la résolution identique du 26 avril 1988 de l'Ordre français de Bruxelles; J. STEVENS, n° 269. Certains autres barreaux n'acceptent pas que leur nom reste en tête du papier à lettres.

¹⁵ Un avocat peut payer une rémunération comme contrepartie de la cession de clientèle par un avocat qui quitte la profession (art. 178 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, résolution de l'Ordre de Bruxelles du 17 octobre 1978), mais il ne peut pas partager ses honoraires avec quelqu'un qui n'est pas avocat (art. 3.6. code européen de déontologie. Comp. aussi la recommandation du 23 janvier 1990 de l'Ordre français de Bruxelles; la Résolution de l'Ordre d'Anvers du 24 octobre 1988, A, 3, 3), même pas avec un ancien avocat.

(10 - règles légales) Cette forme d'indépendance est traditionnellement traduite par la notion de "dignité" (dignité de l'avocat et dignité du barreau). Exception faite de quelques règles légales, l'élaboration de cette exigence de dignité est elle aussi laissée à la casuistique des Ordres d'arrondissement. En effet, la loi, notamment l'art. 437, 3° C. jud., ne prescrit que les normes générales suivantes :

- incompatibilité avec l'exercice d'un négoce ou d'une industrie. Cette disposition est aujourd'hui interprétée de telle manière qu'elle n'exclut pas nécessairement les mandats d'administrateur ou liquidateur de sociétés commerciales (non celui d'administrateur-délégué), bien que les Ordres d'arrondissement y ont apporté certaines limites¹⁶.

- incompatibilité avec un emploi ou activités rémunérés qui mettent en péril l'indépendance de l'avocat ou la dignité du barreau. Ainsi, les fonctions d'enseignement intellectuel ont toujours été jugées compatibles en principe, ainsi qu'une certaine activité de journaliste. L'exercice d'un contrat d'emploi à plein temps - à l'exception de l'enseignement supérieur - a toujours été jugé incompatible en principe, une activité "complémentaire" pas nécessairement.

(11 - règles déontologiques) Cette notion de dignité ainsi que celle de probité sont utilisées pour justifier un grand nombre de règles déontologiques. Le code européen de déontologie parle plutôt d'*intégrité personnelle*. Cela nous mènerait trop loin de décrire toutes les règles qui ont été basées sur ces notions¹⁷. Nous n'envisageons dès lors que celles qui concernent directement l'exercice de la profession d'avocat, et notamment la publicité et la défense de démarchage de clientèle, les relations avec des "agents d'affaires", l'usage fait du titre d'avocat, etc.

Les notions d'indépendance face à la société et de dignité impliquent notamment que la profession d'avocat elle-même ne peut être exercée de manière commerciale, ni dans un statut d'employé (contrat de travail ou d'emploi).

Ainsi, la publicité est jusqu'à présent réglementée d'une manière très stricte¹⁸. Tout acte de sollicitation de clientèle est interdit. Est uniquement licite "l'information au public" par les moyens réglementés (plaque professionnelle, papier à en-tête, carte de visite, brochures, annuaires et bulletins d'information juridique) mis en oeuvre "avec discrétion et loyauté" et "de façon à ne pas porter atteinte à la dignité de la profession". Mais les idées sont en pleine évolution. En ce qui concerne les affaires en cours, l'intervention de l'avocat en public (télévision, radio, presse, etc.) n'est, en règle, admissible que si elle est exclusivement inspirée par le souci de l'exercice du droit de défense¹⁹. Mais il ne convient pas qu'un avocat rende compte lui-même dans la presse d'une affaire dans laquelle il est intervenu²⁰. D'autre part, on reconnaît - du moins aujourd'hui - le droit d'un avocat de faire usage de son titre lorsqu'il publie des articles ou livres de caractère juridique ou professionnel ou lorsqu'il donne des conférences ou communications d'intérêt juridique *sensu lato*, même devant la radio ou la télévision²¹. Il reste à savoir si les limitations mentionnées de la liberté d'expression

¹⁶ P. ex. la résolution de l'Ordre de Bruxelles du 25 mars 1980 (artt. 17-28 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles) (pour l'historique, cfr. P. LAMBERT, *Règles et usages*, p. 72 et suiv.). Certains autres barreaux (p. ex. Résolution de l'Ordre d'Anvers du 26 mars 1973; *La tradition de Liège*, art. 8) sont plus souples.

¹⁷ Voy. p. ex. BRAUN & MOREAU, n° 526-544; P. LAMBERT p. 386-396; J. STEVENS, n° 878-911.

¹⁸ Règlement de l'Ordre national du 25 juin 1990.

¹⁹ Art. 116 b du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; art. 2, 4 de la résolution de l'Ordre français de Bruxelles du 27 juin 1989 relative aux relations avec la presse et les médias; comp. la Résolution de l'Ordre d'Anvers du 28 novembre 1988, II, 1-2.

²⁰ Art. 1 d' une recommandation de l'Ordre français de Bruxelles du 11 janvier 1983.

²¹ Comp. p. ex. l'art. 116 a du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles et la résolution de l'Ordre français de Bruxelles du 27 juin 1989 relative aux relations avec la presse et les médias; la Résolution de l'Ordre d'Anvers du 28 novembre 1988, I, 2.

resteront compatibles avec l'interprétation de l'art. 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme²².

Ainsi aussi, les avocats ne peuvent entretenir aucune relation avec les "agents d'affaires" qui prétendent représenter directement ou indirectement une partie ou qui recouvrent des créances ou centralisent des dettes pour leurs clients (sauf pour la défense d'intérêts qui lui auraient été antérieurement confiés, ainsi que pour la défense des intérêts personnels de cet agent évidemment)²³. En dehors de cette catégorie, une certaine coopération reste licite. Le règlement de 1990 a ainsi élargi la possibilité de coopération, alors qu'auparavant, on avait tendance à comprendre sous l'étiquette d'agents d'affaires tous ceux qui exercent une profession non réglementée (auparavant même les avocats étrangers !), sauf ceux qui exercent une activité qui sans eux ne serait pas accomplie (comme p.ex. les courtiers d'assurances, bureau de propriété intellectuelle, agents immobiliers, affacturage, etc ...²⁴). En matière d'assurance défense en justice, on accepte que l'avocat se charge de la défense à la demande d'une compagnie d'assurances à condition que le libre choix de l'avocat ait été garanti de façon effective²⁵.

La "dichotomie" (les "honoraires de présentation") est également interdite²⁶.

L'interdiction d'exercer la profession dans un "lien de subordination" (statut d'employé) implique nécessairement l'assujettissement de l'avocat qui exerce (effectivement) la profession au statut social des indépendants (affiliation obligatoire à une caisse d'assurances sociales, etc ...).

(12 - réalité sociale) Cette accentuation de l'indépendance de l'avocat face à la société (ou d'une certaine idée de cette indépendance) ne peut nous faire perdre de vue la réalité sociale,; à savoir que beaucoup d'avocats sont pauvres ! Cette réalité explique la raison pour laquelle le barreau belge a ressenti le besoin de barèmes d'honoraires minimum plutôt que de barèmes d'honoraires maximum²⁷. C'est également pour ce motif que l'Ordre national des avocats a jusqu'ici décrété que "le non-respect d'un barème minimum est une faute déontologique pouvant entraîner une sanction disciplinaire" (sauf dans les cas sociaux, les procès répétitifs, et les abonnements et forfaits autorisés préalablement par le bâtonnier)²⁸. D'autre part, il n'existe pas de règlement légal des honoraires et la loi dispose uniquement que "les avocats taxent leurs honoraires avec la discrétion qu'on doit attendre de leur ministère" (art. 459, 1 C. jud.). Il s'agit donc d'une "décision de partie" ("partijbeslissing")²⁹ prise sur base d'un droit de l'avocat de déterminer unilatéralement ses honoraires "dans les bornes d'une juste modération" (il s'agit d'un droit contractuel fondé sur une disposition légale supplétive, mais non impérative).

²² Comp. déjà les doutes de J. STEVENS, n° 44.

²³ Règlement de l'Ordre national du 28 juin 1990. Comp. l'art. 3.1.1. du code européen de déontologie : "L'avocat n'agit que lorsqu'il est mandaté par son client, à moins qu'il n'en soit chargé par un autre avocat représentant le client ou par une instance compétente".

²⁴ MAHIEU & BAUDREZ n° 2826.

²⁵ Règlement de l'Ordre national des avocats du 22 avril 1986. L'art. 5 de l'A.R. du 12 octobre 1990 (conversion en droit belge de la Directive européenne du 22 juin 1987) exige une clause garantissant ce libre choix en cas de procédure en justice et en cas de conflit d'intérêts.

²⁶ Comp. l'art. 5.4. du Code européen de déontologie.

²⁷ Pour une critique de cette réglementation, voy. B. DEMEULENAERE, "Advocatenhonoraria, een consumentvriendelijk perspectief", *TPR*, 1988, 1 (avec sommaire français, anglais et allemand).

²⁸ Art. 5 et 6 de la recommandation de l'Ordre national des avocats du 12 juin 1987; art. 328 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; art. 3, 6 de la Résolution de l'Ordre d'Anvers du 6 novembre 1989.

²⁹ Sur cette notion de "décision de partie" / "partijbeslissing", cpr. mon article "De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing", *TPR*, 1988, 1259-1297 (avec sommaire français, anglais et allemand).

Lors de la rédaction de ce rapport, l'Ordre national étudiait un projet de recommandation d'une tarification globale des honoraires, projet qui a déjà été repris comme Règlement dans certains barreaux (p.ex. à Gand). Il s'agira cette fois-ci d'une Recommandation et il appartiendra donc aux Ordres d'arrondissement de déterminer s'ils veulent maintenir un barème minimum sanctionné disciplinairement.

c. Indépendance face au client et à l'affaire.

(13 - principe) Enfin, on demande de l'avocat une indépendance envers le client et envers l'affaire à traiter. La partialité de l'avocat implique le droit de défendre les intérêts d'une partie, non pas une dépendance envers cette partie. Bien que l'assistance d'un avocat ne soit pas obligatoire (hormis les exceptions indiquées sous n° 34 suiv.), sa présence doit être la preuve qu'au moins un professionnel assermenté - dont le comportement est en outre sanctionné d'une manière spécifique - et impartial croit la cause juste et défendable. Cela veut dire d'abord que l'avocat en tant que tel ne peut jamais être au service de son client (ce qui le distingue du juriste d'entreprise ou de service public). Mais cette exigence d'indépendance comporte encore divers autres aspects.

(14 - interdictions de plaider) Un premier aspect concerne les interdictions de plaider ou d'intervenir dans certaines affaires. C'est pour cette raison que les règlements déontologiques jugent qu'il n'est pas convenable qu'un avocat plaide sa propre cause³⁰, bien que la loi ne le défende pas, et qu'elle permette même aux parties de plaider leur propre cause aussi longtemps que la passion ou l'inexpérience ne les empêche pas de discuter leur cause avec la décence convenable ou la clarté nécessaire (*infra* I.6, n° 34). "Sa propre cause" ne vise que le cas où l'avocat est matériellement partie au procès; l'avocat qui n'est que formellement partie au procès, agissant en qualité de représentant d'une ou plusieurs parties matérielles dans les hypothèses où le droit belge accepte cette qualité d'agir - p.ex. curateur de faillite, etc ... - , peut effectivement plaider la cause.

Ainsi, l'avocat ne peut représenter en justice ou plaider la cause de quelqu'un qu'il a pour mission de contrôler. Ici à cet égard, c'est davantage l'exercice de cette mission de contrôle qui serait en danger par le fait qu'un avocat s'identifie toujours un peu avec son client. Les cas les plus importants sont indiqués par la loi : les parlementaires ne peuvent être désignés comme avocats en titre des administrations publiques, ni plaider dans l'intérêt de ces administrations, ni leur donner avis ou consultation en pareille affaire, si ce n'est gratuitement (art. 438, 1 C. Jud); une interdiction comparable s'applique aux conseillers provinciaux et communaux en ce qui concerne les affaires concernant respectivement la province et la commune (art. 438, 2 C. jud.), et aux commissaires-réviseurs d'une société en ce quant aux affaires relatives à cette société (art. 64ter, 3 L. Sociétés³¹).

Les règlements déontologiques y ajoutent généralement l'interdiction de plaider la cause d'une société dont on est administrateur ou liquidateur, sauf autorisation lorsque le procès ne risque pas de mettre en cause l'honorabilité ou la responsabilité des administrateurs ou liquidateurs³², l'interdiction d'intervenir dans des contestations relatives au département duquel on est ou a été ministre ou membre du cabinet ministériel³³, etc ...

³⁰ P. ex. l'art. 160 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles et la recommandation de l'Ordre de Bruxelles du 8 juin 1978; J. STEVENS, n° 596 et suiv.; Cass., 31 janvier 1980, *Pas.*, I, 619.

³¹ Cet article est ainsi interprété par les règlements des Ordres des avocats, p.ex. l'art. 25 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, art. 8 de la résolution du 25 mars de l'Ordre de Bruxelles.

³² P. ex. l'art. 23 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, art. 7 de la résolution du 25 mars de l'Ordre de Bruxelles. Ici aussi, les barreaux d'Anvers et de Liège sont plus souples.

³³ P. ex. art. 14.3 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, résolution du 9-5-1988, et la résolution identique du 26 avril 1988 de l'Ordre français de Bruxelles.

Nous pouvons y ajouter qu'en nombre de cas, un avocat ne peut pas plaider contre des clients (*infra* n° 98), contre des personnes que l'on a pour mission de contrôler³⁴, etc... Dans ces cas, il devrait s'agir plutôt d'une protection du client en faveur duquel l'avocat ne peut intervenir : l'avocat pourrait avoir intérêt à ne pas trop le défendre. Mais en réalité, ces règles concernent davantage l'image de la profession que la protection des clients.

Finalement, un avocat ne peut souvent plus accepter de jouer un rôle neutre après avoir été le conseil d'une des parties concernées. Ainsi p.ex., un avocat ne peut accepter un mandat de curateur de faillite (etc.) lorsqu'il est conseil du commerçant failli ou d'un créancier qui a joué un rôle déterminant dans l'ouverture de la faillite,³⁵ il ne peut intervenir comme traducteur juré dans une affaire dans laquelle il intervient comme conseil³⁶, etc.

(15 - résiliabilité) Une autre conséquence de cette exigence d'indépendance envers le client est la faculté de résilier le contrat à tout moment, bien que, évidemment, "l'avocat qui exerce son droit de ne plus s'occuper d'une affaire doit s'assurer que le client pourra trouver l'assistance d'un confrère en temps utile pour éviter que le client subisse un préjudice" (art. 3.1.4 code de déontologie européen). Ces règles ne dérogent d'ailleurs pas au droit commun du contrat de mandat³⁷, dont les règles sont appliquées par analogie aux autres contrats de prestation de services (comp. *infra* n° 59).

(16 - interdiction des *pacta de quota litis*) L'indépendance de l'avocat à l'égard de la cause est aussi promue par l'interdiction des "*pacta de quota litis*", les pactes sur honoraires liés au résultat de la contestation³⁸. Mais les pactes sur honoraires liés à la valeur de la prétention sont parfaitement légales.

4. Image de la profession et prérogatives des avocats.

(17 - image sociologique) L'image de la profession est un terme qui peut signifier beaucoup de choses. Dans le public, l'avocat a certainement l'image d'un auxiliaire de la justice, mais aussi d'un homme indépendant, libre, qui fait souvent de la politique et est socialement très actif. Mais l'assistance d'un avocat est encore trop considérée comme une dépense non nécessaire. La "consommation juridique" du citoyen moyen et de la petite entreprise reste faible. Il s'agit alors de l'image "sociologique" de l'avocat.

Nous traiterons plutôt de quelques règles légales ou coutumières qui ne forment pas "l'image de la profession, mais qui permettent ou favorisent cette image. L'indépendance a déjà été traitée supra. Nous indiquerons donc surtout quelques prérogatives des avocats.

a. Protection du titre (art. 428 C. jud.)

(18) Le port du titre d'avocat³⁹ est réservé à ceux qui sont effectivement inscrits au Tableau ou à la Liste des stagiaires d'un des Ordres (d'arrondissement) des avocats (art. 428 C. jud., cfr. *infra* I.5, n° 31 suiv.), et à

³⁴ P. ex. art. 438, 2 C. jud. in fine en ce qui concerne les communes.

³⁵ Règlement de l'Ordre national des avocats du 8 février 1979, art. 171-172 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

³⁶ Décision du conseil de l'Ordre de Bruxelles du 27 octobre 1959.

³⁷ Cpr. spéc. l'art. 2007 C.C. : "Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable".

³⁸ Art. 459, 1 C. jud.; art. 3.3 du code européen de déontologie. Cette interdiction a récemment été contestée par B. DEMEULENAERE, *TPR*, 1988, 1. On peut y ajouter que les honoraires des avocats-curateurs sont bien liés au résultat de son administration.

ceux qui sont habilités à porter ce titre dans un état membre des communautés européennes (ces derniers devant indiquer où ils sont admis) (art. 477bis C. jud.). Il ne suffit donc pas de répondre aux conditions d'inscription. Le titre d'avocat honoraire est également protégé et réglementé (art. 436 C. jud.).

b. Quasi-monopole de la représentation en justice et de la plaidoirie:

(19 - principe et exceptions) Devant toutes les juridictions du royaume (et non uniquement devant celles de leur arrondissement), les avocats et eux seuls ont le droit de plaider et de représenter une partie, sauf les exceptions suivantes (art. 440, 1 C. jud.) :

- en matière sociale, le délégué d'une organisation représentative (reconnue comme telle) d'ouvriers ou d'employés peut représenter l'ouvrier ou l'employé, partie au procès, et accomplir en son nom les diligences que cette représentation comporte (e.a. plaider), et le peuvent ainsi, le délégué d'une organisation représentative d'indépendants, le délégué d'une organisation sociale qui défend les intérêts des personnes demandant le minimum de moyens d'existence, et certains représentants des Centres publics d'aide sociale et du ministre des affaires sociales (art. 728 § 3 C. jud.)

- devant le juge de paix, le tribunal de commerce et les juridictions du travail, les parties peuvent aussi être représentées par leur conjoint ou par un parent ou allié agréé spécialement par le juge

- devant la cour d'assises, un allié ou un ami agréé par la Cour (art. 295 C. Instr. crim.)

- en matière d'arbitrage (art. 1694 C. Jud);

- et dans quelques lois spéciales (procédures militaires p.ex.)

Même dans ces cas exceptionnels, certaines personnes restent toujours exclues, notamment les magistrats effectifs et les membres du parquet et des greffes (art. 297 C. jud.) et les "agents d'affaires" (art. 728 § 4 C. jud., art. 1694 en matière d'arbitrage). Il en résulte, bien que cela ne soit écrit expressément nulle part, que les représentants qui ne sont pas avocats, n'ont pas d'action pour recouvrement d'honoraires (kein Honoraranspruch).

Le revers de ce quasi-monopole accordé aux avocats est leur obligation d'organiser des Bureaux de consultation et de défense en vue de pourvoir à l'assistance des personnes dont les revenus sont insuffisants (art. 455 C. jud.)

(20 - qualité d'agir) Il est peut être utile de constater également qu'en droit judiciaire belge, c'est généralement (mais pas toujours) la partie dont les intérêts sont en jeu (la partie matérielle au procès) qui doit aussi être formellement partie au procès, sauf certaines exceptions, notamment les cas de représentation institutionnelle (curateur et autres cas de patrimoines séparés, parents et tuteur, et autres personnes agissants q.q.) et de représentation "indirecte" (le commissionnaire, qui agit en son nom propre pour compte d'un tiers, mais est personnellement responsable et donc intéressé). En dehors de ces cas, celui qui agit pour compte d'un tiers n'a - en principe - pas la "qualité d'agir" requise par l'art. 17 C. jud.

(21 - avocats C.E.) Les avocats des autres états membres des communautés européennes peuvent représenter et défendre les parties de la même manière que les avocats belges, à condition qu'ils agissent "de concert avec un avocat" habilité en Belgique (477 quater C.jud.) et qu'ils ne soient pas dans un lien de subordination à l'égard d'une personne publique ou privée (art. 477 ter C. jud., cfr. art. 6 de la directive du 22 mars 1977). Une Convention Benelux du 12 décembre 1968 (L. 28 juillet 1971) donne encore quelques facilités supplémentaires aux avocats néerlandais et luxembourgeois. Suite à l'arrêt-Klopp, (C.J.C.E. 12 juillet 1984), ces dispositions doivent être interprétées en ce sens qu'un avocat étranger peut même assister

³⁹ L'usage de la protection du titre des professions libérales comme technique juridique a été surtout analysée par K. GEENS, *Het vrij beroep*, spéc. n° 173 et suivants.

seul une partie devant une juridiction dès que la partie elle-même est en droit de présenter seule sa défense⁴⁰.

(22 - assistance non obligatoire) Ce quasi-monopole des avocats ne signifie pas que l'assistance d'un avocat est obligatoire (cfr. infra I. 5, n° 31 suiv.). Parfois même, la présence de la partie elle-même reste nécessaire, notamment dans les procédures pénales les plus importantes (artt. 185 et 294 C. instr. crim., art. 23, 2° L. 20-7-1990 Détenue préventive) -où l'avocat ne peut la représenter qu'en cas d'impossibilité de comparaître en personne -, dans les procédures de divorce ou de séparation de corps, et lors d'une comparution personnelle ordonnée par le juge, ou d'un serment.

(23 - aucun autre monopole) Bien que les avocats l'auraient voulu, le législateur ne leur a accordé aucun autre monopole, comme p.ex. celui de donner professionnellement des conseils juridiques (activité non réglementée en Belgique, et exercée p.ex. par des avocats étrangers qui ne peuvent accomplir aucun acte de représentation ou de défense en justice parce qu'ils se trouvent dans un lien de subordination, art. 477 ter C. jud.). Entretemps, la plupart des avocats ont compris qu'un tel monopole n'est ni réalisable ni souhaitable⁴¹. Toutefois, récemment, la nouvelle loi sur le crédit au consommateur (L. 12 juin 1991) y a ajouté un monopole partagé, notamment dans l'intérêt du consommateur : celui de la "médiation des dettes", qui ne peut être pratiquée que par un avocat, un officier ministériel, un mandataire de justice ou une institution publique ou privée agréée (on pense d'abord aux Centres Publics d'Aide Sociale des communes) (art. 67). Et l'exercice habituel d'activités de détective est réservé aux détectives autorisés, journalistes, huissiers de justice, notaires, avocats et généalogistes (art. 1 L. 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé).

L'absence de monopole en dehors de l'assistance ou représentation en justice n'empêche pas que les avocats peuvent agir en cessation de publicité comportant une comparaison trompeuse avec la profession d'avocat, comme p. ex. l'annonce d'un agent d'affaires qui se prétend "un partenaire spécialisé en recouvrement, doté d'un service contentieux, à même de vous faire représenter auprès des tribunaux compétents"⁴².

c. Immunité de la plaidoirie

(24) Les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ne peuvent donner lieu à une poursuite pénale lorsqu'ils sont relatifs à la cause ou aux parties (art. 452, 1 C. pénal), à condition que l'on ne leur donne une publicité en dehors de l'audience. Cette immunité est confirmée par l'art. 444, 1 C. jud., qui affirme que les avocats exercent librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité (comp. aussi l'art. 9 de la Convention de Paris sur la garantie des droits de la défense, 26 juin 1987). Le juge ne peut prendre d'autre mesure que la saisie l'autorité disciplinaire, c'est-à-dire le bâtonnier de l'Ordre des avocats, notamment si un avocat attaque *méchamment* la Monarchie, la Constitution, les lois ou les autorités établies (art. 445 C. jud.).

La limitation de cette immunité aux discours ou écrits relatifs à la cause ou aux parties correspond plus ou moins au "Sachlichkeitsgebot" du droit allemand.

d. Libre communication et correspondance avec les (clients) détenus

(25) La libre communication de l'avocat avec son client détenu est prévue par l'art. 302, 2 C. instr. crim. La Cour de cassation a jugé que cette règle est l'expression d'une règle générale de toute la procédure pénale,

⁴⁰ Pour plus de détails concernant la libre circulation des avocats, cons. entre autres K. GEENS & J. STUYCK, "Vrij verkeer van advokaten in de EEG", *Sociaal-economische wetgeving (SEW)*, 1992, ainsi que l'arrêt Vlassopolou, C.J.C.E., 7 mai 1991, n° C 340/89.

⁴¹ Sur cette question, voy. K. GEENS, *Het vrij beroep*, spéc. n° 499-508 et 512-517.

⁴² Cour Mons, 22 avril 1991, Figarec c. Ordre des avocats du barreau de Tournai, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (J.L.M.B.)*, 1991, 880.

dont elle consacre une formalité substantielle⁴³. Ainsi, nous la trouvons aussi dans la Loi sur la détention préventive du 20-7-1990 : "immédiatement après la première audition, l'inculpé peut communiquer librement avec son avocat". Lorsque les nécessités de l'instruction le commandent, le juge peut effectivement prononcer une interdiction de communiquer avec d'autres personnes que l'avocat; mais il ne peut interdire la communication du détenu avec son avocat (art. 20 L. 20-7-1990). Les libres communication et correspondance avec les détenus sont aussi inscrites au Règlement général des établissements pénitentiaires⁴⁴.

e. Le droit à la communication du dossier.

(26) J'insère ce droit dans cette liste des prérogatives des avocats, parce que l'avocat a le droit de consulter, lors d'une procédure, le dossier de son client auprès du parquet et d'une autre administration publique, même dans ces cas où le client en personne n'a pas ce droit (cfr. les exemples *infra*, Question II.2.b, 4° n° 71).

f. Prérogatives qui facilitent l'exercice de la profession

(27) Les avocats ont certaines prérogatives qui facilitent l'exercice de leur profession, en comparaison des formalités requises par les personnes qui n'en sont ou n'en ont pas.

Ainsi, l'avocat qui comparait comme fondé de pouvoirs d'une partie ne doit justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial (art. 440, 2 C. jud.; pour l'interprétation de cette prérogative, voy. aussi *infra* n° 57-58 et n° 131 suiv.). Par contre, les autres personnes qui peuvent représenter une partie au procès doivent généralement être munies d'une procuration écrite (p.ex. art. 728 § 3).

Les avocats peuvent, de commun accord, remplacer la comparution physique à l'introduction de l'affaire par une déclaration écrite au greffier (art. 729 C. jud.). Lorsqu'une partie n'est pas représentée par un avocat, l'autre avocat n'est nullement tenu de prendre en considération des déclarations écrites de cette partie.

L'avocat est censé être dans l'impossibilité morale d'exiger une preuve écrite de son client, p.ex. lorsqu'il lui restitue des pièces, il ne doit pas réclamer de reçu. En principe, il est cru sur parole en ce qui concerne cette restitution⁴⁵.

g. Autres privilèges

(28) La profession d'avocat comporte peu d'autres privilèges. On peut encore citer le port de la toge (sanctionné par l'art. 228 C. pénal), "l'accès au parquet" (enceinte réservée aux avocats, qui n'existe plus que dans la salle de la Cour d'assises)⁴⁶, et l'assistance aux audiences à huis clos⁴⁷.

h. Autres aspects traditionnels de l'image de la profession.

(29 - la séparation des professions) La séparation de cette profession à l'égard des autres professions, même libérales, constitue une autre facette de l'image de la profession d'avocat en Belgique.

⁴³ Cass., 3 juillet 1905, *Pasicrisie (Pas.)*, I, 287.

⁴⁴ P. ex. les artt. 24 § 2 et 29 § 1, A.R. du 21 mai 1965. Comp. aussi C.Eur.Dr.l'h. 14 octobre 1980, *J.T.* 1981, 475.

⁴⁵ BRAUN & MOREAU, n° 355 et s.

⁴⁶ P. LAMBERT, p. 356-358; BRAUN & MOREAU, n° 228.

⁴⁷ P. LAMBERT, p. 358; BRAUN & MOREAU, n° 229.

Jusque tout récemment, l'interdiction d'association ou groupement entre un avocat et un membre d'une autre profession (libérale) était totale. Dans son règlement du 8 mars 1990, l'Ordre national des avocats a arrêté que le conseil général de l'Ordre national peut déterminer les autres professions libérales avec lesquelles les avocats peuvent s'associer ou se grouper en Belgique (art. 8). Jusqu'ici, aucune autre profession libérale n'a été indiquée, mais nul ne doute que certaines possibilités seront ouvertes dans quelques années, d'autant plus que les avocats peuvent s'associer et former une société ou un groupement d'intérêt économique avec des avocats établis dans d'autres pays⁴⁸, et que déjà maintenant, certains avocats se sont associés ou ont formé une société avec des avocats étrangers qui, eux, sont associés à des membres d'autres professions libérales, comme p.ex. des notaires, le tout avec l'accord de leur Ordre d'avocats.

D'autre part, on ne peut nier que l'association multidisciplinaire pose diverses problèmes, notamment de déontologie. Ainsi, p. ex. on peut opposer la "partialité" de l'avocat, du conseiller fiscal, de l'expert-comptable à une certaine "impartialité" du notaire, du réviseur d'entreprise, de l'huissier de justice⁴⁹.

(30 - l'unicité du cabinet) Une autre règle traditionnelle en voie de disparition est celle de l'unicité du cabinet⁵⁰. Une première exception a déjà été faite dans le cadre des "cabinets transnationaux"⁵¹, exception d'ailleurs obligatoire depuis l'arrêt-Klopp⁵². A ce sujet, il est en fait déjà possible d'avoir plusieurs cabinets dans divers arrondissements en Belgique. Se fondant sur le texte vague du Règlement de l'Ordre national du 1er septembre 1990, plusieurs barreaux sont déjà allés plus loin et ont permis à leur membres d'établir plusieurs cabinets dans divers arrondissements en Belgique dans le cadre d'une association non-internationale⁵³, ou également en dehors de ce cadre⁵⁴, parfois aussi un deuxième cabinet dans le même arrondissement judiciaire⁵⁵.

5. Accès à la profession.

⁴⁸ Art. 7 du règlement de l'Ordre national des avocats du 8 mars 1990; art. 256 et 258 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; art. 68bis du règlement d'Ordre intérieur de l'Ordre français de Bruxelles (résolution du 25 avril 1989). Ces deux dispositions posent comme principe que les règles qui gouvernent les associations, ... en Belgique restent en principe applicables aux associations, ... transnationales, mais que l'Ordre peut autoriser des dérogations si le caractère international de la convention le justifie.

Des avocats d'autres pays peuvent aussi s'établir en Belgique et, à condition qu'ils s'inscrivent sur la liste des avocats étrangers, se grouper avec des avocats belges, groupement qui peut devenir une association, après 3 ans au barreau de Bruxelles-néerlandais (art. 258.1.5. du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles).

⁴⁹ Comp. la conférence du prof. A.H.M. SANTEN à la Réunion annuelle de la Vlaamse Juristenvereniging du 1 juin 1991, réunion dédiée au sujet de la coopération entre les professions juridiques.

⁵⁰ Pour plus de détails quant à l'évolution, D. MATRAY, "L'unicité du cabinet", in *L'avocat à la recherche de son âme*, Colloque Jeune Barreau Liège 1990, 240 suiv.

⁵¹ P. ex. la résolution de l'Ordre d'Anvers du 6 mars 1967; les art. 133, 2 et 256, 3 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles avant la dernière modification de mai 1991, en formulant la fiction que dans ce cas, il ne s'agit pas d'un deuxième cabinet ! (bien qu'il est expressément permis de mentionner toutes les adresses des cabinets, Résolution du 28 novembre 1988). L'art. 7 du règlement de l'Ordre national des avocats du 8 mars 1990 permet en principe des groupements, associations ou groupements d'intérêt économique transnationaux, mais se réfère toujours aux règlements des divers Ordres.

⁵² C.J.C.E. 12 juillet 1984, *J.T.*, 1985, 268 obs. P. LAMBERT

⁵³ P. ex. Art. A 5 du Règlement de l'Ordre d'Anvers du 30 janvier 1989; Gand; Hasselt; Liège (dérogations spécifiques par le Conseil de l'Ordre depuis 1989)

⁵⁴ Art. 133 bis du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles (mai 1991).

⁵⁵ Instruction n° 14 du 21 octobre 1974 de l'Ordre de Charleroi. La même chose vaut à Bruges, Nivelles, Arlon, et depuis peu de temps à Bruxelles-néerlandais (art. 133 bis du code de déontologie).

(31 - accès au stage) L'accès à la profession est réglé par l'art. 428 C. jud., qui pose les conditions suivantes.

a. Diplôme belge de docteur ou licencié en droit ou diplôme étranger auquel a été accordé une équivalence par arrêté ministériel (régime de la Loi du 19 avril 1971) (la Directive du 21 décembre 1988 n'est pas encore transposée en droit belge);

b. Nationalité d'un état membre des communautés européennes *ou* résident en Belgique d'un pays à l'égard duquel la réciprocité a été constatée et répondant à certaines autres conditions (A.R. du 24 août 1970);

c. Prestation du serment devant la cour d'appel du ressort dans lequel on demande son inscription (sa première inscription) et réception par cette Cour, sur la présentation d'un "patron" (avocat de l'arrondissement dans lequel le candidat veut établir son cabinet principal, et inscrit au tableau de l'Ordre depuis 10 ans au moins) et sur les réquisitions du procureur général (qui donne son avis quant à la régularité de la demande);

d. Inscription à la liste des stagiaires de l'Ordre des avocats de l'arrondissement dans lequel le candidat veut établir son cabinet principal (Excepté celui des avocats à la Cour de cassation, il y a 28 Ordres : 13 dans les arrondissements de langue néerlandaise, 12 dans les arrondissements de langue française, 1 dans l'arrondissement de langue allemande, et 2 dans l'arrondissement de Bruxelles, où les candidats ont, à Bruxelles-capitale (territoire bilingue), le choix entre l'Ordre néerlandais et l'Ordre français). L'admission au stage est décidée sans appel par le conseil de l'Ordre, mais sous condition suspensive de non opposition dans un délai de 15 jours à partir de l'affichage aux valves du barreau. L'absence de voies de recours est prévue expressément à l'art. 432 C. jud., mais est de plus en plus contestée, d'autant plus que l'on peut bien interjeter appel (et se pourvoir en cassation) de toute décision de l'Ordre en matière disciplinaire, notamment de la radiation de la Liste des stagiaires ou du Tableau (art. 468 et suivants C. jud.)⁵⁶.

Bien que les motifs de refus d'inscription ne soient pas limités, ils comprennent en tout cas les incompatibilités (cfr. point I.3., nos 8 suiv.), les "interdits" (aliénés mentaux frappés d'incapacité d'agir), et ceux qui sont déchus du droit d'exercer la profession suite à une des condamnations pour crime contre la sûreté extérieure de l'état commis en temps de guerre prévues par l'art. 123 sexies C. pénal.

(32 - le stage) L'avocat stagiaire peut exercer la profession d'avocat et en a presque toutes les prérogatives, y compris la représentation devant toutes les juridictions du royaume (excepté la Cour de cassation), sauf devant le Conseil d'état, et - en ce qui concerne les stagiaires de première et deuxième année - le droit de vote et le droit d'être élu au conseil de l'Ordre des avocats. Il a, comme tout avocat, le statut social d'un indépendant : le stage lui-même ne peut être accompli dans un lien de subordination.

Le stage dure 3 ans au minimum (art. 435 C. jud.). Les obligations du stagiaire comprennent principalement :

- l'assistance aux cours de formation professionnelle (minimum 60 h.) et la réussite de l'épreuve de contrôle⁵⁷

- la présence aux séances du Bureau de consultation et de défense de l'Ordre et la traitement des affaires qui lui sont confiées par ce Bureau.

(33 - accès au Tableau) Après avoir accompli ses obligations de stagiaire, et après 3 ans au plus tôt, le stagiaire peut demander son inscription au Tableau des avocats. Le conseil de l'Ordre décide - selon la jurisprudence dominante jusqu'ici - sans appel (art. 432 C. jud., cpr. supra n° 31).

⁵⁶ Comp. p.ex. P. LAMBERT, p. 33-35; J. STEVENS, n° 236. Le Conseil d'Etat a refusé de se déclarer compétent pour annuler les décisions administratives des Ordres d'avocats, bien que cette jurisprudence a été contestée par l'auditeur Lemmens dans l'affaire Demoor c. Barreau de Hasselt (Conseil d'Etat 31 octobre 1991, R.W., 1991-92, 638). D'autre part, un projet de loi instituant un recours devant le Conseil de discipline d'appel déjà voté par la Chambre de Représentants, se trouve actuellement au Sénat (*Doc. parl., Sénat*, 1990-91, n° 1325-1)

⁵⁷ Règlement de l'Ordre national des avocats du 25 mai 1989.

6. (Absence d') obligation d'assistance ou intervention d'un avocat

(34 - comparution et défense en personne) Le (quasi-)monopole des avocats ne signifie nullement que l'assistance d'un avocat est toujours obligatoire. Au contraire, en règle, les parties peuvent elles-mêmes agir en justice, poser tous les actes de procédure et plaider leur propre cause. Ainsi, l'art. 728 C. Jud. dispose que les parties peuvent comparaître en personne (s'il s'agit d'une personne juridique, celle-ci peut comparaître en personne par ses organes compétents). Et l'art. 758 C. jud. dispose que : "les parties peuvent présenter elles-mêmes leurs conclusions et défenses, à moins que la loi n'en ait disposé autrement". Mais "le juge peut néanmoins leur interdire l'exercice de ce droit, s'il reconnaît que la passion ou l'inexpérience les empêche de discuter leur cause avec la décence convenable ou la clarté nécessaire" (art. 758, 2 C. jud.). Il n'est pas rare qu'un juge renvoie les parties à une audience ultérieure en conseillant à la partie qui comparaît en personne de consulter entretemps un avocat.

(35 - égalité d'armes) Un intéressant jugement du Tribunal civil de Liège⁵⁸ (en appel contre un jugement du juge de paix) a décidé que, lorsque le juge de paix et l'expert n'ont pas pu ne pas se rendre compte de l'incapacité d'une partie à assurer efficacement sa défense et de la nécessité de pourvoir à son assistance judiciaire, il y a violation du principe de l'égalité des armes.

(36 - exceptions) Il y a quelques exceptions assez importantes à la possibilité de procéder sans avocat.

1° L'assistance d'un avocat est obligatoire devant le Tribunal de la jeunesse (art. 55, 3 Loi sur la protection de la jeunesse du 8 avril 1965), dans une procédure de placement sous statut de minorité prolongée (art. 487 quinquies, 2 C.C.), dans une procédure d'internement ou de mise en liberté devant les juridictions appliquant la Loi de défense sociale (art. 28 L. du 1er juillet 1964). Dans ces procédures et dans quelques autres encore, l'avocat a le droit de consulter le dossier de son client (auprès du parquet ou d'une autre administration publique), même dans les cas où le client en personne n'a pas ce droit (cfr. de exemples sous II.2.b, 2° n° 71)

2° L'assistance est obligatoire devant la Cour d'Assises (art. 294 C. instr. crim.), mais pas nécessairement celle d'un avocat (l'avocat ou ami qui assiste ne représente pas la partie).

3° Le pourvoi en cassation en matière civile ne peut être introduit que par requête signée par un avocat à la Cour de cassation (art. 1080 C. jud.), et la réponse au pourvoi doit également être signée par un avocat à la Cour de cassation (art. 1092 C. jud.).

4° La requête civile doit être signée par trois avocats, dont deux au moins sont inscrits depuis plus de vingt ans au barreau (art. 1134 C. jud.)

5° En règle, l'intervention d'un avocat est également obligatoire pour l'introduction d'une demande sur requête unilatérale en matière civile s.l. (art. 1026, 5° C. jud.) (à distinguer de la requête contradictoire, qui n'est qu'une forme assouplie de la citation). Mais il y a beaucoup d'exceptions spécifiques (spéc. en faveur des huissiers de justice, parfois des notaires, parfois aussi de la partie en personne).

(37 - nécessité d'intervention d'un avocat, non d'assistance d'un avocat) Si c'est un avocat qui est partie au procès, l'intervention d'un autre avocat le représentant n'est pas nécessaire, même pas dans les cas nommés au n° 36. Mais, comme déjà dit, il ne convient pas que l'avocat plaide sa propre cause; le cas se présentera donc seulement s'il s'agit d'un avocat qui n'est que formellement partie au procès, qualitate qua (comme curateur de faillite, etc ...).

⁵⁸ Civ. Liège 12 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 133. J'ai commenté ce jugement dans le cadre de l'abus de circonstances, dans mon rapport "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaate proces- en bewijsrecht", *TPR*, 1990, p. (353 suiv., avec sommaire français, anglais, allemand et espagnol) 481, n° 87.

Questions III et IV B. - Les règles déontologiques en général et les sanctions disciplinaires.

(38) Nous préférons traiter d'abord des aspects formels et processuels de la déontologie des avocats, notamment des sources des règles déontologiques ainsi que de leurs sanctions disciplinaires, avant d'envisager le contenu de ces règles, contenu qui sera examiné lors de la discussion du rôle de l'avocat dans un procès (infra, Questions II et IV A.)

1. Corporations professionnelles.

(39 - Ordres d'arrondissement) Comme mentionné précédemment, les avocats en Belgique sont organisés en "Ordres", c'est-à-dire des corporations de droit public, à l'un desquels il est obligatoire de s'affilier pour porter le titre d'avocat. Sont "membres" de chaque Ordre (c'est-à-dire membres ayant le droit de vote), les avocats inscrits soit au tableau, soit depuis deux ans à la liste des stagiaires (art. 431 C. jud.). Sont organes de chaque Ordre, le "conseil de l'Ordre" (Raad van de Orde) et le "Bâtonnier" (Stafhouder), élus directement chaque année judiciaire par les membres de l'Ordre (art. 449-450, 454 C.jud.).

(40 - Ordre national) Les différents Ordres d'arrondissement et l'Ordre des avocats à la Cour de cassation forment ensemble l'Ordre national des avocats, dont le conseil général est composé des bâtonniers ou de leurs suppléants (art. 488-490 C. jud.). En dehors de ses membres, ce conseil général choisit entre autres un doyen et un vice-doyen.

2. Force obligatoire des règlements de l'Ordre national des avocats.

(41 - pouvoir réglementaire) Le conseil général de l'Ordre national des avocats est compétent d'arrêter des règlements *obligatoires* pour tous les avocats déterminant et unifiant les règles et usages de la profession d'avocat, ceci en raison des rapports qu'elle comporte entre les membres de barreaux différents (art. 494 et 501 C. jud.). Il ne s'agit donc pas uniquement de la compétence de déterminer des "règles de conflit" - comme certains barreaux l'ont prétendu au passé -, mais bien de déterminer des "règles uniformes"⁵⁹. Ces règlements ont donc "force de loi" à l'égard des avocats. Ceci explique que le procureur général près la Cour de cassation et le doyen de l'Ordre national peuvent former un recours en annulation devant la Cour de cassation (et non devant le Conseil d'état) pour excès de pouvoir, contrariété aux lois ou adoption irrégulière (art. 502 et 611 C. jud.).

Outre des règlements, le conseil général de l'Ordre national formule aussi des recommandations et des résolutions. L'Ordre national n'a pas de compétence disciplinaire (art. 501, 2 C. jud.).

(42 - intention d'harmonisation européenne) Par l'approbation, le 12 octobre 1989, du Code de déontologie des avocats de la communauté européenne, l'Ordre national des avocats a également souscrit à la déclaration d'intention consistant à interpréter et appliquer les règles déontologiques nationales en conformité, dans toute la mesure du possible, avec celles de ce Code européen (art. 1.3.2. du Code). Cela a au moins la valeur d'une recommandation à l'égard des Ordres d'arrondissement.

3. Compétences des conseils des Ordres d'arrondissement et valeur de leurs règlements.

(43 - compétence réglementaire ?) Au sens strict, les conseils des Ordres d'arrondissement n'ont pas le pouvoir d'arrêter des règlements obligatoires, c'est-à-dire ayant force de loi (comme règle générale)⁶⁰. Outre leur compétence "administrative" (admission des stagiaires, inscription au Tableau, etc., compétence exercée

⁵⁹ Comp. J. STEVENS, n° 165 et 196-197; BRAUN & MOREAU n° 926-929.

⁶⁰ *Dans ce sens*, E. BREWAEYS, inédit. *Contra* : BRAUN & MOREAU n° 698 et 700; P. LAMBERT, p. 147; J. STEVENS, n° 41-42 et 1052-1053. C'est pourtant le système de la loi, qui ne donne un caractère obligatoire qu'aux Règlements de l'Ordre national.

sans appel, cfr. supra et art. 456, 4 C. jud.), financière (ou plutôt "fiscale", art. 443 C. jud.), de contrôle des honoraires en cas de contestation (art. 459 C. jud.) et d'organisation du stage (art. 456, 5 C. jud.) ainsi que du Bureau de consultation et de défense, ils ont surtout une *compétence disciplinaire* (voy. infra, 4., n° 45 suiv.). En principe, ils *ne déterminent pas* les règles et usages de la profession, mais font que les sanctionner. La loi leur donne uniquement la compétence de "maintenir les principes de dignité, de probité et de délicatesse qui font la base de la profession" et de réprimer les infractions (art. 456, 2 et 3 C. jud.). Mais les conseils des divers Ordres d'arrondissement ont compris cette compétence dans un sens très large. D'abord, ils arrêtent des règlements; en-dehors des compétences précitées, ces règlements n'ont pas de base légale comme tels, mais peuvent être compris comme critères d'exercice de leur pouvoir disciplinaire, notamment comme une explication des "principes de dignité, de probité et de délicatesse" (en effet, les Conseils des Ordres d'arrondissement ont la compétence de réprimer ou punir par voie disciplinaire les infractions à ces principes). En outre, ils se réservent le droit d'agréeer ou d'autoriser *préalablement* (ou de soumettre à l'autorisation préalable du bâtonnier) beaucoup de choses, tels les statuts ou conventions de sociétés ou groupements, l'en-tête du papier à lettres, les brochures de cabinet ou informations juridiques diffusées aux clients ou aux tiers, les insertions d'annonces professionnelles dans des annuaires et répertoires, l'assignation d'un autre avocat en justice, l'assignation en recouvrement d'honoraires, la production en justice de la correspondance échangée entre les avocats, etc... etc... Parfois, ils vont encore plus loin, p.ex. en s'attribuant le pouvoir d'ordonner le retrait ou l'exclusion d'un avocat d'une association ou société, la dissolution d'une société. En fait, ils se sont même attribués le droit d'exclure eux-mêmes un membre d'une association ou société, en imposant aux avocats l'obligation de stipuler, dans les statuts ou conventions d'association, que l'associé qui a reçu l'ordre de retrait cesse automatiquement d'être associé⁶¹ !

Le fait que les Ordres arrêtent des règlements et déterminent ainsi *en fait* les règles et usages pour autant qu'ils ne soient pas déterminés par l'Ordre national, est devenu tellement normal, que les règlements de l'Ordre national se réfèrent aussi aux Règlements des barreaux (p. ex. en matière d'association). Il en est de même en ce qui concerne le pouvoir d'autorisation que les Ordres se sont attribués.

La légalité de certaines de ces attributions de pouvoir reste douteuse. Ainsi, la disposition d'un règlement qui obligeait l'avocat à accepter l'arbitrage en cas de contestation d'un état d'honoraires⁶² a été jugée nulle par la Cour d'appel de Gand⁶³.

(44 - compétence en matière d'honoraires) Une autre compétence non disciplinaire du conseil de l'Ordre, notamment celle d'obliger un avocat à réduire son état d'honoraires dans les cas où la fixation unilatérale excède les bornes d'une juste modération, a bien une base légale (art. 459, 2 C. jud.).

4. Pouvoir disciplinaire des Ordres d'arrondissement et voies de recours.

(45 - comportement pouvant être sanctionné) Quant aux Ordres des avocats, la loi a explicitement accordé à leur conseils le pouvoir de statuer sur des poursuites disciplinaires et de prononcer des peines disciplinaires (art. 456, 3, 460-461 C. jud.), et au bâtonnier le droit de prendre des mesures conservatoires (art. 464 C. jud.). De cette manière, ils peuvent sanctionner non seulement des fautes professionnelles ainsi que le non-paiement des cotisations à l'Ordre, mais toute atteinte aux "principes de dignité, de probité et de délicatesse", même s'il s'agit de faits de la vie privée. On enseigne généralement que cette norme générale suffit comme base légale et que le principe "nullum crimen, nulla poena, sine lege" ne s'applique pas aux juridictions disciplinaires⁶⁴. C'est probablement le pressentiment que le refus de ce principe ne pourra pas durer éternellement qui pousse les Conseils de l'Ordre à formuler pourtant les règles et usages en forme de Décisions de principe, Règlements ou Résolutions (*supra*, n° 43).

⁶¹ P.ex. art. 257, 4e du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

⁶² P.ex. art. 352 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

⁶³ Cour Gand, 28 mars 1988, Geerinckx c. Verstraete.

⁶⁴ Voy. la critique de K. GEENS, *Het vrij beroep*, n° 157.

a. Organes et saisine.

(46 - organes) Suite aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁵, la plupart des Ordres ont fait une distinction entre le "conseil de l'Ordre" (organe compétent selon la loi, notamment les artt. 456 et suiv. C. jud.) et le "conseil de discipline"⁶⁶, organe juridictionnel composé des membres du conseil de l'Ordre, sauf le bâtonnier et le rapporteur de l'affaire⁶⁷.

(47 - saisine) Ce conseil de discipline ne peut connaître d'affaires disciplinaires qu'à l'intervention du bâtonnier⁶⁸ (les tiers intéressés⁶⁹ et le Ministère Public peuvent évidemment intenter une procédure pénale ou civile). Le bâtonnier peut agir d'office, sur plainte, sur dénonciation écrite du procureur général, ou sur transmission par un juge d'un procès-verbal de constat d'un trouble causé par un avocat à une audience.

b. Procédure.

(48 - réglementation) La procédure est réglementée par les divers Ordres, qui doivent respecter évidemment les droits de la défense et les principes généraux de la procédure ainsi que toutes les règles de procédure du code judiciaire qui sont compatibles avec les principes d'organisation du conseil de discipline. La procédure décrite par le code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles est ici prise comme exemple.

(49 - instruction) Avant de décider le classement de l'affaire (éventuellement après une "admonestation paternelle"⁷⁰) ou la citation devant le conseil, le bâtonnier peut organiser une instruction. Lorsque le bâtonnier estime que l'affaire requiert une instruction, il désigne un rapporteur⁷¹ et communique cette décision à l'avocat concerné. Celui-ci doit alors être invité à s'expliquer (art. 379 Code).

(50 - procédure) Si le bâtonnier cite l'avocat devant le conseil (par lettre recommandée, art. 465 C. jud.), cette citation doit libeller les faits reprochés. L'avocat peut se faire assister par un conseil de son choix et le dossier doit être mis à sa disposition au moins 14 jours avant l'audience (art. 381 Code). Il peut récuser un ou plusieurs membres du conseil pour les raisons mentionnées à l'art. 828 C. jud. et même demander à la Cour de cassation le dessaisissement du conseil pour cause de suspicion légitime (demandes qui suspendent la procédure). Les débats ne peuvent être tenus à huis clos qu'à la demande de l'avocat concerné ou par décision motivée dans un des cas prévus par l'art. 6.1. Conv.E.Dr.l'H. Le bâtonnier ne participe pas aux débats (art. 383 Code).

⁶⁵ Spécialement les arrêts du 23 juin 1981, H. le Compte, Van Leuven & De Meyere c. Belgique, *J.T.*, 1981, 625 et du 10 février 1983, Albert & H. le Compte c. Belgique (après le refus de la Cour de cassation de s'incliner devant le premier arrêt !). Sur l'applicabilité de l'art. 6 aux procédures disciplinaires, voy. spéc. P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, thèse Leuven, Kluwer Antwerpen, 1989; P. LEMMENS & D. D'HOOGE, *Het recht van verdediging in tuchtzaken*, Antwerpen 1989; P. LAMBERT, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire", *J.T.*, 1988, 53; J. STEVENS, n° 1097 suiv.

⁶⁶ "Conseil de discipline" était historiquement le nom du Conseil de l'Ordre avant la réforme de 1967.

⁶⁷ P. ex. art. 378 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

⁶⁸ Art. 457 C. jud., comme interprétée par Cass., 2 juin 1983, *Pas.*, I, 1108, *R.W.*, 1983-84, 1963.

⁶⁹ Voy. sur cette question C. PANIER, "Considérations sur la situation juridique des tiers au regard des procédures disciplinaires dans les ordres professionnels", *Annales de la Faculté de droit de Louvain (Ann. Lv.)*, 1984, 377, K. GEENS, *Het vrij beroep*, n° 159; J. STEVENS, n° 1045.

⁷⁰ P. ex. art. 75 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

⁷¹ Art. 378 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, comp. art. 40 et suiv. du Règlement d'ordre intérieur de l'Ordre français de Bruxelles.

Après la clôture des débats, ni le bâtonnier ni le rapporteur assistent au délibéré (art. 378 Code). La sentence est rendue publiquement, sauf demande de l'avocat concerné ou décision motivée dans un des cas prévus par l'art. 6.1. Conv.E.Dr.l'H. (art. 386 Code).

c. Compétence

(51 - sanctions possibles envers les membres) En ce qui concerne les avocats membres de son Ordre (inscrits au Tableau ou sur la liste des stagiaires), le conseil peut, à son choix, avertir, censurer, réprimander, suspendre l'avocat (au maximum une année) ou rayer l'avocat (du tableau ou de la liste des stagiaires, radiation qui doit durer au moins 10 ans). Aux peines de la réprimande ou de la suspension, le conseil peut ajouter l'interdiction de prendre part au vote et l'inéligibilité (max. 3 c.q. 5 ans) (art. 460, 1-2 C.jud.).

L'art. 387 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles dispose qu'il doit prononcer une de ces peines lorsqu'il estime que les faits sont prouvés. D'autres barreaux lui laissent la possibilité de renvoyer l'avocat au bâtonnier (pour une "admonestation paternelle"), ce qui doit être considéré comme un acquittement, et rend donc la sentence susceptible d'appel par le procureur général⁷².

(52 - envers les autres avocats) Le conseil a la même compétence (avec quelques modifications de la procédure) à l'égard des avocats étrangers inscrits sur la liste des avocats étrangers établis auprès de son barreau⁷³ (à Bruxelles nommée "liste-B", inscription jusqu'ici nécessaire pour se grouper ou s'associer avec des avocats belges).

En ce qui concerne les avocats honoraires, l'unique sanction possible consiste à leur interdire le port du titre.

En ce qui concerne les avocats membres d'autres barreaux belges ou étrangers, le conseil peut leur interdire de plaider ou de représenter des parties devant les juridictions de son arrondissement (pour une durée maximale de 3 ans) (art. 458 C. jud). Elle peut se baser sur la déontologie nationale (Directive C.E. n° 77/249), sauf pour les "activités transfrontalières" d'un avocat étranger (c'est-à-dire, les activités d'un avocat d'un autre Etat-membre des C.E. qui ne se rend pas en Belgique), auxquelles s'applique le Code de déontologie européen.

d. Voies de recours.

(53) La sentence est notifiée à l'avocat inculqué et au procureur général (art. 466 C. jud.). Si la sentence est rendue par défaut, l'avocat peut former opposition (délai de 15 jours, par lettre recommandée). L'avocat intéressé et le procureur général peuvent interjeter appel devant le Conseil de discipline d'appel (présidé par le premier président de la Cour d'appel, et composé en outre de 4 assesseurs, appelés à siéger selon leur rang sur les listes établies par les bâtonniers des barreaux du ressort de la Cour d'appel) (art. 472 suiv. C. jud.). Devant ce conseil de discipline d'appel, le procureur général assiste à l'audience. L'avocat intéressé et le procureur général peuvent finalement déférer les sentences du conseil de discipline d'appel à la Cour de cassation. Et en principe, une requête en révision (auprès de l'instance qui a prononcé la condamnation) est possible si un élément nouveau paraît de nature à la justifier⁷⁴.

La procédure disciplinaire reste en tout cas totalement indépendante d'éventuelles procédures pénales ou civiles.

5. Des mesures conservatoires.

⁷² Conseil de discipline d'appel Gand 4 mars 1975, *R.W.*, 1974-75, 2425.

⁷³ P. ex. les art. 396-399 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

⁷⁴ P. LAMBERT, p. 688.

(54) Le bâtonnier peut prendre les mesures conservatoires que la prudence exige lorsque des faits reprochés à un avocat font craindre que l'exercice ultérieur de son activité professionnelle soit de nature à causer préjudice à des tiers ou à l'honneur de l'Ordre (art. 464 C. jud.). Ainsi, il peut faire défense à l'avocat de fréquenter le palais pendant une période n'excédant pas 3 mois, délai qui peut être prolongé par une sentence motivée du conseil de l'Ordre. Il peut demander au président du Tribunal de première instance, siégeant en référé, de désigner un séquestre avec mission de se mettre en possession des dossiers détenus par un avocat laissant son cabinet à l'abandon⁷⁵. Il peut interdire pour une période déterminée le maniement de fonds de clients ou de tiers à l'avocat qui ne respecterait pas les dispositions du Règlement concernant le maniement de fonds de clients ou de tiers⁷⁶.

Ces mesures conservatoires ne sont pas considérées comme des sanctions (disciplinaires) et ne sont - selon la Cour de cassation⁷⁷ - pas susceptibles d'appel. Toutefois, la prolongation du délai de 3 mois par le conseil de l'Ordre est susceptible d'appel (mais est exécutoire par provision) (art. 464 in fine C. jud.), bien qu'elle ne soit pas non plus tenue pour une peine disciplinaire.

⁷⁵ P. ex. une ordonnance Prés. Bruxelles 16 décembre 1977, citée par BRAUN & MOREAU, n° 806.

⁷⁶ Art. 5 Règlement de l'Ordre national des avocats du 19 janvier 1989

⁷⁷ Cass., 14 février 1986, *Pas.*, I, 742, décision critiquée par P. LAMBERT, *Règles et usages*, p. 642-644.

Questions II et IV A. - Le rôle de l'avocat dans un procès, ses obligations "déontologiques" et les sanctions de droit processuel.

1. Les obligations de l'avocat en tant que tel, d'une part, en tant que représentant de la partie, d'autre part.

(55 - obligations déontologiques et obligations procédurales) Le titre donné au rapport général dont celui-ci constitue le pendant national était "Professional ethics and procedural fairness". Il convient donc d'indiquer la relation entre, d'une part, les règles déontologiques de la profession d'avocat et d'autre part, les règles de droit matériel ou de droit processuel qui doivent garantir la bonne foi, l'honnêteté, la raison et l'équité des parties à une procédure (judiciaire ou extrajudiciaire). Pour aborder cette question, on peut partir de la constatation qu'en Belgique, la déontologie professionnelle des avocats est à ce point de vue plus développée que le droit processuel, ou plutôt, que cette déontologie ajoute une quantité de règles à celles qui sont prévues au Code judiciaire et y déroge même parfois. Il s'agit entre autres de nombreux devoirs d'avertissement, d'information, de coopération, etc., prescrits aux avocats dans leurs relations avec les confrères. La question se pose alors s'il s'agit de devoirs qui incombent uniquement aux avocats dans les relations précitées, ou s'il s'agit plus généralement de devoirs qui incombent à chaque partie à un procès dans le rapport (processuel) qu'elle entretient avec les autres parties, et, en conséquence aussi à leurs mandataires, spécialement leurs avocats. Dans la seconde alternative, le caractère déontologique de ces règles signifierait uniquement qu'elles sont aussi sanctionnées par voie disciplinaire, et non plus uniquement selon les règles du droit processuel ou matériel. Il est vrai que la relation entre les deux et l'éventuelle distinction présente peu d'intérêt pratique dès que toutes les parties en cause sont représentées par un avocat. Comme c'est généralement le cas en Belgique, la doctrine s'est peu souciée de cette question.

Bien que nombre de devoirs de ce genre soient, historiquement, d'origine déontologique, et non (ou pas encore) dictés par la loi, et qu'ils restent peu développés par la doctrine - pour la raison mentionnée -, la plupart de ceux-ci doivent, à mon avis, être respectés par toute partie à un procès, lorsqu'ils résultent des exigences de la bonne foi et du devoir général de prudence⁷⁸. Par contre, certains devoirs ne valent qu'entre avocats : c'est notamment le cas des devoirs de "déformalisation" (devoirs de poser certains actes de procédure de manière informelle, p.ex. la communication des pièces) ou de "flexibilité" (p. ex. d'accorder une remise amiable), parce qu'ils ne peuvent être mises à charge d'un avocat sans que celui ait la garantie que la contrepartie n'en abusera pas (en invoquant des nullités p.ex., ou en spéculant sur l'absence de preuves, ou en organisant une fraude).

2. Déontologie et bonne foi concernant les activités de l'avocat en général, et spécialement avant le procès.

a. Le mandat du client et les relations avec le client.

(56 - instruction par le client lui-même) Avant de gérer l'affaire du client, ainsi qu'avant tout acte de représentation du client (c'est-à-dire tout acte juridique posé au nom et pour compte du client), l'avocat doit s'assurer du consentement du client lui-même, sauf si les conditions d'une gestion d'affaires sans mandat sont réunies. Il doit en tout cas refuser de recevoir son mandat d'"agents d'affaires" qui prétendent représenter directement ou indirectement la partie ou qui recouvrent des créances ou centralisent des dettes pour leurs clients (cfr. supra n° 11)⁷⁹. Comme mentionné précédemment, en matière d'assurance défense en justice, on accepte que l'avocat se charge de la défense à la demande d'une compagnie d'assurances à condition que le libre choix de l'avocat ait été garanti de façon effective.

⁷⁸ Comp. mon rapport "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaot proces en bewijsrecht", *TPR*, 1990, p. 353 suiv., spéc. nos. 5, 9 et 14e.

⁷⁹ Adde l'art. 182 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles (Résolution de Bruxelles du 20 mars 1973) en ce qui concerne les conseils juridiques étrangers.

(57 - extension du mandat - relation entre parties) Lorsqu'un avocat reçoit l'instruction d'agir ou de défendre une partie en justice, cette instruction comporte en principe une procuration de poser toutes les actes utiles à la défense du client et à la direction de la procédure, excepté un certain nombre d'actes importants qui nécessitent selon la loi un mandat spécial. Mais même en dehors de ces exceptions, la partie représentée peut toujours, à l'égard de son avocat, apporter la preuve du contraire⁸⁰. Le contrat doit en effet être interprété selon les règles générales (art. 1135 C.C. : ce qui est exprimé ainsi que toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature)⁸¹. Cela ne veut pas dire qu'elle peut opposer ce défaut de procuration de l'avocat aux tiers, et notamment à la partie adverse (question traitée sous n° 131 et suiv.), mais l'avocat engagerait en tout cas sa responsabilité envers son client.

Parmi les actes qui nécessitent un mandat spécial, on peut distinguer deux catégories.

La première comporte les actes qui intéressent l'ordre public, notamment la récusation d'un juge (art. 835 C. jud.) et la prise à partie d'un juge (art. 1143 C. jud.). Dans ces deux cas, une procuration spéciale écrite doit être annexée à l'acte lui-même et l'existence du pouvoir spécial peut être vérifiée d'office par le juge.

Quant à la deuxième catégorie, le mandat ad litem de l'avocat ne lui accorde non plus la compétence de se désister de l'instance ou d'un acte de procédure (art. 820 respectivement 822 j° 824 C. jud.), d'acquiescer à un jugement (art. 1045 C. jud.), de se désister de l'action (art. 821 j° 824 C. jud.), de faire une offre ou de faire un aveu (art. 850 C. jud.). Il en est de même pour tout acte qui modifie le droit subjectif lui-même, ainsi que pour tout acte hors de la procédure, y compris la soumission d'un litige à l'arbitrage. La déontologie y a ajouté notamment l'élection de domicile⁸². Dans ces cas, l'extension du mandat de l'avocat est régie par les règles de droit commun (notamment les art. 1988-1989 C.C.⁸³). L'existence du pouvoir spécial ne peut être vérifiée d'office par le juge; elle peut en un certain sens être vérifiée par l'autre partie, question qui sera traitée *infra* sous n° 133.

Il convient de souligner que pour les hypothèses de la deuxième catégorie, il ne s'agit, dans le rapport entre parties, que d'une règle d'interprétation, qui peut être renversée. La vraie signification de la distinction entre les actes qui rentrent dans le mandat ad litem et ceux qui nécessitent un mandat spécial, concerne la relation "externe", entre le client et les tiers, examinée *infra* au nos. 131-133.

(58 - extension du mandat - conséquences du droit de conclure) En tout cas, la distinction entre les actes qui rentrent dans le mandat général ad litem et ceux qui n'en sont pas compris est difficile à effectuer. C'est particulièrement vrai quant à la différenciation entre "le droit de conclure", compris dans le mandat ad litem⁸⁴, et l'incompétence de faire un aveu sans mandat spécial. Pour comprendre la difficulté, il faut avoir à l'esprit que le droit de conclure comprend nécessairement le droit d'alléguer des faits juridiques et des moyens de preuve, et implique aussi nécessairement la possibilité de ne pas alléguer certains faits juridiques concevables ou certains moyens de preuve possibles. Les conséquences de ce droit ou de cette possibilité sont lourdes, en tout cas dans ces relations juridiques soumises au jugement du juge qui sont lors d'un procès "à la disposition des parties", c'est-à-dire les relations juridiques qui ne sont pas d'ordre public, et notamment la plupart des relations patrimoniales. Le procès de ces relations juridiques est régi en grande partie par le *principe dispositif* (beschikkingsbeginsel, principio dispositivo, Dispositions- und

⁸⁰ En ce sens p.ex. E. GUTT & A.M. STRANART-THILLY, "Examen de jurisprudence concernant le droit judiciaire privé", *Revue critique de jurisprudence belge (R.C.J.B.)*, 1973, (91) 146, n° 41.

⁸¹ Comp. H.C.F. SCHOORDIJK, "Volmachtoverschrijding door een advocaat of procureur. Een studie naar aanleiding van een Engelse appeal-case" *Advocatenblad* 1983, p. (173) 181.

⁸² Art. 130 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; J. STEVENS, n° 477.

⁸³ Art. 1988 C.C. : "Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès".

⁸⁴ BRAUN & MOREAU n° 296.

Verhandlungsmaxime)⁸⁵ : ce sont les parties qui décident si et dans quelle mesure elles veulent faire valoir leur droit, et elles le font en donnant leur interprétation de la relation juridique. Cette relation n'est soumise à l'appréciation du juge que dans la mesure où elle comparait à travers les moyens des parties. Le principe dispositif limite les effets juridiques que le juge peut prononcer, à ceux qui ont été demandés par une des parties et qui peuvent être déduits des faits juridiques allégués par la partie dont les conclusions sont acceptées. En ce qui concerne les moyens de preuve, le principe ne vaut que partiellement : le juge peut prendre d'office certaines mesures d'instruction.

Ce principe a pour conséquence qu'un certain nombre de "charges" (Obliegenheiten, lasten) incombent aux parties à une procédure, charges que je nomme 1° la charge de la demande, 2° la charge de la défense (charge de la négation de la demande), 3° la charge de l'allégation de faits juridiques et 4° la charge de la contestation des faits allégués. Ces diverses "charges" ont été traitées dans mon rapport au 34ième Congrès de la Vlaamse Juristenvereniging⁸⁶ en sorte que cet exposé se limitera aux conséquences pouvant découler des conclusions ou défaut de conclusions des avocats lors d'une procédure.

1° la charge de la demande : "ne procedat iudex ex officio" : pour faire valoir ses droits en justice, il faut formuler une demande dans les formes prévues par la loi et il faut préciser l'objet de la demande (l'effet juridique demandé). L'objet de la demande limite la compétence du juge ainsi que l'autorité de la chose jugée (art. 1138, 2 c.q. 23 C. jud.). Si l'avocat oublie de demander un certain effet juridique, le juge ne pourra l'allouer.

2° la charge de la défense (charge de négation de la demande) : sous réserve de l'ordre public, le juge doit accueillir la demande et accorder la chose demandée, non seulement lorsque le défendeur reconnaît le bien-fondé de cette demande, mais aussi lorsqu'il ne la contredit pas, fût-ce en se référant à justice, pourvu que la demande soit admissible (= recevable). Cela ne veut évidemment pas dire que le défendeur ne pourrait plus contredire ultérieurement la demande, notamment en usant d'un moyen de recours (opposition, appel, pourvoi en cassation, requête civile en révision, etc...), mais aussi longtemps qu'il ne le fait pas (ou s'il laisse écouler les délais prescrits pour ces moyens de recours), le juge ne peut en débouter le demandeur. L'opinion dominante⁸⁷ est que cette règle ne s'applique pas en cas de défaut du défendeur, opinion que j'ai contestée ailleurs⁸⁸.

3° la charge de l'allégation (aanvoeringslast, Behauptungslast): en cas de contestation de la demande, le demandeur a la charge d'alléguer des faits juridiques auxquels le juge peut attribuer, au moyen d'une règle juridique reconnue (parfois d'une règle de preuve), l'effet juridique demandé : "*iudex secundum allegata (et*

⁸⁵ Voy. entre autres J. EGGENS, "De beginselen van het burgerlijk bewijs", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 291 suiv.; S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Cedam Padova, (9) 1981, n° 93; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant Bruxelles 1966, nr. 32 v.; J. E. KRINGS et B. DECONINCK, "Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", Préavis Association pour l'étude comparée du droit en Belgique et aux Pays-Bas, *TPR*, 1982, (655) nr. 5 v.; R. SOETAERT, "Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story, Bruxelles 1986, (51) 53.

⁸⁶ "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaatrecht en bewijsrecht", *TPR*, 1990, p. (353) 491-505 nos. 98-109.

⁸⁷ Entre autres A. KOHL, "Pouvoir et devoir du juge statuant par défaut", *J.T.* 1972, 329; J.E. KRINGS, obs. sous Cass. 16 janvier 1976, *Arrêts de la Cour de cassation (Arr.)*, 579; J.E. KRINGS, in *Rapports belges au XIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé Caracas 1982*, Kluwer Antwerpen/ Bruylant Bruxelles 1985, II, (21) 26 v.; R. RASIR & P. HENRY, *La procédure de première instance dans le code judiciaire*, Larcier, 60; Cass. 13 juin 1985, *Arr.*, 1423, *Annales de la Faculté de droit de Liège (Ann. Lg.)*, 1986, 121 obs. A. FETTWEIS, "Absens, si bonam causam habuit, vincet"; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhouding met de bewijsvoering", *R.W.*, 1989-90, (1003), 1013.

⁸⁸ Cpr. mon rapport au *TPR*, 1990, (353) 494-495 n° 100. Dans le même sens R. de CORTE & J. LAENENS, "De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek", *TPR*, 1980, p. (447) 496 suiv., n° 118 suiv.

probata) partium iudicat". Cette règle doit à mon avis être expliquée par la technique de légitimation choisie par notre droit, technique qui consiste à obliger le juge à formuler son jugement comme une conclusion d'un jugement en fait (formé au moyen d'une règle de preuve, règle en principe cognitive) et d'un jugement en droit (formé au moyen d'une règle de droit substantielle, règle en principe normative)⁸⁹. A mon avis, cette distinction entre le fait et le droit n'est donc pas du tout "naturelle", mais le résultat de la manière dont les parties thématisent leur relation réciproque⁹⁰ et dont elles découpent cette relation en différents points litigieux (points qui seront traités séparément sous réserve de l'indivisibilité de certains moyens de preuve, comme p.ex. l'aveu - art. 1356, 3 C.C). Ces faits juridiques - qui ne correspondent donc pas nécessairement à des faits extrajudiciaires⁹¹ - forment la "cause de la demande", qui ne peut être modifiée par le juge, et qui détermine également l'autorité de la chose jugée (art. 1138, 2 c.q. 23 C. jud.).

Cette charge ne comporte pas celle d'invoquer des règles de droit au moyen desquelles le juge peut attribuer aux faits allégués l'effet juridique demandé ("curia novit ius")⁹², bien que le juge soit obligé d'ordonner la réouverture des débats avant de fonder sa décision sur une règle de droit différente de celle invoquée par la partie à laquelle il entend donner raison, si cette partie ne s'est pas bornée à alléguer uniquement des faits.

4° la charge de la contestation des faits allégués : exactement de la même manière avec laquelle il doit accueillir la demande non contestée, le juge doit tenir pour vrai les faits juridiques allégués par une parties et non contestés par l'autre⁹³ - et cette fois-ci même en cas de référé à justice - non pas parce que le manque de contestation équivaldrait un aveu, mais simplement parce que la compétence du juge est limitée à la contestation. Si toutefois la reconnaissance ou la non-contestation du fait allégué s'accompagne d'une exception qualifiante ou d'une exception clausulante en relation suffisante⁹⁴ avec les faits allégués, cette reconnaissance ou non-contestation ne peut être divisée, c'est-à-dire séparée de cette exception (art. 1356, 3

⁸⁹ Comp. J.H. NIEUWENHUIS, "Legitimatie en heuristiek in het rechterlijk oordeel", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1976, p. 512 suiv. Comp. également M.L. STORME et M.E. STORME, *Algemene Inleiding tot het recht*, Kluwer Antwerpen (8) 1990, p. 25 n° 24 et p. 37, nr. 33; N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 30, 38-53.

⁹⁰ Comp. R. MARTIN, "Le juge devant la prétention", *Dalloz* 1987, *Chron.* VIII, 37-38.

⁹¹ Dans ce sens F. RIGAUX, "L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé", *R.C.J.B.* 1973, nr. 22, "La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger", *R.C.J.B.* 1982, (38) nr. 10; J.E. KRINGS et B. DECONINCK, "Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", Préavis, *TPR*, 1982, 655 v.; J.E. KRINGS, "L'office du juge dans la direction du procès", *Mercuriale* 1983, *R.W.* 1983-84, 337 et *J.T.*, 1983, 513 suiv., nos. 16-17 et 28 suiv., spéc. 31.

Comp. p. ex. Cass. 9 janvier 1969, NMWL c. S.C. Heinen, Min. Travaux publics, cassation, *Arr.*, 450; Cass., 13 juin 1974, Van Nevel, Popelier c. Van Simaeyns c.s., cassation, *Arr.*, 1130; Cass. 10 mars 1977, Bontemps c. Prevers c.s., cassation, *Arr.*, 755; Cass. 20 mars 1980, Citadel de Dinant c. Toussaint, cassation, *Pas.*, 887; Cass. 21 mars 1986, Blancquart c. Struyf et Preckler, *Arr.*, 460; Cass. 17 avril 1986, FMC c. Verlipack, cassation, *Arr.*, 505; Cass. 12 mars 1987, Ville de Verviers c. B c.s., *R.W.* 1987-88, 344, cassation; Cass. 27 juin 1988, *R.W.* 1988-89, 224, rejet.

En sens contraire, entre autres A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit Liège 1985, p. 67 n° 57; J. van COMPERNOLLE, "L'office du juge et le fondement du litige", *R.C.J.B.*, 1982, 14 suiv.

⁹² Cass., 24 novembre 1978, Instituut Bunge c. COO Hoboken, cassation, *Arr.* 1978-79, 341, *R.C.J.B.* 1982, 5, observations entre eux discordantes de J. van COMPERNOLLE et de F. RIGAUX.

⁹³ Comp. Cass. 25 octobre 1979, Vigny c. Cie. Decauville, *Arr.* n° 138, rejet; G. STEVIGNY, "De bewijslast in het burgerlijk proces", *R.W.*, 1957-58, (129) n° 26; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, n° 32 a, 2° et 41; S. STIJNS, *R.W.* 1989-90, (1003) 1007; Avocat-général G. D'HOORE, conclusions Cass. 15 février 1991, *R.W.*, 1991-92, p. (15) 17; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, n° 93 et 103; ZPO § 138, III.

⁹⁴ Voy. à cet égard mon rapport, *TPR* 1990, p. (353) 471 n° 81.

C.C.), problème connu et que je ne traiterai pas. Que la non-contestation ne forme pas un aveu⁹⁵, implique que la partie défenderesse peut en principe encore toujours contester le fait en temps utile, mais implique aussi que la non-contestation rentre dans le mandat ad litem de l'avocat⁹⁶ ...

Les exigences de la bonne foi au procès civil impliquent à mon avis que la contestation des faits allégués doit être faite de manière précise et motivée et qu'une contestation globale ne vaut donc pas contestation⁹⁷, sauf preuve de leur inexactitude : il s'agit donc plutôt d'un renversement de la charge de la preuve comme sanction de l'aggravation de cette charge de l'autre partie⁹⁸.

Il résulte de ces charges que le silence de l'avocat peut avoir des conséquences aussi lourdes qu'un aveu, comme d'ailleurs l'inactivité durant le délai prescrit pour les moyens de recours peut avoir les mêmes conséquences qu'un acquiescement, ce qui démontre la relativité des limites du mandat ad litem.

(59 - qualification du contrat) L'analyse de la relation contractuelle entre un avocat et son client est traditionnellement compliquée par l'ambiguïté de la notion de mandat en langue juridique française, ce qui mène presque tous les auteurs à distinguer dans cette relation deux types de contrat - l'entreprise et le mandat - et de scinder ainsi les activités de l'avocat en deux. Nous contestons cette scission, à notre avis artificielle⁹⁹. Elle résulte de la confusion de deux significations du terme mandat : celle de "procuration" et celle d'"entreprise de services" (louage de services ou louage d'industrie intellectuelle, "opdracht", Auftrag). Dans la conception traditionnelle, on distingue deux types de contrats, le "mandat" et "l'entreprise", selon qu'il s'agit *principalement* de l'exécution d'actes juridiques (représentation immédiate ou médiante) ou d'actes matériels (non-juridiques). A mon avis, le mandat au sens strict de procuration, comme défini par l'art. 1984 du C.C., comporte *uniquement* des actes juridiques. Le mandat pur, c'est-à-dire comportant *uniquement* des actes juridiques, est une chose qui fait rarement l'objet exclusif d'un contrat et constitue plutôt l'objet d'un service d'ami. Il s'agit donc rarement d'un contrat à part entière, mais presque toujours d'un aspect dans le cadre d'un autre contrat, principalement celui d'entreprise de services (ou éventuellement celui de travail, de société, d'entreprise d'ouvrage, de transport, ou d'édition). Dans la relation entre un avocat et son client, il ne s'agit donc pas de différents contrats, mais d'*un* type de contrat, le contrat d'entreprise de services, qui peut comporter aussi bien des actes juridiques (principalement de représentation) que d'autres activités, dont la séparation est tout à fait artificielle - la plupart du temps, l'objet de ce contrat est la gestion d'une "affaire". Il n'y a donc pas de sens à rechercher les règles qui gouvernent les relations entre un avocat et son client dans l'institut de la représentation (procuration). Le contenu du contrat d'avocat dépend des instructions du

⁹⁵ Cass. 18 septembre 1964, Guédin-Dierckx c. Charon, cassation, *Pas.*, I, 61, *J.T.* 1965, 120. Comp. R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980, p. (447) 491-492 nr. 111.

⁹⁶ Contra, en ce qui concerne la relation externe (à l'égard des tiers) H.C.F. SCHOORDIJK, *Advocatenblad* 1983, p. (173) 183, qui met l'action et l'abstention sur le même pied.

⁹⁷ Comp. Marcel STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, n° 205; E.M. MEIJERS, obs. sous Hoge Raad 18 décembre 1925, *Nederlandse Jurisprudentie (N.J.)*, 1926, 228; J. Ph. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Bohn, Haarlem 1928, I, nr. 367 v.; S. GERBRANDY, "Rechtspraak opover de deugdelijkheid van het verweer in burgerlijke zaken", *NJB*, 1952, 369 v.; C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 179-180 nr. 207; HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van nederlands burgerlijk procesrecht*, VUGA 's Gravenhage, (15) 1988, nr. 64; P.A. STEIN, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Kluwer Deventer (2) 1970, 97; A. HAMMERSTEIN, "Te goeder trouw procederen", *TPR*, 1989, 1601.

⁹⁸ Comp. Marcel STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, n° 205; R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*; Mohr Tübingen 1976; P. ARENS, "Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partie im Zivilprozeß", 96. *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)*, 1983, 1 suiv.; R.J. TJITTES, "Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onrdelijk bewijsrisico voor diens wederpartij", *NJB* 1988, 1128; A. HAMMERSTEIN, *TPR*, 1989, 1601; H. SCHOORDIJK, "De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht", *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie (WPNR)*, 5937, 684. Voy. p.ex. Cour Bruxelles 2 novembre 1989, s.a. Cockerill-Sambre c. Louterman e.a., *J.L.M.B.* 1989, 1475, *Journal des Procès*, n° 161, 30 obs. B. JADOT et F. OST.

⁹⁹ Comp. mon *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, n° 156.

client, bien que l'on puisse évidemment y reconnaître des obligations générales comme - de part et d'autre - des obligations de loyauté, d'information, d'avertissement, de vérification, de correction dans les paiements, etc ..., à mesurer au critère du "bon père de famille" (comp. les artt. 1992 et 1374, 1 C.C.). Certaines de ces obligations seront davantage explicitées lors du traitement de diverses activités de l'avocat (infra, 2. C. et suivants). Il nous suffit pour le moment de mentionner quelques règles qui gouvernent la relation entre un avocat et ses clients en général, notamment 1° l'obligation de continuer la gestion commencée ou acceptée jusqu'au moment où le client (ou un avocat succédant) est en état de reprendre sa gestion (artt. 1372 et 1991, 2 C.C.), 2° l'obligation d'informer le client de l'état de l'affaire, spécialement lorsque les frais augmentent plus que prévu, 3° la défense de porter en compte au client des frais inutiles ou des services non demandés ni utiles ni nécessaires (artt. 1375 et 1999-2000 C.C.), 4° l'obligation de rendre compte de sa gestion (art. 1993 C.C.), 5° l'obligation de restituer les pièces reçues en dépôt, 6° l'obligation de transférer les choses obtenues pour le compte du client, etc ...

b. Le secret professionnel

(60 - droit au secret et autres valeurs en cause) Avant de donner quelques détails concernant diverses missions de l'avocat, il convient de traiter de l'aspect le plus important et le plus délicat de l'activité de l'avocat : le secret professionnel. Comme à "toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, de secrets qu'on leur confie", il est interdit aux avocats de révéler ces secrets, et cette obligation de maintien du secret professionnel est dans ces termes pénalement sanctionnée (art. 458 C. Pénal, "hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets", cfr. *infra* nos. 62 et 63). D'autre part, un avocat est, en principe, aussi bien en tant que tel que comme représentant d'une partie, en principe obligé de respecter la bonne foi, l'honnêteté, la raison et l'équité dans les procédures et autres relations juridiques dans lesquelles il intervient. Il est clair que ces deux principes peuvent souvent être en conflit et qu'il n'est pas facile de trouver un équilibre entre les intérêts et valeurs en question. Les auteurs et autorités disciplinaires des avocats belges ont une conception très absolue et très élargie du secret professionnel, conception à mon opinion parfois trop absolue ou trop élargie¹⁰⁰. Cette doctrine donne souvent l'impression de considérer le secret professionnel comme une valeur en soi, et oublie d'en chercher les fondements. Elle oublie surtout que le secret professionnel est une exception à une règle plus générale, le *droit à la vérité*, et que c'est donc bien le secret qui devrait être interprété restrictivement, et non l'exception au secret¹⁰¹. En tout cas, j'essayerai de vous esquisser une position équilibrée, en indiquant à quels points l'opinion dominante est plus absolue ou plus élargie quant au secret professionnel.

1° Fondement du secret professionnel.

(61 - relation de confiance) Pour apprécier l'étendue et le caractère obligatoire du secret professionnel, il faut d'abord indiquer son fondement. Il y a d'abord un fondement "contractuel", ou, d'une manière plus générale, un fondement dans la relation entre la personne dépositaire d'un secret et le déposant (relation qui n'est pas toujours de nature contractuelle). En effet, seul est tenu au secret professionnel, celui qui a *par (état ou par) profession* eu connaissance d'un secret qu'on lui confie. En général, il y a donc *une relation de confiance*, relation souvent contractuelle, et c'est cette relation qui engendre des droits et des obligations, entre autres une obligation de loyauté, dont le secret professionnel est l'aspect le plus important. Dans d'autres professions que celle d'avocat, il s'agit parfois d'une relation imposée au client, qui est obligé de révéler des informations à quelqu'un tenu par le secret professionnel (pour les avocats, ceci vaut dans les relations avec les autorités disciplinaires, notamment le bâtonnier et le Conseil de l'Ordre).

¹⁰⁰ Pour s'en convaincre, il suffit de lire p.ex. la disposition apodictique de l'art 183 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles : "Le secret professionnel est absolu et d'ordre public. Il s'étend à tout ce que l'avocat apprend ou constate dans l'exercice de sa mission" (!?). Comp. les critiques de P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 195-196.

¹⁰¹ Comp. L'article du doyen F. van NESTE, "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden", *R.W.* 1977-78, (1281) 1286 suiv.; J.B.M. VRANKEN, "Het professionele verschoningsrecht", *Préavis*, 116. *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1986, 122 n° 63.

(62 - la bonne administration de la justice) Mais restons dans le domaine de l'avocat. L'existence d'une telle obligation contractuelle (ou engendrée par une relation juridique similaire), et donc d'un droit contractuel (ou similaire) du déposant du secret n'implique pas nécessairement que ce droit au secret ait toujours la priorité aux droits que des tiers pourraient avoir contre ce déposant, droits auxquels correspond souvent également une obligation du dépositaire du secret de coopérer à leur respect. Pourtant, une telle priorité est accordée au droit au secret, et d'une manière assez absolue, lorsqu'il s'agit d'une "profession" comme celle de médecin, pharmacien, sage-femme, avocat, réviseur d'entreprise etc... En effet, la loi les oblige rarement à faire connaître ces secrets, et en ce qui concerne l'avocat, il semble n'exister aucune disposition légale de ce genre (en tout cas en ce qui concerne les secrets qui sont considérés rentrer dans l'exercice de la profession), bien que la discussion reste - à mon opinion - ouverte en ce qui concerne des obligations qui incombent à tout le monde, comme l'obligation de déclaration de tiers-saisie (art. 1452 C. jud., *infra* nos 79-80) ou l'obligation de donner avis au procureur du roi des attentats à la sûreté publique, la vie ou la propriété d'un individu dont on a été témoin (art. 30 Instr. crim., *infra*) ou l'obligation de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave (art. 422bis C. pén., *infra* n° 63), en laissant encore de côté l'obligation de produire des documents sur ordonnance du juge dans le cas de l'art. 877 C. jud. ou 452 C. Instr. crim. (*infra*, n° 78).

Cette priorité, que nous ne mettons pas non plus en doute dans la plupart des cas, s'explique par la considération selon laquelle il est d'intérêt général que chacun puisse faire appel à un membre des professions concernées avec la certitude de pouvoir révéler ses secrets sans danger de divulgation à des tiers. Dans sa remarquable thèse de doctorat sur la profession libérale en général, le prof. K. Geens explicite cet intérêt général (qui est généralement invoqué, mais rarement expliqué) : il s'agit d'inciter (ou même imposer à) ceux qui n'en ressentent pas le besoin comme tel, de faire appel à un expert pour pourvoir à ce besoin, si l'absence de pareil appel peut mettre en cause l'intérêt des tiers ou des valeurs sociales généralement admises (santé publique, sécurité publique, aménagement du territoire, *bonne administration de la justice*, loyauté publique). En d'autres mots, notre droit part de la supposition que finalement, l'administration de la justice est mieux servie par un système où les justiciables se font assister par un avocat, lié par le secret professionnel, que par un système où les avocats ne sont pas liés par un devoir de maintenir ce secret, mais où les justiciables ne leur font pas de confidences ou ne demandent pas leur assistance¹⁰². "Le secret professionnel n'est pas une valeur en soi, mais un moyen de protéger certaines valeurs déterminées"¹⁰³, notamment, en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat, *les droits de la défense*¹⁰⁴. C'est en ce sens - et uniquement en ce sens - que le droit du déposant d'un secret au maintien de celui-ci par le professionnel dépositaire est *d'ordre public*. Et ce sont ces considérations qui exigent que le recours, par un client, à un avocat et la confession des secrets dans le cadre de sa défense, ne puissent lui nuire, c'est-à-dire procurer aux tiers des droits ou des moyens à l'encontre ce client, qu'ils n'auraient pas eu sans ce fait.

(63 - limites du secret) Cette ratio legis nous donne ainsi l'étendue et la force du secret professionnel, mais aussi ses limites :

1° Si le fait de faire appel à un avocat et de lui confier des secrets, ne peut nuire au client, de même celui-ci ne peut en profiter, au sens où ce fait ne peut nuire aux tiers ou les priver de droits ou moyens qu'ils auraient eu autrement contre lui. J'aimerais caractériser cet équilibre par la notion de "*neutralité*" du secret professionnel quant aux relations entre le déposant du secret et les tiers.

¹⁰² Nous déplorons avec J.B.M. VRANKEN, Préavis, n° 25, le fait qu'il n'existe aucune étude empirique pouvant confirmer ou réfuter cette présupposition.

¹⁰³ P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Nemesis Bruxelles 1985, p. 36.

¹⁰⁴ *Contra* J. STEVENS, 418 n° 812, qui hypostasie ce secret en le fondant sur la "nature de la profession d'avocat", et d'une manière encore plus oratoire (et arrogante), E. REUMONT, "Le secret professionnel des avocats", *J.T.*, 1948, 585 suiv.

2° Il est des situations où le maintien du secret professionnel peut mettre en cause une valeur sociale plus importante que les droits de la défense, p.ex. la vie humaine (comp. en matière de secret médical, Cass. 13 mai 1987¹⁰⁵). Cette conception de la relativité du secret professionnel dans les conflits de valeur a été défendue e.a. par P. Lambert¹⁰⁶). Il serait même aberrant de recommander au professionnel de ne pas user de cette "faculté", là où l'art. 30 C. Instr. crim. oblige "toute personne qui aura été témoin d'un attentat à la sûreté publique, la vie ou la propriété d'un individu, d'en donner avis au procureur du roi" (ce qui ne sera pas souvent applicable¹⁰⁷), et là où l'art 422 bis C. pén., disposition beaucoup plus prégnante pour notre problème¹⁰⁸, punit celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave, soit qu'il ait constaté lui-même la situation de cette personne, soit que cette situation lui soit décrite par ceux qui sollicitent son intervention, et à condition que l'abstention pouvait intervenir sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui. Si l'on doit choisir - dans un pays où la peine capitale n'est plus d'application - entre la vie humaine et le droit au silence d'un criminel, comment peut-on douter ?¹⁰⁹

La conclusion peut être dégagée qu'en matière de secret professionnel, les mêmes "faits justificatifs" doivent être pris en considération que cela soit en droit pénal ou civil en général¹¹⁰. A mon avis, cette relativisation du secret professionnel par la mise en balance de la valeur protégée par le secret professionnel et des autres valeurs en cause, peut mener à des résultats variables selon la profession, parce que le fondement des différents secrets professionnels est autre, bien que la technique en soit fondamentalement la même¹¹¹.

2° Le droit au maintien des secrets confiés à l'avocat et l'obligation de maintenir le secret professionnel.

(64 - obligation et exceptions légales) Avant d'exposer quels secrets ou confidences sont couverts par le droit et l'obligation au secret professionnel, nous indiquons les divers droits et obligations dont il peut s'agir ainsi que les relations pour lesquelles ils sont d'application.

L'obligation au maintien du secret professionnel ("zwijgplicht") est pénalement sanctionnée (art. 458 C. Pénal), hors le cas où le professionnel est appelé à rendre témoignage en justice et celui où la loi l'oblige à

¹⁰⁵ *Pas.* n° 535, *J.L.M.B.*, 1987, 1169, obs. Y. HANNEQUART. Avant cette arrêt, l'idée se retrouvait e.a. chez P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 36-37. Comp. aussi Cour Liège (ch. mises en acc.) 6 mars 1985, *J.L.*, 661 obs. F. PIEDBŒUF.

¹⁰⁶ *Le secret professionnel*, 42 suiv. Comp. aux Pays-Bas D. HAZEWINKEL-SURINGA, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem 1959, 99; J.J.I. VERBURG, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, Tjeenk Willink, Groningen 1975, n° 146; A. de NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *R.C.J.B.*, 1989, p. (588) 608 suiv.

Beaucoup plus prudent J. STEVENS, 420 n° 815.

¹⁰⁷ En effet, l'obligation n'incombe évidemment pas à l'avocat qui est informé de l'attentat après coup, et dans l'exercice de sa profession, mais uniquement à celui qui en était témoin. En outre, c'est uniquement le crime qui doit être dénoncé, et non les informations ultérieures que l'on a de l'inculpé. Mais après avoir été témoin de l'attentat, l'avocat ne peut se présenter comme conseil du prévenu pour se soustraire à son devoir d'en donner avis au parquet, Cass. 27 mars 1905, *Pas.*, I, 176. Comp. J.J.I. VERBURG, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, n° 59.

¹⁰⁸ Voy. Ch. acc. Liège, 6 mars 1985, *J.L.*, 1985, 661 obs. F. PIEDBŒUF. Les seuls (autres) auteurs qui semblent avoir vu le problème sont H. van GOETHEM, *Jura Falconis* 1981-82, 212-213; J. du JARDIN, "La jurisprudence et l'abstention de porter secours", *Revue de Droit pénal*, 1983, p. (955) 986; P. ARNOU, "Raadsman en mededader", *R.W.*, 1988-89, (969) 976; A. de NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *R.C.J.B.*, 1989, p. (588) 608.

¹⁰⁹ Dans notre sens F. van NESTE, *R.W.* 1977-78, 1281 suiv.

¹¹⁰ Comp. P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 46.

¹¹¹ Le dernier point est accentué par P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 13 suiv.

faire connaître ces secrets. Lorsque l'avocat est appelé à rendre témoignage en justice, il n'est certainement pas obligé de témoigner; une révélation comme témoin en justice reste en principe une violation de ce devoir contractuel, ainsi que des règles déontologiques¹¹², mais n'est pas sanctionnée pénalement.

(65 - déliement par le client ?) Le fait que le secret professionnel soit d'intérêt général et pénalement sanctionné, a-t-il pour conséquence que l'obligation au maintien de ce secret est d'ordre public et que le déposant du secret ne peut délier le dépositaire de cette obligation ? On l'enseigne traditionnellement¹¹³. Je me permets pourtant de contester cette opinion. Le fait que la loi accorde à des individus des droits (et impose donc des obligations à d'autres) parce qu'il est d'intérêt général que ces individus soient titulaires de ces droits, ne confère pas à ceux-ci le caractère d'ordre public : il est d'intérêt général de pouvoir exiger l'exécution des contrats valablement consentis, de ne plus pouvoir réclamer l'exécution d'une obligation après l'écoulement du délai de prescription, d'accorder à celui qui gère les affaires d'autrui le droit de récupérer ses frais, etc ...; pourtant la force obligatoire d'un contrat individuel, la prescription d'une créance concrète, le droit au paiement des frais ne sont pas d'ordre public. L'intérêt général en cause n'exige pas que tout ce qui est confié à un professionnel reste éternellement secret; l'intérêt général requiert uniquement que celui qui confie un "secret" à un professionnel ait le droit d'exiger de celui-ci la tenue du secret, ou plus exactement, que le fait de confier un "secret" à un professionnel ne le mette pas dans une position plus désavantageuse à l'égard des tiers. A notre avis, le déposant d'un secret peut donc, en principe, délier le dépositaire de son obligation au maintien du secret¹¹⁴.

Ce qui est bien exact, c'est qu'un tel consentement doit être entièrement libre, et que cette liberté ne peut être garantie que si l'avocat garde le *droit* de maintenir le secret professionnel ("zwijgrecht" ou "verschoningsrecht"), même s'il en est délié par le déposant¹¹⁵. Mais, à notre avis, il n'en a plus l'*obligation* ("zwijgplicht") s'il juge le consentement de son client suffisamment éclairé et libre. Il est vrai que, même dans une telle situation, un avocat prudent ne révélera lui-même qu'exceptionnellement le secret, et qu'il laissera à son client la liberté de le faire lui-même. Mais des exceptions à cette règle de prudence sont généralement reconnues s'il s'agit de communiquer des informations à d'autres professionnels choisis par le client (p.ex. son expert comptable ou réviseur d'entreprise, son notaire, son détective, etc ..., cfr. *infra* n° 68), pour la raison que l'avocat est généralement plus apte à communiquer les informations pertinentes.

¹¹² P. ex. l'art. 185 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, Recommandation de l'Ordre de Bruxelles du 21 octobre 1980.

¹¹³ P.ex. BRAUN & MOREAU n° 472 et 478, se référant au Conseil de l'Ordre de Liège 4 juillet 1933. L'expression "d'ordre public" se retrouve entre autres dans Cour Gand, 9 janvier 1900, *Pas.*, II, 193; et Cour Bruxelles, 18 juin 1974, *Pas.* 1975, II, 42.

¹¹⁴ Dans notre sens C. DOUXCHAMPS, *De la profession d'avocat et d'avoué*, Larcier Bruxelles 1907, p. 311-312; S. SASSERATH, "Quelques considérations sur le secret professionnel des magistrats et des avocats", *R.D.Pén.*, 1948-49, 138 suiv.; F. van NESTE, *R.W.* 1977-78, (1281) 1293-1294; F. ERDMAN, *Het beroepsgeheim naar belgisch recht*. Préavis Association pour l'étude comparée du droit en Belgique et aux Pays-Bas 1984, p. 22-23; R.O. DALCQ, "Expertises civiles et secret professionnel des médecins", *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Story Bruxelles 1991, p. 495 suiv.

¹¹⁵ F. van NESTE, *R.W.*, 1977-78, (1281) 1293-1294; F. ERDMAN, *Het beroepsgeheim naar belgisch recht*, p. 23. Cette position n'est pas encore assez radicale pour J.B.M. VRANKEN, "Het professionele verschoningsrecht", Préavis, 116. *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1986, n° 51-55, qui donne d'ailleurs de bons arguments pour considérer le droit de l'avocat de maintenir le secret professionnel comme un droit qui est à la disposition du client seul. Est également assez radicale, la position de R.O. DALCQ, in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, p. 500-501.

(65bis - divulgation dans l'intérêt du client : droit ou obligation ?) S'il est dans l'intérêt du client déposant de parler, son avocat en a même l'obligation envers ce client¹¹⁶. Ainsi, lorsqu'un client a été condamné à produire certains documents sous peine d'astreinte, l'avocat qui les détiendrait lèserait son client en ne les produisant ou restituant pas. De manière comparable, en matière de secret médical, l'art. 95 du Projet de loi n° 1586 sur les assurances terrestres, actuellement à la Chambre des représentants, dispose que "le médecin choisi par l'assuré remet à l'assuré qui en fait la demande les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat"¹¹⁷. En effet, le professionnel ne peut se retrancher derrière le secret professionnel qui lui a été confié par le client pour protéger des tiers contre celui-ci¹¹⁸.

Plus délicate encore est la situation où le client qui est obligé de fournir certaines informations, refuse de le faire et ne le permet pas non plus à son professionnel. Ne peut-on pas parler d'une "volonté liée" (*gebonden wil*) du client ? Je ne crois pas que l'on puisse aller jusqu'à obliger le professionnel de donner ces informations. En effet, la question concerne uniquement les conséquences quant à la preuve, question qui sera traitée *infra* n° 86 suiv. et 103 suiv.

Mais hormis cette situation, l'avocat-dépositaire garde le droit de maintenir à l'égard des tiers le secret professionnel, même s'il n'en est plus obligé (comme p. ex. quand il est appelé à témoigner en justice, quand il est délié du secret par le client, ou quand il estime en conscience devoir donner la préférence à une valeur supérieure).

(66 - abandon du client déloyal) Au cas où le client est obligé envers une autre partie de donner certaines informations, mais refuse de le faire, même après une condamnation définitive, l'avocat devrait refuser son assistance à ce client. Il en est de même lorsque le client refuse d'exécuter un accord confidentiel ou non-obligatoire (*gentleman's agreement*).

Cela ne signifie évidemment pas qu'il ne serait plus obligé de respecter le secret professionnel.

(67 - utilisation pour la défense du client) Evidemment, les informations qui ont été confiées par le client ou que l'avocat a obtenu en sa qualité de conseil du client peuvent être utilisées aux fins de défense de ce client¹¹⁹. On pense évidemment aux conclusions et plaidoiries, etc. Mais on accepte aussi qu'un avocat donne à un détective choisi ou accepté par son client des instructions ou informations¹²⁰, ou qu'il communique, à la demande de son client, des informations concernant les affaires en cours à l'expert comptable ou au réviseur de son client¹²¹.

La doctrine traditionnelle parle des "limites naturelles" du secret professionnel, avec une facilité qui contraste d'ailleurs fortement avec la manière dont elle accentue le caractère absolu de ce même secret à l'égard d'autres problèmes. S'il prend toutes précautions nécessaires, il pourrait même le faire sans le consentement du client, spécialement si celui-ci ne consent pas par crainte de représailles (*comp.* en matière

¹¹⁶ F. van NESTE, *R.W.* 1977-78, (1281) 1294; F. ERDMAN, *Het beroepsgeheim naar belgisch recht*, p. 24. *Comp.* en matière de secret médical, P. HENRY, "Contre le droit au secret médical", *J.L.* 1980, 130 suiv.; R.O. DALCQ, in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, p. 495 suiv.; Cass. 23 septembre 1986, *Pas.* 1987, I, 89.

¹¹⁷ *Comp.* aussi *Tr. trav. Bruxelles*, 3 juin 1977, *J.T.*, 627.

¹¹⁸ *Comp.* en matière de secret médical *Cour Bruxelles* 16 décembre 1956, *J.T.*, 1958, 90 (pourvoi rejeté par Cass. 23 juin 1959, *Pas.* 1958, I, 1180) et Cass. 9 février 1988, *Pas.* 1988, I, 346.

¹¹⁹ *Comp.* en ce qui concerne des communications entre deux avocats d'un même client, BRAUN & MOREAU n° 491; Cass. 12 mars 1980, *Pas.*, 858, *J.T.*, 1981, 359, rejet; dans un cas d'informations reçues par l'avocat du médecin du client, Cass. 6 avril 1982, *Carlier, Pas.*, 924, cassation (en sens contraire encore Cass. 14 juin 1965, *P.G. c. Dresse, Deflorenne, Pas.*, 1102)

¹²⁰ Art. 186 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; recommandation de l'Ordre de Bruxelles du 17 mars 1981.

¹²¹ BRAUN & MOREAU n° 501

de secret médical la Recommandation n° 561 du Conseil de l'Europe du 30 septembre 1969 concernant la révélation de sévices sur enfants¹²²).

(68 - exercice convenable de la profession) Même si l'utilisation ne sert pas directement la défense des intérêts du client, l'avocat peut communiquer des informations confidentielles à des tiers, à la double condition que cela soit nécessité par l'exercice convenable de sa profession et que fait de manière confidentielle, en sorte de rendre ces tiers tenus eux-aussi au secret professionnel. Ainsi, un avocat ne peut plus convenablement exercer sa profession sans secrétariat, sans assurance en responsabilité professionnelle et sans pouvoir révéler à l'assureur de sa responsabilité civile (professionnelle) ce qui est strictement nécessaire à la défense de ses intérêts personnels¹²³. Ainsi, l'exercice convenable de la profession exige parfois une correspondance avec des notaires, avec des mandataires de justice¹²⁴, avec d'autres confrères qui peuvent coopérer, etc... : mais s'il s'agit d'informations confidentielles, la communication doit stipuler expressément cette confidentialité (excepté la correspondance entre avocats¹²⁵). Ainsi, l'exercice convenable de la profession exige parfois la communication d'informations confidentielles aux autorités de l'Ordre (bâtonnier et Conseil de l'Ordre); dans certains cas, un avocat peut même être obligé de communiquer des informations confidentielles à ces autorités (comp. *infra* nos. 74 et 82 suiv.).

Nous n'examinons pas encore la correspondance entre un avocat et son adversaire, ainsi que la communication au client du courrier confidentiel entre adversaires, parce que, selon nous, il ne s'agit ou il ne peut s'agir d'une question de secret professionnel, mais d'une autre question traitée *infra* d. (n° 95 et suiv.). En tout cas, on ne peut quand même pas permettre à un avocat de communiquer des informations confidentielles concernant son client à son adversaire, si ce n'est aux fins de la défense de son client, et il ne s'agit donc pas de la même question que celle traitée à ce n° 68.

(69) Le droit du client d'exiger de son avocat le maintien des secrets qu'il lui a confiés implique aussi le droit de ce client de tenir secret, à l'égard des tiers, le fait qu'il a confié ces secrets à un avocat, même dans les cas où il n'a en principe pas le droit de refuser à communiquer à un ou plusieurs tiers ces informations elles-mêmes.

3° Le droit au maintien des communications confidentielles faites par l'avocat et l'obligation de l'avocat de maintenir ces secrets.

(70) Bien que l'article 458 du Code pénal ne parle que des secrets confiés *au* professionnel, on accepte généralement que le secret professionnel couvre également les communications confidentielles faites par un avocat à son client¹²⁶. Il s'agit entre autres de la correspondance échangée dans le cadre de la défense du client. En effet, une révélation de la correspondance au client écrite dans le cadre de la défense de celui-ci, peut toujours mettre en péril les secrets qui ont été confiés par ce client à son avocat. Ici aussi, intervient le droit du client de maintenir secrètes les informations confidentielles données par son avocat, le droit de celui-ci de les maintenir secrètes à l'égard des tiers, et l'obligation de l'avocat de les maintenir secrètes à l'égard des tiers. A cet égard, l'avocat peut évidemment utiliser ses lettres adressées à son client aux fins d'assurer la défense de ce dernier.

4° Le secret professionnel et la relation entre l'avocat et son client.

¹²² Pour plus de détails, P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 51, 101 suiv., spéc. p. 105 ("c'est à l'enfant que le secret est dû et non à celui qui le maltraite"), ainsi que Cass. 9 février 1988, *Pas.* 1988, I, 346.

¹²³ Art. 191 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, résolution de l'Ordre de Bruxelles du 25 avril 1972.

¹²⁴ Règlement de l'Ordre national des avocats du 10 mars 1977.

¹²⁵ Règlement Ordre national des avocats du 6 juin 1970

¹²⁶ P. ex. J. STEVENS, n° 819; comp. aux Pays-Bas J.J.I. VERBURG, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, n° 38.

(71 - communication au client) Entre parties, le secret n'existe en principe pas. Cela veut d'abord dire que l'avocat peut communiquer à son client les informations confidentielles qu'il a reçues de tiers en sa qualité de conseil de ce client. Ainsi, il peut lui communiquer le dossier pénal¹²⁷ (la question de savoir s'il peut lui communiquer des lettres confidentielles de son adversaire sera traitée infra d., n° 95 et suiv.). Il existe cependant quelques exceptions : l'avocat d'un mineur ne peut lui communiquer le dossier de sa personnalité¹²⁸; l'avocat d'un interné ne peut lui faire parvenir les documents du dossier mis à sa disposition par la défense sociale (procédure de l'art. 16 L. du 1er juillet 1964); l'avocat d'un des époux lors d'une procédure en divorce ne peut remettre à son client les pièces de l'enquête sociale menée par le Parquet¹²⁹. Les autorités professionnelles estiment aussi que l'avocat a, comme le médecin, le droit de ne pas communiquer certaines informations, notamment médicales, lorsqu'il juge que leur communication nuirait à la santé physique ou psychique du client¹³⁰, bien que ce droit soit de plus en plus contesté¹³¹.

Mais peut-on également affirmer que le secret n'existe pas entre parties au sens où elles peuvent utiliser ces informations l'une contre l'autre, notamment dans une procédure judiciaire ?

(72 - utilisation contre le client) Un professionnel peut se défendre contre son client en utilisant des informations confidentielles, avec le consentement des autorités professionnelles, et dans la mesure nécessaire à sa défense¹³². Il le pourrait aussi contre les ayants cause de son client¹³³. Mais afin de protéger le client à l'égard des tiers, la cause qui serait portée devant le Tribunal (et non devant des arbitres) devra être instruite en chambre du conseil (c'est en tout cas ce qui est prévu en ce qui concerne le recouvrement des honoraires, art. 459, 2 C. jud.).

(73 - utilisation contre l'avocat) Inversément, l'avocat-dépositaire du secret ne peut invoquer le secret professionnel contre le déposant (son client, ou bien la partie adverse en personne) pour lui interdire de s'en servir contre lui. Le secret n'est pas opposable au déposant¹³⁴ et n'empêche pas le client de rendre publique

¹²⁷ Art. 296 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; recommandation de l'Ordre de Bruxelles d'avril 1970.

¹²⁸ Art. 55 L. 8 avril 1965 Protection de la jeunesse; art. 297, 2 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; recommandation de l'Ordre de Bruxelles de juin 1976. La Cour de cassation a décidé dans son arrêt du 25 février 1974 que cette interdiction ne vaut pas à l'égard des parents du mineur; ainsi, leur avocat (pas celui du mineur) peut leur communiquer le contenu de ce dossier.

¹²⁹ BRAUN & MOREAU n° 501.

¹³⁰ Art. 150 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

¹³¹ P. ex. R.O. DALCQ, in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, p. (495) 499 suiv. Le problème est étudié de manière approfondie par T. van SWEEVELT, "De toestemming van de patient", *TPR*, 1991.

¹³² Art. 347 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; H. van GOETHEM, "Het beroepsgeheim van de advocaat", *Jura Falconis* 1981-82, (205)208; L. GOFFIN, "L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?", *Annales de la Faculté de droit de Louvain (Ann. Lv.)*, 1984, (365) 373; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 108 suiv.; BRAUN & MOREAU n° 524; J. STEVENS, n° 820; la même opinion est défendue de manière plus générale encore par F. van NESTE, *R.W.* 1977-78, (1281) 1292, se fondant sur la primauté des droits de la défense; F. ERDMAN, *Het beroepsgeheim naar belgisch recht*, p. 21-22, et elle a été confirmée par un arrêt Cass. 5 février 1985, *Pas.* I, 670 (en matière de secret médical). Comp. en matière de secret médical A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, "La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel", *Ann. Liège* 1970, (195 suiv.) 279; J.J.I. VERBURG, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, n° 151; A. de NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *R.C.J.B.*, 1989, p. (588) 610.

¹³³ P. ex. (secret médical) Cour Bruxelles 26 octobre 1960, *J.T.*, 1961, 316.

¹³⁴ F. van NESTE, *R.W.* 1977-78, (1281) 1294 et 1300-1301; J. STEVENS, 434 n° 836; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 66, et *J.L.M.B.*, 1991, 778. Comp. en matière de secret médical Cour Bruxelles 16 décembre 1956, *J.T.*, 1958, 90 (pourvoi rejeté par Cass. 23 juin 1959, *Pas.* 1958, I, 1180) et Cass. 9 février

la correspondance avec son avocat, lorsqu'il juge que cela soit dans son intérêt¹³⁵. Il a même le droit d'exiger la production de ces documents lorsqu'ils sont entre les mains du professionnel¹³⁶. En ce qui concerne un avis écrit d'un avocat, cette doctrine est généralement acceptée¹³⁷. Mais en ce qui concerne la correspondance, elle est trop libérale pour certains, qui essaient d'y apporter toutes sortes de limitations. Ainsi p. ex. un arrêt de la Cour d'appel de Liège¹³⁸ admet que le caractère confidentiel de la correspondance entre l'avocat et son client ne peut constituer un moyen pour l'avocat de dissimuler une erreur ou une négligence, mais exige que le client précise préalablement l'erreur ou la négligence et saisisse le Conseil de l'Ordre. Evidemment, on ne peut obliger quelqu'un qui n'est pas avocat, à saisir l'Ordre¹³⁹.

(74 - divulgation aux autorités de l'Ordre) La Cour de cassation enseigne finalement qu'un avocat n'a pas le droit de se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de divulguer des informations confidentielles aux autorités disciplinaires (le bâtonnier et le Conseil de l'Ordre)¹⁴⁰.

5° Objet et étendue du secret professionnel

(75 - échanges aux fins de la défense du client) La doctrine traditionnelle absolutiste nous enseigne que "le secret professionnel s'étend à tout ce que l'avocat apprend ou constate dans l'exercice de sa mission"¹⁴¹. Pourtant, comme nous l'avons vu, le secret professionnel ne peut être justifié que par les droits de la défense et devrait donc se limiter à ce qui est nécessaire au respect de ces droits. Pour cette raison, nous nous rallions à la définition plus restrictive donnée par la Cour de Justice des Communautés Européennes, qui ne reconnaît comme secrète que "la correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client"¹⁴². Mais la définition donnée par la Cour de cassation n'est pas plus large¹⁴³. Et de manière comparable, la Cour d'appel de Liège parle d'"actes liés nécessairement à la qualité d'avocat"¹⁴⁴.

La distinction doctrinale traditionnelle entre les activités de l'avocat en tant que tel et celles en tant que mandataire ou dépositaire, date encore du temps où l'on ne considérait que la plaidoirie et la rédaction des conclusions comme des activités typiques de l'avocat, et est dès lors devenue totalement archaïque. En définissant le secret professionnel par rapport à toutes les activités professionnelles de l'avocat, on lui donne

1988, *Pas.* 1988, I, 346; R.O. DALCQ, "Réflexions sur le secret professionnel, *Revue générale des assurances et responsabilités (R.G.A.R.)* 1986, n° 11056 p. 2, et in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, p. 495 suiv.; Ph. COLLE, "Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering", *Bulletin des assurances*, 1990, p. (231) 237.

¹³⁵ C.J.C.E. 18 mai 1982, AMS c. Commission européenne, *Law Reports*, 1575, *J.T.*, 1983, 41 obs. P. LAMBERT, *Cah. dr. eur.*, 381 obs. L. GOFFIN, *Common Market Law Review*, 1982, 264 suiv., considération 28.

¹³⁶ P. ex. Trib. trav. Verviers 21 mai 1973, Talmas c. ONE *Pas.*, III, 70 (devoir du médecin de produire le dossier médical demandé par son patient).

¹³⁷ Art. 298, recommandation de décembre 1984

¹³⁸ Cour Liège 7 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 773.

¹³⁹ P. LAMBERT, obs. sous cet arrêt, *J.L.M.B.*, 1991, 777-778.

¹⁴⁰ Cass., 3 juin 1976, *J.T.*, 644, *Pas.* I, 1070; Cass., 12 mai 1977, *J.T.*, 708, *Pas.*, I, 929. Cet arrêt est critiqué par L. GOFFIN, *Ann. Lv.* 1984, 365 suiv. Comp. les considérations critiques de P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 71 suiv.

¹⁴¹ Art 183 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

¹⁴² C.J.C.E. 18 mai 1982, AMS c. Commission européenne, *Law Reports*, 1575, *J.T.* 1983, 41 obs. P. LAMBERT, *Cah. dr. eur.*, 381 obs. L. GOFFIN, *Common Market LR*, 1982, 264 suiv.

¹⁴³ Cass., 12 mai 1977, *J.T.*, 708, *Pas.*, I, 929 - un arrêt concernant le droit de contrôle du directeur de la prison sur la correspondance des détenus.

¹⁴⁴ Cour Liège 4 mai 1961, *J.L.*, 233, se référant au *Répertoire pratique de droit belge (R.P.D.B.)*, V° Secret professionnel n° 62.

une extension qu'il n'a jamais eue. On oublie surtout de se demander si toutes les activités professionnelles de l'avocat d'aujourd'hui sont à ce point importantes pour l'administration de la justice qu'elles justifient une si grave exception au droit à la vérité et aux obligations auxquelles le client est tenu en soi envers les tiers.

Le Conseil d'Etat a reconnu le caractère secret d'une consultation délivrée par l'avocat de l'administration (avant la contestation), même si celle-ci est mentionnée dans la délibération attaquée (qui fait partie du dossier administratif à produire en justice par l'administration)¹⁴⁵. Est-il vraiment si évident que l'administration de la justice est tellement mieux servie lorsque ceux qui participent au commerce juridique ont tendance à demander avis à un avocat plutôt qu'à quelqu'un qui ne peut pas invoquer le secret professionnel, comme p. ex. un juriste d'entreprise, un banquier ou un conseiller fiscal ? Ne s'agit-il pas plutôt des intérêts de la profession d'avocat elle-même ? En tout cas, on doit se rendre compte du fait qu'accorder un caractère secret (et non seulement discret) à un avis empêche les tiers intéressés de démontrer p. ex. la bonne ou mauvaise foi de celui qui a reçu cet avis - mauvaise foi qui consisterait à agir consciemment à l'encontre de certaines règles de droit. Mais ceci a probablement pour résultat le fait que cette bonne ou mauvaise foi est évaluée davantage de manière objective que subjective¹⁴⁶.

A mon avis, une information confiée par un client ne peut plus être considérée comme confiée aux fins de sa défense, et dès lors couverte par le secret professionnel, lorsqu'il s'est adressé à un avocat aux seules fins d'obtenir sa coopération pour la perpétration d'une infraction¹⁴⁷. Même si un avocat lui promet de considérer secrète cette demande, il ne peut s'agir que d'un devoir contractuel, non opposable aux tiers. Il faut évidemment bien distinguer la situation de l'avocat approché pour coopérer à une infraction ou pour perpétrer une infraction et celle de l'avocat approché pour défendre les intérêts de l'auteur lors du règlement, dans les limites légales, des conséquences d'infractions commises auparavant¹⁴⁸.

Des informations qu'un avocat reçoit en qualité d'exécuteur testamentaire p. ex. ne sont pas couvertes par le secret professionnel¹⁴⁹.

(76 - la personne du déposant) Comme mentionné précédemment, l'information ne doit pas nécessairement être confiée par le client lui-même pour être confidentielle. Elle l'est aussi lorsqu'elle est reçue comme telle "à propos de son client ou à propos de tiers dans le cadre des affaires de son client" (Code européen de déontologie).

Nous avons déjà indiqué supra diverses circonstances dans lesquelles un avocat peut, pour l'exercice convenable de sa profession, communiquer des informations confidentielles à des tiers. Des informations reçues dans ces circonstances sont également confidentielles et sont donc couvertes par le secret professionnel, ainsi p. ex. les informations reçues d'un notaire ou d'un mandataire de justice, lorsqu'elles sont

¹⁴⁵ Cons. d'Etat 8 juin 1961, n° 8645 en cause Delhauteur, *Arr. & Avis du Conseil d'Etat*, 487, *Pas.* 1962, IV, 106, *J.T.*, 1962, 170, avec avis de l'auditeur HUBERLANT.

¹⁴⁶ Comp. P. van SCHILFGAARDE, "Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten", *Goed & trouw, Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de K.U. Nijmegen*, Tjeenk Willink Zwolle 1984, p. 57 suiv.; le rapport de A. van OEVELEN pour la Vlaamse Juristenvereniging "De zogenaamde subjectieve goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht", *TPR*, 1990, 1093 suiv. (avec sommaire français, anglais, allemand et espagnol).

¹⁴⁷ *Dans ce sens* : Conseil de discipline d'appel Bruxelles 20 mai 1975, *Pas.*, II, 66; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 196; R.M. de PUYDT, *Beroepsnormen*, 52. *Plutôt en sens contraire* : H. van GOETHEM, *Jura Falconis* 1981-82, 208; Cour Bruxelles, 18 juin 1974, Delhaize c. Goemaere, *Pas.* 1975, II, 42 (bien qu'il a été jugé en fait que la violation du secret n'était pas prouvée), arrêt pour ce critiqué par A. de NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *R.C.J.B.*, 1989, p. (588) 610.

¹⁴⁸ J.B.M. VRANKEN, "Het professionele verschoningsrecht", *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1986, p. 118. Pour plus de détails, comp. spéc. P. ARNOU, "Raadsman en mededader", *R.W.*, 1988-89, 969 suiv., nos. 13, 39, 43 suiv., 47 suiv., 53 suiv.

¹⁴⁹ Art. 187 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

communiquées à titre confidentiel¹⁵⁰, les informations reçues par l'adversaire à propos de son client ou trouvées dans le dossier du Ministère Public (dossier pénal, enquête sociale lors d'une procédure en divorce), de la défense sociale, etc ... Toutes ces informations sont confidentielles *en ce sens* qu'elles ne peuvent être utilisées qu'aux fins de défense du client, et p. ex. non pour les rendre publiques à l'encontre des intérêts du client (sauf le cas mentionné de la propre défense de l'avocat contre son client)¹⁵¹. La même chose vaut p. ex. pour des informations recueillies à une audience à huis clos.

Les informations qu'un avocat reçoit de son adversaire à propos du client de son adversaire sont traitées *infra* (d. confidentialité de la correspondance), parce qu'il s'agit selon nous d'une question différente.

(77 - l'objet de la confiance) Pour parler d'un secret professionnel, il faut en outre qu'il s'agisse d'informations qui ont été confiées comme secrètes par le client à l'avocat ou au tiers qui les communique à l'avocat en sa qualité d'avocat de ce client. Il est vrai que le caractère secret ne doit être stipulé expressément, et qu'il peut aussi s'agir des conséquences que le professionnel déduit d'informations confidentielles. Mais il faut toujours qu'une révélation ait été faite avec l'intention de voir traiter les informations révélées comme confidentielles¹⁵².

A notre avis, il doit non seulement s'agir d'informations *secrètes*, mais surtout d'*informations* qui sont confiées. Il peut s'agir de correspondance, ou de notes rédigées par l'avocat, ou par le client en vue de leur transmission à celui-ci. Mais selon nous, ni des documents "préexistants"¹⁵³ à leur transmission à un professionnel, ni des sommes ou effets déposés chez un avocat sont couverts par le secret professionnel. Comme cette opinion n'est généralement pas acceptée, je traiterai ces deux cas séparément.

(78 - documents) En ce qui concerne des documents, la plupart des auteurs enseignent - à raison - que des documents qui n'étaient pas secrets avant leur transmission à un avocat ne le deviennent pas non plus lorsqu'ils sont déposés par quelqu'un chez son avocat¹⁵⁴. Il en résulte qu'en matière pénale, ce qui aurait pu être saisi chez le client, peut être saisi chez son avocat¹⁵⁵, et qu'en matière civile, la production qui peut être demandée au client, peut aussi être demandée à son avocat¹⁵⁶ : "on ne peut admettre qu'il suffise à un plaideur de déposer une pièce chez son avocat pour la soustraire à la justice"¹⁵⁷. S'il ne s'agit pas de notes ou correspondance rédigées dans le cadre de la défense du client, ou de documents comparables (comme p. ex. l'agenda de l'avocat¹⁵⁸), l'avocat ne pourrait donc pas se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de produire des documents, sauf pour des raisons que le client lui-même aurait pu invoquer en dehors de toute relation avec son avocat. Nous pensons p. ex. au respect dû à la vie privée¹⁵⁹, sauf mesures

¹⁵⁰ Comp. art. 200 Code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles c.q. le Règlement de l'Ordre national des avocats du 10 mars 1977.

¹⁵¹ Comp. BRAUN & MOREAU n° 484, 499, 501 e.a.

¹⁵² A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, *Ann. Liège* 1970, (195 suiv.) 246.

¹⁵³ Comp. la distinction en doctrine allemande entre l'obtention de moyens de preuve existants et la procuration de moyens de preuve non encore existants : O. WERNER, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel", discours inaugural Marburg 1983, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1988, p. (993) 994.

¹⁵⁴ J.B.M. VRANKEN, "Het professionele verschoningsrecht", *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1986, p. 116-117.

¹⁵⁵ Comp. MAHIEU & BAUDREZ, n° 1910; Cour Bruxelles 21 juin 1978, *J.T.*, 1979, 29.

¹⁵⁶ Comp. également A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, n° 480

¹⁵⁷ A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, *Ann. Liège* 1970, (195 suiv.) 249-250; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, 65. Comp. également T. DELAHAYE, "Het recht tot geheimhouding", *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 1984, p. (183) 186.

¹⁵⁸ Recommandation de l'Ordre de Bruxelles du 20 décembre 1983.

¹⁵⁹ Voy. entre autres D. MATTHIJS, "La vie privée et le droit à la preuve en matière civile", *Ann. Lv.* 1984, p. 385 suiv.; J. MESSINNE, "La vie privée et le droit de la preuve en matière pénale", *Ann. Lv.* 1984, p. 403 suiv.

prévues par la loi qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre public et à la protection de la morale (comp. l'art. 8, 2 C.E.Dr.H.).

Le fait qu'un document n'est pas secret en tant que tel n'empêche évidemment pas que le fait que le client a déposé ce document chez son avocat tombe sous le secret professionnel (comp. supra n° 69). Ainsi, l'avocat qui découvre qu'une pièce est fautive, ne peut pas pour autant en donner avis au parquet, bien que la pièce puisse être saisie dans son cabinet¹⁶⁰, et bien qu'il reste à mon avis tenu de remettre une pièce arguée de faux "sur l'ordonnance donnée par l'officier de ministère public ou par le juge d'instruction" - c'est-à-dire sur leur demande spécifique - (art. 452 C. Instr. crim.)¹⁶¹, ceci évidemment uniquement dans les cas où ce faux constitue un délit pénal¹⁶².

(79 - déclaration de dette en cas de saisie-arrêt 1- dette envers le client) Plus compliqué encore est le problème de la saisie-arrêt. Selon un Règlement de l'Ordre national des avocats du 22 avril 1971, "l'avocat qui reçoit dans le cadre de sa profession des sommes ou effets revenant à son client, se prévaut à juste titre des exigences du secret professionnel en contestant la validité de toute saisie-arrêt, contrainte ou opposition sur ces sommes et effets" (art.1) et "il est recommandé 4° l'avocat qui voit pratiquer entre ses mains une saisie-arrêt, contrainte ou opposition sur des sommes ou effets qu'il détient professionnellement pour le compte d'un client, a le devoir de s'y opposer en invoquant la nullité de la mesure" (sic, art. 4, 3 du même Règlement). Selon ce même Règlement, cette règle ne vaudrait pas lorsque l'avocat détient des sommes ou effets d'autrui en qualité de mandataire ou dépositaire, en dehors de l'exercice de sa profession (art. 2). Ce Règlement vient d'être aboli par l'Ordre national des avocats par décision du 28 novembre 1991. Au moment de la présentation de ce rapport, il était encore en vigueur, raison pour laquelle le texte ci-après le commentant n'est pas supprimé dans cette édition.

A mon avis, ce Règlement était d'abord illégal, parce qu'il permettait aux avocats de se soustraire à une obligation légale, celle de faire une déclaration de tiers saisi conformément à l'article 1452 C. jud., obligation qui répond entièrement au critère de l'art. 458 C. pén. (notamment une obligation légale) et à laquelle la loi ne prévoit pas d'exception fondée sur le secret professionnel (comme c'est par ex. la cas pour

¹⁶⁰ Comp. P. ARNOU, "Raadsman en mededader", *R.W.*, 1988-89, p. (969) 975.

¹⁶¹ Cour Bruxelles 22 mars 1837, *Pas.*, II, 63. *En sens contraire* : P. ARNOU, "Raadsman en mededader", *R.W.*, 1988-89, p. (969) 975.

¹⁶² Le faux matériel en écritures ou l'usage de ce faux est un délit puni de reclusion s'il s'agit de faux en écritures publiques, de commerce, de banque ou privées (art. 196 C. Pénal, art. 340, 1 C.I.R. et autres lois fiscales) et d'un emprisonnement (variable selon le cas) s'il s'agit de faux certificats pouvant compromettre des intérêts publics ou privés ou attestant des circonstances propres à appeler la bienveillance ou à lui procurer places, crédit ou secours (art. 205-207 C. Pénal, art. 340, 2 C.I.R. et autres lois fiscales).

Le faux intellectuel (ou l'usage d'un faux intellectuel) n'est un délit que dans les cas prévus par la loi, mais la liste en est très longue. Nous citons comme exemples le faux commis par un fonctionnaire ou officier public dans l'exercice de ses fonctions (art. 195 C. Pénal), par un médecin ou officier de santé certifiant faussement des maladies etc ... (art. 204 C. pénal), dans une déclaration sous serment (faux témoignage, art. 215 suiv. C. Pénal), dans les déclarations non assermentées des personnes appelées en justice (art. 217 C. Pénal), ou s'il s'agit de se faire délivrer ou de faire délivrer à quelqu'un d'autre un passeport, livret de travail, port d'armes ou feuille de route sous un nom supposé ou en prenant une fausse qualité (art. 199 et 201 C. Pénal), la prise publique d'un nom qui ne lui appartient pas (art. 231 C. Pénal), l'usurpation de fonctions ou titres (fonctionnaire ou officier public (art. 227 et 227bis C. Pénal), médecin ou officier de santé (art. 203 C. Pén. et L. 11 septembre 1933), avocat (art. 227 ter C. Pén.), réviseur d'entreprise (art. 27, 1 L. 22 juillet 1953), titres académiques (L.11 septembre 1933)), fausses déclarations lors de l'immatriculation dans le registre du commerce ou de l'artisanat (L. coord. 20 juillet 1964 Registre du commerce, L. 18 mars 1965) ou faites à L'Office de contrôle des assurances (L. 9 juillet 1975), publicité mensongère (L. Pratiques du commerce 14 juillet 1991), présentation inexacte dans la comptabilité ou les comptes annuels des entreprises (L. 17 juillet 1975 Comptabilité des entreprises), fausses déclarations ou faux certificats en matière fiscale (p. ex. artt. 339-340 C.I.R.), etc ...

La complicité de ces délits (p. ex. d'un avocat) est également sanctionnée pénalement pour les délits prévus par le Code pénal, ainsi que lorsque la loi spéciale le dispose (la plupart de ces lois le prévoient).

l'obligation de témoigner ou de produire des documents). La raison pour laquelle la loi ne prévoit pas d'exception est simple à mon avis; les informations que le tiers saisi doit donner au saisissant ne peuvent pas être considérées comme des secrets confiés dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client¹⁶³ (L'avocat est évidemment tenu d'un devoir de discrétion, mais celui-là n'est pas opposable au saisissant). En outre, ces informations ne sont de toute façon-même pas protégées par le secret professionnel, puisque les banques, à l'intervention desquelles les avocats sont obligés de transférer les fonds au clients, et qui ont donc ces informations, ne peuvent se prévaloir du secret professionnel (mais uniquement d'un devoir de discrétion), ce qui démontre précisément que la détention de fonds n'est pas une activité couverte par un secret professionnel. Ne doit-on dès lors pas dire que l'avocat qui détient des sommes pour compte de son client le fait toujours en qualité de mandataire ou dépositaire¹⁶⁴ ? Et que la détention de sommes n'est que très exceptionnellement "liée nécessairement à la qualité d'avocat" ? Une distinction entre détention de fonds en qualité d'avocat et détention en qualité de mandataire ou dépositaire est purement artificielle¹⁶⁵.

Ensuite, l'objet de la saisie-arrêt est en principe une *créance* qui porte sur des sommes ou effets, créance qui est localisée chez la personne du débiteur (d'exactlyment de la même manière dont elle est localisée en cas de transfert de créance, art. 1690 C.C., et en cas de mise en gage de créance, art. 2075 C.C.). Il n'est pas exclu (mais dans le cadre de l'activité de l'avocat quand même assez exceptionnel) qu'il s'agit d'effets individualisés qui sont la propriété du client et qu'il peut revendiquer. Il n'est pas exclu non plus qu'il s'agit de sommes déposées à un compte tiers individualisé, ce qui nous permet de dire que ce n'est pas l'avocat qui est propriétaire de la créance à l'égard de la banque, mais bien le client, parce que l'avocat les a déposées *qualitate qua*, agissant ouvertement pour le compte d'un tiers, même sans en dévoiler le nom (comp. la situation du commissionnaire)¹⁶⁶. Dans la grande majorité des cas, la déclaration que le tiers saisi est tenu de faire ne porte pas sur des sommes ou effets comme tels, mais sur la *dette* du tiers envers le saisi et son exigibilité. Ainsi, il est très bien possible qu'un avocat "détienne" des sommes pour le compte d'un client sans avoir l'obligation de les transférer au client, ou en ayant une obligation allégée par un droit de suspension (*exceptio non adimpleti contractus*, etc...) qui peut mener à la compensation (et donc à la disparition de l'obligation). Parfois cette dette consiste à rendre au client des effets dont celui-ci est propriétaire (ce qui est exclu en cas de sommes d'argent), mais c'est rarement le cas dans le cadre de la défense d'un client, et dans la

¹⁶³ Dans notre sens G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, Liège 1976, 115-116 n° 72; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, p. 629, n° 1006 note 2; Sais. Liège 6 mai 1981, *J.T.* 1982, 580, *J.L.* 1981, 381; comp. aussi Cour Liège 4 mai 1961, *J.L.* 1961-62, 233.

En sens contraire : REUMONT, *J.T.* 1948, 585; Civ. Arlon, 11 mai 1965, *Pas.* 1966, III, 9, *J.L.* 1965-66, 12; R. RASIR, "La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat - la légalité de la circulaire de l'Ordre national des Avocats de Belgique", *J.L.* 1981-82, (388) 392; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 211-216; A.M. STRANART, in *Les voies conservatoires et d'exécution*, Jeune Barreau Bruxelles 1982, 135-139; -, "La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat", *J.T.* 1985, 693; Sais. Bruxelles 14 février 1991, *J.L.M.B.*, 423, *Cahiers de droit judiciaire*, 1991, 82.

Contrairement à ce que ces auteurs prétendent, la doctrine plus ancienne n'avait pas à cet égard une conception si large du secret professionnel. Ainsi, les PANDECTES BELGES, V° "Saisie-arrêt" n° 2610-2611, et Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, Bruxelles-Paris 1906, n° 488 écrivent qu'en ce qui concerne la déclaration à faire par l'avocat, le secret professionnel "ne porte que sur les documents qui lui ont été confiés pour les nécessités de la cause" et non à des valeurs.

¹⁶⁴ Dans ce sens Sais. Verviers 16 octobre 1981, *J.L.*, 1981, 381, *J.T.* 1982; G. de LEVAL, "Saisie-arrêt des arriérés de pension alimentaire versé au c.c.p. d'un avocat", *J.L.* 1981, (388) 390.

¹⁶⁵ Selon un jugement Sais. Bruxelles 22 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 226, obs., la distinction doit être faite par les organes compétents de l'Ordre professionnel (!).

¹⁶⁶ Concernant le problème de la propriété de la créance à l'égard de la banque dont le titulaire est un avocat ou notaire *qualitate qua* (le "comptes de qualité"), cons. C.AE. UNIKEN VENEMA & S.E. EISMA, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Tjeenk Willink Zwolle 1990, p. 196 e.v.

grande majorité des cas, c'est l'avocat, ou plutôt la banque, qui est propriétaire des choses qu'il détient soi-disant pour le compte du client (comp. *infra*. n° 111), où nous verrons aussi que la banque peut en principe pratiquer la compensation avec les dettes de l'avocat titulaire du compte, ce qui est aussi une sorte de saisie-arrêt entre ses propres mains). Et bien que la saisie-arrêt chez le débiteur du débiteur facilite d'une certaine manière l'exécution contre le débiteur lui-même, il ne s'agit en principe pas d'un appauvrissement du débiteur, puisque en cas de paiement au créancier saisissant, il s'agit d'un paiement pour le compte du client, et "qui paye ses dettes s'enrichit".

Finalement, même une dispense des avocats de faire une déclaration de tiers saisi conformément à l'article 1452 C. jud. n'entraînerait évidemment pas la nullité de la saisie¹⁶⁷. Même dans l'hypothèse où les sommes que l'avocat détient pour compte de son client seraient insaisissables¹⁶⁸, ou plus exactement, que la créance du client sur ces sommes serait insaisissable, cela n'entraînerait pas la nullité de la saisie, mais aurait uniquement comme résultat que la saisie est sans objet. La nullité ne peut être que la sanction des conditions de fond ou de forme énumérées au C. jud. De manière également évidente, je ne peux être d'accord avec la prétention formulée il y a quelques années par le bâtonnier de l'Ordre français de Bruxelles, que la saisie devrait être levée à la demande du saisi "parce que le saisissant ne peut pas prouver l'existence et le montant de sa créance au moyen de la déclaration de l'avocat, par hypothèse muette sur ce point"¹⁶⁹. Même une dispense de déclarer les informations énumérées à l'art. 1452 C. jud. ne dispense évidemment pas des autres obligations du tiers saisi, notamment l'interdiction de se dessaisir des sommes ou effets (art. 1451 et 1540 C. jud.) et, en cas de saisie-arrêt exécution, l'obligation de vider ses mains entre celles de l'huissier de justice (art. 1543 C. jud.), qui n'ont en tout cas rien à faire avec le secret professionnel, qui ne peut permettre de créer un asile financier pour le client. Le nouveau Règlement de l'Ordre national, en préparation, disposera probablement qu'en tout cas "l'avocat tiers saisi ne peut, en toute hypothèse, se dessaisir des sommes ou effets qui font l'objet de la saisie ou contrainte, que moyennant l'accord des parties ou décision de justice". Entretemps, un jugement du Juge des saisies de Bruxelles¹⁷⁰ a proposé de laisser surveiller l'accomplissement de l'interdiction de dessaisissement par les autorités de l'Ordre des avocats, sous réserve du contrôle des Tribunaux en cas de difficultés persistantes, contrôle qui devrait, le cas échéant, être exercé sans publicité.

Même si cette dernière solution peut être qualifiée de raisonnable, je ne peux quand même pas me soustraire à l'impression que le recours des avocats au secret professionnel, pour "s'opposer à une saisie-arrêt, contrainte ou opposition sur des sommes ou effets qu'il détient professionnellement pour le compte d'un client", ne sert pas tellement à protéger les intérêts des clients contre la divulgation de secrets qu'ils auraient confiés à leur avocat, mais plutôt à protéger les intérêts financiers des avocats contre leurs clients : ce n'est pas le client qui demande que l'argent qui lui revient passe par le compte de son avocat, c'est bien l'avocat qui y voit une manière facile d'obtenir une certaine sûreté pour sa créance contre son client, notamment plus facile à obtenir que le paiement de provisions par le client¹⁷¹. Motif légitime, bien sûr, mais qui devrait quand même plier devant l'obligation de l'art. 1452 C. jud.

¹⁶⁷ Comp., parmi les auteurs qui estiment que l'avocat est dispensé de faire une déclaration de tiers saisi : J. STEVENS, 459 n° 872; Sais. Bruxelles 21 septembre 1981, *J.T.*, 292; Sais. Bruxelles 22 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 226, la Cotonnière c. Saiselet, Faveers; *Lettre du bâtonnier de l'Ordre français de Bruxelles*, 1986-87, 143 (repris par P. LAMBERT, *Règles et usages*, p. 439), bien que le bâtonnier y prétende toujours que la saisie devrait être levée à la demande du saisi (comp. dans notre texte). Pour une conclusion nuancée, voy. P. CORVILAIN, "La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat", *Cahiers de droit judiciaire*, 1991, (79) 81.

¹⁶⁸ Ce qui n'est le cas que pour les sommes visées aux art. 1409 et suiv. C. Jud. ou déclarées insaisissables par des lois particulières.

¹⁶⁹ Opinion reprise par P. LAMBERT, *Règles et usages*, p. 439-440.

¹⁷⁰ Sais. Bruxelles 22 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 226, la Cotonnière c. Saiselet, Faveers

¹⁷¹ Détail : l'art. 4, 3, 4°, 4 du même Règlement de l'Ordre national des avocats imposant aux avocats d'invoquer la nullité, disposait que "si la saisie-arrêt pratiquée entre ses mains n'est pas déclarée nulle, l'avocat est fondé à défalquer des sommes, objet de la saisie, les montants lui revenant à la date où elle est pratiquée".

(80 - déclaration de dette en cas de saisie-arrêt 2 - dette envers un tiers) En ce qui concerne les sommes ou effets qu'un avocat détient, et qui sont destinés à un tiers, la solution du Règlement de l'Ordre national est beaucoup plus orthodoxe, même si la motivation est fautive. Selon les artt. 3 et 4, 3, 5° du Règlement du 22 avril 1971, l'avocat avisé qu'un créancier de ce tiers a pratiqué saisie-arrêt entre les mains de son client, doit considérer les sommes et effets qu'il détient comme frappés par la saisie-arrêt, inviter son client à les inclure dans la déclaration prévue par l'art. 1452 C. jud. et transmettre ces sommes et effets à qui, à défaut d'accord des parties, justice dira. La solution est évidente, parce que le fait que l'avocat détient des sommes ou effets destinés à un tiers, n'influence d'aucune manière la dette de son client envers ce tiers (l'objet de la saisie étant généralement la créance du tiers et non les sommes ou effets comme tels, cfr. le n° précédent).

Mais ce qui n'est pas réglé par ce même Règlement, c'est l'hypothèse où la saisie des créances du tiers auquel sont destinés des sommes ou effets qu'un avocat détient, est pratiquée chez l'avocat lui-même (et non chez son client) (dans le projet de révision du Règlement par contre, cette hypothèse est régie par exactement les mêmes règles que celle de détention de sommes ou effets revenant au client (art. 2)). Evidemment, le fait qu'un avocat détient des sommes destinées à un tiers ne le rend pas encore débiteur de ce tiers et ne procure pas à ce tiers une créance contre cet avocat, créance qui pourrait éventuellement être saisie (en outre, généralement ce n'est pas l'avocat, mais sa banque, qui détient ces sommes ou effets). Mais il y a quand même au moins deux cas où l'avocat est débiteur du tiers et où la créance de ce tiers pourrait donc en principe être saisie chez cet avocat :

a) c'est d'abord le cas lorsqu'un avocat a lui-même promis (de manière "officielle", cfr. infra) à l'autre partie de lui transmettre cet argent. Il s'agit alors d'une forme de délégation (non abstraite). A mon avis, un tel avocat auprès de qui une saisie-arrêt serait pratiquée par un créancier de l'autre partie, est obligé de faire une déclaration de tiers saisi et d'y inclure cette dette. Comme je l'ai indiqué, ce cas n'est pas prévu par le Règlement actuel de l'Ordre national.

b) c'est également le cas lorsque l'avocat est dépositaire d'effets individualisés qui sont la propriété d'un tiers; en effet, l'avocat est alors - en même temps que - débiteur de la remise de ces effets au propriétaire, qui peut en principe les revendiquer. Ces effets peuvent alors être saisis chez le débiteur, notamment l'avocat.

6° Garanties procédurales

(81 - position du problème et principes de départ) Il découle des considérations qui précèdent qu'il n'est pas toujours évident pour un tiers, p. ex. le juge, de savoir si certaines informations, et spécialement certains moyens de preuve, sont *in concreto* couverts par le secret professionnel ou non. D'autre part, le secret est évidemment menacé si la vérification de leur caractère secret est faite par une personne qui doit juger du fond de l'affaire ou si cette vérification implique communication de ces informations à une personne ayant des intérêts opposés ou divergents. Ce problème peut être résolu par des techniques procédurales. Le droit belge ne connaît pas de procédure uniforme à cet égard, mais diverses techniques et procédures sont développées par la pratique, différentes selon la nature des informations ou moyens de preuve.

Avant d'indiquer ces diverses techniques et solutions, il faut, à mon avis, poser toutefois comme point de départ certains principes fondamentaux, même si ces principes ne sont pas toujours appliqués ou respectés dans ces solutions pratiques. Il s'agit selon moi de trois principes :

1° celui qui invoque le droit ou l'obligation au secret professionnel dans des circonstances où il devrait en principe - selon des règles de droit matériel ou de droit processuel - communiquer certaines informations, doit au moins *alléguer* suffisamment de faits (juridiques) ou circonstances dont il ressort que les informations demandées sont secrètes (charge de l'allégation), et suggérer des moyens de preuve de ces faits ou circonstances (contenu minimum de la charge de la preuve¹⁷²);

¹⁷² Pour plus de détails quant à notre position concernant la théorie générale de la charge de la preuve, comp. notre rapport, *TPR*, 1990, n° 113, p. (353) spéc. 509-510.

2° il appartient - selon la Constitution - au juge - et non à la personne qui invoque le secret professionnel - de vérifier si, d'après les éléments de preuve recueillis, le secret professionnel est invoqué à tort ou à raison¹⁷³;

3° la vérification ne peut être faite par la personne qui doit juger du fond de l'affaire, dès que cette vérification implique la prise de connaissance des informations secrètes elles-mêmes¹⁷⁴.

(82 - techniques) Ces principes peuvent être mis en œuvre au moyen de diverses techniques. La technique la plus répandue consiste à faire juger préalablement la contestation relative au caractère secret de certaines informations par un autre juge que celui qui doit juger du fond de l'affaire¹⁷⁵. Une technique préventive consiste à obliger les professionnels et leurs clients à séparer matériellement les informations secrètes d'autres informations qui ne le sont pas.

Je fournirai au n° suivant des exemples de cette deuxième technique. Quant à la première, la pratique a développé des variantes, comme la vérification par le bâtonnier, par un expert indépendant tenu lui-même au secret professionnel, etc... Ces solutions ne sont constitutionnellement acceptables qu'à condition que la partie qui ne serait pas d'accord avec l'avis de ce tiers, peut encore toujours soumettre la contestation à un juge. Mais comme l'intervention du bâtonnier p. ex. pourrait donner une solution élégante à nombre de problèmes, on accepte généralement qu'ici à nouveau, l'avocat n'a pas le droit de se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de divulguer à ses autorités disciplinaires (à son bâtonnier) ce qui est couvert par ce secret.

(83 - applications : témoignage) Le problème que nous venons d'exposer se pose en pratique différemment selon le caractère des moyens de preuve en question.

En matière de témoignage, la solution est assez simple. L'avocat qui refuse de témoigner doit donc uniquement déclarer qu'il n'a pas eu connaissance de faits pertinents précédant le moment où il est intervenu dans le cadre de la défense du client (ou la date à laquelle il a été amené à partager les connaissances d'un avocat intervenant dans le cadre de cette défense). D'autre part, l'avocat qui a été témoin, en dehors de l'exercice de sa profession, d'un fait à propos duquel il pourrait être convoqué à témoigner, devrait refuser d'intervenir dans le cadre de la défense des personnes concernées¹⁷⁶. Cette dernière obligation est une application de la technique de "séparation préventive".

(84 - applications : production et saisie de documents) En matière de production de documents qui se trouvent chez un avocat, l'art. 877 C. jud. dispose que, lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner le dépôt (d'une copie) de ce document. Mais l'avocat, invité par le juge à déposer un document, peut faire valoir ses observations (motifs de refus) par écrit ou "en chambre du conseil" (c'est-à-dire sans publicité - art. 878 C. jud.). En cas de doute, l'avocat consultera son bâtonnier avant de répondre¹⁷⁷. Mais il appartient au juge de vérifier si, d'après les éléments de preuve recueillis, le refus de déposer est légitime, et notamment s'il est justifié par le caractère secret des faits constatés par ces documents¹⁷⁸. Il appartient au principe à l'avocat ou à son client de prouver le caractère secret des documents. Mais s'il s'agit d'une note ou de correspondance rédigée dans le cadre de la défense du client, elle est évidemment couverte

¹⁷³ Comp. Cass. 23 juin 1958, *J.T.*, 597, *Pas.* I, 1180

¹⁷⁴ Comp. la position de la Commission Consultative des Barreaux de la communauté Européenne dans l'affaire AMS c. Commission européenne, C.J.C.E. 18 mai 1982, *Law Reports*, (1575) 1601 suiv., *J.T.* 1983, 41 obs. P. LAMBERT, *Cah. dr. eur.*, 381 obs. L. GOFFIN, *Common Market LR*, 1982, 264 suiv.

¹⁷⁵ Plutôt dans ce sens J.B.M. VRANKEN, "Het professionele verschoningsrecht", Préavis, *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging* 1986, p. 124-125, n° 64.

¹⁷⁶ Comp. Cass. 27 mars 1905, *Pas.*, I, 176, cité *supra* note 107.

¹⁷⁷ Comp. art. 146 du Code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

¹⁷⁸ Cass. 30 octobre 1978, *Pas.* 1979, I, 248; A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, *Ann. Liège* 1970, (195 suiv.) 242-243.

par le secret professionnel, et le problème de la preuve ne se pose pas. S'il s'agit d'autres motifs (p. ex. le respect dû à la vie privée), il devra les prouver. Le problème se posera notamment lorsqu'il ne s'agit plus d'un document spécifié, mais de toute une série de documents, d'un dossier, etc ... qui pourraient contenir aussi bien des éléments secrets, des éléments discrets (qui pourraient être communiqués au juge mais non pas à l'adversaire) et des éléments à communiquer. Quant à la procédure, on peut alors s'inspirer de la pratique en matière de communication de la comptabilité des commerçants : exception faite des cas de liquidation du commerce mentionnés à l'art. 21 C. Comm., la comptabilité n'est pas comme telle communiquée à l'adversaire; le juge désigne un expert, tenu au secret professionnel, pour les examiner et en extraire les éléments pertinents¹⁷⁹. Il s'agit donc d'une combinaison de la technique de séparation matérielle et de celle de vérification par un tiers.

En ce qui concerne les avocats, le problème ne se pose pas tellement en matière civile, lors d'une action ad exhibendum, mais surtout en matière pénale, lors de perquisitions et saisies dans le cabinet d'un avocat. En matière pénale, c'est en effet la partie adverse, notamment le Ministère public, qui essaye d'obtenir les informations. Suivant un accord entre le parquet général et l'Ordre des avocats, qui date de novembre 1930, une telle perquisition ne peut être effectuée que par le juge d'instruction en personne, accompagné du bâtonnier ou de son représentant. L'avocat est déontologiquement tenu de refuser une perquisition en l'absence du bâtonnier, et donc d'avertir le bâtonnier¹⁸⁰. En cas de désaccord entre le juge d'instruction et le bâtonnier quant au caractère secret d'un document, la protestation du bâtonnier contre la saisie d'une pièce qu'il estime secrète, doit être actée dans le procès-verbal¹⁸¹. Ainsi, le juge pourra normalement juger la contestation quant à la nature confidentielle d'un document sans prendre connaissance du document lui-même. En tout cas, il est conseillé aux avocats de séparer nettement les pièces confidentielles et celles qui ne sont pas couvertes par le secret professionnel, afin de faciliter les choses.

Cette dernière remarque est spécialement vraie en matière fiscale, où nous trouvons d'ailleurs des règles comparables, mais cette fois-ci fixées dans la loi. Ainsi, l'art 241 C.I.R. (Code des impôts sur les revenus) dispose que: "lorsque la personne requise (de communiquer des documents ou renseignements) se prévaut du secret professionnel, l'administration sollicite l'intervention de l'autorité disciplinaire territorialement compétente à l'effet d'apprécier si et éventuellement dans quelle mesure la demande de renseignements ou de production de livres et de documents se concilie avec le respect du secret professionnel". (s'il n'y a pas d'autorité disciplinaire, l'administration juge elle-même, sous réserve d'un contrôle judiciaire¹⁸²). Ici aussi, l'avocat est déontologiquement tenu de solliciter l'intervention du bâtonnier.

Les règles spéciales en cas de perquisition ne valent que pour une perquisition au cabinet de l'avocat, et non plus lorsque l'avocat lui-même est accusé et qu'une perquisition de sa maison privée est ordonnée¹⁸³. Ceci implique une obligation pour l'avocat de garder les documents secrets dans son cabinet.

Il n'existe pas non plus de garanties spéciales lors d'une demande de production de documents par le client¹⁸⁴ ou de perquisition chez le client, mais bien en ce qui concerne la correspondance entre un détenu et son client : le directeur de la prison ne peut vérifier lui-même si cette correspondance est bien relative à la

¹⁷⁹ A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, *Ann. Liège* 1970, (195 suiv.) 275 préconisent la même solution pour le dossier médical.

¹⁸⁰ Art. 184 du Code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

¹⁸¹ Pour plus de détails, voy. P. LAMBERT, "Perquisitions et saisies dans le cabinet d'un avocat", *J.T.* 1979, 622; J. STEVENS, n° 858 suiv.

¹⁸² A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, *Ann. Liège* 1970, (195 suiv.) 227; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 80-81.

¹⁸³ MAHIEU & BAUDREZ nr. 1897 en 1899.

¹⁸⁴ Comp. à cet égard spécialement l'arrêt C.J.C.E. 18 mai 1982, AMS c. Commission européenne, *Law Reports*, (1575) 1601 suiv., *J.T.* 1983, 41 obs. P. LAMBERT, *Cah. dr. eur.*, 381 obs. L. GOFFIN, *Common Market LR*, 1982, 264 suiv.

défense des intérêts du client (et donc couverte par le secret professionnel), et doit solliciter l'intervention du bâtonnier¹⁸⁵.

(85 - applications : saisie-arrêt) Le juge des saisies de Bruxelles¹⁸⁶ a proposé d'également faire surveiller le respect de l'interdiction de dessaisissement par les autorités de l'Ordre des avocats, sous réserve du contrôle des Tribunaux en cas de difficultés persistantes, contrôle qui devrait, le cas échéant, être exercé sans publicité (en chambre du conseil). Bien que cette technique soit souvent la meilleure en cas de conflits concernant le secret professionnel, elle est selon nous superflue en matière de saisie-arrêt, puisque d'une part la dette de l'avocat envers son client n'est - à notre avis - pas de nature secrète et d'autre part, le paiement par un tiers saisi n'est pas opposable au saisissant et rend le tiers saisi débiteur personnel du saisissant.

7° Conséquences de la violation du secret professionnel pour l'admission et l'évaluation des moyens de preuve.

(86 - distinction des diverses questions et principes) On enseigne généralement qu'il faut exclure des débats judiciaires ou au moins dénier toute valeur probante¹⁸⁷ à un moyen de preuve obtenu de manière illicite, ou en tout cas à un moyen de preuve obtenu par l'accomplissement d'une infraction pénale (comp. *infra* n° 107). Il s'agit donc de l'illicéité de l'obtention ou possession du moyen, non de l'irrégularité de sa production dans le procès, qui doit être jugée selon les règles de la procédure (communication des pièces p. ex.). La différence est importante, parce que le soi-disant problème du respect des droits de la défense lors de l'instruction ou obtention de preuves (p. ex. le cas de l'expertise unilatérale, du témoin anonyme, etc ...) est un problème qui doit en tout cas être résolu a posteriori et in concreto¹⁸⁸, lors de l'évaluation des moyens de preuve (réserve faite de règles légales spécifiques, p.ex. des nullités explicites), tandis que la doctrine du rejet des preuves obtenues de manière illicite préconise une décision a priori et in abstracto, c'est-à-dire indépendamment du contenu de ce moyen de preuve.

Bien que je conteste l'applicabilité générale de la doctrine rejettant toute preuve recueillie de manière irrégulière *en dehors* de la matière pénale et fiscale, et notamment en matière civile et commerciale, je crois qu'on doit accepter le principe pour les moyens de preuve obtenus par le fait de la violation d'une règle pénale qui a précisément pour but d'empêcher l'usage de certaines informations comme moyens de preuve¹⁸⁹ (le sort des moyens de preuve obtenus en violation d'autres règles ou principes, comme p. ex. le respect de la personnalité ou de la vie privée, est traité *infra* n° 103)

(87 - application au secret professionnel et nuances) Ceci dit, la solution du problème des moyens de preuve qui sont le résultat d'une violation d'un secret professionnel semble très simple, même en procédure civile. En effet, le but de l'obligation de respecter le secret professionnel, obligation pénalement sanction-

¹⁸⁵ Cass. 12 mai 1977, *J.T.*, 708, *Pas.* I, 929; BRAUN & MOREAU n° 496.

¹⁸⁶ Sais. Bruxelles 22 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 226, la Cotonnière c. Saiselet, Faveers

¹⁸⁷ On parle aussi de l'inadmissibilité ou irrecevabilité d'un moyen de preuve. Cette terminologie est inexacte en droit belge, parce que l'(ir)recevabilité, ou plus exactement l'(in)admissibilité se rapporte toujours à un acte processuel, et non aux éléments de preuve recueillis (comp. mon rapport "De goede trouw in het geding", *TPR*, 1990, p. 490 n° 96). Déclarer un moyen de preuve "inadmissible" n'est donc exact que lorsque le mode de communication de ce moyen (recueilli) au juge est irrégulier.

¹⁸⁸ Voy. mon rapport "De goede trouw in het geding", *TPR*, 1990, p. 516-517 n° 120 et note 71, réf. à Cass. 22 mai 1978, *INAM* c. *Litt. Arr.*, 1109, rejet et J. van COMPERNOLLE, "Le Code judiciaire et la théorie des nullités", *R.C.J.B.* 1977, 602.

¹⁸⁹ Comp. W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen ?*, Préavis Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 1990, Kluwer Deventer 1991, notamment p. 15, où cet auteur conteste que toute preuve obtenue de manière illicite doit être rejeté dans le procès civil, mais préconise le rejet en cas de violation d'une règle légale ayant pour but de protéger des informations confidentielles.

née, est précisément d'empêcher l'usage de certaines informations comme moyens de preuve. Evidemment, il doit s'agir d'une information réellement couverte par le secret professionnel selon les règles développées *supra.*, et ainsi, la communication d'informations reçues comme secrètes, ne constitue pas une infraction lorsqu'il y a des faits justificatifs, qui enlèvent à la communication son caractère illicite. Mais il semble quand même qu'un moyen de preuve obtenu grâce à une violation de ce secret devrait simplement être rejeté des débats ou en tout cas rester absolument dénué de toute valeur probante. En matière pénale, la règle est encore plus sévère : même si le Ministère public a obtenu par après de manière licite d'autres moyens de preuve, mais que sans la violation du secret professionnel, elle n'aurait eu aucune indication sérieuse de commencer une instruction, ce n'est pas seulement le moyen de preuve qui en perd toute sa valeur, mais la poursuite pénale elle-même s'en trouve viciée¹⁹⁰.

Cependant l'affaire est-elle vraiment si simple en matière civile ? Ne doit-on pas vérifier si l'on peut effectivement reprocher quelque chose à la personne qui présente le moyen de preuve en justice ? Dans la plupart des cas, celle-ci ne sera pas elle-même tenue au secret. Elle pourra rarement être considérée comme complice de la violation. Pourtant, le rejet d'un moyen de preuve est considéré comme sanction d'un comportement illicite, comme une déchéance du droit à la preuve¹⁹¹, et la violation doit - en matière civile - être prouvée par celui qui l'invoque¹⁹². Le rejet est encore plus difficile à justifier si une personne qui n'est pas complice de la violation, et à laquelle on ne peut donc rien reprocher, a la charge de la preuve du droit qu'elle invoque pour la seule raison que l'autre partie nie mensongèrement le fait juridique en question. En matière civile, c'est pourtant cette situation qui sera la plus fréquente (étant une conséquence du principe dispositif, cpr. *supra* n° 58). Un cas classique est celui de la compagnie d'assurance-vie qui apprend par une indiscretion du médecin du preneur (éventuellement défunt) que celui-ci a répondu mensongèrement lors de la conclusion du contrat¹⁹³.

Il existe encore d'autres situations (qui peuvent se présenter dans le cas qui vient d'être décrit, mais aussi dans d'autres cas) où la prévalence du droit au secret d'un confident sur un droit matériel (et le droit à la preuve qui en est l'accessoire) n'est pas évident. Pensons p. ex. au conflit entre le droit au secret d'un preneur d'assurance-vie décédé, droit invoqué par son médecin, opposé à celui des bénéficiaires de l'assurance d'obtenir un certificat médical leur permettant de prouver à l'égard de la compagnie d'assurances la cause de la mort, et au même conflit lorsque des héritiers demandent un certificat concernant l'état mental de leur auteur. La Cour de cassation française semble donner la prééminence au droit à la preuve¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Cette doctrine est nuancée par R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, Swinnen, Bruxelles 1988, 58-59.

¹⁹¹ P. KAYSER, "Le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance", *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Pierre Voirin*, L.G.D.J. Paris 1966, (437) 454 (bien que cette formule y soit employée à propos des moyens de preuve en conflit avec le secret de la correspondance, et non avec le secret professionnel).

¹⁹² P. KAYSER, in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Pierre Voirin*, p. (437) 455.

¹⁹³ Dans notre sens (admission de la preuve aux débats) Cour Liège 31 mars 1966, *J.T.*, 389 et le commentaire de P.E. TROUSSE, "Chronique trimestrielle de jurisprudence", *R.Dr.pén.* 1965-66, 999-1000. *En sens contraire* : Cour Bruxelles 13 oct 1964, *Pas.* 1965, II, 239; Cour Gand 12 avril 1965, *Pas.* II, 181; Cass. 18 avril 1985, *J.T.*, 421, et analysé par P. VASSART, "Les jambes d'Iseult ou le paradoxe de l'avocat", *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, Nemesis Bruxelles 1986, II, p. (835) 841 (même l'aveu des héritiers a été rejeté parce qu'obtenu en réponse à des éléments de preuve illicitement recueillies) - arrêt totalement inacceptable à mon avis.

¹⁹⁴ Cass. fr. civ. 1^{ère} 26 mai 1964, *D.* 1965, 109, *JCP*, 19864, II, 17751, *R.T.D.Civ.*, 1965, 162; Cass. fr. civ. 1^{ère} 29 avril 1968, *JCP*, II 15560; P. KAYSER, in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Pierre Voirin*, 437 suiv.; G. GOUBEAUX, "Le droit à la preuve", *La preuve en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique (réd. Ch. Perelman et P. Foriers), Bruylant Bruxelles 1981, p. (277) 298.

Même en cas de violation du secret professionnel, on ne peut donc pas totalement se soustraire à une balance des valeurs en conflit. Le prof. VAN NESTE a employé la formule selon laquelle la "densité du secret" doit être mesurée au droit corrélatif à la vérité du tiers (de l'adversaire)¹⁹⁵. J'indiquerai les éléments qui doivent alors être pris en considération, *infra* (n° 103), lors d'une prise de position plus générale quant au problème des preuves illicites .

c. La consultation.

(88 - lieu) En principe, l'avocat tient ses consultations dans son cabinet (ou un de ses cabinets), bien qu'il puisse visiter son client à domicile ou au siège. La plupart des Ordres ont admis aussi d'autres exceptions¹⁹⁶.

(89 - premier conseil) Une première consultation n'est pas gratuite. Mais depuis 1987, l'Ordre national a organisé une action nationale nommée "premier conseil", dont le but est de permettre à quiconque désire consulter un avocat de recevoir un premier avis d'orientation, au terme d'un entretien ne dépassant pas 30 minutes, pour un honoraire maximum de 1000 FB. Tous les avocats ont été invités à participer à cette initiative ont été autorisés à informer le public de leur participation.

(90 - acceptation ou refus des causes) Après consultation, l'avocat peut accepter ou refuser de gérer l'affaire (comp. art. 1984, 2 C.C.). Ce n'est que s'il est commis d'office, qu'il ne peut refuser une cause sans consentement de l'autorité qui l'a désigné (art. 446 C. jud.). En dehors de ce cas, dans l'évolution actuelle des choses, il est même obligé de refuser une cause s'il n'a pas la compétence ou le temps de la gérer de manière diligente¹⁹⁷. Cela n'exclut pas le droit, ou même l'obligation, des prendre des mesures urgentes.

En plus, il devrait refuser de défendre une cause qu'il ne croit pas juste en son âme et conscience (art. 429 C. jud.) - ce qui ne veut pas dire qu'il doit être convaincu que son client a raison au fond, mais bien qu'il a droit à une défense loyale. Finalement, il devrait refuser une cause dans laquelle il pourrait être appelé à témoigner¹⁹⁸.

(91 - devoir de diligence) S'il accepte de gérer la cause, la relation qu'il entretient avec son client est considérée comme une relation contractuelle, et le comportement des parties sera mesuré au regard du critère du "bon père de famille", ou plutôt du "bon avocat normalement prudent et diligent". En dehors des obligations plus spécifiques, déjà mentionnées p. ex. au n° 59, l'avocat a surtout un devoir de diligence (pour plus de détails, cpr. *infra* nos. 99, 100 suiv. et 109) Il a en principe le devoir de discerner les faits juridiques pertinents à travers les informations qui lui sont données par son client (*infra* n° 99), et d'en comprendre les conséquences juridiques (*infra* n° 109).

Ces obligations et cette relation contractuelle n'empêchent pas que le contrat peut être résilié à tout moment par l'avocat ou par le client, même si, comme mentionné précédemment au nos 15 et 59, "l'avocat qui exerce son droit de ne plus s'occuper d'une affaire doit s'assurer que le client pourra trouver l'assistance d'un confrère en temps utile pour éviter que le client subisse un préjudice" (art. 3.1.4 code de déontologie européen).

¹⁹⁵ F. van NESTE, R.W. 1977-78, 1289 ("geheimdichtheid").

¹⁹⁶ P. ex. art. 122-128 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles (Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 30 novembre 1976; présence aux Assemblées générales et Conseils d'administration de sociétés et associations; coopération à certains bureaux d'assistance juridique, sous des conditions assez restrictives); Résolutions de l'Ordre d'Anvers du 6 mars 1967 et 2 juin 1980.

¹⁹⁷ P. LAMBERT, *Règles et usages*, p. 359; J. STEVENS, 409 n° 798; sentence disciplinaire Bruxelles, 20 mars 1979, *Lettre du bâtonnier* 1979, 163; artt. 3.1.3. et 5.2.1. du Code de déontologie européen.

¹⁹⁸ Comp. supra note 107; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 195.

(92 - succession d'avocats) Comme il sera exposé infra au n° 113, l'avocat, en raison de la nature de son activité, a rarement un droit de rétention (sauf aux notes et projets non encore communiqués), et se trouve donc dans une situation de faiblesse lors d'un refus de paiement par le client. C'est pour cette raison que la confraternité impose aux avocats qui succèdent à un confrère de ne pas poursuivre l'affaire jusqu'au paiement de l'honoraire demandé ou accordé en cas de contestation, sauf devoirs urgents¹⁹⁹. Inversement, l'avocat auquel il est succédé doit évidemment communiquer à son successeur toutes les pièces pour la rédaction desquelles il demande des honoraires au client²⁰⁰.

L'avocat successeur ne peut représenter ou assister le client dans le litige qui l'oppose à son prédécesseur (litige concernant les honoraires ou la responsabilité professionnelle)²⁰¹.

d. L'avocat négociateur et conciliateur, ainsi que la confidentialité de la correspondance.

1° La bonne foi en matière de négociation.

(93 - l'égalité d'armes) L'avocat qui intervient dans des négociations, etc ... doit respecter "l'égalité d'armes". Cette obligation diffère selon que l'autre partie est assistée ou non d'un avocat.

Si l'autre partie est assistée d'un avocat, il s'abstiendra de contacter directement cette partie sans accord de son adversaire. Il évitera de mettre l'autre partie dans une situation difficile à cet égard. Ainsi, p. ex., lorsqu'il a l'intention d'assister à une Assemblée générale ou à une réunion d'un Conseil d'administration d'une société ou association, notamment pour y défendre les intérêts d'un client, il en informera, selon le cas le Président de l'Assemblée ou du Conseil, ou les actionnaires ou associés avec lesquels son client est en litige, afin de leur permettre d'être assistés eux aussi par leur avocat²⁰².

Si un avocat traite avec une partie qui n'est pas assistée d'un avocat, il doit l'inviter à l'être et bien lui préciser qu'il n'intervient que comme conseil de son client²⁰³; il doit toujours agir loyalement, sans abus de circonstances²⁰⁴.

Il est possible que l'avocat soit consulté par plusieurs parties afin de trouver une solution négociée, situation si délicate qu'il devra souvent refuser ce rôle²⁰⁵.

(94 - obligation de négociier) Dans certaines circonstances, on peut même parler d'une obligation de négociier. Mais il s'agit alors d'une obligation de la partie en tant que telle. Il me suffit donc de me référer à la littérature relative à ce problème, spécialement en droit des contrats²⁰⁶, bien qu'une plus grande prudence pourrait être exigée des parties avant d'entamer une procédure en justice²⁰⁷.

¹⁹⁹ Art. 2-4 du Règlement de l'Ordre national des avocats du 17 juin 1983 et 12 octobre 1989; art. 5.6. du Code européen de déontologie.

²⁰⁰ L'art 1 du Règlement de l'Ordre national des avocats du 17 juin 1983 dispose que l'avocat auquel on succède doit immédiatement transmettre à son successeur le dossier avec tous les éléments utiles à la poursuite de la cause, y joignant son état de frais et honoraires.

²⁰¹ Art. 3, 2 du Règlement de l'Ordre national des avocats du 17 juin 1983 et 12 octobre 1989; MAHIEU & BAUDREZ n° 2559-2560.

²⁰² Comp. l'art. 123 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 30 novembre 1976.

²⁰³ Comp. l'art. 162 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 17 juin 1969; art. 2 Règlement de l'Ordre de Liège du 24 avril 1977; BRAUN & MOREAU n° 575.

²⁰⁴ Comp. J. STEVENS, n° 482; *supra* n° 35; Civ. Liège 12 mai 1989, *J.L.M.B.* 1990, 133.

²⁰⁵ Comp. l'art. 163 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 17 juin 1969.

²⁰⁶ Entre autres N. HORN, "Neuverhandlungspflicht", *AcP* 1981, 255; J.M. van DUNNE, "De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship", *Iustitia et amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte, Opstellen ter gelegenheid van het 175-jarig bestaan van het Genootschap Iustitia et Amicitia*, Gouda Quint

2° La prétendue "confidentialité" des négociations et de la correspondance.

(95 - Règlements de l'Ordre national) Comme mentionné précédemment, la communication d'informations à l'adversaire ainsi que la correspondance entre avocats adversaires est traitée généralement comme un aspect du secret professionnel. Le Règlement de l'Ordre national des avocats²⁰⁸ dispose à cet égard :

Art. 1 La correspondance entre les avocats est confidentielle. Même lorsque les conseils sont d'accord, elle ne peut être produite qu'avec l'autorisation du bâtonnier. Cette disposition vise aussi bien la production judiciaire qu'extra-judiciaire;

Art. 2 Perd son caractère confidentiel et peut être, dès lors, produite sans autorisation du bâtonnier :

1° toute communication qui constitue un acte de la procédure ou en tient lieu;

2° toute communication qui, qualifiée expressément non confidentielle, manifeste un engagement unilatéral et sans réserve;

3° toute communication, faite sans réserve et à titre non confidentiel, à la demande d'une partie, pour être portée à la connaissance d'une autre, à condition que le destinataire de la lettre l'accepte expressément comme non confidentielle;

4° toute communication, fût-elle faite à titre confidentiel au nom d'une partie, lorsqu'elle contient des propositions précises acceptées sans réserve au nom de l'autre partie;

(...)

Art. 5 Le droit de produire la correspondance ne préjuge pas de l'existence ni de la portée des accords invoqués.

Le fait même qu'il y ait des négociations, n'est pas secret, à moins que cela ait été stipulé expressément²⁰⁹.

Ce Règlement est généralement considéré comme le plus obscur et le plus problématique des Règlements de l'Ordre national²¹⁰.

Il est à remarquer que ce Règlement ne distingue pas entre la correspondance échangée avec un adversaire et celle avec un avocat avec qui l'on coopère dans la défense d'intérêts concordants. Ce manque de distinction ne caractérise pas seulement les règles concernant la correspondance entre avocats, mais aussi celles relatives

Arnhem 1985, 117 suiv.; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., Paris 1989, p. 212 suiv. nr. 188 suiv.

²⁰⁷ Comp. mon rapport précité, *TPR*, 1990, (p. 353 suiv.) n° 24.

²⁰⁸ Règlements des 6 juin 1970, 6 mars 1980, 8 mai 1980 et 22 avril 1986.

²⁰⁹ Art. 244 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; communication du bureau de l'Ordre national des avocats, *Communications* 1990 n° 10; dans le même sens BRAUN & MOREAU n° 511. L'importance de cette règle concerne surtout les prescriptions et déchéances (Voy. p. ex. Cour Bruxelles 8 février 1979, C. c. N. c. Z., *R.W.* 1979-80, 2933. Pour une étude comparative de l'influence du comportement des parties, p. ex. des négociations, sur la prescription : F. RANIERI, "«Exceptio temporis» e «replicatio doli» nel diritto dell'Europa continentale", *Rivista diritto civile*, 1971 I, (253) m.b. 290 v., en "Suspensione della prescrizione ed exceptio pacti sive doli", *Riv. dir. civ.* 1971 II, 11. Comp. aussi J. CARBONNIER, "La règle «contra non valentem agere non currit praescriptio»", *Rev. crit. lég. jur.* 1937, 158 v.; J. DABIN "Sur l'adage «Contra non valentem agere non currit praescriptio»", obs. sous Cass. 2 janvier 1969, Kimpe c. Fournier, Libert, cassation, *R.C.J.B.* 1969, 91; K. SPIRO, "Zur neueren Geschichte des Satzes «agere non valenti non currit praescriptio»", *Festschrift für Hans Lewald bei Vollendung des 40. Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1953; J. LIMPENS & R. KRUIHOF, "Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik", *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Kluwer Antwerpen 1973, I, (655) 669.

²¹⁰ P. ex. par J. STEVENS, p. VIII-IX.

à la correspondance avec des membres d'autres professions : des règles concernant le caractère confidentiel ou non de la correspondance ont été formulées pour un certain nombre de professions ou catégories de correspondants indépendamment de la question de savoir si ce correspondant est un adversaire ou bien une personne avec qui l'on coopère dans la défense d'intérêts concordants (voy. les règles concernant la correspondance avec des curateurs et autres mandataires de justice²¹¹, des notaires²¹², des délégués syndicaux²¹³, des juristes d'entreprise²¹⁴, etc. - la correspondance avec l'autre partie en personne n'est confidentielle que lorsque cela est stipulé ou résulte des circonstances²¹⁵).

Dans cette optique traditionnelle, ce n'est donc pas la position d'une personne dans l'instance ou la relation juridique (adversaire ou partisan), mais uniquement son statut professionnel qui détermine les règles de la "confidentialité". Ce qui montre à nouveau que l'on raisonne quant à ce problème en termes corporatistes plutôt qu'en termes de relation juridique entre les parties.

(96 - critique) Quel est et quel devrait être le but de la "confidentialité" de la correspondance entre avocats. Si l'on doit croire ce qu'en disent les auteurs²¹⁶, le seul objectif serait de faciliter des négociations entre parties par l'intermédiaire de leurs avocats. Mais de quoi s'agit-il alors ? Du caractère confidentiel d'une information (sa non-communicabilité en justice) ou du caractère non obligatoire d'une proposition ? Même dans le cadre de négociations, *un avocat n'a pas le droit de communiquer à son adversaire des informations qui tombent sous le secret professionnel*²¹⁷, des informations dites "confidentielles", si ce n'est aux fins de la défense de son client, entre autres parce que chaque client a le droit d'obtenir de son avocat toutes les informations que celui-ci a obtenu en sa qualité de conseil de ce client. Et inversement, si des parties échangent des informations secrètes, cela ne change en rien le caractère obligatoire de leurs accords.

Ces deux raisons montrent, à mon avis, que la condition nécessaire pour faciliter des négociations entre parties n'est pas tellement une interdiction aux avocats de produire la correspondance avec leur adversaire en justice, mais bien la reconnaissance du caractère non obligatoire de cette correspondance ! La non-communicabilité en justice n'est une condition ni suffisante ni nécessaire à cette fin. L'explication en est la suivante.

Premièrement, la confidentialité comprise comme non-communicabilité par un avocat en justice ne suffit pas à faciliter des négociations, en ce sens qu'elle ne modifie en rien les règles du droit commun concernant la conclusion et la force obligatoire des conventions. L'art. 5 dudit Règlement, précité, le confirme d'ailleurs, bien que cette confirmation soit plutôt cynique, puisque le but de ce Règlement consiste à retirer aux parties le droit de prouver des conventions que lui-même considère obligatoires ! Pourtant les parties - assistées ou non d'un avocat - ont parfaitement le droit de formuler un accord en déclarant explicitement qu'il n'aura pas de force juridique. Mais cela présuppose une déclaration en ce sens, et ce n'est pas résolu par un Règlement décrétant la non-communicabilité par les avocats. En effet, tant qu'une partie - soit elle-même, soit l'avocat en tant que son représentant - n'attribue pas à un caractère non obligatoire (sans engagement), une proposition, celle-ci insérée dans une lettre d'avocat doit être jugée, dans la relation entre les parties adverses, selon les règles du pouvoir de représentation de l'avocat (cfr. *infra* n° 131 suiv.). L'autre partie (en personne) a alors le droit d'obliger la première partie à respecter les propositions faites en son nom par son avocat, lorsqu'elles rentrent dans le pouvoir de celui-ci.

²¹¹ Règlement de l'Ordre national des avocats du 10 mars 1977.

²¹² Art. 199-200 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

²¹³ Art. 312 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Protocole du 6 mai 1977 entre l'Ordre de Bruxelles et les instances régionaux des syndicats représentatifs.

²¹⁴ Des pourparlers sont en cours entre l'Ordre national des avocats et l'Association belge des Juristes d'entreprise (association purement de droit privée, mais bien représentative).

²¹⁵ Art. 201-202 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

²¹⁶ P. ex. BRAUN & MOREAU, n° 493.

²¹⁷ La déontologie des avocats le confirme bien à propos de certains problèmes spécifiques, p. ex. à l'art. 294, 2, 2 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

De quel droit un Ordre des avocats dénie-t-il aux clients d'être informé de ce que leur conseil a appris en sa qualité d'avocat, l'eût-il l'appris de la partie adverse ou de son adversaire, et d'en user aux fins de sa défense²¹⁸ ? De quel droit un Ordre des avocats dénie-t-il aux clients la possibilité d'invoquer l'existence et la portée des propositions faites sans réserves au nom de la partie adverse, même si elles n'étaient peut-être pas entendues comme obligatoires (L'Ordre de Bruxelles oblige l'avocat qui communique à son client une copie d'une lettre "confidentielle" de l'adversaire à attirer son attention sur le fait qu'elle ne lui accorde aucun droit²¹⁹, tandis que le Règlement de l'Ordre national dispose que le droit de produire la correspondance ne préjuge pas de l'existence ni la portée des accords invoqués) ? De quel droit peut-on décréter que les pièces communiquées avant l'introduction de l'instance sont en principe "confidentielles"²²⁰, alors que l'avocat peut être obligé, selon les règles du C. Jud., de produire toute pièce pertinente qu'il détient, sauf raisons que le client lui-même pourrait invoquer (respect dû à la vie privée, etc ...) ? De quel droit un avocat peut-il nier en conclusions des faits qu'il a explicitement reconnus en correspondance²²¹ ? Sur base du secret professionnel ? Le secret professionnel est un devoir de l'avocat envers son client, et non du client envers son avocat ou celui de la partie adverse. Un avocat ne peut quand même pas servir deux maîtres, en intervenant au nom d'une partie et en même temps en acceptant un devoir de secret envers l'autre partie. La Cour de Justice des Communautés européennes a décidé, à raison, que le client a le droit de produire, aux fins de sa défense, la correspondance de son avocat, fût-elle avec son adversaire²²².

En outre, le problème de la facilitation des négociations ne peut être résolu par une règle déontologique entre avocats, interdisant la production en justice, puisque le problème se pose presque exactement de la même manière lorsqu'une des parties correspond en personne, ou est représentée par un notaire, ou par un représentant d'une autre profession. La aussi, il devient clair que pour faciliter les négociations, il ne faut pas tant attribuer à la correspondance un caractère secret, qu'un caractère non obligatoire.

En effet, la confidentialité comprise comme non-communicabilité par un avocat en justice n'est pas non plus une condition nécessaire à fin de faciliter des négociations, en ce sens qu'il est parfaitement possible d'enlever à toute proposition son caractère obligatoire en le stipulant expressément, notamment en mentionnant qu'elle est faite "sous réserve" ou "without prejudice". En effet, la doctrine et la jurisprudence confirment la thèse que des parties - assistées ou non d'un avocat - ont parfaitement le droit de formuler un accord en déclarant explicitement qu'il n'aura pas de force juridique²²³.

(97 - Solution) Cette critique démontre, à mon avis, la confusion totale entre d'une part des informations confidentielles, qui concernent des faits et circonstances, et d'autre part des propositions faites sous réserve,

²¹⁸ A tort dans ce sens Cour Liège 7 janvier 1991, *JLMB*, 772 obs. (concordantes à ce point) P. LAMBERT), ainsi que l'art. 205 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles, qui oblige l'avocat qui communique à son client une copie d'une lettre "confidentielle" de l'adversaire à attirer son attention sur le fait qu'il ne pourra produire ce document.

J. STEVENS d'autre part permet de produire de la correspondance confidentielle en cas de violation caractérisée, manifeste, du devoir de loyauté (STEVENS, n° 849)

²¹⁹ Egaleme nt à l'art. 205 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

²²⁰ Art. 222, 1 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 27 janvier 1981.

²²¹ La doctrine reconnaît bien qu'un avocat ne peut dénier des faits qu'il a reconnus dans une lettre confidentielle (J. STEVENS, n° 848). Mais s'il le fait, comment l'autre partie peut-elle alors prouver le mensonge ?

²²² C.J.C.E. 18 mai 1982, *AMS c. Commission européenne*, *Law Reports*, 1575, *J.T.* 1983, 41 obs. P. LAMBERT, *Cah. dr. eur.*, 381 obs. L. GOFFIN, *Common Market LR*, 1982, 264 suiv., considération n° 28. Cons. aussi Hoge Raad, 2 juin 1989, *NJ*, n° 654.

²²³ Voy. W. van GERVEN, *Beginselen van belgisch privaatrecht I. Algemeen deel*, Standaard Antwerpen 1973, n° 102 p. 296.

qui ne donnent pas une description de faits, mais des obligations ou confirmations de droits subjectifs. Je ne conteste évidemment pas que les parties qui négocient sont tenues, à l'égard des tiers, à une certaine discrétion, mais il est différent d'affirmer que les propositions sont couvertes par le secret professionnel et ne pourraient être invoquées entre parties. La solution du problème exige donc une distinction entre ce qui suit :

- s'il s'agit d'informations "confidentielles", c'est-à-dire secrètes, l'avocat n'a pas le droit de les communiquer à la partie adverse, si ce n'est aux fins de la défense de son client; s'il les a communiquées à ces fins, il ne peut plus les nier envers cette partie adverse;

- s'il s'agit de propositions que l'on veut faire sous réserves, il devrait suffire de mentionner qu'elles sont faites "sous réserves" ou "without préjudice", comme le dispose d'ailleurs le Code de déontologie des avocats de la Communauté européenne (art. 5.3); on peut même accepter les critères du Règlement de l'Ordre national comme critères du caractère obligatoire ou non obligatoire (pourvu que l'on se concentre sur cette question et non plus sur la communicabilité en justice); celui qui a fait des propositions, ne peut plus nier leur existence, mais uniquement leur caractère obligatoire.

Considérer la correspondance entre avocats adversaires comme un aspect du secret professionnel et comme un problème de communicabilité en justice, et non comme un problème de force obligatoire de conventions, ne témoigne pas tellement de la volonté de protéger les clients contre le danger d'engagements précipités, d'être lié par des propositions faites en leur nom avant de s'en rendre compte. Cela témoignerait plutôt de la volonté de protéger les avocats contre les conséquences de leurs indiscretions involontaires, ou peut-être des indiscretions volontaires qui devraient leur permettre de faire pression, de commun accord, sur leurs clients respectifs à fin de consentir à un Règlement amiable, ou peut-être de la volonté de les protéger contre le risque de responsabilité pour transgression de leur compétence de gestion de l'affaire (compétence de représentation).

e. La contrariété d'intérêts

(98) Evidemment, un avocat ne peut défendre en même temps des intérêts contraires. Ainsi, il ne peut plaider pour ou contre une même personne dans une même affaire. Le problème se pose surtout dans des litiges où différentes parties ont des intérêts généralement concordants, comme p. ex. l'assureur en responsabilité civile et son assuré. S'il n'y a pas de litige, l'avocat peut jouer un rôle d'intermédiaire (cpr. *supra* n° 93) S'il y a litige, l'avocat peut défendre les deux parties aussi longtemps qu'il n'y a pas d'opposition d'intérêts ²²⁴.

L'avocat qui a déjà consulté ou plaidé pour une partie ne peut plus, dans le même litige - p. ex. en cas de rupture de la relation avec ce client -, intervenir pour une autre partie ayant un intérêt opposé. La même interdiction s'étend à d'autres litiges dès que la connaissance par l'avocat des affaires de son ancien client est susceptible d'avantager le nouveau²²⁵. L'avocat qui est intervenu comme médiateur entre deux parties, ne peut pas, p. ex. après l'échec des négociations, agir contre une de ces parties dans une instance relative à ces négociations²²⁶.

²²⁴ Art. 294 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 10 juin 1969; Résolution de l'Ordre d'Anvers du 9 avril 1956; art. 3.2.1. Code européen de déontologie. Comp. aussi le cas spécifique des art. 173-176 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles (Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 21 janvier 1969, récupération de sommes pour le compte d'un tiers, créancier du client, qui les a avancées au client).

²²⁵ Art. 299 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 2 juin 1970; art. 3.2.3. Code européen de déontologie.

²²⁶ Comp. également l'art. 163 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 17 juin 1969; art. Règlement de l'Ordre de Liège du 24 avril 1977; art. 3.2.2. Code européen de déontologie.

Mais le devoir de loyauté des avocats est généralement plus étendu. En général, il ne peut plaider en même temps pour et contre une même personne dans des affaires différentes. On admet pourtant une exception à l'égard des personnes juridiques de droit public (aussi longtemps qu'il s'agit de différents Départements ministériels) et de certaines personnes juridiques de droit privé, tel que les compagnies d'assurance²²⁷. Le barreau de Bruxelles pose toutefois comme condition l'obtention de leur consentement²²⁸.

f. La présentation des faits et la procuration de preuves.

1° Présentation des faits juridiques, juridisation et qualification des faits en vue de l'objet de la demande.

(99) Comme tout notre système juridique est concentré autour de la notion de "faits juridiques"²²⁹, le juge étant obligé de construire son jugement en tant que conclusion de deux jugements, l'un en fait (formé au moyen d'une règle de preuve, règle en principe cognitive) et l'autre en droit (formé au moyen d'une règle de droit substantielle, règle en principe normative) (comp. supra, n° 58, 3°), une grande partie de l'activité de tout juriste, et spécialement de l'avocat, consiste en la *construction de faits juridiques*, et notamment de faits juridiques desquels peuvent être déduits des effets juridiques au moyen d'une norme juridique acceptée. C'est évidemment le cas lors d'un litige, mais c'est également le cas avant tout litige, de manière "préventive".

J'ai déjà exprimé l'idée (supra, n° 58, 3°) que la distinction entre le fait et le droit n'est pas du tout "naturelle", mais le résultat de la manière dont les parties thématisent leur relation réciproque et dont elles découpent cette relation en différents points litigieux (sur l'influence des moyens de preuve dont on dispose, cpr. le n° suivant). La notion de fait juridique n'est pas une pure "question de fait". "Les faits de la cause" ne peuvent être entendus, selon la formulation du prof. RIGAUX²³⁰, comme "une tranche de vie découpée d'une réalité humaine et sociale exempte de toute imprégnation juridique", mais bien comme "une relation de vie déjà conceptualisée, et construite en fonction de l'objet" (du litige, de la demande). Le "mélange de fait et de droit" est nécessairement indissociable dans la présentation des "faits" par les parties.

Le fait pertinent, c'est-à-dire le fait apte à recevoir des effets juridiques, donc le fait juridique, est ainsi plutôt le *résultat* de l'activité de l'avocat, activité qui se mouve dans un cercle dit herméneutique²³¹, entre d'une part l'interprète (l'avocat) et d'autre part la masse indistincte des faits bruts de la cause et des normes (qui sont également des faits - des faits sociaux). C'est par ses connaissances et expériences juridiques que l'avocat est capable de construire, à partir de cette masse indistincte, des faits qui d'une part sont susceptibles d'être déduits de moyens de preuve (cpr. le n° suivant), et d'autre part susceptibles d'obtenir des effets juridiques favorables au client.

L'avocat a, envers son client, l'obligation d'examiner si les éléments que celui-ci apporte sont susceptibles d'être présentés comme des faits pertinents, c'est-à-dire des faits juridiques, auxquels on pourrait attribuer au moyen de règles juridiques des effets qui lui sont favorables. Si ces éléments n'autorisent pas une telle présentation, il devra se déclarer impuissant²³². Evidemment, il ne s'agit pas d'une "obligation de

²²⁷ J. STEVENS, n° 612. Comp. P. LAMBERT, *Règles et usages*, p. 368.

²²⁸ Art. 301 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; Résolution de l'Ordre de Bruxelles du 2 juin 1970.

²²⁹ Voy. CAMMARATA, "Il significato e la nozione di fatto nella esperienza giuridica", *Annali dell'Università di Macerata* 1929, V, 410 (également dans *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963, p. 247); J.L.P. CAHEN, *Toedrachtbepaling van rechtsfeiten*, Tjeenk Willink, Groningen 1975; F. RIGAUX, "La notion de fait en science juridique", *Ann. Lv.*, 1988, p. (3) spéc. 10 suiv.; *Mon De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nos. 7-8.

²³⁰ F. RIGAUX, "La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger", *R.C.J.B.*, 1982, (38) 42 n° 9; conclusions de l'avocat-général D'HOOGHE, Cass., 15 février 1991, *R.W.* 1991-92, p. (15) 17 ("contextualité").

²³¹ Voy. H.G. GADAMER, "Vom Zirkel des Verstehens", *Festschrift für Martin Heidegger zum 70. Geburtstag*, Klostermann Frankfurt a.M. 1959, 24 et 27; J.B. VRANKEN, *Kritiek en methode in de rechtsvinding*, Kluwer Deventer 1978, p. 114 suiv.

²³² F. RIGAUX, "La notion de fait en science juridique", *Ann. Lv.*, 1988, p. (3) 14.

résultat" : l'avocat dépend en large mesure des éléments que son client lui fournit. D'autre part, il a envers son client un certain "devoir d'investigation"²³³. La juste proportion entre ces devoirs d'information du client et d'investigation de l'avocat dépend de la relation entre eux, et notamment du degré d'ignorance du client et des qualités de spécialiste dont l'avocat se vante²³⁴.

Notre conception du fait juridique implique que l'on ne peut obliger un avocat à présenter au juge "tout les faits de la cause". Cela ne veut évidemment pas dire que l'avocat pourrait mentir, et n'exclut également pas le mensonge par omission. Mais cette question sera traitée *infra* au n° 125.

2° La recherche des preuves.

(100 - importance des preuves dont on dispose pour la construction des faits) Nous avons exposé (supra n° 58) que la plus grande partie des procédures civiles et commerciales sont régies par le principe dispositif, qui limite les effets juridiques que le juge peut prononcer à ceux qui ont été demandés par une des parties et peuvent être déduits des faits juridiques allégués par la partie dont les conclusions sont acceptées. Nous y avons déjà ajouté que ce principe ne vaut que partiellement en ce qui concerne les moyens de preuve. En effet, le juge peut ordonner d'office certaines mesures d'instruction, comme la production de documents (art. 871 et 877 C. jud.), la communication de la comptabilité (art. 22 C. Comm.), l'audition de témoins (art. 916 C. jud.), la comparution des parties (art. 992 C. jud.), l'expertise (art. 962 C. jud.), la descente sur les lieux (art. 1007 C. jud.) ou le serment supplétoire (art. 1366 C.C.). Mais la plupart de ces mesures ne peuvent être effectuées sans le concours d'au moins une des parties. En plus, les juges prennent rarement des initiatives de ce genre.

Même en dehors de ces mesures, le juge peut encore évaluer la valeur probante de tout élément qui apparaît dans la procédure en justice. Constituent des moyens de preuve potentiels tous les éléments qui se présentent au juge de manière régulière et qui peuvent être qualifiés comme un moyen spécifique de preuve au moyen duquel les faits en question sont susceptibles d'être prouvées conformément aux règles de l'évaluation des preuves (règles qui diffèrent selon le caractère civil ou commercial de la procédure, selon qu'il s'agit d'actes juridiques ou de faits juridiques s.s., etc ...).

Mais malgré tout cela, il appartient d'abord et surtout aux parties de présenter des moyens de preuve, au moins pour les faits juridiques contestés. Et puisque le comportement de l'autre partie quant à une éventuelle contestation dépendra évidemment en large mesure des moyens de preuve découverts, la quête préprocessuelle des preuves a un champ plus vaste que la présentation processuelle. De plus, la construction et le choix des faits à alléguer dépend en large mesure des moyens de preuve dont on dispose ou espère disposer. Contrairement à la théorie classique de MOTULSKY, j'estime qu'il n'est pas toujours nécessaire d'alléguer les "faits générateurs" (ontstaansfeiten) d'un droit subjectif²³⁵. Il est notamment superflu de remonter, dans la décomposition de la prétention, aux faits "générateurs" si, en remontant de l'effet juridique souhaité aux faits dont l'acceptation mènerait à l'attribution de cet effet, on arrive plutôt à un point qui permet l'attribution de cet effet. Ainsi, en cas de contrat "confirmatif" ou "déclaratif" (vaststellingsovereenkomst), il est en principe superflu de remonter au contrat original. En cas de promesse au moins formellement abstraite, il est en principe superflu de remonter au fait qui en forme la "cause". En cas de présomption de propriété, il est en principe superflu de remonter au fait qui a causé l'acquisition, etc ... La manière dont les parties thématisent leur relation réciproque, dont elles découpent leur relation en différents points litigieux - et dès lors la frontière entre le jugement en fait et le jugement en droit (cpr. supra n° 58, 3°) - dépend donc en large mesure des moyens de preuve dont ils disposent, ainsi que des caractéristiques de ces moyens, p. ex. leur divisibilité ou indivisibilité).

²³³ Comp. - d'une manière assez restrictive - P. DEPUYDT, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier en justice*, n° 95 et 127.

²³⁴ Comp. P. DEPUYDT, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier en justice*, n° 115-116 et 123; et plus généralement J. GHESTIN, "L'obligation précontractuelle de renseignement", in *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises* (réd. D. Tallon & D. Harris), Paris 1987/Oxford 1989, spéc. 25 suiv. et 31 suiv.; mon *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, n° 185.

²³⁵ Voy. Mon *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nos. 8-9.

En examinant les éléments fournis par le client, afin de lui donner son avis, l'avocat ne doit donc pas seulement examiner si ces éléments sont susceptibles d'être présentés comme des faits pertinents, mais aussi s'il s'agit de faits dont la charge de la preuve ou le risque de la preuve incombe à son client, et, s'il en est ainsi, dont la preuve pourrait vraisemblablement être apportée - fût-il par le manque de contestation par l'autre partie.

(101 - tâche et pouvoirs de l'avocat quant aux moyens de preuve) Dès l'acceptation d'une cause, l'avocat devra donc aller à la recherche des moyens de preuve potentiels. Pourtant, la doctrine traditionnelle est à cet égard très réticente : on enseigne qu'il appartient au client, et non à l'avocat, de composer son dossier²³⁶. Cet enseignement est peut-être trop radical. En effet, c'est d'abord l'avocat qui construit les faits de la cause et qui a (devrait avoir) la compétence de connaître et déterminer les moyens de preuve pertinents. Il devra donc souvent s'informer auprès du client, se renseignant explicitement sur la disponibilité de certains moyens de preuve. S'il ne s'agit pas de documents qui peuvent lui être communiqués (en original ou en copie), il pourrait être utile, selon les circonstances, d'aller lui-même à la recherche des éléments de preuve, p. ex. en descendant lui-même sur les lieux, en demandant lui-même un avis technique, en donnant des instructions à un détective choisi ou accepté par son client²³⁷, en chargeant un huissier de justice de constater certains faits matériels, etc ... Mais ce qui est exact, c'est que l'avocat doit être extrêmement prudent avec *certain*s moyens de preuve (p. ex. des témoins éventuels). A la différence de son confrère des pays de common law, à la différence aussi du Ministère public dans nos pays, l'avocat n'a *aucun pouvoir spécifique* concernant la collection des moyens de preuve. Il ne peut recevoir de dépositions de témoins, ne peut déférer un serment extrajudiciaire, ne peut donner à un expert une mission assermentée, etc ...: dans tous ces cas l'intervention du juge ou au moins un acte devant le juge est nécessaire. Du moins, les dépositions sans l'intervention du juge n'auront, en droit ou en fait, pas la même valeur probante que celles faites selon les formes du Code judiciaire. Pour certains moyens de preuve, l'intervention préalable de l'avocat détruira même toute valeur probante; ainsi, un témoin sera moins crédible s'il a eu un contact préalable avec l'avocat d'une des parties. C'est analogue au principe d'incertitude de Heisenberg : du fait même qu'ils sont examinés, la valeur (probante) de ces moyens change.

Il est donc utile de nuancer l'attitude à conseiller à l'avocat à l'égard des moyens de preuve selon leur nature. En analysant ce problème aux nos. suivants, nous reviendrons aussi à celui des preuves recueillies de manière illicite. Les règles concernant la production ou présentation des preuves dans le procès d'autre part seront également examinées *infra* e.a. n° 121. Toutefois, il n'est peut-être pas inutile d'insister dès maintenant sur le fait qu'en procédure civile, à la différence de la procédure pénale, presque toute preuve est littérale, en ce sens que'elle opère presque toujours par la médiation d'un ou plusieurs écrits²³⁸.

(102 - preuves préconstituées) Peu de précautions doivent être prises à l'égard des *preuves déjà préconstituées* en écrit : documents ou autres moyens qui ont précisément été rédigés, produits, etc ... en vue de servir comme moyen de preuve, soit à l'initiative d'une partie ou des parties (p. ex. la simple convention écrite), soit suite à une obligation légale (p. ex. la comptabilité prescrite par la loi, les factures prescrites par la loi, etc ...). L'important est de savoir à l'égard de qui et à partir de quel moment ils sont destinés à servir de moyen de preuve. Ce sont ces éléments qui déterminent, à mon avis, non seulement la valeur ou force probante de ces moyens de preuve, mais également la possibilité de rejeter des débats des moyens de preuve obtenus de manière soi-disant illicite (c'est une première exception que je voudrais apporter à la

²³⁶ BRAUN & MOREAU n° 583. Voy. ma critique dans mon discours de rentrée du Vlaams Pleitgenootschap, 15 novembre 1991, "De toekomst van het burgerlijk proces - Het proces van de feiten ?", sous presse.

²³⁷ Art. 186 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; recommandation de l'Ordre de Bruxelles du 17 mars 1981. La profession (c'est-à-dire l'exercice habituel contre rémunération) de détective est réglementée par une Loi du 19 juillet 1991, non encore en vigueur.

²³⁸ Comp. l'étude très intéressante (mais à ce point peut-être trop radicale) de E. CAUSIN, "La preuve et l'interprétation en droit privé", *La preuve en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique (réd. Ch. Perelman et P. Foriers), Bruylant Bruxelles 1981, p. (197) 201-204; mon discours précité "De toekomst van het burgerlijk proces - Het proces van de feiten ?", sous presse.

doctrine qui décrète en toutes circonstances le rejet hors des débats des moyens de preuve obtenus de manière illicite, voy. infra nos 107-108).

Ainsi, un testament olographe est, en droit belge, un acte non réceptice (art. 970 C.C.). Il est, à mon avis, dès lors totalement non pertinent de s'interroger sur la manière dont quelqu'un est entré dans la possession de ce testament. Même si ce testament avait été volé, cela ne peut, dans la logique des choses, justifier le rejet de ce testament hors des débats.

D'autre part, les actes sous seing privé destinés à former l'instrumentum d'un acte juridique réceptice (promesse, offre, etc ...) ne font pas foi contre celui qui les a souscrits, lorsqu'ils se trouvent en sa possession²³⁹. Ils n'ont pas de force probante, c'est-à-dire le juge n'est obligé de les accepter comme preuve "pleine", que lorsqu'ils ont été mis à la disposition de la partie qui les invoque. En dehors de cette situation, ils peuvent peut-être avoir une valeur probante, notamment à titre de présomption. Dès lors, la manière dont on a acquis la possession de ces documents joue bien un rôle dans l'évaluation de la preuve. Faut-il aller plus loin et rejeter tout simplement des débats ces documents lorsqu'ils ont été obtenus par vol ou par des pratiques malhonnêtes ? Peut-être. Mais la réponse n'est pas tellement importante, parce qu'un tel rejet n'empêche à mon avis pas la possibilité d'une *actio ad exhibendum*, à condition que le document soit susceptible de prouver un fait pertinent (ce qui ne sera pas souvent le cas). Et dans cette hypothèse, ce sera le caractère confidentiel du document et la balance des droits en question qui devra en décider (cpr. infra n° 107-108)

La même solution doit être retenue concernant d'autres documents restés en possession de celui contre qui l'on veut les utiliser, qui sont destinés non pas à former l'instrumentum d'un acte juridique réceptice, mais bien toutefois à servir de preuve, fussent-ils rédigés sur base d'une obligation légale. Ce sont les actes qui ont une force probante contre leur auteur malgré le fait qu'ils soient restés en sa possession : la comptabilité légale, les registres et papiers domestiques dans les cas de l'art. 1331 C.C., l'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur (art. 1333 C.C.). Même si l'on enseigne qu'il faut les exclure des débats judiciaires lorsqu'ils ont été obtenus de manière illicite, l'*actio ad exhibendum* devrait rester possible en principe, à condition que le document soit susceptible de prouver un fait pertinent (ce qui sera, cette fois-ci, plus souvent le cas).

La même solution doit finalement aussi être retenue en ce qui concerne des documents tels des procès-verbaux d'assemblées générales, de conseils d'administration, d'organes de toute sorte des personnes juridiques privées ou publiques.

(103 - préconstitution de preuves) Différentes sont les précautions à prendre à l'égard de la préconstitution elle-même de preuves littérales. A cet égard, il faut distinguer deux sortes de preuves : les preuves dispositives et les preuves déclaratives ou descriptives²⁴⁰.

1° Dans le cas des preuves dispositives, et notamment des actes dispositifs, ils ne s'agit pas de simples preuves : il s'agit de vrais *instruments* d'un acte juridique. Un acte dispositif n'est pas un acte par lequel on décrit un état de choses, mais un acte au moyen duquel on fait quelque chose, on *dispose* de ses droits : on s'engage, on reconnaît une dette, on offre, on remet ou décharge, on confirme, on livre un bien, etc ... Si l'acte (le document) est encore un moyen de preuve, le fait de signer doit plutôt être considéré comme un acte juridique. Parfois un acte est à première vue purement descriptif : p. ex. un inventaire rédigé par les parties. Mais lorsque "l'énonciation a trait à la disposition", il s'agit en vérité plutôt d'un acte dispositif : les parties conviennent que la description vaut une disposition, même si elle ne répond pas à la réalité de fait du moment (comp. art. 1320 C.C.)

²³⁹ R. POTHIER, *Traité des obligations* n° 748.

²⁴⁰ J'ai élaboré cette distinction dans mon *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, n° 47.

Si l'on parle ici de preuve préconstituée, la préconstitution consiste dans le fait de *se procurer un titre*. Et, comme tout le monde le sait, notre droit part du principe que nul ne peut se constituer un titre à lui-même : "nemo sibi adscribit"²⁴¹. Il ne s'agit pas de l'interdiction de produire un faux (faux matériel, art. 196 C. Pénal), mais de l'impossibilité de donner à l'encontre un tiers, une force probante à un instrument que l'on constitue soi-même : il faut faire signer le document par la partie contre laquelle on voudrait l'invoquer, ou au moins provoquer un écrit émanant de cette partie ou qui a été approprié par cette partie (art. 1347 C.C.). Les règles à respecter ici sont celles que l'on trouve dans les chapitres relatifs à la responsabilité précontractuelle et les vices du consentement (dol, réticence, violence, abus de circonstances ou lésion qualifiée) (cpr. déjà *supra* n° 93). Ce n'est plus une question de preuve, mais une question de droit matériel pur : obtenir le document veut en effet dire obtenir le consentement. Si l'on a déjà obtenu le consentement, on a en principe droit à une preuve écrite, et nombre de dispositions légales spécifiques en témoignent²⁴².

Si donc en principe, nul ne peut se constituer un titre à lui-même, dans un certain sens, le droit nous permet bien de nous procurer des titres à nous-mêmes, dans la mesure où elle accepte 1° l'acceptation tacite ou 2° les conventions préalables sur la preuve.

En ce qui concerne le premier cas, je serai bref. Il s'agit de nouveau d'une question de droit matériel pur. Si, en procédure civile, des faits sont tenus pour vrais aussi longtemps qu'ils ne sont pas suffisamment contestés, ils peuvent d'autre part encore toujours être contestés aussi longtemps que les circonstances du silence ne le qualifient pas de consentement, aveu, etc... ("silence circonstancié"), ou qu'il n'y ait pas obligation ou charge légale ou coutumière de répliquer²⁴³.

Des conventions sur la preuve sont en principe licites en matière civile et commerciale, et peuvent même donner à une des parties le pouvoir d'établir unilatéralement des preuves ayant une force probante à l'égard de l'autre partie. Il s'agit alors d'une "décision de partie", qui est valable lorsqu'elle est prise dans les limites de la raison et de l'équité²⁴⁴. Mais il s'agit rarement de preuves.

2° Très différent est le cas des actes énonciatifs ou descriptifs (hors le cas des actes descriptifs rédigés entre parties à des fins de preuve et ayant trait à une disposition), comme p. ex. les procès-verbaux. Il s'agit de déclarations extrajudiciaires (et non des procès-verbaux de l'enquête des témoins, de la descente sur les lieux, etc ... dans les formes du Code judiciaire). En théorie, ce genre de déclarations pourrait avoir exactement la même valeur probante que les procès-verbaux judiciaires : ainsi, un témoignage écrit extrajudiciaire peut constituer une présomption, moyen de preuve traité au même pied que le témoignage. Mais en pratique, si la valeur de cette déclaration est contestée, l'auteur sera convoqué comme témoin en justice pour confirmer ses déclarations sous la foi du serment. Parfois on se contente d'une audition des témoins par un expert judiciaire²⁴⁵.

Des déclarations de certaines personnes ont parfois une valeur probante suffisante pour se dispenser de cette procédure, notamment lorsqu'il s'agit de déclarations de professionnels soumis à une autorité disciplinaire et dont la fausseté intellectuelle est pénalement sanctionnée. Je pense p. ex. aux certificats de médecins certifiant une force majeure²⁴⁶. Je pense aussi aux constats de faits matériels par un huissier de justice à la demande d'une partie, constats qui n'ont pas de force probante en dehors des cas prévus par la

²⁴¹ R. POTHIER, *Traité des obligations* n° 751 et 753.

²⁴² Pour une liste, voy. mon *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, n° 202.

²⁴³ L'exemple classique est celui de l'obligation de tout commerçant de protester les factures qu'il reçoit, lorsqu'il ne veut pas les accepter comme pleine preuve. Comp. mon article "Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging", *Revue de droit commercial belge (R.D.C.)*, 1991, (463), spéc. n° 12 suiv. (avec sommaire français).

²⁴⁴ Pour plus de détails, voy. mon article précité au *TPR*, 1988, 1259 suiv.

²⁴⁵ Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, "Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise", *La Preuve*, Colloque U.C.L. 1987, p. 26 n° 27. Comp. déjà Marcel STORME, "Het bewijs ad futurum", *TPR*, 1964, 43.

²⁴⁶ Voy. p. ex. art. 204 C. pénal.

loi²⁴⁷, mais peuvent avoir une valeur probante suffisante si l'huissier se limite au constat de faits matériels personnellement et réellement constatés de visu ou auditu²⁴⁸.

3° Si on élargit la notion de document aux photos, bandes magnétiques, video-tapes, etc..., on pourrait parler d'une troisième catégorie, notamment des *documents reproductifs*²⁴⁹. Ils s'apparentent aux actes énonciatifs ou descriptifs, et peuvent en principe être produites directement aux débats (ce qui les distingue des témoignages p. ex.) sans devoir passer par une verbalisation. L'immédiateté de leur reproduction est tellement contraire aux procédés traditionnels qu'elle laisse le juriste un peu perplexe, ce qui explique probablement une partie de la réticence envers ces documents²⁵⁰. Ainsi, on n'accepte pas que les règles légales de l'administration des moyens spécifiques de preuve, comme le témoignage, soient éludées par ces moyens de preuve : l'enregistrement d'un "témoin" ne vaut pas plus que la déclaration écrite de ce témoin (cpr. supra 2°). Cela s'explique par le fait qu'il n'y a pas une procédure de "vérification" comme elle existe en matière d'écritures (art. 883 suiv. C. jud.). Pourtant, cette vérification n'est pas fondamentalement différente : une vérification sérieuse exige dans l'un et l'autre cas des procédés scientifiques. Et dans les deux cas, l'authenticité de la déclaration c.q. reproduction n'est pas nécessairement décisive de la valeur à attacher à cette déclaration (questions de provocation, de contexte, de vices de la volonté, etc ...). Mais c'est surtout la légalité et licéité de leur obtention, ou plutôt de leur constitution, qui posent des problèmes, notamment le conflit possible avec des principes tel le respect dû à la vie privée. Cette question sera traitée infra au nos. 107-108.

(104 - contacts avec les témoins) Une prudence spéciale est demandée à l'égard des éventuels témoins à convoquer dans la cause. La déontologie interdit aux avocats de contacter les personnes qui doivent témoigner dans une affaire²⁵¹, sauf dans des procédures étrangères ou internationales dont les règles de procédure le permettent²⁵². La "subornation" de témoins, d'experts ou d'interprètes est un délit passible des mêmes peines que faux témoignage (art. 223 C. Pénal). Evidemment, un avocat peut se renseigner auprès de tiers, et peut même leur demander s'ils sont prêts à témoigner, mais là se limite le contact qu'il peut entretenir avec eux. D'autres contacts peuvent diminuer la valeur du témoignage. Ainsi, le témoin sera interrogé p. ex. sur les certificats et déclarations déjà délivrés en relation avec le litige (en dehors de l'exécution d'une obligation légale ou professionnelle ou d'un mandat de justice)²⁵³.

Pour comprendre cette sévérité, il faut souligner que notre droit ne connaît pas de cross-examination dans le sens strict du mot. En outre, en procédure civile, ce qui sera produit au procès, ce ne sera pas le témoignage lui-même, mais le procès-verbal de l'enquête, de l'audition des témoins par le juge commis à l'administration de la preuve. C'est un exemple du caractère médiat de la procédure civile, comme opposé au caractère immédiat de la procédure pénale.

(105) Pour se procurer d'autres moyens de preuve que les documents (au sens large du n° 103) que les parties ou des tiers veulent lui communiquer, l'avocat devra donc généralement solliciter l'intervention du juge, afin de parvenir à une verbalisation des moyens de preuve dans une forme prévue par le Code judici-

²⁴⁷ P. ex. le constat d'adultère (art. 1016 bis C. Jud.) ou le constat de concurrence illicite (art. 5 A.R. du 23 décembre 1934).

²⁴⁸ Comp. Cass. 20 février 1981, Pas. I, 690; G. de LEVAL, "L'instruction sans obstructions", *La preuve*, Colloque 12-13 maart 1987, Faculté de droit U.C.L., 26 v., n° 4.

²⁴⁹ Terme employé par G.A. MICHELI & M. TARUFFO, "L'administration de la preuve en droit judiciaire", Rapport général au Congrès International de droit processuel, Gand 1979, p. (105) 113.

²⁵⁰ Comp. aussi mon discours précité "De toekomst van het burgerlijk proces - het proces van de feiten ? "

²⁵¹ MAHIEU & BAUDREZ n° 2707-2719; BRAUN & MOREAU n° 596; art. 165 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles. Voy. ma critique dans mon discours précité "De toekomst van het burgerlijk proces - het proces van de feiten ? "

²⁵² Art. 168-1 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

²⁵³ Art. 937, 3° C. jud.; Cass., 21 déc. 1967, *Pas.*, 1968, I, 553.

aire²⁵⁴. En cas d'urgence, p.ex. lorsque le cours normal d'une procédure au fond ne permettrait pas d'obtenir une mesure d'instruction en temps utile, chaque partie peut demander en référé au Président du Tribunal toute mesure utile, et même, en cas d'intérêt manifeste, une audition de témoins (art. 584, 4, 1^o C. jud.)²⁵⁵. C'est évidemment l'expertise qui est la plus courante. Mais le président peut également nommer des séquestres, des administrateurs provisoires, etc... Une mention spéciale vaut aussi pour la procédure de saisie en matière de contrefaçon ou saisie description (art. 1481 suiv. C. Jud.), moyen mis à la disposition des titulaires de droits intellectuels.

(106 - rapports avec les experts) Tout expert (judiciaire) peut être récusé s'il a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend, etc ... (art. 966 j^o 828 C. jud.). On ne peut dès lors parler d'expertise au sens strict que s'il s'agit d'une expertise contradictoire (c'est-à-dire avec l'accord des parties ou à l'intervention du juge) effectuée par un expert qui n'a pas été récusé par une des parties. Evidemment, une partie ou son avocat peuvent, sans intervention du juge ni accord de l'autre partie, demander un "avis technique" à un expert de leur choix, et produire cette pièce aux débats, et cet expert peut être entendu comme témoin. Une certaine jurisprudence a pourtant tendance à rejeter de plano des pièces²⁵⁶ - à tort selon nous : il s'agit d'informations que le juge devrait évaluer afin de déterminer leur valeur probatoire. D'autres jugements ou arrêts décident dès lors que la partie qui a été mise en demeure de coopérer à une expertise même extrajudiciaire et refuse de le faire, ne peut plus se plaindre du caractère unilatéral de l'expertise, surtout si rien n'indique que celle-ci n'aurait été exécuté de manière sérieuse²⁵⁷.

Concernant les rapports entre l'avocat et l'expert, il faut mentionner l'obligation de l'avocat de communiquer à son adversaire toute pièce communiquée à un expert²⁵⁸.

(107 - l'avocat et les moyens de preuve obtenus de manière illicite) Une décision de l'Ordre de Bruxelles enseigne que l'avocat ne peut faire usage de documents obtenus par son client par des manœuvres qu'il sait frauduleuses ou indélicates, fût-ce à l'effet de dévoiler certaines irrégularités dont ces documents apporteraient la preuve²⁵⁹. Au n^o 86, j'ai déjà exposé que, selon la doctrine majoritaire, il faut exclure des débats judiciaires ou au moins dénier toute valeur probante à un moyen de preuve obtenue ou possédée de manière illicite, ou en tout cas obtenu grâce à une infraction pénale²⁶⁰, et j'ai également déjà annoncé que je conteste l'applicabilité générale de cette doctrine *en dehors* de la matière pénale et fiscale, et notamment en matière civile et commerciale.

²⁵⁴ Comp. l'article précité de E. CAUSIN, "La preuve et l'interprétation en droit privé", *La preuve en droit*, p. (197) 201.

²⁵⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, "Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise", *La Preuve*, Colloque U.C.L. 1987, p. 14-18 nos 16-19; G. de LEVAL, "L'instruction sans obstructions", in *La Preuve*, Colloque U.C.L. 1987, n^o 5.

²⁵⁶ P. ex. Cour Antwerpen, 24 mars 1986, *Droit de la circulation* 1986, 252 n^o 159 obs E. BREWAEYS, "L'expertise unilatérale en matière d'accidents de la circulation".

²⁵⁷ P. ex. Civ. Bruges, 6 septembre 1989, *R.W.*, 1990-91, 650

²⁵⁸ Art. 190 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

²⁵⁹ Art. 169 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles (décision de l'Ordre de Bruxelles du 29 mai 1956).

²⁶⁰ A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, *Ann. Liège* 1970, (195 suiv.) 237; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 140; R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, 52 suiv.; M. PREUMONT, "Vérité et justice dans le procès pénal", *La vérité et le droit*, 38. *Travaux de l'Association Henri Capitant* 1987, *Economica* Paris 1989, (595) 599 suiv.; F. HUTSEBAUT, "Het onrechtmatig verkregen bewijs en zijn gevolgen", in *Strafrecht voor rechtspractici*, IV, red. L. Dupont & B. Spriet, Acco Leuven 1991, p. 47 suiv. Comp. Cass. (pénale), 13 mai 1985, *Pas.*, I, 558: "toute preuve obtenue par un acte qui est expressément interdit par la loi ou qui est inconciliable avec les règles substantielles de la procédure pénale ou avec les principes généraux du droit"; Cass. 16 juin 1987, Vanlandeghem c. Tuyten, *Arr.* n^o 627.

Ici, il ne s'agit plus des moyens de preuve obtenus par une violation du secret professionnel (traité au n° 86) ou d'autres règles sanctionnées pénalement qui ont précisément pour but d'empêcher l'usage de certaines informations comme moyens de preuve. Il s'agit de la violation d'autres règles de droit, qui ne sont pas purement processuelles, et notamment de la question si leur violation nécessite un rejet des débats de plano des moyens de preuve obtenus de manière irrégulière ou si cette violation peut suffisamment être corrigée par l'évaluation de ces moyens a posteriori et in concreto (quant à leur contenu) en les soumettant à la contradiction, cette évaluation devant mener à la détermination de la *valeur probante* de ces moyens (nous avons donné comme exemple d'une telle corrigibilité l'évaluation d'une expertise unilatérale). La doctrine majoritaire préconise un rejet pur et simple. Quant à moi, je me permets d'avancer l'opinion que, dans la plupart des cas, suffit une très grande prudence lors de l'évaluation des moyens de preuve obtenus de manière irrégulière (sauf les violations du secret professionnel ou d'autres règles sanctionnées pénalement qui ont précisément pour but d'empêcher l'usage de certaines informations comme moyens de preuve). Telle est ma conclusion de la série d'arguments suivants.

Le sujet traité se bornera ici à la violation du respect dû à la personnalité et à la vie privée. En pareil cas, il existe au moins une règle légale dont le but de protéger des informations confidentielles, ce qui est à mon avis une condition nécessaire²⁶¹. Ainsi, la discussion peut être quelque peu limitée. Le texte de base est l'art 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le deuxième alinéa dispose qu'une ingérence par les autorités publiques doit être prévue par la loi et doit être nécessaire dans une société démocratique afin de protéger un but légitime, e.a. la protection des droits et libertés des autres. En outre, la Cour européenne estime que l'ingérence de l'autorité publique doit être prévue par une loi d'une précision particulière²⁶² (bien que pas nécessairement une loi formelle). Certains auteurs en ont déduit que tout moyen de preuve recueilli en violation de la vie privée, doit être rejeté des débats en dehors d'une loi formelle qui en autoriserait explicitement l'utilisation comme moyen de preuve²⁶³. Ce n'est pourtant pas l'enseignement de la Cour, et preuve en est l'arrêt du 12 juillet 1988 dans l'affaire Schenk c. la Suisse, qui a refusé de poser comme principe le rejet des moyens de preuve obtenus de manière illégale²⁶⁴. La différence entre les deux arrêts repose à mon avis 1° sur le fait qu'il ne s'agissait pas d'une ingérence par une autorité publique, mais par une personne privée et 2° surtout dans le fait que juger une pratique comme une ingérence illégale dans la vie privée n'implique pas nécessairement que l'on estime que les moyens de preuve ainsi recueillis doivent a priori être rejetés des débats²⁶⁵.

C'est bien cette dernière distinction que je voudrais défendre, au moins s'il s'agit d'ingérences qui ne sont pas le fait de l'autorité publique. Je me limite donc au procès civil²⁶⁶.

²⁶¹ Cette condition est posée - à juste titre - p.ex. par W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen ?*, notamment p. 15.

²⁶² arrêts Malone c. Royaume Uni du 2 août 1984 et Huvig & Kruslin c. France du 24 avril 1990, commentés par P. LAMBERT, "Les écoutes téléphoniques", *J.T.* 1990, 749-750.

²⁶³ Comp. p. ex. P. LEMMENS, "Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek", *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Story Bruxelles 1991, 659 suiv. Bien que cet article traite spécifiquement des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personnalité (concept beaucoup plus restreint que le respect dû à la vie privée - comp. le n° suivant et note 277), cet auteur reprend à son compte l'opinion selon laquelle les mêmes règles doivent s'appliquer à chaque violation de la vie privée, ce qui est trop extrême à mon avis. L'exigence d'une loi *formelle*, qui n'est pas reprise dans la Convention Européenne (comp. le texte anglais "in accordance with the law") se justifie selon cet auteur en raison de "la place des principes généraux dans la hiérarchie classique des normes en Belgique", sans autre justification (p. 661 note 4).

²⁶⁴ Comp. Hoge Raad 16 octobre 1987, *NJ*, 1988, n° 850 et 7 février 1992, Slemptes c. Nool, n° 14620.

²⁶⁵ Ce sont les deux distinctions qui ont déjà été faites lors des discussions à la Conférence de Florence 1973 sur *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffré Milano, p. (779) 810-811.

²⁶⁶ Trop peu d'auteurs émettent une distinction - pourtant nécessaire - entre la procédure civile et la procédure pénale; ainsi p. ex. F. ERDMAN, *Het beroepsgeheim naar belgisch recht*, p. 42-43; J. STEVENS, p. 429 n° 827; Cour Gand. 9 janvier 1900, *Pas.*, I, 193; P. LAMBERT, *Le secret professionnel* p. 140. Cette distinction est par

Un premier argument en faveur de la non-sanction d'une violation de la vie privée par un rejet a priori des moyens de preuve ainsi obtenus, découle de la constatation de ce que la question se pose uniquement lorsque la partie qui n'est pas chargée de la preuve nie mensongèrement les faits que ce moyen pourrait prouver. En effet, c'est uniquement dans ce cas qu'il y a une différence de résultat entre un rejet de plano et une évaluation sévère de la valeur probante comme je la préconise. Le droit au mensonge existe en procédure pénale et fiscale, mais n'existe pas en procédure civile. Autrement dit, la partie chargée de la preuve y a un certain droit à la vérité, ou au moins un droit de prouver la vérité, et la question des moyens par lesquels elle exerce ce droit s'y pose seulement lorsque l'autre partie a déjà violé ce droit. Il serait démesuré de sanctionner uniquement celui qui produit des moyens recueillis de manière illicite et non pas celui qui a causé par son acte illicite cette production. Si les deux parties sont en faute, chacune d'elles doit être condamnée à la réparation du dommage qu'elle a causée, et cette faute ne doit pas être compensée par une déchéance, pour l'autre partie, de son droit²⁶⁷.

Même si cette partie n'a pas manqué au devoir de vérité, la violation de sa vie privée peut effectivement trouver sa sanction normale, c'est-à-dire l'octroi de dommages et intérêts²⁶⁸.

De plus, s'il y a eu violation de la vie privée, la partie qui doit être sanctionnée est bien celle qui a commis cette violation, et non pas celle qui profite de la violation commise par un tiers, sauf complicité. Même si l'on estime que la violation peut être sanctionnée par une déchéance au fond, une déchéance du droit à la preuve²⁶⁹, cette sanction présuppose toujours que la violation soit imputable à celui que l'on déclare déchu.

(108 - l'avocat et les moyens de preuve obtenus de manière illicite - suite) J'en arrive aux critères qui déterminent, selon mon opinion personnelle, l'admission aux débats judiciaires des moyens de preuve susceptibles de violer le respect dû à la vie privée.

a) En procédure civile, c'est la partie qui demande le rejet qui doit alléguer et prouver l'illégitimité de leur possession par l'autre partie²⁷⁰, qui doit au moins être complice de la violation²⁷¹.

b) On ne peut rejeter des débats entre parties, pour cause de violation de la vie privée, les moyens de preuve qui reproduisent des informations communiquées librement par une partie à l'autre²⁷². Le secret de

contre émise - à juste titre - par e.a. F. van NESTE, *R.W.*, 1977-78, (1281) 1301-1302; O. WERNER, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel", *NJW*, 1988, p. (993); A. KAISIS, *Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß*, Lang Frankfurt a.M. 1978; W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen ?*, p. 8.

²⁶⁷ Comp. en matière civile Cass., 9 mai 1986, *Bull. Arr.* n° 555, *J.T.*, 162, cassation.

²⁶⁸ Comp. W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, p. 14

²⁶⁹ P. KAYSER, "Le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance", *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Pierre Voirin*, L.G.D.J. Paris 1966, (437) 454 (bien que cette formule y soit employée à propos des moyens de preuve en conflit avec le secret de la correspondance, et non avec le secret professionnel).

²⁷⁰ Comp. P. KAYSER, *Mélanges Voirin*, p. (437) 455; Cass., 24 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, 367; Cour Anvers 14 mai 1986, *Jurisprudence du Port d'Anvers*, 173 (pièces, déclarations et documents fournis à une partie par des personnes au service de celui contre qui ceux-ci sont invoqués, lorsqu'il n'apparaît pas qu'ils ont été obtenus par vol ou par des pratiques malhonnêtes, et sans qu'une plainte de chef de vol ou autre infraction ait été déposée).

²⁷¹ Même en matière pénale, Cass. 17 janvier 1990, *R.W.* 1990-91, 463 n. L. HUYBRECHTS, a jugé que l'obtention frauduleuse d'un document par un tiers ne rend pas la production de ce document en justice inadmissible aussi longtemps que les personnes chargées de l'instruction et leurs informants n'ont commis aucun acte illicite.

²⁷² Comp. Cass. 17 août 1979, *Pas.*, I, 1309, *J.T.* 1980, 104 obs. S. NUDELHOLE

la correspondance, des communications téléphoniques, etc ... ne vaut entre parties à la communication²⁷³. On ne peut non plus rejeter des débats pour violation de la vie privée des reproductions de communications d'affaires²⁷⁴. Evidemment, dans ce cas, la valeur probante des reproductions, p. ex. de bandes magnétiques, doit encore être évaluée avec circonspection²⁷⁵ (voy. supra n° 103, 3°).

c) Un rejet a priori n'est pas admissible lorsque l'acte matériellement illicite est justifié par une cause de justification. C'est le cas lorsque la violation invoquée (notamment de la vie privée) est moins importante que le tort ou l'injustice combattu par le moyen de preuve en raison de l'hierarchie des valeurs et de la gravité de cette violation respectivement de ce tort, et à condition que raisonnablement il n'existait pas d'autre moyen d'obtenir la preuve²⁷⁶. Une protection absolue au plan probatoire ne peut être accordée qu'à la vie intime (le subconscient, la torture, la liberté de conscience et de religion, l'intimité entre époux), notion plus restreinte que la vie privée²⁷⁷.

d) Le moyen de preuve ne peut être rejeté des débats si la partie qui l'a obtenu de manière illicite avait droit aux informations y contenues, droit qui doit être jugé selon la relation de droit matériel entre parties, à condition pourtant que la partie qui avait droit à ces informations ait d'abord essayé de les obtenir de manière

²⁷³ Voy. la jurisprudence de la Cour de cassation de France citée par P. KAYSER, in *Mélanges Voirin*, p. (437) 447-448). *En sens contraire* : Civ. Bruxelles 9 janvier 1990, *Revue générale de droit civil (R.G.D.C.)*, 1990, 246.

²⁷⁴ Ainsi, l'enregistrement par un employeur d'une conversation téléphonique d'affaires de son employé, a été admise aux débats - à raison selon nous - par Trib. Trav. Bruxelles 7 février 1990, *Pas.*, III, 88). Comp. dans le même sens Hoge Raad 16 octobre 1987, *NJ* 1988, 850 obs. E.A.A. Ainsi, des lettres d'affaires ne tombent pas sous la protection de la vie privée (Marcel STORME, "Over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen in het privaatrechtelijk procesrecht", *Liber Amicorum Willy Calewaert*, Kluwer Antwerpen 1984, (81) 82 et note 6). Comp. p. ex. J. RUTSAERT, "Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée", *J.T.* 1973, (489) 493-494 n° 27.

²⁷⁵ Comp. p. ex. J. RUTSAERT, *J.T.*, 1973, (489) 493 n° 25. Un jugement comm. Bruxelles, 7 mai 1991, Bouckaert / BBL, *J.T.*, 568, a rejeté des enregistrements effectués par surprise et à l'insu de l'interlocuteur, comme obtenu de manière déloyale et violation du droit au respect de la vie privée, bien qu'il s'agissait de conversations d'affaires entre une s.a. et une banque, mais aussi suite à une évaluation in concreto de leur valeur probante.

²⁷⁶ Comp. p. ex. W. HABSCHEID, "Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozeßrecht", in *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Springer Heidelberg 1967, p. (840) 849 suiv.; W. HABSCHEID, "Das Recht auf Beweis", 96. *ZZP* 1983, p. (306) 322 et 332-333; G. BAUMGÄRTEL, "Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß", *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Deubner Köln 1983, 477 suiv.; O. WERNER, *NJW*, 1988, p. (993) 997. Comp. aussi F. van NESTE, *R.W.* 1977-78, 1289 (la "densité du secret" doit être mesurée par rapport au droit corrélatif à la vérité de l'autre partie); S. CHARLONI, Vérité et justice. Rapport italien, in *La vérité et le droit*, 38. Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, Economica Paris 1989, p. (695) 698; van SOEREN, "Onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure", *Ars Aequi*, 1986, p. (483) 486; voy. en jurisprudence allemande e.a. BGH 24 novembre 1981, *NJW* 1982, 277; BGH 13 octobre 1987, *NJW* 1988, 1016.

Voy. aussi, concernant la possibilité d'utiliser de tels moyens de preuve lorsqu'il y a une cause de justification, A. de NAUW, "Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge", Rapport présenté au XIIIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Montréal 1990, *R.D.Pén.*, 1990, (705) 708.

²⁷⁷ W. HABSCHEID, in *Gedächtnisschrift Hans Peters*, p. (840) 845-846; -, 96. *ZZP* 1983, p. (306) 332-333. Comp. Cass. 7 mars 1975, Arr., 764 obs. E. KRINGS, *R.W.*, 1974-75, 2335 et le commentaire de P. LEMMENS, in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, 659 suiv.

licite²⁷⁸. Le Hoge Raad néerlandais est allé encore plus loin dans cette direction, en ne posant même pas la dernière condition²⁷⁹. La cas ne peut évidemment se présenter en matière pénale.

g. L'avocat et le droit objectif

1° L'avocat-conseil et la connaissance de son droit

(109 - envers le client) Comme mentionné précédemment (supra n° 91), l'avocat qui accepte de gérer la cause, est tenu d'un devoir (contractuel) de diligence, évalué selon le critère du "bon père de famille", ou plutôt du "bon avocat normalement prudent et diligent". Le client peut attendre d'un avocat une bonne appréciation des conséquences juridiques des faits ou preuves qui lui sont apportés par son client. Cela ne veut pas dire que les avocats sont en pratique jugés tellement sévèrement, mais l'amélioration de la documentation juridique mène à une appréciation plus stricte de leur responsabilité. Pour rester dans la terminologie traditionnelle : ce devoir général de diligence doit être qualifié comme "obligation de moyens", ce qui n'exclut d'ailleurs pas que certaines obligations plus spécifiques d'un avocat soient considérées comme des "obligations de résultat"²⁸⁰.

L'avocat en tant qu'expert du droit a, à cet égard, non seulement un devoir de diligence (quant à la connaissance du droit), mais aussi un certain devoir d'assistance, non au sens d'un devoir de défense des intérêts du client, mais - avant même que la question de la défense se pose - au sens où il doit l'aider à accepter l'état du droit positif et l'assister (juridiquement) dans ses désillusions. Il devrait pouvoir expliquer au client que la vérité judiciaire est un concept différent de la vérité extrajudiciaire²⁸¹.

(109 bis - dans le procès) Dans le procès même, ni la charge de l'allégation (supra n° 59), ni celle de la preuve, ne comportent celle, pour la partie, d'invoquer des règles de droit en vertu desquelles le juge peut attribuer aux faits allégués l'effet juridique demandé ("curia novit ius")²⁸², bien que le juge soit obligé d'ordonner la réouverture des débats avant de fonder sa décision sur une règle de droit différente de celle invoquée par la partie à qui il entend donner raison, si cette partie ne s'est pas bornée à alléguer uniquement des faits²⁸³. D'autre part, si un moyen de droit n'est pas invoqué devant le juge de fond, il est irrecevable en cassation car nouveau, bien que le juge soit obligé d'appliquer le droit aux faits allégués qu'il considère

²⁷⁸ Comp. W. HABSCHEID, 96. ZFP, 1983, p. (306) 322; J.L.M. ELDERS, "Onrechtmatig verkregen bewijs en het burgerlijk geding", *NJB*, 1990, (1479) 1482.

²⁷⁹ Hoge Raad 23 mai 1986, *NJ*, 1987, 702, et J.L.M. ELDERS, *Waardering van bewijs*, Kluwer Deventer 1990, p. 8 et -, *NJB* 1990, 1479-1480, 1482. Le Hoge Raad estime que le fait qu'une partie avait, selon les règles du droit matériel, droit à certaines informations, pour protéger ses propres droits, constitue déjà l'exception prévue par la loi exigée par l'art. 8, 2 Conv.Eur.Dr.l'Homme. Comp. aussi W.L. HAARDT, "Bewijs en balans. Afweging van belangen in het nieuwe bewijsrecht, in het bijzonder bij onrechtmatig verkregen bewijs", in *Vorm en wezen. Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk*, Lemma Utrecht 1991, p. (81) 94.

²⁸⁰ Pour plus de détails, voy. L. de GRYSE, "De beroepsaansprakelijkheid van advocaten", in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, red. H. VANDENBERGHE, Kluwer Antwerpen 1979, p. (107) 110-111; P. DEPUYDT, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier en justice*, n° 22 et 93 suiv.; le rapport de P. LEMMENS, dans ce livre, n° 18, et les références y données à la note 39.

²⁸¹ Voy. concernant ce problème R. SOETAERT, "Waarheid in het gewijsde", in *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Kluwer Antwerpen 1973, I, (881) 882; S. STIJNS, *R.W.*, 1989-90, (1003) 1005.

²⁸² Cass., 24 novembre 1978, *Instituut Bunge c. COO Hoboken*, cassation, *Arr.* 1978-79, 341, *R.C.J.B.* 1982, 5, observations entre eux discordantes de J. van COMPERNOLLE et de F. RIGAUX.

²⁸³ Art. 774, 2 C. jud., disposition dont la lettre ne concerne que les "exceptions" qui n'avaient pas été proposées par une partie, mais qui touchent à l'ordre public et peuvent donc être proposées d'office, mais interprétées de manière extensive. Aux Pays-Bas, le Hoge Raad a récemment édicté la même règle sur base de l'idée que le juge ne peut pas "surprendre" une partie - voy. Hoge Raad 2 février 1990, *NJ*, n° 795, et note II, J.B.M. VRANKEN, "Procesrechtelijke verrassingen".

comme établis et que la méconnaissance de cette obligation peut en elle-même constituer un moyen de cassation²⁸⁴. En ce qui concerne cette obligation du juge, j'ai déjà fait remarquer (*supra* n° 58 et 99) que la distinction entre le fait et le droit n'est pas du tout "naturelle", mais le résultat de la manière dont les parties thématisent leur relation réciproque, dont elles construisent les faits juridiques et dont elles découpent cette relation en différents points litigieux. Même si le juge peut modifier la qualification des faits par les parties aussi longtemps qu'elles n'ont pas exclu une telle modification, il ne peut pas, à partir des éléments de fait régulièrement venus à sa connaissance, construire un fait juridique autre que celui allégué par les parties (ce serait une modification de la "cause" de la demande) - distinction subtile qui ne cesse de laisser perplexes les commentateurs.

L'irrecevabilité des moyens nouveaux en cassation et le fait que c'est souvent uniquement à travers la construction des parties que les éléments produits en justice deviennent des faits juridiques allégués dont le juge est obligé de tenir compte, ce sont deux raisons pour lesquelles un bon avocat ne se bornera pas à alléguer des faits, mais proposera ceux-ci à la lumière des règles juridiques en vertu desquelles l'effet demandé pourrait y être attribué.

Cela ne signifie pas encore que, dans une procédure normale, il devrait indiquer littéralement les dispositions légales ou principes généraux de droit (indication bien nécessaire en cassation, ainsi que devant le Conseil d'Etat). Mais il instruira quand même dans une certaine mesure (sans devenir un professeur d'école) le juge de l'état de la législation et surtout de la doctrine et de la jurisprudence. Et il devancera les objections juridiques que l'adversaire ou le juge pourraient opposer à sa thèse.

D'autre part, bien qu'une demande ou défense en justice puisse être jugée téméraire et vexatoire parce qu'elle est manifestement non fondée, ce caractère ne peut être déduit du seul fait que la position de la partie ou de son avocat va à l'encontre d'un texte soi-disant clair ou d'une jurisprudence bien établie²⁸⁵; l'allégation des faits devrait être jugée à cet égard plus sévèrement que les conclusions en droit, afin de ne pas rendre impossible toute évolution de la jurisprudence, évolution qui se base en effet presque toujours sur des positions prises par des avocats.

2° L'avocat en tant qu'expert de son droit à l'étranger.

(110) L'opinion dominante en droit belge ne permet pas au juge de nommer un expert dont la mission consiste à lui expliquer le contenu du droit²⁸⁶, fût-ce le droit étranger applicable en vertu des règles du droit international privé du for. Le contenu du droit étranger n'est pas objet de preuve, et le juge est censé connaître le droit étranger applicable tout comme il est censé connaître son propre droit²⁸⁷ (bien qu'ici aussi, il soit aidé par la règle selon laquelle, sous réserve de l'ordre public, il n'appartient pas au juge de soulever une contestation exclue par les conclusions des parties).

²⁸⁴ Pour une analyse approfondie, voy. K. LENAERTS, "Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre ?", *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Nemesis Bruxelles 1986, 529 suiv.

²⁸⁵ Comp. Marcel L. STORME, "Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story, Brussel 1986, (67 v.) 80 n° 31.

²⁸⁶ Quelques anciennes dispositions légales prévoient un "avis de jurisconsulte", p.ex. en matière de transaction par un tuteur au nom d'un mineur (art. 467 C.C.).

²⁸⁷ Comme cette position est très similaire à celle du droit allemand, il est utile de citer l'article récent de K. SOMMERLAD & J. SCHREY, "Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung", *NJW*, 1991, 1377 suiv. La position française est en train de se développer dans la même direction.

La Belgique est également partie à la Convention européenne de Londres 7 juin 1968 (informations concernant le droit étranger), en vigueur depuis le 17 janvier 1974, mais la procédure qui y est prévue ne semble pas avoir un grand succès pratique.

Certains autres pays, qu'ils partagent ou non le point de vue que le droit étranger ne doit pas être prouvée par les parties, connaissent bien cette possibilité. Ainsi, il n'est pas exclu qu'un avocat belge soit appelé à donner son avis (Gutachten) quant à la position du droit belge dans un cas soumis à un juge étranger et il lui est permis de le faire, même sous forme assermentée.

En plus, certains pays, surtout anglo-saxons, connaissent la pratique d'avis assermentés établis sur la demande d'une partie, et nommés "affidavits". Cette pratique est - selon une recommandation des Ordres de Bruxelles - permise aux avocats belges, s'il s'agit d'une consultation sur l'état du droit ou sur des faits de procédure (ce qui exclut en principe des témoignages sur d'autres faits)²⁸⁸. Une fausse déclaration peut être punie comme celle d'un expert et donc comme faux témoignage (voy. art. 221 C. Pén.).

h. L'avocat dépositaire de sommes.

(111) Envers son client, l'avocat est évidemment obligé de rendre compte des sommes qu'il a reçues de lui ou pour son compte (comp. 1993 C.C.). L'argent qu'il détient pour compte de son client doit en principe être transféré dans un délai normal au destinataire ou à un compte spécial qui produit des intérêts.

Bien que les avocats soient obligés d'effectuer toute opération relative au maniement de fonds de clients ou de tiers par le moyen exclusif d'un compte spécialement affecté au dépôt de ces fonds²⁸⁹, ceux-ci n'en constituent pas pour autant - selon l'opinion dominante - une masse séparée, un patrimoine séparé²⁹⁰, moins encore une masse séparée pour chaque client ou tiers. Ils n'échapperaient donc pas à une saisie par les créanciers de l'avocat²⁹¹. Et si ces fonds sont déposés en banque, ils n'échappent en principe (c'est-à-dire en l'absence d'accord contraire) pas non plus à la compensation des dettes - professionnelles ou privées - de l'avocat titulaire du compte²⁹², ce qui est une sorte de saisie-arrêt de la banque entre ses propres mains. A mon avis, il est pourtant possible de considérer le(s) client(s) comme propriétaire(s) de la créance de l'avocat contre la banque, parce que le compte tiers est détenu par l'avocat ouvertement *qualitate qua* pour le compte de ce(s) client(s), et qu'il s'agit donc d'un cas de représentation médiate. Dans cette hypothèse, l'avocat n' a pas la propriété de cette créance, mais uniquement un droit de rétention.

Le Règlement de l'Ordre national concernant la saisie-arrêt pratiquée chez un avocat et mon commentaire à ce sujet ont déjà été développées supra aux nos 79 et 80.

i. Le droit aux honoraires et les droits annexes (suspension, rétention ou compensation).

(112 - droit aux honoraires) Les prestations d'un avocat consulté en tant que tel, même une première consultation, ne sont en principe pas gratuites. L'art. 459, 1 C. jud. dispose en plus que "les avocats taxent leurs honoraires avec la discrétion qu'on doit attendre de leur ministère", et donne donc aux avocats le droit de déterminer unilatéralement l'objet de l'obligation de son client "dans les bornes d'une juste modération". Le même article interdit d'autre part les pactes sur honoraires liés au *résultat* de la contestation, mais d'autres genres de conventions préalable sont valides.

²⁸⁸ Recommandation du 11 mai 1987, art. 151 et suiv. du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

²⁸⁹ Art. 1 Règlement de l'Ordre national des avocats du 19 janvier 1989 (Maniement de fonds de clients ou de tiers); art. 3.8.1. Code européen de déontologie.

²⁹⁰ Hormis le cas d'exercice de la profession en société (multipersonnelle ou unipersonnelle), le patrimoine "professionnel" de l'avocat n'est même pas séparé de son patrimoine privé et les créanciers professionnels (clients, tiers, créanciers commerciaux) et privés concourent sur le même patrimoine.

²⁹¹ Comp., quant au principe général Cass. 27 janvier 1983, Pas., I, 622, cassation, et quant à l'application au compte-tiers des avocats, A.M. STRANART, "Les voies d'exécution. Développements récents", *Cahiers de droit judiciaire*, 1991, (66) 67.

²⁹² Cour Bruxelles 16 avril 1987, Hanover Bank c. Goldflam, *J.T.*, 575.

Evidemment, certaines limites peuvent être formulées lorsqu'il n'y a pas de convention préalable. L'avocat ne peut mettre en compte au client des frais inutiles ou des services non demandés, inutiles et non nécessaires (argument tiré des art. 1375 et 1999-2000 C.C.). De plus, comme dans toute relation juridique où une partie qui a une certaine liberté de déterminer sa propre prestation et en plus le droit de déterminer le prix de cette prestation, l'avocat est obligé d'avertir son client lorsque les frais augmentent plus que prévu²⁹³. L'avant projet-Benelux de loi uniforme concernant le contrat d'entreprise prévoit un tel devoir d'avertissement dès que l'estimation donnée est dépassée de plus de 10 %, mais en matière de louage de services, les règles sont généralement moins strictes²⁹⁴. Une règle pratique parfois maniée est celle consistant à demander comme provision sur frais et honoraires au moins un tiers des frais et honoraires déjà encourus²⁹⁵.

(113 - droit de suspension ou de compensation) La relation entre un avocat et son client étant de nature synallagmatique, le premier a en principe le droit de suspendre ses activités lorsqu'il n'est pas payé par son client ("exceptio non adimpleti contractus"), à condition de s'assurer que le client est en état de reprendre la gestion de l'affaire ou de trouver l'assistance d'un confrère en temps utile²⁹⁶. Dans ce cas, il déclare au juge et à son adversaire être "sans instructions". Il peut même retenir toute pièce qu'il a rédigée lui-même (notes, projets de conclusions, etc.) et qui n'a pas encore été produite en justice²⁹⁷.

Mais ce droit de suspension et de rétention ne vaut que pour les prestations de l'avocat lui-même; il n'a pas le droit de retenir des pièces qui appartiennent à son client ou à des tiers, puisque celles-ci ne sont pas susceptibles de saisie exécutoire ou n'ont pas de valeur exécutoire²⁹⁸.

Une compensation entre les sommes qu'il détient pour le compte de son client et la dette de celui-ci devrait être licite selon les conditions du droit commun, notamment à condition que la créance de l'avocat soit exigible et "liquide" (art. 1291 C.C. - compensation légale) ou avec l'accord du débiteur (compensation conventionnelle). Comme les honoraires des avocats peuvent rarement être considérés comme "liquides" en eux-mêmes - exception faite de l'indemnité de procédure, qui peut toujours être retenue -, on prend généralement comme critère l'acceptation des honoraires par le client²⁹⁹. Selon le Règlement de l'Ordre national des avocats, l'avocat a le droit de retenir et de compenser les sommes qu'il détient pour le compte de son client, à condition de l'en avertir par écrit³⁰⁰ et sous réserve de la contestation de l'état des honoraires par le client. En ce dernier cas, c'est le bâtonnier qui prononce une décision provisoire, notamment la rétention, la reddition ou le blocage sur un compte séparé.

3. Déontologie et bonne foi concernant l'intentement de l'action et le choix de la procédure, ainsi que quelques considérations générales de droit processuel.

a. Les exigences de la bonne foi au procès civil

²⁹³ Cpr. mon article *TPR*, 1988, p. (1259) 1289.

²⁹⁴ Voy. notamment l'art. 319 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

²⁹⁵ Comp. en ce qui concerne cette habitude de demander des provisions, J. STEVENS, 376-377 n° 729.

²⁹⁶ Art. 1372 et 1991, 2 C.C., art. 3.1.4. code de déontologie européen.

²⁹⁷ J. STEVENS, n° 777.

²⁹⁸ C'est une condition qui doit être posée toutes les fois où, dans un contrat, le droit de suspension ou de rétention ne concerne plus la contreprestation au sens strict de la prestation inexécutée par l'autre partie. L'obligation de l'avocat de rendre des pièces dont son client est propriétaire, n'est pas la contreprestation de l'obligation du client de payer son avocat, c'est uniquement la conséquence du fait qu'il les a reçues en dépôt. Comp. plus amplement mon article "De exceptio non adimpleti contractus, als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties", *R.W.* 1989-90, p. (313) nos 6-8 j° 21.

²⁹⁹ Comp. art. 3.8.1.5. Code européen de déontologie.

³⁰⁰ Art. 2 du Règlement de l'Ordre national des avocats du 19 janvier 1989

(114) Bien que discutée la question de savoir si les exigences de la bonne foi ne s'appliquent pas seulement aux relations entre créancier et débiteur, mais p. ex. aussi aux relations processuelles,³⁰¹ on s'accorde généralement à reconnaître au moins un devoir de "fair play" des parties au procès, lors de son intentement aussi bien que lors de son déroulement. La Recommandation n° 84/5 du Conseil de l'Europe (principe 2, 2) édicte également un devoir général de loyauté. Selon nous, ceci implique que les parties au procès se trouvent dans une relation juridique où elles doivent également tenir compte des intérêts légitimes de l'autre partie. Cette formule constitue, notre opinion, une rupture fondamentale avec l'idée du droit subjectif comme pouvoir de la volonté³⁰². Elle nous permet d'affirmer nombre de devoirs et de charges des parties à un procès, dont la plupart incombent a fortiori aux avocats. Nous essayons d'en esquisser brièvement quelques-uns.

b. Les devoirs d'avertissement et d'information avant le procès.

(115) Un premier devoir incombant généralement à la partie qui veut intenter un procès est celui d'avertir la partie adverse, chaque fois qu'il existe encore un espoir raisonnable que celle-ci exécutera volontairement la demande³⁰³. Dans le code civil, pareil devoir se retrouve à l'art. 1139 C.C., qui exige une mise en demeure préalable avant de procéder à l'exécution d'une obligation ou la résolution d'une convention. Mais, à mon avis, il existe aussi en d'autres matières, une sorte de devoir général de prudence.

La sanction de l'absence d'un tel avertissement n'est plus l'inadmissibilité de la demande, mais une condamnation du demandeur aux frais de la procédure si le défendeur reconnaît immédiatement la demande et prend immédiatement des mesures afin d'y satisfaire³⁰⁴. En ce sens, il ne s'agit pas d'un vrai devoir ou d'une obligation, mais plutôt d'une charge ("Obliegenheit"). Le défaut d'avertissement formel n'est sanctionné par une inadmissibilité de la demande que dans les procédures sur requête unilatérale organisées afin de simplifier la procédure (et non pour permettre des mesures urgentes³⁰⁵).

Parfois, l'avertissement doit être accompagné d'informations complémentaires, qui permettent à l'intimé de comprendre la légitimité de la demande. Le cas se présente lorsque le demandeur a repris son droit d'un tiers à l'insu du défendeur. Dans certaines situations, certaines des règles précises vont plus loin. En matière de cession de créance, le cessionnaire ne devient créancier à l'égard du débiteur cédé que par la signification de cette cession ou par son acceptation par ce débiteur. Quant à la lettre de change, le titre doit d'abord être présenté au débiteur, et avant de se retourner contre le tireur ou un endossant, le refus de paiement du tiré doit être signifié. Mais il y a nombre d'autres situations où quelqu'un peut être devenu débiteur d'un autre à son insu, et on ne peut alors lui reprocher de refuser de payer sans avoir obtenu des informations ou preuves suffisantes.

Si des avocats sont déjà intervenus de part et d'autre avant le procès, l'avocat du demandeur est en outre obligé d'avertir son confrère de la citation qu'il lance, ceci pour lui permettre d'user du délai de citation

³⁰¹ Voy. les discussions au XXXIV^e Congrès de la Vlaamse Juristenvereniging, Gand 28 avril 1990, sixième section : mon rapport cité, *TPR* 1990, p. 353 suiv.; la réaction de E. FORRIER, numéro spécial du *TPR* 1990, 503; ma réplique "De goede trouw in het geding - Een stellingname ter discussie", *R.W.*, 1989-90, 1491-1493, et le rapport de la discussion par P. TAELEMAN, *R.W.*, 1989-90, 1507-1514.

³⁰² Rupture décrite par J.B.M. VRANKEN, "Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1986, (415) 425 et dans ma conférence "De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen", Leuven 7 juli 1989, *R.W.* 1989-90, 137-141, notamment en relation avec le concept de "charge" (Obliegenheit) et de ceux de droit et obligation.

³⁰³ Comp. mon rapport cité, *TPR*, 1990, (p. 353 suiv.) 397-405, nos. 22-24.

³⁰⁴ Comp. Trib. Trav. Bruxelles, 31 mars 1981, *R.W.* 1981-82, 1691; Trib. Trav. Charleroi 21 avril 1976, *J.T.T.* 1977, 84. Comp. en France M. MIGNON, "Les instances actives et passives et la thorie de l'abus du droit", *D.* 1949, C. XLIV, p. (183) 184 et en Allemagne § 93 du ZPO.

³⁰⁵ P. ex. l'art. 1339 C. Jud. (procédure simplifiée afin d'obtenir un paiement).

légalement prescrit et de préparer sa défense, pour autant que cet avertissement ne puisse compromettre les droits du demandeur³⁰⁶.

Ainsi, l'intentement d'une procédure peut être déraisonnable pour manquement à de tels devoirs, même si la demande est fondée. De la même manière, une défense fondée peut, elle aussi, être déraisonnable du point de vue processuel. En effets, des devoirs du même genre incombent au défendeur éventuel. Il ne peut induire le demandeur en erreur par sa réticence à communiquer des informations, dont la connaissance aurait convaincu le demandeur à ne pas commencer une procédure³⁰⁷. Il s'agit spécialement de moyens de défense essentiels que le futur défendeur connaissait mieux que le futur demandeur. Il peut s'agir p.ex. d'une exception de compensation, d'une exception d'inexécution (spéc. après cession de la créance), d'une renonciation à la succession du débiteur décédé³⁰⁸, etc... En général, le défendeur éventuel ne devra donner ses informations que lorsqu'il a été averti ou mis en demeure.

Enfin, on peut aussi parler d'un certain devoir des parties, et spécialement du demandeur, de limiter les frais de la procédure. Si une partie choisit une voie plus onéreuse sans que cela présente un avantage légitime, elle devrait supporter elle-même la différence, même si elle obtient gain de cause au fond³⁰⁹. De manière comparable, le président du Tribunal siégeant en référé débouterait le demandeur s'il estime que la mesure provisoire demandée peut être obtenue en temps utile devant le juge compétent pour connaître le fond de l'affaire (devant lequel une mesure provisoire peut être demandée même en dehors des cas urgents ou de nécessité absolue).

c. Certains abus émanant du demandeur lors de l'intentement d'une procédure.

(116) Bien que les règles de la procédure civile concernant l'introduction de la demande aient essentiellement pour but (entre autres) le respect du droit de la défense, il n'est évidemment pas exclu qu'une certaine manière d'intenter un procès puisse constituer, selon les circonstances concrètes, un abus (du droit d'agir). Dans mon rapport pour la Vlaamse juristenvereniging, j'ai traité de manière plus détaillée certains de ces abus, comme un choix abusif d'une certaine procédure (p. ex. référé; procédure non contradictoire sur

³⁰⁶ Art. 2 Règlement de l'Ordre national des avocats du 7 décembre 1989; art. 240 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles. L'art. 1 précise que toutes mesures conservatoires ou toutes procédures sur requête unilatérale peuvent être prises ou intentées sans avis préalable.

³⁰⁷ Comp. mon rapport précité, *TPR* 1990, (p. 353 suiv.) 426-429, nos. 45. P. ex. C. Trav. Bruxelles, 8 février 1973, *R.D.Soc.*, 1973, 272; Cass., 24 avril 1978, *Bull. Arr.*, 965, *R.W.* 1978-79, 2669 obs. J. LAENENS; C. Trav. Liège, 24 juin 1985, *J.T.T.*, 1985, 423. Adde C. Trav. Anvers (hasselt) 17 novembre 1989, *Limburgs rechtsleven*, 1990, 142; civ. Anvers 22 janvier 1991, *R.W.* 1990-91, 1413, qui invoque le principe de la confiance pour décider que chaque partie doit supporter ses propres frais.

³⁰⁸ Comp. J.P. Ixelles 2, R.G. n° 5553, *Kenes c. Arnauts*, cité par E. CEREXHE, "La condamnation aux dépens : une sanction au refus de collaboration l'administration de la preuve", *R.C.J.B.* 1979, (451) 461; C. Trav. Anvers (Hasselt), 17 novembre 1989, *Limburgs Rechtsleven*, 1990, 142.

³⁰⁹ Une telle règle, bien qu'elle ne soit pas unanimement acceptée, est appliquée fréquemment par la jurisprudence, p. ex. en cas de citation par exploit d'huissier dans une procédure où une simple requête (communiquée par lettre recommandée) suffit, en cas d'introduction d'une action reconventionnelle - ou d'une action additionnelle - par exploit d'huissier au lieu de simples conclusions, etc. (Voy. mon rapport précité, *TPR*, 1990, (p. 353 suiv.) 414-420, nos. 33-38 et réf.; adde, Cour Bruxelles 25 janvier 1990, *JLMB*, 1991, 456 obs. M.E. STORME "L'obligation de procéder de manière diligente et raisonnable : une obligation indépendante du fond de l'affaire".). La règle a été rejetée en matière sociale (où la charge des dépens judiciaires est réglée différemment) par Cass. 30 avril 1990, *J.T.*, 369.

requête unilatérale), un choix abusif du Tribunal compétent *ratione loci*³¹⁰, un acte introductif incompréhensible (*exceptio obscuri libelli*)³¹¹, ainsi que la question des antisuit injunctions³¹².

d. L'autonomie relative du droit processuel.

(117) Ces derniers exemples, ainsi que ceux donnés au n° 115, montrent déjà que, comme la doctrine l'affirme plus généralement, il n'est pas exclu qu'une partie gagnante puisse être condamnée³¹³ aux dépens et même à des dommages et intérêts pour procès téméraire et vexatoire. Cela présuppose à mon avis que la relation juridique entre les parties d'une instance civile (s.l.) contentieuse engendre des droits, obligations et charges indépendantes de ceux qui découlent de la relation juridique pour laquelle les parties sont en procès, et qu'il y ait donc un droit matériel de celui-ci relativement autonome par rapport au droit matériel du fond de la cause. Comme mentionné précédemment, ces droits, obligations et charges sont non seulement déterminés par la loi, mais aussi par les usages et la bonne foi, et les usages et règles de la profession d'avocat en sont souvent une spécification.

Il ne faut d'ailleurs pas exagérer cette autonomie du droit processuel : des obligations du même genre existent en dehors de tout procès et cette autonomie ne fait que correspondre à la règle que l'inexécution d'une obligation par une partie à une relation juridique ne dispense l'autre partie de toute diligence à l'égard de cette inexécution³¹⁴ et celle, comparable, que la responsabilité d'une partie pour un dommage causé ne dispense pas l'autre partie de tout effort raisonnable de limitation de ce dommage.

4. Déontologie et bonne foi concernant l'activité de l'avocat durant le procès

(118) La direction du procès par les parties - c'est-à-dire par leurs avocats - est un postulat de droit judiciaire belge, disait le Commissaire royal Van Reepinghem lors du (de son) projet de Code judiciaire. Ce n'est d'ailleurs pas étonnant, lorsque l'on sait que Mr. Van Reepinghem était un bâtonnier. Cela n'exclut pas un rôle actif du juge dans la direction des débats, rôle accru depuis lors. Mais cela est un autre thème, qui fait d'ailleurs le sujet d'un autre rapport à notre Congrès. Pour ma part, je me contente d'indiquer quelques questions où le problème de la bonne foi objective processuelle ou du comportement processuel raisonnable peut se poser.

Le problème le plus actuel est bien celui de la sanction des "délais non prescrits à peine de déchéance", délais fréquents dans la procédure civile, précisément à cause du postulat de la direction du procès par les parties - et surtout à cause de la prise de position des avocats, pour qui des délais préfix sont un cauchemar. Pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine ont refusé de sanctionner ces délais de quelque manière que ce soit, et les abus étaient devenus *legio*. Les Ordres d'avocats ont commencé à réagir au plan déontologique dès le début des années 1980, sans pourtant oser proposer de sanctionner ces délais. Mais dès la fin des années 1970, des Tribunaux ont commencé à sanctionner certains délais, notamment en matière d'enquête (audition de témoins) et enquête contraire. Divers arguments ont été proposés, comme p.ex. l'abus du droit de la défense. La Cour de Cassation a entériné cette jurisprudence d'une certaine manière, mais aussi

³¹⁰ *Adde*, en ce qui concerne la question du forumshopping sur base d'une cession de créance à titre d'encaissement, E.T. SILLEVIS SMITT, "Cessie ter incasso ter verkrijging van rechtsmacht van de Nederlandse rechter", in *4. Leidse procesrechtelijke geschriften* (red. T. STERK & H. CARELS), Gouda Quint Arnhem 1987.

³¹¹ *Adde*, exemple d'un jugement très radical : J.Paix St-Gilles-Bruxelles 6 avril 1989, *Journal des juges de paix (J.J.P.)*, 1991, 185.

³¹² *Adde*, pour cette dernière question, Prés. Bruxelles (réré), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-91, 676.

³¹³ P. ex. J.L. FAGNART et M. DENEVE, "Chronique de jurisprudence, La responsabilité civile 1976-84", *J.T.*, 1986, 306 n° 64-1; M.L. STORME, "Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story, Brussel 1986, (67 s.) 71 et 77; P. TAELEMAN, "Gebruik en misbruik van procesrecht", *TPR*, 1988, (89) n° 14; Y. DESDEVEISES, "L'abus du droit d'agir en justice avec succès", *D.* 1979, C. 21-22.

³¹⁴ Comp. par ex. Cass., 16 janvier 1986, rejet, *Bull. Arr.*, n° 317, *J.T.*, 404, *Revue régionale de droit*, 37, *R.G.D.C.*, 1987, 130, *R.W.*, 1987-88, 1470 obs. A. van OEVELEN.

d'une manière certaine, par l'arrêt Sauvage/Paques du 8 février 1979³¹⁵, et notamment sur base de l'article 51 C. jud., qui prévoit que les parties peuvent demander au juge de prolonger les délais non prescrits à peine de déchéance³¹⁶, à condition de le faire avant le découlement de ce délai. L'argument est important, parce qu'il ne limite pas la solution aux délais d'enquête, et permet au contraire d'appliquer le même raisonnement à nombre d'autres délais. Ceux-ci peuvent alors être appelées "délais de forclusion" (verwerkingstermijnen, Verwirkungsfriste). La différence entre cette sanction et la déchéance est que cette sanction ne peut être proposée d'office par le juge et qu'elle doit elle-même être invoquée de bonne foi, c'est-à-dire en conformité avec les exigences de la raison et de l'équité : celui qui invoque la forclusion ne peut être en retard lui-même, ne peut avoir induit l'autre partie à rester passif, et doit invoquer le délai en temps utile³¹⁷; en outre, il ne convient pas de forclure l'autre partie lorsqu'elle démontre que c'est pour des raisons indépendantes de sa volonté qu'elle n'a pas pu respecter le délai³¹⁸.

a. Comportement de l'avocat lors de l'introduction de l'affaire et de la demande de jugement par défaut

(119) Il peut être abusif de demander un jugement par défaut lorsque l'on a signifié la citation à l'autre partie à un endroit où l'on sait qu'elle n'y recevra pas cette citation, et bien qu'on ait la possibilité de trouver cette partie en personne³¹⁹. Si l'avocat du demandeur connaît l'identité de celui du défendeur, il doit lui avertir de la citation³²⁰.

Il serait abusif de prendre encore un jugement par défaut lorsque tout a été payé (y compris les frais) avant l'introduction de l'affaire.

Si le conseil du défendeur a notifié son intervention et demandé le renvoi au rôle par comparution écrite, l'avocat du demandeur doit l'avertir de son intention de demander quand-même un jugement (par défaut)³²¹. Plus précisément, il peut s'opposer au renvoi au rôle - lors de l'introduction - d'une cause ne comportant que des débats succincts, pour autant que ses intentions aient été notifiées dans l'acte introductif d'instance ou à son adversaire; mais il doit consentir à une remise contradictoire à date fixe, pour autant qu'elle soit demandée dans des conditions loyales tel qu'une date proche puisse être obtenue³²².

b. Défenses déraisonnables.

(120) La défense peut être déraisonnable pour diverses raisons, dont quelques-unes ont déjà été indiquées au n° 115. Dans mon rapport pour la Vlaamse Juristenvereniging, j'ai discuté de manière plus détaillée

³¹⁵ Cass. 8 février 1979, Sauvage t. Paques, rejet du pourvoi c. Cour Liège 25 janvier 1978, *J.T.*, 320 obs. A. FETTWEIS, *Revue trimestrielle de droit familial*, 168.

³¹⁶ La même disposition légale prévoit aussi la possibilité d'abrégé des délais. Mais là, il s'agit surtout d'éviter la nullité prescrite si certains actes sont posés avant l'écoulement d'un délai minimal, délai qui doit être donné à l'autre partie afin d'organiser sa défense (p. ex. les délais de citation). Voy. pour la distinction entre ces deux types de délai, ou en tout cas deux fonctions des délais (un délai peut avoir les deux fonctions), J. ENGLEBERT, "La théorie des déchéances (Réflexions sur l'article 51 du Code judiciaire)", *R.G.D.C.*, 1989, (181) 187 suiv.; J. LAENENS, "Termijnen in het gerechtelijk recht", *R.G.D.C.*, 1991, (7) 16.

³¹⁷ Comp. mon rapport, *TPR*, 1990, n° 15 et 61.

³¹⁸ Civ. Arlon, 19 juin 1987, *R.T.D.Fam.*, 450. Comp. aussi civ. Mechelen, 19 décembre 1989, *R.G.D.C.*, 1991, 92.

³¹⁹ J.Paix St-Gilles 23 avril 1985, R.G. n° 5582, cité par B. HUBEAU, J. LIPPENS & J. VANDE LANOTTE, "Kroniek van de huurrechtspraak II", *J.J.P.*, 1986, (290) 295; Civ. Hasselt 4 avril 1962, *R.W.* 1962-63, 161. Comp. W.L. HAARDT, *Fair Play in het burgerlijk geding*, Tjeenk Willink Zwolle 1958, p. 5-9. Pour plus de détails, voy. mon rapport, *TPR*, 1990, p. 421, n° 40.

³²⁰ Art. 240 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles; art. 2 du Règlement de l'Ordre national des avocats du 7 décembre 1989.

³²¹ Art. 217 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

³²² Art. 6 du Règlement de l'ordre national des avocats du 28 janvier 1988.

d'autres aspects de cette question, notamment l'usage déraisonnable des exceptions processuelles (exceptions de nullité, exceptions dilatoires, etc...) et des fins de non-recevoir³²³, et les manœuvres dilatoires, notamment le refus de traiter une affaire à délai fixe "en débats succincts" si la nature de l'affaire ne s'y oppose pas³²⁴.

c. La communications des pièces et moyens de preuve

(121 - objet) La toute première charge ou obligation des parties à une procédure civile, immédiatement après la citation ou l'introduction de l'instance, est la communication des pièces. Cela résulte évidemment du caractère contradictoire de la procédure. En ce qui concerne les pièces dont on compte faire usage, c'est-à-dire communiquer au juge (ou à un expert), il s'agit d'une "charge". L'avocat ne peut utiliser des pièces qu'il n'a pas communiquées auparavant à l'autre partie. Cela ne vaut pas uniquement pour les documents probatoires et pour les conclusions, mais aussi pour les notes d'audience et toute commentaire sur les chemises ou sur toute autre pièce du dossier que l'on dépose au Tribunal, et même pour la jurisprudence qui n'est pas publié ou uniquement dans des revues difficilement accessibles³²⁵.

En matière civile, une copie de toute correspondance avec le Tribunal ou l'expert judiciaire doit être adressée à l'adversaire (excepté évidemment les requêtes unilatérales, etc ...). En ce qui concerne le Ministère public (procédure pénale ou affaires de famille), quelques nuances s'imposent. Ainsi, p. ex., l'avocat qui sollicite un examen du parquet dans le cadre d'une procédure concernant la garde d'enfant, ne doit pas le communiquer à son adversaire³²⁶.

Doit-on communiquer aussi les pièces défavorables ? A mon avis, il ne s'agit pas d'une question indépendante, mais d'un aspect de la question de savoir si les parties peuvent mentir dans une procédure civile, question traitée infra n° 125.

(122 - formes et délais) En matière civile, la communication des pièces est réglée par les art. 736 suiv. C. j., qui prévoient la consultation des pièces au greffe, où elles sont déposées par l'autre partie ou son avocat. Mais entre avocats, la confraternité impose une communication directe des pièces ou d'une photocopie de celles-ci à l'adversaire, si une telle communication est matériellement possible.

Le Code judiciaire prévoit un délai de 8 jours à partir de l'introduction de l'instance, mais ce délai n'est pas prescrit à peine de déchéance³²⁷. Mais la communication des pièces doit être faite "avec un délai suffisant pour permettre à l'autre partie d'en prendre connaissance avant l'audience et d'y répondre s'il échet"³²⁸. Bien que le Code judiciaire ne prévoit que la suspension de l'instance, la doctrine et jurisprudence récente ont tendance à rejeter simplement des débats les pièces communiquées tardivement et dans des circonstances inconciliables avec la bonne foi (la raison et l'équité) processuelle³²⁹.

(123bis - délais d'instruction) Bien que le juge puisse d'office prendre presque toute mesure d'instruction prévue par le Code judiciaire, il le fait rarement. En effet, il appartient d'abord aux parties de solliciter des

³²³ *TPR*, 1990, p. 426-436.

³²⁴ *TPR*, 1990, p. 436-438.

³²⁵ Art. 235 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

³²⁶ BRAUN & MOREAU n° 611.

³²⁷ Ces délais ne s'appliquent pas en matière pénale, où l'inculpé ne doit rien communiquer avant d'avoir reçu les conclusions du Ministère public (MAHIEU & BAUDREZ, n° 2523-2525).

³²⁸ Cour Bruxelles 23 mars 1971; comp. art. 238 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

³²⁹ Comp. mon rapport, *TPR*, 1990, 446-448 n° 62; Civ. Bruges, 12 septembre 1988, Van de Poele c. Maes; comm. tongres, 6 novembre 1989, Belmans c. Genk, *R.W.*, 1990-91, 651-652; Cour Bruxelles, 5e Ch., 13 décembre 1989, OIL c. Palm, Max Perles; civ. Bruges, 24 octobre 1990, Van Coillie c. Etat belge. La solution est légalement prévue dans certaines procédures spéciales (p. ex. en matière de divorce)

mesures d'instruction. En principe, le juge doit déterminer les délais dans lesquels la mesure doit être exécutée, et si le délai n'est pas respecté, la partie la plus diligente a le droit de ramener la cause à l'audience pour y faire statuer comme de droit (art. 875 C. jud.). Le Code judiciaire détermine quelques délais accessoires, comme p.ex. un délai de 15 jours avant l'audition des témoins, avant lequel la liste des témoins doit être déposée (art. 922), un délai de 30 jours après l'envoi du procès-verbal de l'enquête directe, endéans lequel l'enquête contraire - qui est de droit - doit être demandée (art. 921, 3), etc ..., et c'est précisément à propos de ces délais que la théorie actuelle de la sanction des délais de fofclusion (délais non prescrits à peine de nullité) a vu le jour³³⁰.

Toutefois, une telle sanction ne devrait pas être limitée à l'exécution tardive d'une mesure d'exécution, mais aussi à la sollicitation tardive d'une telle mesure, p. ex. en demandant une expertise contraire ou un avis technique complémentaire plus d'un an après le dépôt du rapport d'expertise³³¹, ...

d. Les conclusions, les délais pour conclure et la concentration de la procédure.

(123 - délais pour conclure) Comme en matière de communication de pièces, en matière de conclusions, le Code judiciaire prévoit des délais non prescrits à peine de déchéance. Quant à la sanction de ces délais, il faut quand même distinguer les premières conclusions et les conclusion additionnelles.

En ce qui concerne les premières conclusions, le délai prévu est d'un mois, mais il est rarement respecté. On pourrait argumenter que l'autre partie a alors le droit de demander la fixation de l'affaire et de solliciter un jugement par défaut, mais ce n'est pas une solution pratique, puisqu'elle augmenterait les oppositions. En pratique, les avocats demandent une fixation de l'affaire sur base de l'art. 751 C. Jud., qui permet de solliciter un jugement réputé contradictoire. Dans ce cas, l'adversaire a le droit de déposer des conclusions jusqu'à l'audience³³².

Les avocats ont appris à vivre avec la lenteur et la lourdeur de cette procédure, ce qui n'a pas empêché certaines initiatives en concertation entre des Tribunaux et le barreau, p. ex. à Nivelles³³³; des délais plus courts ne serviraient quand même à rien aussi longtemps que l'arriéré judiciaire reste si énorme. Mais ce qui indigné encore, c'est la pratique - courante - de déposer des conclusion additionnelles la veille de l'audience à laquelle l'affaire devrait enfin être plaidée. Les abus sont si fréquents que l'Ordre national des avocats a cru devoir décréter dans son Règlement du 28 janvier 1988 que "le dépôt de conclusions additionnelles et la production de pièces nouvelles doivent se faire dans des délais qui n'obligent pas l'adversaire à solliciter une remise" (art. 3, 2). Mais dès 1987, la Cour d'Appel de Bruxelles a entamé un revirement de jurisprudence, jurisprudence devenue peu à peu majoritaire, en sanctionnant les conclusions additionnelles tardives par leur rejet pur et simple des débats à la demande de l'autre partie, si celle-là n'a pas eu une possibilité raisonnable d'y répondre³³⁴.

³³⁰ Voy. les références dans mon rapport, *TPR*, 1990, 448-450, n° 63. Adde Cour Anvers 30 juin 1986, *R.W.* 1986-87, 1637; civ. Hasselt, 4 mars 1987, *R.T.D.Fam.* 1990, 457; civ. Anvers 24 oct. 1988, *R.T.D.Fam.* 1990, 447; civ. Bruxelles, 18 janvier 1989, *R.T.D.Fam.* 1990, 452; civ. Liège, 23 janvier 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 119; civ. Dendermonde 14 juin 1990, *R.W.* 1990-91, 233.

³³¹ Comp. Civ. Bruges, 1ière Ch., 24 octobre 1990, R.G. n° 38319; Civ. Tongeren, 6 novembre 1989, *R.W.* 1990-91, 651 obs. M.E. STORME.

³³² Cass. 19 mai 1976, *J.T.*, 1977, 5 (bien qu'une certaine prudence s'impose, vu les moyens invoqués devant la Cour).

³³³ Voy. "Nivelles : du bon usgae", *Cahiers de droit judiciaire*, 1991/3, p. 94.

³³⁴ Cour Bruxelles, 25 mars 1987, Casteleyn c. Vlaams Gewest, Etat belge, *R.W.* 1987-88, 716, *Ann. Lg.* 1987, 334 obs. G. de LEVAL, *J.L.* 1987, 858 obs. C. PARMENTIER; Cour Bruxelles 4 février 1988, S. c. S., *R.W.* 1987-88, 1368; Cour Bruxelles, 31 mars 1988, *J.L.M.B.*, 926; Trib. trav. Anvers, 13e Ch., 14 juin 1988; comm. Bruxelles, 11 avril 1989, Wtoreck c. Pierrard cs., *J.T.*, 515; civ. Bruxelles 23 février 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 407; J. Paix Hasselt, 27 mars 1990, *Limburgs Rechtsleven* 1990, 168; comm. Hasselt, 23 avril 1990, *Limburgs Rechtsleven* 1990, 155 obs. R. BROEKMANS; Cour Gand, 2 novembre 1990, *Tijdschrift voor Gentse rechtspraak*, 1991, 19 n° 91/09; mon rapport, *TPR* 1990, 458-460 n° 69A; G. de LEVAL, "La mise en état des causes", *Liber amicorum E. Krings*, p. (511) 524 n° 10.

(124 - concentration de la procédure) Le phénomène des conclusion additionnelles suscite encore des questions autres que celle du délai dans lequel elles doivent être communiquées. Ainsi, il est intéressant d'indiquer la position du droit judiciaire belge concernant la *concentration ou libre dispersion* de la défense (du demandeur ou du défendeur). En Belgique, cette question a rarement été traitée de manière systématique en ce qui concerne la procédure de droit commun³³⁵. La question a été analysée en procédure pénale, devant le Conseil d'Etat et devant la Cour de cassation. Tandis que la procédure pénale connaît une certaine concentration suite à son caractère oral et immédiat, la procédure devant la Cour de cassation et celle devant le Conseil d'état sont très concentrées suite au caractère écrit de la procédure. La procédure civile de droit commun devant les Cours et Tribunaux a un caractère mixte. Les dispositions du Code judiciaire ne s'expriment que sur la concentration de certains moyens de défense. Elles obligent notamment les parties de concentrer dans le premier (ou unique) stade du procès les exceptions de nullité et les exceptions dilatoires (y compris les déclinatoires de compétence) (artt. 864, 2 et 868 C. jud.). A mon avis, en dehors de ces cas, il n'y a pas de principe général univoque, et la solution dépend des exigences de l'économie et de la bonne foi proces-suelles. Une solution intermédiaire est la plus conforme à notre système de droit judiciaire, comme il résulte entre autres des règles concernant l'effet dévolutif de l'appel. Mais, comme en cette dernière matière, on tend clairement vers une plus grande concentration, dont les limites sont déterminées par le principe de la médiateté des preuves (voy. *supra* n° 101 in fine): si une instruction est indispensable, la procédure est nécessairement dispersée entre (au moins) deux audiences ainsi que les audiences, sessions, etc ... de l'instruction. Mais même cela n'empêche pas qu'une partie puisse mettre l'autre en demeure de conclure sur le fond de l'affaire et que le juge puisse, lorsque chaque partie a pris des conclusions sur le fond ou a été mise en demeure de le faire, juger du fond de l'affaire, même si une partie n'a répondu que partiellement aux positions de l'autre³³⁶, et sous réserve de l'accord des parties de limiter provisoirement les débats à certains points de la contestation³³⁷. Cette tendance du législateur, de la doctrine et de la Cour de cassation vers une concentration de la procédure n'est pas toujours suivie par les juges ni par les avocats, les premiers parce qu'ils préfèrent parfois la réouverture des débats à une décision difficile, les derniers parce qu'ils appliquent parfois la tactique de "saucissonnage" et n'aiment pas se prononcer sur un élément qui peut-être ne sera même pas sujet de discussion. En ce qui concerne les avocats, on peut encore mentionner que les Ordres ont parfois installé une "commission d'accélération" afin d'intervenir auprès des confrères qui laissent traîner une affaire³³⁸.

Tout récemment, un arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 1991, *Maes c. Bernard, J.T.*, 1991, 791, *J.L.M.B.*, 1991, a rejeté un pourvoi contre une telle décision en précisant "que doivent être écartées des débats sur le fondement de l'article 748 du même code des conclusions additionnelles tardives si elles empêchent la bonne administration de la justice et lèsent fautivement les droits de l'autre partie".

La sanction ne s'appliquerait pas lorsqu'il est aisé d'obtenir une remise à bref délai, p. ex. en Justice de Paix (comp. J. Paix Mouscron, 28 janvier 1991, *R.G.D.C.*, 248. Comp. aussi civ. Bruxelles, 7 novembre 1989, Bouclet c. Pirote, R.G. n° 37210).

³³⁵ On trouve des tentatives chez A. KOHL, "Simulacre de conclusions. conclusions tardives au fond : Un duo interdit", *J.T.* 1975, 343, et dans mon rapport, *TPR*, 1990, p. 460-466 nos 70-75. En dehors de la littérature allemande - assez abondante - (voy. spéc. F. BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*, Vortrag juristische Gesellschaft Berlin 1965, De Gruyter Berlin 1966), voy. l'étude de P. MEIJKNECHT & W. WEDEKIND pour la Nederlandse Vereniging voor Procesrecht : *Geconcentreerde procesgang. Oriënterend onderzoek van de civiele procedure in de Duitse Bondsrepubliek met enige suggesties voor de procedure in Nederland*.

³³⁶ Comp. Cass. 21 décembre 1967, *Arr.*, 594, rejet; Cass. 12 mai 1978, *Arr.*, 1070, rejet; Cass. 3 janvier 1980, *Arr.*, 510, rejet; Cass. 9 octobre 1969, *Arr.*, 145, rejet.

³³⁷ Cass. 6 janvier 1978, *Arr.*, 543, cassation. Comp. aussi Cass. 20 septembre 1962, *Pas.*, I, 91.

³³⁸ P. ex. art. 254.2 du code de déontologie de l'Ordre néerlandais de Bruxelles.

La concentration ne s'applique pas aussi nécessairement aux demandes reconventionnelles, additionnelles ou en intervention. L'art. 810 C. Jud. autorise la disjonction des demandes lorsque l'examen de la demande incidente est de nature à retarder le jugement de la demande principale.

e. un devoir de vérité ? des devoirs de coopération !

(125 - pas de devoir général de vérité, mais bien une interdiction de mentir) La question du devoir de vérité en procédure civile (en procédure pénale, la question est beaucoup plus simple³³⁹) reste très discutée en droit belge³⁴⁰. Ce qui n'existe certainement pas, c'est une obligation générale de présenter tout les faits et moyens de preuve qui pourraient être pertinents (obligation qui existe d'une certaine manière dans le droit anglo-saxon, au moins en ce qui concerne les moyens de preuve). Une telle obligation serait d'ailleurs difficilement concevable dans un système qui part du principe dispositif, et dans lequel un élément de fait ne devient un fait juridique pertinent que par la construction de celui-ci par une partie qui l'allègue comme fondement d'un effet juridique demandé (cpr. supra). Autrement dit : dans le procès civil, il ne s'agit pas de la vérité extrajudiciaire, mais d'une vérité d'une autre nature. Si le demandeur n'allègue que certains faits pour fonder sa demande, le défendeur n'est pas obligé de lui communiquer qu'il lui doit quelque chose sur base d'un autre fait juridique.

Mais la liberté de se taire trouve ses limites là où le silence devient mensonge. Si les parties ne sont pas tenues de dire la vérité, c'est-à-dire toute la vérité dans sa complétude extrajudiciaire, il leur est quand même défendu de mentir, c'est-à-dire d'alléguer consciemment des faits faux³⁴¹ ou nier consciemment des faits qui sont vrais. Mais ce n'est pas uniquement l'allégation de faits faux qui peut constituer un mensonge. L'allégation de faits exacts comme tels devient un mensonge lorsque l'on passe sous silence d'autres faits qui annulent les conséquences juridiques des premiers : se borner à alléguer un fait dont est née une obligation est un mensonge lorsque l'on sait que cette obligation a été exécutée, mais ne l'est pas quand elle est seulement prescrite ou peut être compensée. Même si l'on s'abstient de reconnaître une exception par peur de ne pouvoir la prouver, on n'a pas le droit de mentir, mais uniquement d'invoquer l'indivisibilité de l'aveu ou de la reconnaissance. C'est donc bien le contexte juridique qui détermine si une allégation ou une réticence constitue un mensonge.

Ainsi, une partie qui, connaissant l'existence d'un document capital et s'abstenant de le produire aux débats, n'a pas hésité à développer une argumentation contraire au sens clair dudit document, peut être sanctionnée pour défense téméraire et vexatoire³⁴².

(126 - devoirs spécifiques - collaboration à l'administration de la preuve) On ne peut donc parler d'un devoir général de vérité, mais bien - en procédure civile - de divers devoirs spécifiques de vérité envers l'autre partie. Et ceux-ci peuvent effectivement comprendre davantage que la simple défense de mentir. Je voudrais en indiquer deux types : des devoirs de produire un moyen de preuve et/ou de collaborer à l'administration de la preuve et des devoirs d'information, ou plus exactement de communication des circonstances de fait dont la charge de la preuve incombe à l'autre partie.

³³⁹ On enseigne que la partie et son avocat ont le droit de nier (voy. les références *supra* note 6).

³⁴⁰ Voy. spécialement A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Université Liège/ Nijhoff den Haag 1971; P. VASSART, "Les jambes d'Iseult ou le paradoxe de l'avocat", *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, II, p. 835 suiv.; L. GOFFIN, "De l'obligation de sincérité de l'avocat", *J.T.*, 1989, 265.

³⁴¹ Art. 4.4. et 4.5. du Code de déontologie européen. Comp. p. ex. *R.P.D.B.*, V° Requête civile, n° 92; A. HAMMERSTEIN, "Te goeder trouw procederen", *TPR*, 1989, (1595), 1600; L. GOFFIN, "De l'obligation de sincérité de l'avocat", *J.T.* 1989, p. (265) 267, n° 18; R.O. DALCQ, "Vérité et justice dans le procès civil", *La vérité et le droit*, 38. Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, Economica Paris 1989, (559) 580.

³⁴² Cour Bruxelles, 13 mai 1987, Gordinne c. Saey, *J.T.*, 613.

Le devoir de collaboration à l'administration de la preuve a de nombreux aspects. Il s'agit d'abord d'un devoir de collaborer aux procédures spécifiques d'instruction, spécialement celles prévues par le Code judiciaire (comparution personnelle, expertise, descente sur les lieux, etc ...). Mais ce devoir peut déjà exister avant l'organisation d'une telle procédure par le juge, et celle-ci est parfois même la sanction du refus d'une partie de collaborer à l'amiable à l'administration de la preuve. Le devoir de collaborer ou son contraire, la légitimité du refus de collaborer, dépend en grande partie de la relation de droit matériel entre les parties en question³⁴³. Il s'agit entre autres de la question du respect dû à la vie privée, dont la mesure dépend du type de contestation (comp. aussi la question des moyens de preuve recueillis de manière illicite, au nos 107-108).

Ensuite, notre droit judiciaire connaît, depuis le code judiciaire, de manière générale l'actio ad exhibendum (art. 871 suiv. C. jud.). Lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci soit déposé. Cette disposition n'exige pas que le demandeur précise ce fait pertinent, ce qui est important, parce que ce n'est parfois que par la lecture de ce document qu'il pourra formuler le fait. Si l'on accepte que la partie qui n'est pas chargée de la preuve peut quand même être obligé de communiquer les détails concernant ce fait dont elle a connaissance (n° suivant), l'actio ad exhibendum perd une partie de sa signification autonome, mais reste évidemment nécessaire comme sanction d'une telle obligation.

Ici aussi, il ne s'agit donc pas d'un devoir général de produire tout les moyens de preuve dont on dispose, mais d'un devoir spécifique de produire certains moyens de preuve.

C'est surtout la sanction du refus de communiquer un document qui reste problématique.

1° La possibilité d'une astreinte me semble nécessaire (en dehors des cas où cela constituerait une atteinte à la personnalité), mais reste controversée³⁴⁴. L'exécution en nature est pourtant importante (il ne s'agit donc pas d'une simple charge, mais d'un vrai devoir), parce que la production des documents doit parfois permettre à l'autre partie de formuler ses droits ou prétentions.

2 ° Une autre sanction du refus de collaborer, qui devrait être appliquée de manière générale, est la condamnation aux dépens de la mesure d'instruction en question, ou d'une procédure alternative rendue nécessaire par ce refus³⁴⁵.

3° La sanction la plus efficace est un renversement de la charge de la preuve (ou plus exactement du risque de la preuve), ou en d'autres mots, la possibilité pour le juge de tenir pour vrais les faits dont la preuve normale est empêchée par un refus illégitime de l'autre partie³⁴⁶. Mais cette partie doit encore avoir le droit de fournir la preuve contraire, si elle propose à temps de la fournir.

(127 - devoirs spécifiques - devoir d'information) Dans certaines situations, il existe encore une solution plus nuancée qu'un simple renversement de la charge de la preuve : un devoir d'information de la partie qui n'est pas chargée de la preuve (mais dont l'inexécution est sanctionnée par ce renversement). Il s'agit des

³⁴³ Comp. A. HAMMERSTEIN, *TPR*, 1989, (1595) 1606.

³⁴⁴ Dans notre sens p. ex. civ. Liège, 2 juillet 1980, *J.L.*, 241 obs. G. de LEVAL; J.Paix Brugge 13 octobre 1981, *R.W.* 1981-82, 332; Civ. Huy 30 décembre 1981, *J.L.* 1982, 137 obs. G. de LEVAL; Cour Mons 12 juillet 1985, *R.rég.Dr.* 1987, 57; G. de LEVAL, "L'instruction sans obstructions", in *La preuve*, 26 suiv.

³⁴⁵ Voy. p. ex. en matière d'expertise Cour Bruxelles 25 mars 1970, *J.T.*, 295; comm. Liège 3 février 1978 *R.C.J.B.* 1979, 451 obs. E. CEREXHE.

³⁴⁶ Comp. W. HAARDT, *Fair play in het burgerlijk geding*, 11 v.; A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, 143-149; R. PERROT, "Le silence en droit judiciaire privé", *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey, Paris 1985, (627) 638; S. STIJNS, *R.W.* 1989-90 (1003) 1016 v.; Hoge Raad 5 décembre 1980, *NJ*, 1982, nr. 200.

situations dans lesquelles la partie qui n'est en principe pas chargée de la preuve, connaît manifestement mieux la constellation des faits et circonstances ou est plus apte à les connaître³⁴⁷.

Ce devoir peut aussi être considéré comme une élaboration ultérieure de la charge de la contestation des faits allégués. En effet, les exigences de la bonne foi au procès civil impliquent à mon avis que la contestation des faits allégués doit être faite de manière précise et motivée et qu'une contestation globale ne vaut donc pas contestation (supra n° 58, 4°), sauf preuve de leur inexactitude. On peut expliciter cette charge en chargeant explicitement la partie qui devrait être le plus au courant, de communiquer d'amples informations concernant les circonstances de fait. En effet, le manque de contestation précise et motivée n'équivaut pas tellement à un manque de contestation, mais constitue surtout une aggravation de la position de l'autre partie, et surtout de sa position au plan probatoire.

La jurisprudence a de plus en plus tendance à agir de cette manière, et quelques importants arrêts récents en témoignent³⁴⁸.

f. La limitation des frais et dépens

(128) Un autre devoir important qui est de plus en plus reconnu, et dont j'indiquerai uniquement le principe, est le devoir de limiter les frais (processuels). Quelques exemples ont déjà été donnés supra n° 115 in fine. Il s'agit à mon avis d'une variante processuelle du devoir de droit matériel de limiter le dommage³⁴⁹. Il s'agit plutôt d'une charge que d'un devoir, puisqu'il n'est pas défendu d'exposer des frais inutiles, aussi longtemps qu'on les supporte soi-même. Autrement dit, celui qui cause des frais inutiles est déchu du droit de les répéter de l'autre partie, même s'il obtient gain de cause au fond³⁵⁰.

5. Déontologie et bonne foi concernant l'activité de l'avocat lors de l'exécution (forcée).

³⁴⁷ Comp. Marcel STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, n° 205; R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*; Mohr Tübingen 1976; P. ARENS, "Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partie im Zivilprozeß", 96. ZZZ, 1983, 1 suiv.; R.J. TJITTES, "Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onrdelijk bewijsrisico voor diens wederpartij", *NJB* 1988, 1128; A. HAMMERSTEIN, *TPR*, 1989, 1601; H. SCHOORDIJK, "De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht", *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie (WPNR)*, 5937, 684; mon rapport, *TPR* 1990, nos 107 et 117. *Adde* P. SCHLOSSER, "Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne", *NJW* 1991, (599) 604. Plus réticent, W. TONKENS-GERKEMA, "De mededelingsplicht van de gedaagde" in *Qui bene distinguit bene docet. privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy*, Gouda Quint Arnhem 1991, 127 suiv.

³⁴⁸ Cour Bruxelles 2 novembre 1989, nv Cockerill-Sambre c. Louterman e.a., *J.L.M.B.* 1989, 1475, *J. des Procès*, nr. 161, 30 obs. B. JADOT et F. OST (affaire Mellery); Cour Anvers 21 novembre 1984, *Limburgs Rechtsleven* 1986, 187 obs. P. van HELMONT. Comp. aussi Cour Trav. Bruxelles 8 janvier 1990, *Bull. Ass.* 1991, 288.

³⁴⁹ Comp. entre autres R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Rousseau, Paris 1923-1933, IV n° 463 bis et VI n° 17; A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.* 1969, (501) 505 n° 6; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, *A.P.R.*, n° 462 suiv.; E. DIRIX, "De schadebeperkingsplicht van de benadeelde", *R.W.* 1979-80, 2922 et 2926 n° 9; R.O. DALCQ, "L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle", *R.G.A.R.* (1987) 11271; B. HANOTIAU, "Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage", *R.G.A.R.* 11.289; R. KRUIHOF, "L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage", *R.C.J.B.* 1989, (12) nr. 4-14; Mon *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nos 212 et 390-393.

³⁵⁰ Cour Bruxelles 25 janvier 1990, *JLMB* 1991, 456 obs. M.E. STORME "L'obligation de procéder de manière diligente et raisonnable : une obligation indépendante du fond de l'affaire". Comp. W.L. HAARDT, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding*, Leiden 1945, 20; HOFMANN-van OPSTALL, *De algemene leer der verbintenissen*, I, 94 note 1.

(129) L'exécution forcée n'est pas la tâche de l'avocat, mais celle de l'huissier de justice, qui est censé être en relation - contractuelle - directe avec la partie elle-même; même s'il est instruit par l'avocat (puisque ce dernier agit au nom de son client). Evidemment, l'huissier de justice agit donc souvent selon les instructions de l'avocat, qui peut être responsable de ces instructions, mais le fait que l'exécution sort des compétences de l'avocat me donne une bonne excuse pour limiter ce chapitre à quelques obligations spécifiques de la partie ou de son avocat.

S'il ne s'agit pas de mesures conservatoires ou urgentes, l'avocat doit en principe avertir la partie contre laquelle il procédera à l'exécution, et lui laisser un délai court mais raisonnable pour exécuter volontairement une condamnation³⁵¹. Si les frais d'exécution sont causés par la précipitation de l'avocat, ils devraient rester à sa charge³⁵² - sauf les frais d'expédition du titre exécutoire³⁵³. Parfois, on reproche à une partie le choix d'une procédure d'inexécution plus chère qu'une autre qui serait également effective³⁵⁴.

En cas de décès du débiteur, le titre exécutoire doit être signifié aux héritiers avant de procéder à l'exécution (art. 877 C.C.).

(130) A part ces obligations spécifiques de l'avocat, je me contenterai de faire référence générale aux exigences de la bonne foi et à la théorie de l'abus de droit, concepts parfois utilisés pour sanctionner le créancier qui procède à l'exécution et notamment à la réalisation de l'actif de son débiteur lorsque sa chance d'être payé est nulle³⁵⁵, ou en contradiction avec un plan d'épurement accepté et exécuté rigoureusement³⁵⁶, ou en cas de disproportion *flagrante* entre le montant de la dette et la valeur des biens saisis³⁵⁷, ou lorsqu'au contraire le paiement est totalement garanti³⁵⁸.

³⁵¹ Art. 3 du Règlement de l'Ordre national des avocats du 7 décembre 1989; P. LAMBERT, *Règles et usages*, p. 602-603.

³⁵² Art. 3, 2 du même Règlement de l'Ordre national des avocats du 7 décembre 1989; MAHIEU & BAUDREZ n° 2566.

³⁵³ Argument tiré de l'art. 1018, 3° C. jud.; J. STEVENS, n° 1007; BRAUN & MOREAU n° 631.

³⁵⁴ Cpr. p. ex. Sais. Bruxelles, 7 janvier 1988, R.G. n° 45.919, cité par G. de LEVAL; "Deux aspects du droit des saisies", in *Het zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit*, Postuniversitaire cyclus W. Delva 1991-92, Kluwer Antwerpen 1992, note 85.

³⁵⁵ Voy. p. ex. Sais. Liège 20 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 694; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, 123 n° 68. Comp. G.A. de COCQ, "Gebruik en misbruik van procesrecht", *Preadvies Nederlandse Orde van advocaten, Advocatenblad*, 1959, (388) 393.

³⁵⁶ Comp. p. ex. Cour Liège 6 mars 1983, *J.L.*, 255; Sais. Mons 2 avril 1984, *J.T.*, 1985, 148; Civ. Anvers 5 décembre 1989, *R.W.*, 1990-91, 95.

³⁵⁷ Voy. p. ex. Cour Bruxelles 3 novembre 1976, *Pas.*, 1977, II, 136; Civ. Namur, 18 février 1983, *R. Rég. Dr.*, 1983, 329; Sais. Mons 2 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 496; J. MESTRE, "Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance", *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey, Paris 1985, (439) 456-458; cass. fr. 2 mars 1991, *Gaz. pal.*, 6-7 novembre 1991, 19. Puisque les saisies ne créent pas de privilège, un tel abus sera rarement constaté. Voy. la critique de R. de CORTE, "Beslag en rechtsmisbruik", in *Het zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit*, Postuniversitaire cyclus W. Delva 1991-92, Kluwer Antwerpen 1992.

³⁵⁸ J. MESTRE, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, (439) 455-456

Question VI - L'imputation du comportement de l'avocat à son client.

1. Les actes juridiques : le pouvoir de représentation.

(131- la distinction nécessaire) Nous avons déjà exposé précédemment le pouvoir de représentation de l'avocat du point de vue interne, c'est-à-dire dans la relation entre l'avocat et son client. Ici, nous abordons le pouvoir externe de représentation, qui a pour conséquence juridique l'imputation des actes juridiques posés par l'avocat au nom de son client à ce client lui-même.

La doctrine belge n'a guère fait la distinction, pourtant indispensable, entre le pouvoir de représentation de l'avocat du point de vue interne, d'une part, externe, d'autre part³⁵⁹. Cette distinction est rarement comprise par nos auteurs, et ne semble être connue que par les spécialistes du droit des sociétés, ceci depuis la loi du 6 mars 1973 qui a introduit (suite à la première Directive C.E. du 9 mars 1968) en droit belge des sociétés anonymes et privées le système allemand de la Prokura avec sa scission entre le pouvoir externe de représentation (Vertretungsmacht, que je désirerais traduire littéralement par "force de représentation") et la compétence interne de gestion de l'affaire (Geschäftsführungsbefugnis, que je traduirais par "compétence de représentation" ou "compétence de gestion de l'affaire")³⁶⁰. Mais une telle scission existe aussi dans le cas du "mandat apparent" et dans quelques autres situations, sans que la doctrine semble voir le lien entre ces diverses hypothèses, et notamment entre celles qui résultent d'une disposition légale expresse et celles qui découlent de la théorie de l'apparence ou confiance légitime³⁶¹.

(132 - application au mandat ad litem) Il me semble que le "mandat ad litem" de l'avocat constitue précisément un autre exemple d'un pouvoir de représentation dont l'extension minimale externe est légalement déterminée³⁶², et donc un nouvel exemple de scission entre le pouvoir externe de représentation et la compétence de gestion entre parties : lorsqu'un avocat, qui a été investi d'un mandat ad litem, a dépassé les limites de l'action convenue entre lui et son client, sans avoir légalement besoin d'une procuration spéciale, ce client peut bien agir en responsabilité contre son avocat, mais ne peut agir en désaveu³⁶³ à l'égard des tiers qui ne connaissaient ni devaient connaître ces limites³⁶⁴. Une autre solution serait incompatible avec le minimum nécessaire de sécurité juridique, puisque l'avocat ne doit justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial (art. 440 C. jud.), et que même son adversaire n'a pas le droit de lui demander sa procuration. A mon avis, ce n'est que lorsque l'avocat n'a vraiment aucun mandat que les intérêts du tiers doivent céder devant ceux de la partie qu'il déclare représenter.

³⁵⁹ Ce n'est d'ailleurs pas seulement la doctrine belge qui néglige cette distinction. Le seul article à ma connaissance qui traite spécifiquement de ce problème est celui de H.C.F. SCHOORDIJK, "Volmachtoverschrijding door een advocaat of procureur. Een studie naar aanleiding van een Engelse appeal-case" *Advocatenblad* 1983, p. 173 suiv.

³⁶⁰ Comp. P. van OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 439, n° 268; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968*, Story Gent 1975, nos. 284-289 et 320-327; J. RONSE, J.M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS et H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak 1978-1985. Vennootschappen", *TPR* 1986, (859) 912-913 n° 57; W. van GERVEN, *Algemeen deel*, n° 147, p. 477 note 12.

³⁶¹ Théorie confirmée en Belgique par l'arrêt-Cuivre-et-Zinc, Cass., 20 juin 1988, *R.W.* 1989-90, 1425 obs. A. van OEVELEN.

³⁶² Il en est de même pour le mandat d'exécution donné à un huissier de justice par la remise du titre exécutoire (art. 1393 C. jud.).

³⁶³ Comp. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire*, n° 497 p. 416. Cette opinion était en tout cas acceptée en ce qui concerne les avoués dans le régime de l'ancien Code de procédure civile. Comp. p. ex. *Répertoire pratique du droit belge*, III, Bruxelles 1949, V° Désaveu n° 17. On peut fonder cette opinion sur l'exception de "représentation légale" de l'art. 848, 1 C.Jud.

³⁶⁴ Comp. les termes des artt. 63 bis et 130 L. Sociétés.

D'ailleurs les actes pour lesquels un avocat n'a pas besoin de procuration spéciale sont ceux qui inspirent presque nécessairement la confiance de l'autre partie et qui l'amènent à agir sur base de cette confiance.

(133 - application aux mandats spécifiques) Ce pouvoir "légal" de représentation ne comporte pas, comme on l'a vu, la compétence de se désister de l'instance ou d'un acte de procédure (art. 820 c.q. 822 j° 824 C. jud.), d'acquiescer à un jugement (art. 1045 C. jud.), de se désister de l'action (art. 821 j° 824 C. jud.), ou de faire une offre ou un aveu (art. 850 C. jud.). Là, le client n'est en principe lié que s'il a donné un pouvoir spécial. Pourtant, ici aussi, il y a des exceptions.

D'abord la même solution (scission entre le pouvoir externe de représentation et la compétence entre parties) est fournie par la loi pour toute espèce de mandat lorsque le mandant (client) ne notifie pas la révocation du mandat aux tiers qui traitent dans l'ignorance de cette révocation (art. 2005 C.C.) (non-communication de la révocation du mandat).

Ensuite, la même solution pour le mandat apparent. Il est vrai qu'il s'agit d'actes dont le seul fait de l'accomplissement par un avocat ne devrait suffire à inspirer la confiance en manière telle que celle-ci devrait être protégée en cas d'absence de procuration. Ou plutôt, comme il s'agit d'actes dont les conséquences sont généralement unilatérales, la non-ratification de l'acte causera rarement un détriment à l'autre partie, et souvent uniquement la perte d'un avantage indû (intérêt positif, pas d'intérêt négatif)³⁶⁵. La confiance de l'autre partie ne sera donc pas si souvent légitime, ce qui n'empêche la théorie du mandat apparent à être, en principe, applicable à celui de l'avocat comme à n'importe quel autre .

Et pourtant, quelles sont les possibilités de vérification de l'autre partie ?

Est-ce qu'alors la croyance ne devient pas nécessairement légitime, lorsque le client ne désavoue pas son avocat dans un bref délai³⁶⁶ ? Le juge n'a pas le droit de contrôler le pouvoir de l'avocat³⁶⁷. L'autre partie l'a-t-elle ? On considère généralement que le devoir de loyauté et de confraternité interdit à un avocat de correspondre directement avec le client de son adversaire sans le consentement de celui-ci³⁶⁸. Il est d'autre part exact qu'existe, selon le droit commun, le droit d'exhorter la personne au nom de qui un acte est posé à confirmer ou désavouer cette représentation,³⁶⁹. Si la confraternité s'oppose peut-être à ce qu'un avocat écrive directement à la partie adverse pour lui demander sa position concernant des actes de son confrère, son client peut bien le faire en personne³⁷⁰. Mais n'est-ce pas autant contraire à la loyauté et à la confraternité³⁷¹ ? Evidemment, le plus simple est de munir l'avocat d'un pouvoir écrit. Les tiers ne sont pas obligés de reconnaître ces actes s'il n'y a pas de confirmation signée par la partie ou un fondé de pouvoirs spécial³⁷², et l'autre partie peut demander la vérification de la procuration. On pourrait même tirer un argument en ce sens du fait que l'on reconnaît à une partie le droit d'introduire une action en désaveu contre l'avocat de l'autre partie³⁷³. C'est d'ailleurs à tort, à mon avis, que l'on considère généralement³⁷⁴ cela

³⁶⁵ Comp. H.C.F. SCHOORDIJK, *Advocatenblad*, 1983, (173) 182.

³⁶⁶ Dans ce sens STEVENS, n° 545

³⁶⁷ BRAUN & MOREAU n° 296. Comp. aussi Cour Mons, 14 février 1990, *Pas.* II, 1369.

³⁶⁸ STEVENS, n° 994.

³⁶⁹ M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 415; comp. §§ 108, 2, 177, 2, 411 et 1829 du BGB allemand et l'art. 38 du Code suisse des obligations.

³⁷⁰ STEVENS, n° 994.

³⁷¹ Voy. H.C.F. SCHOORDIJK, *Advocatenblad* 1983, p. (173) 178.

³⁷² BRAUN & MOREAU n° 296.

³⁷³ Art. 848, 3 C. Jud. Il est vrai que l'avocat du demandeur en désaveu doit demander la permission du bâtonnier avant de citer un confrère en justice (comp. les Règlements de l'Ordre national des avocats du 13 mars 1973 et 21 avril 1977).

comme un problème relatif à la preuve du mandat (une manière de voir qui résulte de nouveau de la confusion entre l'aspect interne et l'aspect externe de la représentation) : en effet, dans une procédure en désaveu, le client ne peut que ratifier ou confirmer le mandat, ou désavouer son mandataire; la question de la preuve ne se pose donc pas.

Des possibilités de vérification peuvent donc exister, mais il ne faut pas les exagérer. Cela explique probablement pourquoi la confiance de l'autre partie est, même en cette matière, parfois protégée par la théorie du mandat apparent³⁷⁵.

2. Imputation du comportement de l'avocat en général à son client

(134) Réserve faite de la possibilité de désaveu d'actes juridiques posés par un avocat, dans les conditions indiquées aux nos précédents, le comportement de l'avocat est toujours imputé à son client. Cela vaut donc spécialement pour des actes matériels, qui ne sont pas d'actes juridiques, comme p. ex. le fait de laisser s'écouler un délai de déchéance³⁷⁶. La notion de force majeure est d'ailleurs, en ce domaine, interprétée strictement par la Cour de cassation³⁷⁷.

³⁷⁴ P. ex. le cas jugé en Cass. 9 février 1978, *J.T.* 1978, 361, *R.W.*, 1978-79, 31; J. STEVENS, n° 540; P. LAMBERT, *Règles et usages*, p. 314.

³⁷⁵ P. ex. Civ. Bruxelles 29 juin 1964, *J.T.*, 636

³⁷⁶ STEVENS, n° 551; Cour Bruxelles 31 janvier 1983, *R.W.* 1982-83, obs. P. SENAEVE; Cour Bruxelles 31 décembre 1984, *Pas.* 1985, II, 60.

³⁷⁷ Voy. Cass. 9 octobre 1986, *R.W.* 1987-88.

